



DERECHOS E INTEGRACIÓN

Revista del Instituto de Derecho e Integración

Nº 14 - año X - 2019



Derechos e Integración es una revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2ª Circunscripción que comenzó a publicarse en el año 2009. Abarca temas inherentes a la dignidad, autonomía y capacidad de la persona humana y al pleno y efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales.

La revista Derechos e Integración tiene como objetivos primordiales:

- a) Analizar el derecho vigente en el marco de los paradigmas internacionales que diseñan el actual sistema de protección de derechos.
- b) Promover estrategias y herramientas jurídicas, desde la perspectiva notarial, idóneas para garantizar el ejercicio de los derechos, especialmente en situaciones de mayor vulnerabilidad.
- c) Difundir y propiciar el debate desde una mirada interdisciplinar.

Derechos e Integración es una revista arbitrada y recurre a evaluadores externos al Instituto de Derecho e Integración para la selección de los artículos a publicar.

Los artículos publicados no constituyen necesariamente la opinión oficial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2ª Circunscripción ni del Instituto de Derecho e Integración. Las opiniones emitidas en esta revista pertenecen exclusivamente a sus autores.

Derechos e Integración. ISSN 1852-2319

Periodicidad semestral - N° 14, año X, 2019

© COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE SANTA FE 2ª CIRCUNSCRIPCIÓN

INSTITUTO DE DERECHO E INTEGRACIÓN

Córdoba 1852 - (2000) Rosario - Santa Fe - Argentina - (+54 341) 4257075/76/78
E-Mail:idei@cescribanos.org.ar - www.escribanos-stafe2da.org.ar

© EDITORIAL ASTREA SRL

Lavalle 1208 - (C1048AAF) Ciudad de Buenos Aires - Argentina -
www.astrea.com.ar - editorial@astrea.com.ar

La edición de esta obra se realizó en EDITORIAL ASTREA, y fue impresa en su taller, Berón de Astrada 2433, Ciudad de Buenos Aires, en la primera quincena de octubre de 2019.

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I M P R E S O E N L A A R G E N T I N A



COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE SANTA FE
SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN

Presidente	Marcelo Daniel De Laurentis
Vicepresidenta	Alicia María del Luján Carbonari
Secretaria	María Verónica García
Prosecretaria	Georgina Mabel Todeschini
Tesorero	Iván Dekanty
Vocales titulares	Daniel Vicente Cocola Patricia Lilián Paredes Jorge David Contreras Raúl Ángel González Theyler Mariana Blanco Lucrecia Mónica Pietronave
Vocales suplentes	Mercedes María Romanos Gabriela Sofía Tazzioli María Inés Lombardi Diego Fernando Esmoriz María Pía Giovannoni

INSTITUTO DE DERECHO E INTEGRACIÓN

Directora	Alicia Beatriz Rajmil
Subdirector	Marcelo Daniel De Laurentis
Secretario	Enrique Jorge Arévalo
Miembros plenos	María Eugenia Boretti Lilia Graciela Castelan María Mercedes Córdoba Silvia Beatriz Di Boscio Stella Maris Myriam Estelrich Gloria Argentina Gover Pedro Eugenio Marzuillo Rosanna Paccie Alejandro Toguchi María Claudia Torrens
Miembros adherentes	Dariel Oscar Barbero Erika Silvana Bramatti Natalia Andrea Echecury Marianela Rosana Graizzaro Romina Andrea Rajmil Sandra Milagros Torres Emilio Vergara
Miembros honorarios	Luis Rogelio Llorens Leonardo Bernardino Pérez Gallardo

REVISTA DERECHOS E INTEGRACIÓN

Directores generales	Alicia Beatriz Rajmil Pedro Eugenio Marzuillo
Comité de redacción	Enrique Jorge Arévalo María Eugenia Boretti Lilia Graciela Castelan María Mercedes Córdoba Natalia Andrea Echecury Romina Andrea Rajmil Sandra Milagros Torres María Claudia Torrens
Comité de referato	María Isolina Dabove Pedro Federico Hooft Luis Rogelio Llorens

EDITORIAL

El desarrollo y la positivización de los derechos humanos (DDHH), especialmente a través de sus grandes convenciones, indican un camino signado por la ampliación de la noción de capacidad jurídica que incluye a todas las personas, con especial atención en aquellas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad. No es tiempo solo de reconocer derechos sino de garantizar su ejercicio real, efectivo, y en condiciones de igualdad. Es una responsabilidad que nos compromete a todos y especialmente a los profesionales del Derecho.

Las regulaciones decimonónicas sobre capacidad jurídica y representación legal han perdido vigencia. Nuevos criterios y denominaciones nutren hoy el ámbito jurídico, donde la voluntad del ser humano, más allá de sus circunstancias, cobra centralidad. Se habla de “los nuevos derechos”. Pero, como todo cambio profundo, presenta dificultades y resistencias.

Desde las páginas de esta revista, donde desfilan los nuevos derechos y su ejercicio en el ámbito de la vulnerabilidad de los seres humanos, proponemos un espacio para crecer en el análisis y el debate franco de estos temas.

En la sección “Doctrina”, PATRICIA LANZÓN, notaria de la Ciudad de Buenos Aires, plantea de manera fundada un aspecto sensible de las directivas anticipadas en salud: su otorgamiento por personas menores de edad.

ROSALÍA MEJÍA ROSASCO, notaria de Lima, Perú, nos enriquece con una interesante y detallada explicación de la reforma de la capacidad de la persona en la legislación civil y notarial en el Perú, una real y efectiva implementación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que supera las normas de nuestro país y de todos los de la región.

En la sección “Legislación”, se presenta un proyecto para reformar el Código Civil y Comercial, a fin de plasmar una normativa clara y completa de los actos de autoprotección, que ha recibido un pobre tratamiento en el régimen vigente.

En “Jurisprudencia”, el escribano E. JORGE ARÉVALO analiza de manera concienzuda un interesante fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, del año 2017, que incursiona en los cambios de paradigmas con respecto a la restricción a la capacidad de ejercicio de los penados. Tema poco analizado hasta el presente desde esa óptica.

“Práctica Notarial” incluye dos proyectos de escritura, a la luz de las disposiciones del Código Civil y Comercial en materia de responsabilidad parental y la posibilidad de delegar su ejercicio. El primero sobre la atribución del ejercicio de la responsabilidad parental a uno solo de los padres (art. 641, inc. b); el segundo, con delegación en un pariente (art. 643); en este caso el Código exige que el acuerdo sea homologado judicialmente, debiendo necesariamente oírse al hijo.

“Congresos y Jornadas” contiene las conclusiones de la Comisión 2 del Congreso Internacional sobre el Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia (Mendoza, agosto de 2018), bajo la dirección de AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, íntimamente vinculada a los temas de nuestro instituto.

En “Horizontes”, LUIS LLORENS nos deleita con un breve relato, pleno de sabiduría y actualidad, a pesar de su antiguo origen.

EDUARDO GALEANO afirma, en una conocida cita sobre la utopía: “Ella está en el horizonte. Yo me acerco dos pasos y ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. ¿Para qué sirve la utopía? Para eso sirve, para caminar”. Es decir, aunque la utopía no se pueda alcanzar nos permite avanzar en el camino correcto. Es una bella imagen que en gran parte nos identifica. En pos, pues, de una sociedad justa e inclusiva que garantice el ejercicio igualitario de los derechos de todos, especialmente de quienes se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, continuaremos avanzando.

TABLA DE CONTENIDO

<i>Editorial</i>	5
------------------------	---

DOCTRINA

Directivas anticipadas de las personas menores de edad	
<i>Patricia Adriana Lanzón</i>	11
Reforma de la capacidad de la persona en el Perú: implementación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad	
<i>Rosalía Mejía Rosasco</i>	27

LEGISLACIÓN

Proyecto de ley 3564/18. Actos de autoprotección	55
--	----

JURISPRUDENCIA

Cambio de paradigmas en la restricción a la capacidad de ejercicio de los penados. Actos de autoprotección	83
--	----

PRÁCTICA NOTARIAL

Escritura sobre cesión de responsabilidad parental	105
--	-----

CONGRESOS Y JORNADAS

Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia	111
---	-----

HORIZONTES

El propietario y los trabajadores de la viña <i>Luis R. Llorens</i>	119
<i>Pautas para publicación de trabajos</i>	121
<i>Declaración de originalidad</i>	127

DOCTRINA

DIRECTIVAS ANTICIPADAS DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD*

*Patricia Adriana Lanzón***

Sumario. § 1. ¿Corresponde continuar ubicando a las personas menores de edad dentro del grupo “incapaces”? § 2. Análisis de doctrina. § 3. La PME puede dictar directivas anticipadas respecto de su salud. § 4. Recorrido del derecho de autoprotección. § 5. Directivas anticipadas en la legislación argentina. § 6. Forma de las directivas anticipadas. § 7. Derecho de autoprotección en el Código Civil y Comercial. § 8. Contenido de las directivas anticipadas sanitarias.

Resumen. Motiva esta presentación el interés en el estudio del derecho de autoprotección y su aplicación y goce por parte de personas menores de edad (PME).

La forma nueva en que el Código Civil y Comercial argentino (CCC), encara la autonomía progresiva de las PME da sustento a la presente postura que sostiene que estas pueden ejercer este derecho y, en consecuencia, dictar directivas anticipadas de salud. Si bien la legislación especial, y el mismo Código en el art. 60 requieren la mayoría de edad, la directiva anticipada es una forma de ejercer el derecho de la PME a ser oída y asimismo, encuadra dentro de la capacidad específica para actos relacionados con la salud que se plasma en el art. 26.

* Trabajo realizado sobre la base de la ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia, Comisión 2. Bioética y familias TRHA. Dignidad, autonomía y derecho al propio cuerpo. Robótica persona, realizado en Mendoza en agosto de 2018, bajo la dirección de AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, ponencia aprobada, integra las Conclusiones de la Comisión 2.

** Abogada UBA. Escribana titular de registro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Presidenta de la Comisión de Derechos Personalísimos y Autoprotección del Colegio de Escribanos de la CABA. Correo electrónico: escribianialanzon@gmail.com.

Por otra parte, es también el interés de estas líneas, provocar la reflexión sobre la relación entre menores e incapaces, su paralelismo en el Código de fondo como si se tratara de lo mismo, considerando la posibilidad de desanudar ambas categorías, dando a las PME una independencia que las rescate en su propia dimensión.

Para el desarrollo de estas ideas directrices se han pensado preguntas críticas que intentan cuestionar a nuestro ordenamiento, bajo un sentimiento de que el cambio de paradigma tan mentado no llega a expandirse del todo, y el avance es más tímido y recortado de lo que merece.

Palabras clave. Persona menor de edad, autoprotección, directivas anticipadas en salud.

ADVANCE DIRECTIVES OF MINORS

Abstract. Motivates this presentation the study of the right of Self-protection and its application within younger people (PME).

The way that Argentinian Civil and Commercial Code (CCC) faces the progressive autonomy of PME gives support to the present lines, that affirms that PME can possible dictate Advance directives in matter of health. This is a way to exercise the right to be listen and also integrates the rights consider in art. 26.

Also this work intends reflection about que relation between PME and persons with disabilities, treated in law as if they are the same matter; considering the possibility to separate both categories giving them independence in a future change of law.

Keywords. Younger people, self-proteccion, advance directives in health.

§ 1. ¿CORRESPONDE CONTINUAR UBICANDO A LAS PERSONAS MENORES DE EDAD DENTRO DEL GRUPO “INCAPACES”?

Se plantea la posibilidad de disociar a las personas menores de edad, en adelante PME, de las personas incapaces, ya que detrás de estas últimas hay una deficiencia intelectual o enfermedad psicosocial o mental y un posible proceso de judi-

cialización. Continuar utilizando el término “incapaz” asocia las PME, sin quererlo, con dificultades en el proceso de crecimiento.

Podemos definir a la PME como la persona humana que desde que nace tiene capacidad, la que no puede ejercer por sí misma en ciertas cuestiones por razones de edad y madurez, y que poco a poco va aumentando en su autonomía hasta cumplir 18 años.

Debiera de considerarse entonces poder aplicar –previo a todo– el principio general del art. 23 del Cód. Civil y Comercial, dado que es por aquí por donde ingresa el cambio de paradigma: toda persona humana puede ejercer por sí sus derechos. En virtud de dicho principio se presume la capacidad de las personas (art 31, inc. a, CCC), y las que no han alcanzado la edad y madurez suficiente (art. 24, inc. b, CCC) para realizar por sí ciertos actos, tienen previsto un régimen de representación especial a través de sus padres, tutores, etc., el cual va cediendo progresivamente con el paso del tiempo. Se desprende de ello que la norma de fondo le concede a la PME la posibilidad de realizar actos por sí.

No es esto lo que dice el art. 26 que inicia con la sentencia de que “*la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales*”.

Esto para muchos doctrinarios sienta el principio general en la materia, partiendo de que la PME ejerce sus derechos a través de representantes. Y es cierto que al redactar el artículo de esa forma, pareciera que lo es. Pero si aceptamos que el principio general para la PME es que no puede ejercer, entonces no estamos cambiando el paradigma anterior, comenzar con esta enunciación es más de lo mismo. Estaríamos poniendo el énfasis en un aspecto de la normativa sobre PME como si quisiéramos tranquilizar a quienes puedan temer sobre el nuevo estatus que tienen las PME en el Código, en especial en este art. 26.

Cuando más adelante el CCC trata la “Representación y asistencia”, comienza en su art. 100 con una regla general hablando de incapaces, no menciona a las PME: “*Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí*”. Reiteración del art. 26 antes visto.

En el art. 101 del CCC se enumera cuáles son los representantes y allí sí –en segundo lugar– menciona a las PME. De aquí en adelante, ambas categorías de personas, menores e incapaces, recorren juntas gran parte del articulado, cuando en realidad lo único que tienen en común es que ambas ejercen a través de representantes sus derechos en los casos en que así se les exige.

Por ello, en este trabajo se intenta visualizar a la PME como persona humana con autonomía en progreso, diferente al mayor de edad y diferente al incapaz, y así acomodar la normativa al respecto, considerando la particularidad, singularidad y necesidades de este grupo específico. Necesariamente, la norma de fondo debiera desencadenar a las PME de las personas que no tienen capacidad de ejercicio por causas de salud en una futura reforma legislativa.

Así vemos que las PME dejan de ser nombradas en muchos casos, puesto que se las incluye en la categoría “incapaces”. Por ejemplo, cuando el art. 1323 del CCC se refiere a la posibilidad de dar poder a un incapaz, ¿se está refiriendo a un menor también? Entendemos todos que sí, aunque no lo dice; pero no hace falta, alguien dirá: siempre supimos que los menores eran incapaces.

Puede parecer una simple cuestión terminológica pero no lo es, tiene sus implicancias más profundas como toda cuestión simbólica. El término “incapaz” en nuestro derecho siempre ha tenido connotaciones negativas, peyorativas, limitantes, de exclusión y expulsión. Cuestiones ajenas a la PME, resabios de épocas pasadas en que los menores y las mujeres eran cosificados.

En el Código vigente se ha reiterado el uso de la palabra “incapaz” y sus derivaciones, a pesar de que la incapacidad (art. 32 *in fine*) ha quedado limitada a casos excepcionales, que son los menos. Es decir, que el cambio debe llegar también a las palabras que utilizamos para nombrar las cosas, y entonces la PME no es incapaz, al parecer se asemeja más a un caso de capacidad restringida por cuestión de edad y/o madurez suficiente.

§ 2. ANÁLISIS DE DOCTRINA

Para la ponente fue necesario revisar los más importantes Códigos comentados (serán citados por el apellido de su direc-

tor) a los efectos de conocer las interpretaciones del art. 26 del CCC. A saber:

Lorenzetti: el autor¹, para decirlo brevemente, destaca de la reforma la noción de capacidad progresiva en función de la edad y grado de madurez de la persona.

Clusellas: en este caso se habla de aciertos y errores². Se critica el hecho de enunciar como principio general que las PME requieren representación; dice que la regla parece ser la incapacidad y ello está en desacuerdo con el art. 23. Menciona los casos en que el Código plantea los criterios ya sea de edad o madurez como para juzgar la capacidad. Entiende que en definitiva el Código establece un criterio mixto. Y respecto al último párrafo –menores “adultos”– se pregunta si es lo mismo decir adulto que mayor de edad.

Bueres: señala que la PME ejerce sus derechos a través de sus representantes “sin variación en este aspecto con el Código Civil aunque teñido por los postulados rectores...”³; las modificaciones –explica– no llegan a afectar la noción de incapacidad con relación a los actos patrimoniales para asegurar la protección de estas personas. Hace referencia a un criterio que sostiene que la capacidad progresiva “depende de la naturaleza del derecho a ejercer”; referido al último párrafo sugiere que “frente a situaciones concretas que requieran una valoración específica pueden ser llevadas a decisión judicial para sortear su contundencia...”, y finalmente resalta que el art. 26 debe combinarse con lo que disponen las leyes especiales que no permiten la anticipación de capacidad (cambio de sexo, trasplante).

Alterini: rescata tres postulados básicos; a saber: el interés del niño, la autonomía progresiva y el derecho a ser oído. Reconoce el sistema como mixto: ya que conjuga dos variables, una rígida como la edad, y una flexible como la madurez; refiere a los arts. 17, 56 y 1004 como límites a la disponibilidad del propio cuerpo; cita como verdadera novedad la “capacidad pre-

¹ LORENZETTI (dir.) - DE LORENZO - LORENZETTI (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. I, p. 118.

² CLUSELLAS (coord.), *Código Civil y Comercial comentado anotado y concordado*, comentario al art. 26 de LLORENS, RAJMIL Y TORRENS, t. 1, p. 110.

³ BUERES (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1A, p. 292.

sumida” de los menores de 16 años y la vincula con la madurez, lo que denomina un “verdadero problema”⁴, pues debe determinarse caso por caso.

En lo referente al último párrafo y la PME mayor de 16 años considerada adulta en temas de salud, lo califica de ambiguo y sugiere como algo más prolijo seguir la terminología que viene imponiendo la doctrina de la “mayoría anticipada”; critica la frase “cuidado de su propio cuerpo” como demasiado amplia, por ello opina que: *a)* exige solamente la edad y *b)* solo actos relacionados con el cuidado de su cuerpo atinentes a la salud, “ no abarca por consiguiente algunos tratamientos meramente embellecedores ajenos a la salud...”.

También refiere a las leyes especiales como 26.130 (intervenciones quirúrgicas), 24.193 (trasplante de órganos) etc., que exigen mayoría de edad, haciendo hincapié en que la interpretación determina que la ley general no deroga la ley especial anterior salvo una manifiesta incompatibilidad y sostiene que subsisten los mayores requisitos de edad de la legislación especial.

Rivera - Medina: brevemente expresan que el nuevo texto deja atrás “la incompatibilidad de normas resultante de los dos modelos que coexistían anteriormente, basados en distintos paradigmas: un régimen rígido (Código Civil) y uno flexible (Convención Derechos del Niño y ley 26.061)”⁵; reconoce que la norma trae un principio general que es que la PME no ejerce sus derechos por sí, sino a través de sus representantes. Referente al último párrafo lo destaca como un supuesto de “mayoría de edad anticipada” para estas decisiones, con las excepciones de algunos supuestos específicos en legislación especial.

Haciendo un análisis de la doctrina antes referida se puede decir en primer lugar que no es unánime, si bien hay coincidencia en que se percibe la importancia de la noción de capacidad progresiva. Esto da la pauta de que el terreno es pantanoso y que la premisa del cambio no es fácil de aceptar,

⁴ ALTERINI, *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. I, p. 249.

⁵ RIVERA - MEDINA (dirs.) - ESPER (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, p. 139.

ya que el mismo Código tiene imperfecciones en su redacción, tal como intentamos señalar.

Se pretende hacer decir a la ley que la capacidad progresiva depende del acto a ejecutar y no de la persona. Y claramente se busca en la legislación especial anterior y en el contralor judicial, el restablecimiento del orden perdido, donde la PME se hallaba a merced de la voluntad ajena, ya sea de un adulto o de la ley.

El camino se ha iniciado hacia la autonomía plena de las PME respecto de todo el espectro de derechos que les atañen, como por ejemplo cuestionar filiación e impugnar paternidad, y por ello resulta esperable la reacción en contra del régimen paternalista desplazado.

§ 3. **LA PME PUEDE DICTAR DIRECTIVAS ANTICIPADAS RESPECTO DE SU SALUD**

Actualmente podemos ver que el eje del cambio que se ha sucedido en la normativa internacional y nacional en las últimas décadas referida a la temática de la autonomía personal, está puesto en quién decide sobre sí mismo. Otrora estas decisiones eran tomadas básicamente por la ley, la justicia, los sabios, los poderosos, la familia, los otros.

¿Quién decide sobre una conducta que se ejecuta en la intimidad y sin dañar a otros? ¿Quién decide por alguien que ya no puede expresarse? ¿Quién mejor que la persona misma para saber lo que es más adecuado a sus necesidades, deseos, proyecto de vida?

Hoy las normas están presentes para mantener un orden justo en la sociedad, y no para decirnos cómo vivir. Se respeta el proyecto de vida elegido por cada cual, en tanto no dañe a otros. En virtud de este cambio, es la persona la que decide, incluso siendo menor de edad, con discapacidad o limitaciones a su capacidad debe ser escuchada. Ya no hay un adentro y afuera, sino que hay millones de lugares diferentes donde se puede ubicar el sujeto, porque es único y merece ser visto en su individualidad y ocupar su espacio.

Desde la cultura paternalista de dónde venimos, era la ley la que decidía sobre todas las cuestiones privadas generadas

en alguna situación de vulnerabilidad, pero hoy el presente nos invita a intervenir para evitar que suceda lo que bien dicen LLORENS y RAJMIL⁶: “La persona en situación de vulnerabilidad queda así reducida a un objeto de compasión, protección y control”.

§ 4. **RECORRIDO DEL DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN**

La expresión “derecho de autoprotección” surgió en las VIII Jornadas Iberoamericanas Notariales realizadas en México en el año 1998; para el notariado fue siempre un importante tema de estudio; siendo profesionales que estamos en el terreno y recibimos las solicitudes de las personas respecto de sus necesidades y preocupaciones, dentro de las cuales la de prevenir para la propia incapacidad creció llamativamente en las últimas décadas debido al llamado “encarnizamiento terapéutico” en la atención médica.

Este derecho de autoprotección con sólidas raíces constitucionales, permite al sujeto decidir y disponer sobre su vida, su persona, sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de su discernimiento, y se ejerce fundamentalmente a través de actos escritos donde dicha voluntad permanezca inalterable.

Sabemos que en el año 1789 fue aprobada la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que proclamó que todos los hombres nacen y mueren libres e iguales en derecho; lo que es reforzado con la aparición de los Derechos Humanos en la Carta de las Naciones Unidas del año 1945 y la posterior Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948.

Luego en el Pacto Internacional de los Derechos Sociales Económicos y Culturales del año 1966 se avanza hacia una socialización del derecho, y en especial la consideración de los grupos más vulnerables de personas, como niños y personas con discapacidad.

Dentro de los instrumentos internacionales que tienen relevancia en la materia, podemos además señalar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, la Convención sobre la Elimina-

⁶ LLORENS - RAJMIL, *Derecho de autoprotección*, p. 1.

ción de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad (CDPD)⁷ y la reciente Convención Interamericana de Derechos de las Personas Mayores.

En la reforma de nuestra Constitución nacional en el año 1994 se estableció en el inc. 22 del art. 75 de manera tajante: *“Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”*, y a continuación se enumeran en dicho artículo los Tratados internacionales referidos y se establece que *“en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”*.

Lo anteriormente dicho significa que a partir de la reforma de 1994, la Constitución no solo reconoce la superioridad jerárquica de los tratados frente a las leyes, sino que además equipara a ciertos tratados internacionales de derechos humanos con la Constitución, conformando con ello lo que en la doctrina y jurisprudencia se ha denominado el “bloque de constitucionalidad”.

Es desde esta doctrina internacional que nos llega el cambio paradigmático sobre la capacidad progresiva y adecuada a las circunstancias de cada persona. La capacidad hoy concebida no como un atributo de la personalidad sino como un derecho humano.

La obligación de los Estados parte de garantizar los derechos que se enuncian en los tratados y de implementar po-

⁷ La CDN fue aprobada mediante la ley 23.849 del año 1990 e integra bloque de constitucionalidad junto con la CDPD aprobada mediante la ley 26.378 de 2008 y elevada a jerarquía constitucional por ley 27.044 de 2014.

líticas que los sustenten, también se extiende a la sociedad civil. En tal sentido se puede resaltar la respuesta de varios colegios profesionales del notariado que asumieron la tarea de publicitar los actos de autoprotección⁸.

En un principio entonces, este derecho de autoprotección tuvo –y sigue teniendo– apoyatura de base en las normas constitucionales y tratados internacionales. En especial en el art. 19 de la Const. nacional que protege precisamente toda clase de actos privados, íntimos y autorreferentes, y dice: *“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”*.

§ 5. **DIRECTIVAS ANTICIPADAS EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA**

Así entonces, en el año 2009 cuando en Argentina se dicta la ley nacional 26.529⁹ de derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado, en su art. 11 se incorpora la posibilidad de realizar directivas anticipadas en materia de salud. Dicho artículo expresa: *“Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas, las que se tendrán como inexistentes”*.

A su vez, a lo largo de los incisos del art. 2° se reconocen derechos del paciente basados en su autonomía personal.

Esta ley se ve modificada en el año 2012 por la ley 26.742¹⁰ y posteriormente reglamentada por el decr. 1089 de julio del

⁸ Aun antes de que se dictaran las normas en tal sentido. El Registro de Actos de Autoprotección de la Provincia de Buenos Aires es de 2015.

⁹ Ley de derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado, Buenos Aires, 21 de octubre de 2009, Boletín Oficial, 20 de noviembre de 2009. Vigente, de alcance general, Id SAIJ: LNS0005549

¹⁰ Ley 26.742 (sancionada el 9/5/12; promulgada de hecho; BO, 24/5/12), Id SAIJ: LNN0029854

mismo año; ampliando aún más los derechos establecidos para el paciente, pues avanza sobre el tema de la llamada “*muerte digna*”.

§ 6. **FORMA DE LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS**

En su redacción original el art. 11 de la ley 26.529 nada decía sobre la forma del acto, lo que con acierto fue agregado por la reforma: “[...] La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien *la manifestó*”.

La reglamentación de la ley por decr. 1089/12 reafirmó que las directivas anticipadas deben contar con dos testigos y además con la conformidad del autorizado, si fuera el caso, deberán ser agregadas a la historia clínica.

Actualmente las Directivas de Salud ya sea por escritura pública o instrumento privado con firma certificada por escribano, se inscriben en los registros pertinentes a cargo de los colegios notariales¹¹.

§ 7. **DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

Finalmente en 2015, el Código Civil y Comercial recepta el derecho de autoprotección en los arts. 59 a 61 y 139.

Formularemos una crítica. Precisamente, la redacción del art. 60 puede ser revisada en lo referente a la alusión a “*persona plenamente capaz*”; creemos que decir “plenamente capaz”, en principio no concuerda con el espíritu del articulado en general, con el concepto de capacidad gradual y adaptativa, ya que entendemos que este Código ha establecido: por un lado que la incapacidad absoluta es excepcional, casi diríamos im-

¹¹ Decreto 1089/12, art. 11: “Los escribanos, a través de sus entidades representativas y las autoridades judiciales a través de las instancias competentes podrán acordar modalidades tendientes a registrar tales directivas, si no hubiere otra modalidad de registro prevista localmente”.

precedente salvo casos aislados; y por otro lado, que la capacidad de la persona con dificultades psicosociales, intelectuales y/o mentales, se puede restringir con base en determinados parámetros interdisciplinarios y mediante una sentencia judicial que limitará esa capacidad en ciertos y determinados asuntos. Es decir, la capacidad en este Código acepta una graduación infinita, sumamente abarcativa.

Volviendo al art. 60, al referirse a persona “plenamente capaz”, pareciera que deja afuera a todos los casos de personas capaces con restricciones, que han obtenido una sentencia que los limita, pero que posiblemente no los restrinja para dictar actos de autoprotección preventivos.

Por ello sostenemos que la categoría de “plenamente capaz” no se concilia con el resto del CCC y la norma debiera decir “capaz para el acto” o “con discernimiento suficiente para el acto”. El concepto de capacidad “plena” resulta vetusto e inadecuado.

Puntualmente respecto a los menores, viene al caso la exigencia de la “plena capacidad” del art. 60, ya que los menores son citados como incapaces conforme los arts. 24, 100 y 101 del CCyC.

Sin embargo, por otro lado el CCC da derechos a los menores que parecieran contrastar con esta limitación del art. 60. Veamos el art. 26 en sus últimos párrafos que dice: “*Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo*”.

No es difícil ver que el artículo marca dos edades con diferentes aptitudes. Comenzando por la PME adolescente –entre 13 y 16 años– le autoriza a intervenir en las decisiones y en el

caso de cuestiones graves, tratamientos invasivos o muy riesgosos, deberá prestar su consentimiento con la decisión de sus progenitores.

Ahora, al mayor de 16 años lo equipara al adulto para el cuidado de su propio cuerpo y le quita las limitaciones del párrafo anterior, por ende, podría decidir en tratamientos graves y riesgosos. Por lo cual podemos interpretar que entonces puede dictar directivas anticipadas al respecto. Es decir que nuestra ley civil de fondo entiende que el menor de edad, de 16 años en adelante, puede decidir como un adulto en temas de su salud.

La doctrina se encuentra dividida en este punto, mayoritariamente se sostiene que el art. 26 no autoriza al menor a otorgar directivas anticipadas en virtud de lo previsto en el art. 60 y las leyes especiales complementarias 26.529, modificada por la 26.742 y su reglamentación; algunos autores lo aceptan solo en caso de encontrarse el menor con una enfermedad terminal.

Sostenemos que si la directiva anticipada fue otorgada por un menor de edad (o un incapaz no declarado), esa directiva anticipada no será inválida y deberá ser escuchada y tenida en cuenta de acuerdo con las circunstancias del caso, en función de las disposiciones del art. 21 inc. e de la misma ley, de la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley nacional 26.061 y la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

§ 8. **CONTENIDO DE LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS SANITARIAS**¹²

El Código Civil y Comercial en su art. 60 se refiere a “*anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad*”, pero la ley especial es más específica en cuanto al objeto de estas directivas.

¹² Desde ya que en el ejercicio del derecho de autoprotección las directivas anticipadas pueden tener un objeto múltiple, diseñado en la medida de las aspiraciones del otorgante, no solamente referidas a su salud, sino también a la administración de su patrimonio en caso de perder el discernimiento, así como su plan de vida para tales circunstancias.

En el art. 2° contiene el principio rector en la materia: *la autodeterminación*, que aquí se manifiesta en la *libertad de aceptar y rechazar terapias y procedimientos médicos*.

En la reforma mediante la ley 26.742 se agrega el siguiente texto: “En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial, o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos, la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”.

Finalmente, el artículo autoriza claramente a rechazar alimentación e hidratación “cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de *ese estadio terminal irreversible o incurable*”.

En una ponencia se refirió que la PME de 13 años en adelante puede dictar directivas anticipadas referidas a salud, enfermedad actual o futura, tratamientos, atención médica, cuidados paliativos, etc. Podrá comparecer ante escribano acompañada por sus representantes si es menor de 16 años y sola si es mayor de 16 años.

Este acto tiene sustento legal en el arts. 23 y 26 del CCyC y en los arts. 3°, inc. b y 24 de la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

Vista la evolución del derecho de autoprotección, el desafío de hoy es *superar barreras de contención y abrir puertas para las personas vulnerables*. La autodeterminación se expresa a través del acto jurídico. Y aquí tiene un papel fundamental la sociedad en la que participamos, con sus valores, virtudes, avances y el proyecto que deseamos lograr: un mundo más igualitario, más comprensivo e inclusivo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, JORGE H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Bs. As., La Ley, 2016.
- BUERES, ALBERTO J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, Bs. As., Hammurabi, 2015.
- CLUSELLAS, EDUARDO G. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado anotado y concordado*, Bs. As., Astrea - Fen, 2015.
- LORENZETTI, RICARDO L. (dir.) - DE LORENZO, MIGUEL F. - LORENZETTI, PABLO (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.
- LLORENS, LUIS R. - RAJMIL, ALICIA B., *Derecho de autoprotección*, Bs. As., Astrea, 2010.
- RIVERA, JULIO C. - MEDINA, GRACIELA (dirs.) - ESPER, MARIANO (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Bs. As., La Ley, 2014.

REFORMA DE LA CAPACIDAD DE LA PERSONA EN EL PERÚ: IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

*Rosalía Mejía Rosasco**

Sumario: § 1. Introducción. § 2. La regulación de la capacidad jurídica hasta antes de los cambios introducidos por el Decreto Legislativo 1384 del 4 de setiembre de 2018. § 3. La reforma de la regulación de la capacidad establecida en el Decreto Legislativo 1384, que reconoce a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. § 4. Ampliación de la reforma de la capacidad jurídica establecida en el Decreto Legislativo 1417 de fecha 13 de setiembre de 2018, Decreto Legislativo que promueve la Inclusión de las Personas con Discapacidad. § 5. Conclusiones.

Resumen. En setiembre de 2018 se han producido cambios sustantivos en la regulación de la capacidad jurídica en la legislación peruana. Ha sido modificado el Código Civil y otras disposiciones legales que contenían disposiciones en materia de capacidad. La reforma de la legislación tiene por objetivo promover la inclusión de las personas con discapacidad, garantizar el derecho al ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad tal y conforme lo dispone la Convención de los Derechos de la Persona con Discapacidad.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Registral y Notarial por la Universidad de San Martín de Porres. Doctora en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Notaria de Lima. Profesora de la Maestría en Derecho Registral y Notarial, Derecho Civil y Derecho de Familia en la Escuela de Posgrado de la Universidad de San Martín de Porres. Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de la Comisión de Asuntos Americanos. Secretaria de la Comisión de Derechos Humanos de la Unión Internacional del Notariado Latino.

Este trabajo presenta los principales cambios jurídicos que se han efectuado, resaltando la participación del notario en la implementación del reconocimiento de la capacidad plena de las personas con discapacidad.

Palabras clave. Capacidad plena, discapacidad, interdicción, curatela, apoyos, cláusulas de salvaguardia, ajustes razonables, notario.

REFORM OF THE CAPACITY OF THE PERSON IN PERU: IMPLEMENTATION OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

Abstract. In september of 2018 there have been substantial changes in the regulation of legal capacity in Peruvian legislation. The Civil Code and other norms that contained provisions regarding capacity have been modified. The reform of the legislation aims to promote the inclusion of people with disabilities, guarantee the right to exercise their legal capacity under conditions of equality as provided in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

This work presents the main legal changes that have been made, highlighting the participation of the notary in the implementation of recognition of the full capacity of people with disabilities.

Keywords. Full capacity disability, interdiction, conservatorship, supports, safeguard clauses, reasonable accommodation, notary.

§ 1. ***INTRODUCCIÓN***

El Decreto Legislativo 1384 publicado con fecha 4 de septiembre del 2018, ha introducido profundos cambios en la regulación de la capacidad jurídica en el Código Civil y demás disposiciones legales que regulan la capacidad jurídica, en especial en los casos referidos a las personas con discapacidad. Deroga diversos artículos del Código Civil y el Decreto Legislativo 1049, Decreto Legislativo que regula la función notarial. Modifica disposiciones del Código Civil, Código Procesal Civil y del Notariado. Incorpora nuevas disposiciones en

materia de capacidad, manifestación de voluntad, designación de apoyos y cláusulas de salvaguardias; elimina la curatela para la persona con discapacidad y nuevas obligaciones en la actuación notarial a favor de la participación de las personas con discapacidad.

El objetivo principal del Decreto Legislativo 1384 es adaptar la legislación nacional a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Dispone un cambio de paradigmas en el enfoque de la capacidad jurídica. Elimina la diferenciación, anteriormente existente entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. Reconoce que la capacidad jurídica es una sola, sin posibilidad de distinción alguna, por cuanto resulta inherente a la naturaleza humana. En consecuencia, todas las personas, incluso las personas con discapacidad que requieran ajustes o salvaguardas especiales para el ejercicio de su capacidad, tienen el derecho de participar en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida para el desarrollo integral de su personalidad, eliminando las barreras que pudieran existir. Traslada a las autoridades y a cada uno de los ciudadanos e instituciones públicas o privadas, la responsabilidad de eliminar las barreras que permitan el efectivo ejercicio de la capacidad de toda persona mayor de edad.

§ 2. **LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA ANTERIOR A LOS CAMBIOS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1384**

a) **LA CAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984.** El Perú es país miembro de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad; sin embargo, el Código Civil de 1984, mantenía vigente las instituciones de la interdicción y la curatela. La capacidad en el Código Civil se regía bajo el binomio capacidad versus incapacidad. El régimen legal para las personas mayores que no tuvieron capacidad plena seguía el modelo médico-rehabilitador. La persona declarada interdicta era sustituida por el curador en derecho a la capacidad de ejercicio. El certificado médico que acreditaba la incapacidad era la prueba suficiente para que el juez declare a la persona incapaz interdicta y designe un curador. Este era elegido según un orden de prelación de familiares determinados en el Código Civil.

La reforma en materia de capacidad jurídica resultaba un imperativo pendiente del compromiso que tenía el Estado peruano, en su condición de país ratificante de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. El Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en reiteradas ocasiones había exhortado al Estado peruano a eliminar la interdicción y la curatela regulada en el Código Civil.

b) *DESIGNACIÓN ANTICIPADA DE CURADOR. LEY 29.633.* Bajo la vigencia del Código Civil antes detallado, en el mes de diciembre del 2010 se promulgó la ley 29.633 que facultó a las personas adultas mayores (a partir de los 60 años, según la legislación nacional), a designar su propio curador en forma anticipada en caso de ser declarada interdicta en el futuro. Esta norma introdujo además cambios importantes por cuanto aceptó la autonomía de los otorgantes en designar a cualquier persona, aunque no fuera familiar para ejercer el cargo de curador. Estableció la posibilidad incluso de rechazar la persona que no deseaba fuera nombrado por el juez como curador. Adicionalmente reconoció la posibilidad del otorgante de establecer las facultades a la persona designada como curador, explicar sus preferencias y deseos para la etapa de su vida en la que se encontrará imposibilitado de manifestar su voluntad.

La formalidad del documento de designación del propio curador era la escritura pública ante notario con la presencia de dos testigos. El notario mandaba inscribir los partes a la Oficina Registral. El juez ante quien se solicitara la declaración de interdicción y designación de curador, estaba obligado a pedir información previamente a la Oficina Registral. En los casos de existir la designación anticipada de curador efectuado por la persona con anterioridad, el juez quedaba vinculado a la voluntad contenida en el instrumento público notarial.

A pesar de los beneficios que otorga la ley 29.633, la norma resultaba incompleta al no haber previsto figura alguna de control, fiscalización o supervisión de la persona designada curador.

c) *LEY GENERAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. LEY 29.973.* La ley 29.973, Ley General de la Persona con Discapacidad, pro-

mulgada con fecha 13 de diciembre del 2012 y su Reglamento, el Decreto Supremo n° 002-2014-MIMP, establecieron el marco legal para la promoción, protección y realización en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica. A pesar de lo dispuesto en los dispositivos legales señalados, el Código Civil de 1984 permanecía vigente con la regulación en materia de capacidad anterior a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Este fue el primer intento por implementar las disposiciones de la CDPD. La ley 29.973 contiene la definición de la persona con discapacidad en concordancia con los términos de la CDPD:

“Artículo 2. Definición de persona con discapacidad. La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás”.

La ley en exégesis reconoce expresamente la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad, según el detalle siguiente:

1) A la igualdad de la capacidad jurídica en las mismas condiciones que las demás personas.

2) La interpretación de los derechos de las personas con discapacidad acorde con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y con los demás documentos sobre Derechos Humanos ratificados por el Perú.

3) La participación y la inclusión plenas y efectivas en la sociedad.

4) El respeto por la diferencia y la aceptación de la persona con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas.

5) La accesibilidad en todos los aspectos de la vida de la persona con discapacidad en la sociedad.

6) Los derechos civiles y políticos.

7) El derecho a vivir una vida independiente.

8) El derecho a la salud, a gozar de prestaciones del seguro, a prestar consentimiento informado.

9) A la educación a través de programas inclusivos que eliminen las barreras que impiden el acceso a la educación y formación en todas las edades de la persona con discapacidad.

10) El derecho al trabajo.

11) A recibir los apoyos y ajustes razonables que faciliten el ejercicio de la capacidad en todas las actividades de la persona con discapacidad.

En materia de incapacidad, la ley 29.973 derogó de forma expresa el inc. 3 del art. 43 del Cód. Civil que calificaba como personas con incapacidad absoluta a: “3. *Los sordomudos, ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable*”.

Asimismo modificó las disposiciones del Código Civil que impedían el otorgamiento de testamento por escritura pública de las personas con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje. Estableció la posibilidad de que expresen su asentimiento u observaciones directamente o a través de un intérprete. Respecto al otorgamiento de testamento por escritura pública de una persona con discapacidad por deficiencia visual, incorporó como requisito adicional a las formalidades del otorgamiento del testamento por escritura pública que *el texto del testamento pueda ser leído por la persona con discapacidad utilizando alguna ayuda técnica o podrá leérselo el notario o el testigo testamentario que el testador designe*.

Para los casos en que el testador fuera una persona con discapacidad por deficiencia visual, estableció *que el testamento podrá ser leído por él mismo utilizando alguna ayuda técnica o podrá leérselo el notario o el testigo testamentario que el testador designe*.

La ley 29.973 dispuso que cuando el testador es una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, el testamento por escritura pública será leído por él mismo en el registro del notario o con el apoyo de un intérprete.

De igual manera modificó las formalidades del testamento cerrado. Incorporó la posibilidad de una persona con discapacidad por deficiencia visual, de otorgar un testamento cerrado en sistema braille o *utilizando algún otro medio o formato*

alternativo de comunicación, debiendo contar cada folio con la impresión de su huella dactilar y su firma, colocado dentro de un sobre en las condiciones que detalla el primer párrafo.

No obstante, el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, la ley 29.973 no derogó expresamente todo el régimen de la capacidad jurídica establecido en el Código Civil de 1984.

Como consecuencia de la promulgación de ley 29.973 antes detallada, en el año 2012 se encontraban vigentes dos normas jurídicas contradictorias que regulaban la capacidad jurídica. De un lado el Código Civil, bajo un sistema de capacidad según el modelo médico-rehabilitador de la persona con incapacidad, que conservaba el modelo de sustitución a través de la curatela; y, de otro lado, la ley 29.973 y su Reglamento, que incorporaron el modelo social de inclusión de las personas con discapacidad, y regulaban el sistema de apoyos, salvaguardias, de modo que aseguraren el ejercicio efectivo y directo de la persona con discapacidad de acuerdo a su manifestación de voluntad, deseos y anhelos personalísimos.

Ante la evidente confusión que resultaba para los operadores jurídicos y la sociedad en general las normas contradictorias, la propia ley 29.973 creó una Comisión Especial encargada de revisar el Código Civil (CEDIS), en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y formular, en un plazo no mayor a un año, contado a partir de su instalación, un anteproyecto de ley de reforma del Código Civil y demás normas que fueren necesarias, a fin de guardar correspondencia con lo establecido en la presente ley y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La Comisión Especial Revisora del Código Civil (CEDIS) fue creada por ley 30.121 del 5 de diciembre de 2013, con el objeto de elaborar la Reforma del Código Civil y otras normas necesarias para adecuarse a lo establecido en la ley 29.973 y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Lo que enriqueció el debate fue la participación activa de diferentes entidades del sector público y privado que desde su perspectiva realizaron los aportes necesarios y convenientes. Conformaron la CEDIS representantes del Poder Legislativo, Poder Ejecutivo (CONADIS), Poder Judicial, Defensoría del Pueblo y RENIEC, Universidades con Facultad de Derecho

(PUCP), representantes de la sociedad civil (Centro de Promoción de la Salud Mental –ALAMO–, Sociedad Peruana de Síndrome de Down –SPSD– y Sociedad y Discapacidad –SODIS–).

d) *PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.* El trabajo de la CEDIS concluyó en un primer anteproyecto de ley presentado al Congreso de la República en marzo de 2015; lamentablemente en el Congreso se encontraban presentes abogados fieles a la vieja escuela de derecho civil que obstaculizaron la aprobación del proyecto, defendiendo la seguridad jurídica que a su parecer significaba mantener instituciones como la interdicción y la curatela en el Código Civil.

Terminada la legislatura en 2015, se gestó un nuevo proyecto de modificación del Código Civil y otras normas, en todo lo referido a la capacidad de la persona. Nos referimos al Proyecto de Ley 872/2016-CR de 2016. La propuesta era la regulación en materia de capacidad, de conformidad con el marco establecido en la CDPD y las recomendaciones y exhortaciones del Comité de Seguimiento, pues en los últimos años el Estado peruano aún tenía normas anteriores a la Convención que mantenían vigente la interdicción y la curatela, así como normas promulgadas con posterioridad, como es el caso del Decreto Legislativo 1310 referido a la “Curatela Especial”, promulgado en el año 2016. Propuso la modificación y/o adecuación de diversos artículos del Código Civil, el Código Procesal Civil, la Ley del Notariado y el Código de Niños y Adolescentes, en lo que respecta al reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones.

e) *DECRETO LEGISLATIVO 1310 QUE ESTABLECIÓ EL PROCESO NO CONTENCIOSO DE CURATELA ESPECIAL.* El Decreto Legislativo 1310 creó un nuevo proceso no contencioso de competencia notarial y/o judicial, denominado *curatela especial*, previsto para las personas adultas mayores que se encontraran en situación de incapacidad absoluta o relativa, según lo previsto en el inc. 2 del art. 43 o en el inc. 3 del art. 44 del Cód. Civil:

Art. 43. Incapacidad absoluta:

Son absolutamente incapaces

1. [...]

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

Art. 44. Incapacidad relativa:

Son relativamente incapaces

1. [...]

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

La peculiaridad de la curatela especial, era que la persona beneficiaria, no era nombrada interdicta como requisito previo o posterior al proceso. El curador era facultado exclusivamente para cobrar la pensión y/o beneficios pensionarios y/o reembolsos que le correspondieran.

El Poder Ejecutivo promulgó el Decreto Legislativo 1310 en uso de facultades especiales para legislar, derivadas del Congreso. Pretendió con esta norma solucionar un problema que atraviesa un sector importante de personas mayores de 60 años que perciben una pensión de jubilación de diversos organismos públicos y/o privados, que es el único medio de subsistencia. Lamentablemente, las entidades que otorgan las pensiones, exigían certificados de salud mental y solicitaban la presencia física de los pensionistas, siendo el caso que muchos de ellos no se encontraban en pleno estado de capacidad física o intelectual suficiente a su criterio, o el de los familiares, jueces o notarios, por lo que no podían cumplir con los requisitos exigidos por las entidades que otorgaban la pensión, que era retenida dejando sin ingresos a los beneficiarios.

La persona a ser designada como curador se encontraba prevista en un orden de prelación que incluía además del cónyuge, conviviente y demás familiares o terceros, señalado expresamente en el art. 4.3 del Decreto Legislativo 1310.

4.3. La curatela especial para personas adultos mayores pensionistas a que se refiere el numeral 4.1 del presente artículo corresponde en el siguiente orden:

1. Al cónyuge no separado judicial o notarialmente, siempre que cumpla lo establecido en el artículo 289 del Código Civil. 2. Al conviviente, conforme a lo dispuesto en el artículo 326 del Código Civil [...], siempre que cumpla con lo dispuesto en el artículo 289 del Código Civil. 3. A los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo. 4. A los hermanos. 5. A los Directores de los Centros de Atención Residencial para Personas Adultas Mayores –CARPAM– del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

El proceso se tramitaba como no contencioso de competencia notarial. La prueba principal que sustentaba la petición era el certificado médico que expresara que la persona concernida se encontraba en la situación de incapacidad absoluta o relativa antes detallada. El médico estaba obligado a ratificar ante el notario el contenido de la certificación otorgada.

El trámite de curatela especial fue objeto de observación del Comité de Seguimiento por cuanto ratificaba la voluntad del legislador en el Perú de continuar con la institución de curatela, que a pesar de sus peculiaridades mantenía el modelo de sustitución de la persona concernida en el cobro de su pensión. Adicionalmente, encontramos que la norma incurría en las siguientes deficiencias:

i) No contemplaba la obligación del notario de comprobar personalmente que la persona a quien se le iba a nombrar el curador se encontrara sin posibilidad alguna de manifestar su voluntad.

ii) No se tomaba en cuenta las preferencias, trayectoria de vida o deseos expresados por el beneficiario, respecto a la elección de la persona a ser designada como su curador, el cual era elegido sin tomar precaución alguna antes de su nombramiento.

iii) No establecía un verdadero sistema de fiscalización y vigilancia del ejercicio en el cargo del curador especial que era en realidad un apoyo con facultades para gestionar, cobrar, administrar y disponer de la pensión del beneficiario.

f) *CONCLUSIÓN RESPECTO A LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD EN LA LEGISLACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA.* Conforme puede advertirse de la breve síntesis de los antecedentes a la modificación del Código Civil en materia de capacidad jurídica a partir de la Convención, existieron diversos intentos a través de normas incompletas o imperfectas por implementar los principios y mandatos que establece la Convención, en todos ellos el notario fue la autoridad elegida por el legislador como operador jurídico para llevar a cabo el otorgamiento de la escritura pública o tramitar el proceso no contencioso para favorecer el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad. En ese mismo tiempo, los jueces y fiscales no habían internalizado el control de convencionalidad, seguían aplicando en los proce-

tos civiles y penales bajo los esquemas de capacidad regulados en el Código Civil de 1984, ocasionando no pocos problemas a la actuación notarial. Los familiares que se sintieran afectados por alguna decisión de un miembro de su familia con discapacidad, elegían como principal argumento de la nulidad de la actuación de la persona con discapacidad, la nulidad de la manifestación de la voluntad, por el solo hecho de no existir norma expresa en el Código Civil que faculte la posibilidad de manifestar la voluntad utilizando diversas herramientas como son los apoyos y las cláusulas de salvaguardia.

El Decreto Legislativo 1384 no ha establecido *vacatio legis*, en consecuencia, su aplicación es inmediata. No obstante, en las Disposiciones Complementarias Finales de la norma ha establecido un plazo de 180 días calendario para que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, en coordinación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos reglamente el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias, disposiciones que se encuentran pendientes de promulgar.

Los operadores jurídicos claves en la ejecución de la reforma en el Código Civil en materia jurídica somos los notarios y jueces que estamos actualmente aplicando las nuevas normas, recibiendo en nuestros despachos el gran reto de efectuar mediante escrituras públicas o resoluciones, la designación de apoyos y salvaguardias de personas con discapacidad, así como personas que en forma anticipada prevén su futura discapacidad.

§ 3. **LA REFORMA DE LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD ESTABLECIDA EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1384, QUE RECONOCE A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN IGUALDAD DE CONDICIONES**

El Decreto Legislativo 1384 contiene la reforma integral de las disposiciones legales en materia de capacidad en lo que se refiere a la implementación de lo dispuesto en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Establece un cambio de paradigmas para los operadores jurídicos, familiares y cada uno de los ciudadanos que han quedado obligados a reconocer la capacidad jurídica en todas las actividades de la

vida de las personas con discapacidad. Regula el derecho de igualdad de la capacidad de ejercicio.

A continuación, señalamos los cambios materia de la reforma de la capacidad jurídica en la legislación peruana.

a) *LA IGUALDAD DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.* La nueva legislación modifica la regulación de la capacidad jurídica establecida en el Código Civil. Reconoce la capacidad jurídica de toda persona para el goce y ejercicio de sus derechos. En forma expresa menciona: *Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida* (art. 3°, Cód. Civil).

Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Reitera que el requisito de la edad para adquirir la capacidad plena de ejercicio es un derecho que *incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.* (art. 42, Cód. Civil).

También se ha modificado la adquisición de la capacidad plena en forma anticipada en el caso de los menores que contraigan matrimonio o ejerciten paternidad, mayores de catorce años y menores de dieciocho adquieren excepcionalmente la capacidad plena de ejercicio (art. 42, Cód. Civil).

Ha quedado establecido que la capacidad plena de toda persona abarca todos los aspectos de la vida: en consecuencia, se encuentra facultado para celebrar todo tipo de contratos, otorgar testamento, poderes, autorizaciones, establecer apoyos, celebrar matrimonio, ejercer la patria potestad, y cualquier otro acto o contrato permitido por la ley.

b) *APOYOS Y AJUSTES RAZONABLES.* El Decreto Legislativo 1384 detalla con mayor precisión a las normas anteriores, las figuras de los apoyos, ajustes razonables y salvaguardias. *Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyos para el ejercicio de su capacidad puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección* (art. 45 del Cód. Civil).

1) *Definición de apoyos.* Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para

facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien solicita el apoyo. En consecuencia, los apoyos pueden ser designados por cualquier persona mayor de edad con discapacidad o no.

En principio, el apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez que lo designe.

Las personas con discapacidad que manifiestan su voluntad pueden contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente a elección del otorgante (art. 45-B, Cód. Civil).

Las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad podrán contar con apoyos y salvaguardias designados judicialmente (art. 45-B del Cód. Civil).

Las personas en estado de coma mantienen el apoyo designado con anterioridad (art. 45-B del Cód. Civil). Es la primera vez que en la legislación peruana se regulan los derechos de las personas en estado de coma. Se entiende que la persona que se encuentra en tal situación no solo no puede manifestar voluntad, sino que además podría estar vivo solo a condición de la aplicación de medios mecánicos de auxilio que le permitan cumplir con sus funciones vitales, sin conocerse, en la mayoría de los casos si tiene posibilidad de recuperación. La posibilidad de activar la designación anticipada del apoyo que pudiera haber otorgado, permite a cualquier persona regular en forma previa, la forma y circunstancias en que desea ser atendido en caso de encontrarse en estado de coma. De esta manera se cumpliría con su voluntad, exonerando al juez de la obligación de investigar acerca de sus preferencias y deseos.

La designación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica es de competencia del notario o del juez competente, a elección del otorgante, cuando pueda expresar su voluntad (art. 659-D, Cód. Civil).

La persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo y tiene derecho a repetir contra él. Las personas en estado de coma no son responsables por las decisiones tomadas por los

apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa (art. 1976-A, Cód. Civil).

2) *Formalidades de la designación de apoyos y cláusulas de salvaguardia.* La persona que designa los apoyos y cláusulas de salvaguardia se encuentra facultado para determinar a su elección la forma, identidad, alcance, duración y cantidad de apoyos. Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas sin fines de lucro que cumplan con determinadas facultades. (art. 659-C, Cód. Civil).

3) *Publicidad de la designación de apoyos y cláusulas de salvaguardia.* Las resoluciones o escrituras públicas que establezcan o modifiquen la designación de apoyos y cláusulas de salvaguardia se inscriben en el Registro de Personas Naturales (art. 659-C, Cód. Civil).

4) *Formalidades. Designación judicial excepcional de apoyos.* El juez puede determinar, de modo excepcional, los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad. Esta medida se justifica, después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, y de habersele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos (art. 659-E, Cód. Civil).

5) *La elección de la persona o personas de apoyo por el juez.* El juez determina el o los apoyos tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas y la persona que requiere apoyo. Asimismo, fija el plazo, alcances y responsabilidad del apoyo (art. 659-E, Cód. Civil).

6) *Designación de apoyos a futuro.* La designación de apoyos a futuro está reconocida como un derecho de toda persona mayor de edad que se anticipe a la necesidad de requerir en el futuro la asistencia de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica. Reconoce el derecho del otorgante de disponer en qué personas o instituciones (art. 659-F, Cód. Civil).

7) *Los apoyos están exentos de otorgar garantía.* Las personas que realicen el apoyo no tienen la obligación de garantizar su gestión (art. 659-F, Cód. Civil). Asimismo, la norma no ha previsto el pago de honorarios a las personas que ejerzan la función de apoyos. Entendemos que esta decisión es exclusiva del otorgante.

8) *Definición de salvaguardias.* Las salvaguardias son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos, así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas (art. 659-G, Cód. Civil).

La persona que designa el apoyo o el juez, en los casos que interviene, establecen los salvaguardias que estimen convenientes para el caso concreto. Deben indicar además como mínimo los plazos para la revisión de los apoyos. El carácter voluntario de la designación de apoyo, a nuestro parecer determina que no sea obligatorio para el otorgante establecer salvaguardias, es una decisión que corresponde a la persona que designa apoyos. En cambio, cuando es el juez el que designa los apoyos, consideramos que en la medida que suple la voluntad de la persona beneficiaria, resulta conveniente que además de designar apoyos, establezca salvaguardias. En tal sentido la norma ha previsto lo siguiente.

El juez realiza todas las audiencias y diligencias necesarias para determinar si la persona de apoyo está actuando de conformidad con su mandato y la voluntad y preferencias de la persona a quien asiste (art. 659-G, Cód. Civil). Esta facultad de vigilancia y supervisión es exclusiva competencia del juez por cuanto obedece al *ius imperium*, que es exclusivo de la función jurisdiccional.

9) *Interpretación de voluntad de la persona asistida.* Cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto. (art.

659-B, Código Civil). La interpretación de la voluntad de la persona que no puede manifestarla por sí mismo, obliga al juez a reconstruir a través de testigos y otras pruebas que pueda obtener, la voluntad presunta del beneficiario a quien le designará apoyos.

c) **MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD.** El Decreto Legislativo 1384 modifica la redacción original del Código Civil en lo que respecta a la manifestación de voluntad en forma jurídicamente válida. Amplía las formas antes reconocidas de manifestación de la voluntad suficiente para crear efectos jurídicos, en especial en los casos de personas con discapacidad física o intelectual. *La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona.*

Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario (art. 141, Cód. Civil).

d) **TESTAMENTO POR ESCRITURA PÚBLICA.** La nueva legislación reconoce el derecho de las personas con discapacidad de otorgar testamento por escritura pública, expresando por sí mismo su voluntad o con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos para expresar su voluntad. El otorgante puede dictarle al notario sus disposiciones testamentarias o, entregarlas por escrito su contenido (art. 696, Cód. Civil).

e) **MODIFICACIONES EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1049 QUE REGULA LA FUNCIÓN NOTARIAL.** El notario cumple un rol importante a través del ejercicio de su función, como el profesional del derecho que debe prestar asesoría especial a las personas con discapacidad para asegurar el ejercicio de su capacidad jurídica en forma directa o con la asistencia de las personas designadas como apoyo. En forma específica el Decreto Legislativo 1384 ha modificado el Decreto Legislativo 1049, Decreto

Legislativo que regula la función notarial, estableciendo las siguientes disposiciones que instruyen al notario acerca de la prestación de sus servicios a las personas con discapacidad que solicitan la formalización de actos o contratos:

1) *Intérprete para personas sordas.* El art. 30 del Decreto Legislativo 1049 regulaba la obligación del notario de exigir la intervención de intérprete, *nombrado por la parte que ignora el idioma, el que hace la traducción simultánea declarando bajo su responsabilidad en el instrumento público la conformidad de la traducción.*

El Decreto Legislativo 1384 ha añadido un segundo párrafo al artículo antes referido, para contemplar la intervención del intérprete en el caso de las personas con discapacidad auditiva: *De igual modo, se debe asegurar la intervención de un intérprete para sordos o un guía interprete en caso de las personas sordociegas, de ser necesario.*

2) *Intervención de apoyos, indicación de ajustes razonables y salvaguardias en las escrituras públicas.* El art. 30 del Decreto Legislativo 1049 establece los requisitos formales que debe contener la introducción de la escritura pública. Esta norma ha sido modificada incorporándose nuevos incisos que establecen obligaciones especiales que debe cumplir el notario en la redacción de la introducción de las escrituras públicas en las que comparezca una persona con discapacidad que intervenga con apoyos, requiera ajustes razonables o salvaguardias.

Artículo 54. Contenido de la introducción

La introducción expresa:

[..]

g) La indicación de intervenir de una persona, llevada por el otorgante, en el caso de que este sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar, sin perjuicio de que imprima su huella digital. A esta persona no le alcanza el impedimento de parentesco que señala esta ley para el caso de intervención de testigos.

[..]

h) La indicación de los ajustes razonables y salvaguardias requeridas por una persona con discapacidad.

3) *Brindar medidas de accesibilidad necesarias, ajustes razonables y salvaguardias.* En el art. 16 del Decreto Legislativo 1049 que establece las obligaciones del notario, el Decreto Legislativo 1384 ha incorporado el inc. *q* que establece: *Brindar las medidas de accesibilidad necesarias, los ajustes razonables y salvaguardias que la persona requiera.*

f) **MODIFICACIONES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.** Son las siguientes.

1) *Reversión de la interdicción.* La interdicción era el proceso judicial al que las personas accedían en forma previa al nombramiento del curador de una persona con discapacidad, que bajo los términos de la legislación anterior era una persona incapaz, o de personas que tenían deterioro mental de nacimiento o adquirido por la edad u otras causas físicas o intelectuales. A la fecha de la promulgación del Decreto Legislativo 1384 en el Perú existía un número mayor a ocho mil personas declaradas interdictas, privadas del reconocimiento, del ejercicio de su capacidad jurídica por cuanto el curador ejercía sus funciones bajo el modelo de sustitución de la persona declarada interdicta. El reconocimiento de la capacidad plena a las personas con discapacidad a partir de la vigencia del Decreto Legislativo 1384, obliga a dejar sin efecto las medidas determinadas que se contradigan con el nuevo concepto de capacidad, la interdicción de una persona con motivo de discapacidad, resulta contraria al nuevo concepto jurídico de capacidad. El Decreto Legislativo 1384 en el inc. *a* de la Primera Disposición Complementaria Transitoria establece el derecho de reversión de la interdicción de las personas con discapacidad que hayan sido declarados interdictos por decisión judicial con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1384, transformando su sentencia en una de designación de apoyos y salvaguardias, de ser el caso. La solicitud puede presentarla cualquier persona.

2) *Adecuación de los procesos en trámite.* El inc. *b* de la primera disposición complementaria transitoria del decreto legislativo 1384, obliga al juez a transformar los procesos de interdicción en trámite, convirtiéndolos en apoyo y cláusulas de salvaguardia de acuerdo con las nuevas instituciones y los preceptos vigentes en materia de discapacidad.

Primera. Transición al sistema de apoyos y salvaguardias.

El juez transforma los siguientes procesos a uno de apoyos y salvaguardias:

a) Aquellos procesos de interdicción que cuenten con sentencia firme donde se haya nombrado curador para la persona con discapacidad. En estos casos, con la entrada en vigencia de la presente Ley, las personas con discapacidad tienen capacidad de goce y de ejercicio, siendo aplicables las reglas establecidas en el Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil.

b) Aquellos procesos de interdicción en trámite, iniciados con anterioridad a la vigencia de la presente ley. En estos casos, se suspende la tramitación del proceso y se aplican las reglas establecidas en el Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial establece las reglas y procedimientos necesarios para el correcto funcionamiento de la transición al sistema de apoyos en observancia obligatoria del modelo social de la discapacidad.

En el mes de enero de 2019, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante el Acuerdo 111-2019 aprobó el “Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad” R.A. n° 046-2019-CE-PJ publicado el 24 de enero de 2019, que desarrolla los siguientes objetivos específicos:

- Establecer Reglas y Procedimientos que permitan a los operadores de justicia el efectuar una correcta transición al sistema de apoyos, en cumplimiento de lo establecido en el Decreto Legislativo 1384.

- Implementar el sistema de apoyos para las personas con discapacidad que cuenten con una sentencia firme a través de la cual se les haya designado curador, así como las que tengan proceso de interdicción en trámite, en el más breve plazo.

3) *Eliminación de la interdicción como requisito para que las personas con discapacidad accedan a realizar algún trámite administrativo.* Era una práctica frecuente que las entidades públicas y privadas exigieran a los familiares de la persona con

discapacidad, la declaración de interdicción y designación de un curador antes de celebrar un acto o contrato; en especial, se exigía este requisito en forma previa al otorgamiento de pensiones, indemnizaciones o reconocimiento del ejercicio de derechos por sí mismo de la persona con discapacidad. El Decreto Legislativo elimina el requisito de interdicción como trámite previo para que las personas con discapacidad puedan acceder a los servicios que prestan las entidades públicas o privadas. Exige en forma expresa a todas las entidades públicas y/o privadas que adecuen sus procedimientos administrativos en un plazo no mayor de 120 días a partir de la publicación de la nueva norma (Segunda Disposición Complementaria Transitoria).

g) *CAPACIDAD DE EJERCICIO RESTRINGIDA.* El Decreto Legislativo 1384 establece como principio que la capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley; sin embargo, mantiene las instituciones de curatela e interdicción para el caso de las personas con capacidad restringida señalados en los incs. 4 al 9 del art. 44 del Cód. Civil. La nueva legislación lo ha añadido en el inc. 9 referido al caso especial de las personas en estado de coma, situación que antes no había sido contemplada en disposición legal alguna.

Otra novedad en la nueva regulación de las personas con capacidad restringida, es la eliminación de las personas con *retardo mental*, contempladas en el inc. 2 del art. 44 del Cód. Civil antes de la reforma. Así pues, como *los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad*, se encontraban incluidos en el inc. 3 del Cód. Civil anterior. En consecuencia, las personas con capacidad restringida son las siguientes:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. [Derogado]
3. [Derogado]
4. Los pródigos.
5. Los que incurren en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

9. Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

h) *APOYO Y SALVAGUARDIAS PARA LOS EBRIOS HABITUALES Y TOXICÓMANOS.* La derogación de la interdicción para las personas con discapacidad fue motivo de análisis y discusión previa; entre otros temas, la calificación de ebrios habituales y toxicómanos, respecto a si les correspondía o no ser considerados personas con discapacidad. Ello generó un debate, que finalmente fue resuelto considerando que los ebrios habituales y toxicómanos no tienen discapacidad, la situación en la que se encuentran no es ninguna de las previstas en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues en la definición que contiene en el art. 1º: *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

A pesar de no ser personas con discapacidad los ebrios habituales y toxicómanos, el legislador advirtió que en algunas ocasiones en ellas se encuentran en tal situación también son personas con discapacidad, por tanto se presenta en ellos la doble condición de persona con capacidad restringida y persona con discapacidad. En estos casos específicos, el legislador ha optado por reconocer que tienen derecho a la designación de apoyos y salvaguardias en las disposiciones complementarias finales.

Tercera. Apoyo y salvaguardias para las personas contempladas en los numerales 6 y 7 del art. 44 del Cód. Civil.

Las personas señaladas en los numerales 6 y 7 del art. 44 del Cód. Civil que cuentan con certificado de discapacidad pueden designar apoyos y salvaguardias para el ejercicio de su capacidad jurídica.

i) *VIGENCIA DE LA REFORMA Y PRÓXIMO REGLAMENTO.* El Decreto Legislativo 1384 no ha establecido *vacatio legis*, en consecuencia, su aplicación es inmediata. No obstante, en las Disposiciones Complementarias Finales de la norma ha establecido un plazo de 180 días calendarios para que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, en coordinación con el Mi-

nisterio de Justicia y Derechos Humanos reglamente el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias. Este reglamento ha sido publicado con fecha 3 de mayo de 2019 y se encuentra en el Portal Institucional del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, así como en el Portal Institucional del Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad –Conadis– y se encuentra a la recepción de aportes y comentarios.

§ 4. **AMPLIACIÓN DE LA REFORMA EN LA CAPACIDAD JURÍDICA ESTABLECIDA EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1417**

Continuando con la reforma de la capacidad jurídica, con fecha 12 de septiembre de 2018 se promulgó el Decreto Legislativo 1417 que modifica los arts. 50 y 76 de la ley 29.973 (Ley General de la Persona con Discapacidad), los arts. 1° a 3° de la ley 30.119, ley que concede el Derecho de Licencia al Trabajador de la actividad pública y privada para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad y modifica el art. 4° del Decreto Legislativo 1310 que establecía el proceso de curatela especial al que nos hemos referido en las primeras páginas de este documento.

Señalamos a continuación en forma breve las reformas establecidas en el Decreto Legislativo 1417:

a) **MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 50 Y 76 DE LA LEY 29.973, LEY GENERAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.** Establece la obligación de todo empleador público o privado de establecer ajustes razonables en el proceso de selección de recursos humanos y en el lugar de trabajo de la persona con discapacidad.

Modifica las condiciones de otorgamiento de los certificados de discapacidad.

b) **MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1°, 2° Y 3° DE LA LEY 30.119, LEY QUE CONCEDE EL DERECHO DE LICENCIA AL TRABAJADOR DE LA ACTIVIDAD PÚBLICA Y PRIVADA PARA LA ASISTENCIA MÉDICA Y LA TERAPIA DE REHABILITACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.** Establece el derecho de los trabajadores y trabajadoras de la actividad pública y privada a gozar de licencia para la asistencia médica y la terapia

de rehabilitación que requieran sus hijos o hijas menores con discapacidad y mayores con discapacidad sujetos a curatela, así como la licencia para las personas designadas como apoyo de una persona mayor de edad con discapacidad.

La licencia es otorgada por el empleador con goce de haber hasta por un plazo de cincuenta y seis horas consecutivas o alternativas anualmente.

c) *PROCESO NO CONTENCIOSO DE DESIGNACIÓN NOTARIAL DE APOYO ESPECIAL.* El Decreto Legislativo 1417 modifica el art. 4° del Decreto Legislativo 1310 que establecía el proceso no contencioso de competencia notarial de curatela especial para las personas adultas mayores pensionistas o beneficiarias de la ley 29.625, Ley de Devolución de Dinero del Fonavi a los Trabajadores que Contribuyeron al mismo, o beneficiarias o usuarias de programas nacionales de asistencia no contributivos, sustituyéndolo por el proceso no contencioso de designación de apoyos de competencia notarial o judicial.

Las facultades del apoyo designado en este proceso se encuentran delimitadas por el art. 4.2 del Decreto Legislativo 1417:

4.2 *Definición de apoyo:* El apoyo es aquella persona natural que facilita el cobro de la pensión, devolución de aportes económicos o subvenciones económicas referidas en el numeral 4.1. Dicha persona presta su apoyo en la manifestación de la voluntad de la persona adulta mayor, que incluye la comunicación, comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo; y la administración del dinero recibido.

d) *REQUISITO DE LA PERSONA A FAVOR DE QUIEN SE SOLICITA LA DESIGNACIÓN DE APOYO.* La tramitación de este proceso de designación de apoyo procede exclusivamente en los casos que la persona adulta mayor no pueda manifestar su voluntad, aún después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes, y prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables.

e) *TRÁMITE DE DESIGNACIÓN DE APOYO.* La solicitud de designación de apoyo se realiza en vía notarial de acuerdo al orden establecido en el art. 4.3.1 del Decreto Legislativo 1417:

a) El apoyo previamente designado por la persona adulta mayor, antes de encontrarse imposibilitada de manifestar su voluntad.

b) El/la cónyuge no separado judicial o notarialmente, siempre que cumpla lo establecido en el artículo 289 del Código Civil (deber de cohabitación).

c) El/ la conviviente, siempre que cumpla lo dispuesto en los artículos 289 y 326 del Código Civil (convivencia y requisitos para ser reconocida la unión de hecho).

d) Los/las descendientes, prefiriéndose el más próximo.

e) Los/las hermanos/as.

f) La persona que preste asistencia o tenga bajo su cuidado a la persona adulta mayor.

g) El/la directora/a del Centro de Atención a Personas Adultas Mayores del sector público.

Las personas comprendidas en los literales precedentes se encuentran legitimadas para solicitar la designación de apoyos.

f) *TRÁMITE DEL PROCESO NO CONTENCIOSO DE DESIGNACIÓN DE APOYO.*

El tercero presenta una solicitud que debe contener los datos y documentos que acrediten la identidad del beneficiario, la identificación de la persona a ser designada apoyo, así como los documentos que acrediten la vinculación suficiente para ser designado apoyo; el certificado médico emitido por un neurólogo o psiquiatra que acredite la imposibilidad de manifestar la voluntad de la persona adulta mayor, la declaración de dos testigos mayores de edad que conozcan a la persona adulta mayor y den fe de la imposibilidad que tiene de manifestar su voluntad.

Adicionalmente con el objeto de acreditar la calidad moral de la persona a ser designada apoyo, la norma exige una declaración jurada de la persona que va a ser designada como apoyo de no tener antecedentes penales, policiales y judiciales, así como una declaración jurada de que no es un deudor alimentario.

Presentada la solicitud con todos los requisitos, el notario dispone la publicación en el diario de un extracto de su conte-

nido, luego de lo cual espera un plazo de 15 días hábiles desde la publicación del aviso y de no formularse oposición al trámite extiende la escritura pública en la que nombra al apoyo, señalando sus facultades y obligaciones.

Concluido el proceso no contencioso, el notario cursa los partes para su inscripción en el Registro Personal de los Registros Públicos.

§ 5. **CONCLUSIONES**

A partir del mes de septiembre del año 2018 en el Perú se ha modificado el Código Civil y demás disposiciones legales que regulaban la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, bajo el concepto del modelo de sustitución a través de la declaración de interdicción y la institución de curatela, mediante la cual se designaba a una persona que recibía las facultades de ejercicio correspondientes a la persona con discapacidad. Tal destitución ha sido reemplazada por el principio de reconocimiento de capacidad jurídica de toda persona mayor de 18 años que pueda manifestar voluntad.

El cambio del régimen jurídico en materia de capacidad, ha tomado desprevenidos a los operadores jurídicos y la ciudadanía en general; no existía conciencia generalizada de la discriminación que se venía efectuando por entidades públicas y privadas respecto a las personas con discapacidad. Aunque existieron algunos intentos aislados de pronunciamientos del Indecopi, la Defensoría del Pueblo y algunas pocas sentencias judiciales que aplicaron control de convencionalidad, la inmensa mayoría ha sido sorprendida con los cambios de la legislación.

Los notarios acostumbrados a dar fe de capacidad, tenemos que adecuar nuestra actuación de manera tal que permitamos la implementación de las nuevas normas en materia de capacidad jurídica, dado que nos han depositado la confianza de brindar todas las facilidades a las personas con discapacidad para que pueda ejercer sus derechos por sí mismo o con la intervención de apoyos y salvaguardias.

El notario, bajo el nuevo régimen, recibe directamente la declaración de voluntad de las personas con discapacidad en todos los actos y contratos que decida realizar. Formaliza la

designación de apoyos y cláusulas de salvaguardias a solicitud de la persona con discapacidad, así como también la que pudiera otorgar cualquier persona con capacidad que desee elegir a futuro los apoyos y salvaguardias que resulten aplicables ante su probable discapacidad.

Corresponde a los notarios ahora asumir el reto de realizar este importante cambio en la sociedad peruana, es nuestro deber ratificar una vez más que el notario es garante de los derechos fundamentales de la persona, en especial de aquellos que se encuentran en estado de vulnerabilidad, que son las personas con discapacidad que por cientos de años han estado discriminados en cuanto al derecho a la igualdad.

BIBLIOGRAFÍA

- DÍAZ ALABART, SILVIA, *Familia y discapacidad*, Madrid, Reus, 2010.
- GARCÍA ALGUACIL, M. JOSÉ, *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Madrid, Reus, 2016.
- JIMENEZ, EDUARDO P., *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, Bs. As., Ediar, 2006.

LEGISLACIÓN

PROYECTO DE LEY 3564/18

ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN

Artículo 1º – Sustitúyese el art. 33 del Cód. Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley nacional 26.994, por el siguiente:

“Art. 33. Legitimados. – Están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida:

- a) El propio interesado.
- b) La persona designada en una directiva anticipada en los términos del artículo 60 y 139 del presente Código.
- c) El cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado.
- d) Los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado.
- e) El Ministerio Público”.

Art. 2º – Sustitúyese el art. 59 del Cód. Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley nacional 26.994, por el siguiente:

“Art. 59. Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. – El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:

- a) Su estado de salud.
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos.

c) Los beneficios esperados del procedimiento.

d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles.

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

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

g) En caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable.

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

Excepto disposición legal en contrario, nadie, incluso la persona en situación de vulnerabilidad, puede ser sometida a investigaciones en salud, a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos, sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos necesarios.

Las personas menores de edad, las personas con discapacidad, las personas mayores, las personas pertenecientes a comunidades indígenas, o cualquier otra que se encuentre en situación de vulnerabilidad, deben recibir información previa adecuada, clara y oportuna, que resulte accesible y comprensible de acuerdo con su identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación. En el caso de necesitar apoyo, asistencia o representación, se le deberá proveer por vía judicial o extrajudicial.

Se deberán respetar las directivas otorgadas en los términos de los arts. 60, 60 bis y 60 ter del presente Có-

digo, aun cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica. En caso de haber designado a una persona encargada de hacer cumplir las directivas, ésta será quien otorgue el consentimiento respectivo. Si el paciente no se ha expresado anticipadamente, el consentimiento podrá ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”.

Art. 3º– Sustitúyese el art. 60 del Cód. Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley nacional 26.994, por el siguiente:

“Art. 60. Actos de autoprotección. Directivas anticipadas. – Toda persona, incluso en situación de vulnerabilidad, tiene derecho a anticipar directivas y a conferir mandato acerca de las materias autorreferentes extra patrimoniales y patrimoniales en previsión de una eventual pérdida de su discernimiento.

Sin perjuicio de los requisitos de todo acto jurídico, regirán las siguientes disposiciones:

a) *Contenido del acto.* Las disposiciones pueden versar sobre cuestiones atinentes a la salud del otorgante, a su cuidado personal, a su lugar de residencia, a sus bienes y a la designación del propio curador o apoyo. Asimismo, pueden designar a una o más personas para que lo representen cuando sea necesario y lleven a cabo los actos que requieran el cumplimiento de la voluntad expresada.

b) *Nulidad.* Son nulas aquellas disposiciones que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, afecten al bien común, derechos de terceros, o sean contrarias al ordenamiento jurídico.

c) *Forma.* El acto de autoprotección debe ser otorgado por escritura pública, o ante autoridad judicial con la presencia de dos testigos.

d) *Revocación y modificaciones.* Las disposiciones anticipadas contenidas en el acto de autoprotección pueden ser libremente modificadas y revocadas por quien las manifestó, utilizando la misma forma con la que fueron otorgadas. En casos de urgencia, las disposiciones anticipadas podrán ser modificadas y revocadas sin restricciones, cualquiera sea la forma con la que se otorgaron.

e) *Registración.* Los actos de autoprotección, sus modificaciones y revocaciones, realizados ante escribanos o autoridad judicial, se inscribirán en los registros que a tal fin funcionarán en los colegios notariales de cada jurisdicción, quienes deberán facilitar el acceso a la información de modo eficaz. Ante la carencia de recursos u otros impedimentos suficientemente acreditados por el interesado, los colegios notariales deberán garantizar las condiciones que permitan el otorgamiento del acto en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones”.

Art. 4º – Incorpórase como art. 60 bis del Cód. Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley nacional 26.994, el siguiente:

“Art. 60 bis. Personas especialmente protegidas. Situaciones de vulnerabilidad. – Podrán otorgar actos de autoprotección en los términos del presente artículo:

Personas menores de edad: A partir de los dieciséis años, la persona tiene derecho a otorgar directivas anticipadas mediante un acto de autoprotección. El adolescente de trece años y menor de dieciséis, puede hacerlo conforme a las disposiciones del art. 26 de este Código. Sin perjuicio de ello, las personas menores tienen siempre el derecho a expresar su opinión en el marco de un acto de autoprotección, y a que su opinión sea tenida en cuenta conforme con su desarrollo y madurez.

Personas con discapacidad: Tienen derecho a tomar decisiones autorreferentes con respecto a su futuro en un acto de autoprotección y a que su voluntad sea respetada, con las limitaciones que eventualmente surjan de una sentencia judicial. En este último supuesto, tendrán derecho a expresar su opinión y a que siempre sea tenida en cuenta.

Personas mayores: Toda persona en su vejez tiene derecho a tomar decisiones con respecto a su futuro y a la definición de su plan de vida a través de un acto de autoprotección y a que esta voluntad sea respetada. Estas decisiones pueden incluir directivas referidas al establecimiento de su domicilio, a la determinación de con quién vivir; a la elección de sus cuidadores, de los servicios residenciales gerontológicos de larga estadía o diurnos, a las prestaciones de salud que considere apropiados para sí; a otorgar directivas sobre la administración de sus recursos económicos y a la designación de sus representantes o personas de confianza que le presten apoyo.

Personas pertenecientes a comunidades indígenas: tienen derecho a tomar decisiones en materia de salud y en campos autorreferentes relativos a su persona y a su patrimonio, conforme a sus tradiciones y a sus prácticas.

La enumeración del presente artículo no podrá entenderse como restrictiva del otorgamiento de actos de autoprotección por personas que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad”.

Art. 5° – Incorpórase como art. 60 ter del Cód. Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley nacional 26.994, el siguiente:

“Art. 60 ter. Poder y mandato preventivo. – Son poderes o mandatos preventivos los otorgados para ejecutarse ante la eventual pérdida de las aptitudes de autogobierno del poderdante o mandante.

Toda persona puede otorgar poder o mandato y revocarlo, bajo las mismas condiciones y formalidades reguladas en los artículos precedentes.

El poderdante o mandante de un poder general podrá disponer su continuidad, aún ante la pérdida del discernimiento o restricción judicial a su capacidad de ejercicio.

Los poderes o mandatos deben inscribirse en el Registro de Actos de Autoprotección del colegio notarial correspondiente.

Art. 6° – Sustitúyese el art. 61 del Cód. Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley nacional 26.994, por el siguiente:

“Art. 61. Exequias. – Toda persona en uso de su discernimiento puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias, inhumación y cremación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o ésta no puede presumirse, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad”.

Art. 7° – Sustitúyese el art. 139 del Cód. Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley nacional 26.994, por el siguiente:

“Art. 139. Personas que pueden ser curadores. – Toda persona en uso de su discernimiento puede designar, mediante una directiva anticipada en la forma dispuesta en el art. 60, a quien ha de ejercer su apoyo o curatela y a quien ejercerá el control sobre el cumplimiento de las disposiciones en materias autorreferentes que hubiese estipulado, y darle sus instrucciones al respecto.

Los padres pueden nombrar apoyos y curadores de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores.

Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente. No obstante no pueden ser designados apoyos o curadores quienes no pueden ser tutores de acuerdo a lo dispuesto por el art. 110 del presente Código, especialmente la persona excluida expresamente para dicha función en un acto de autoprotección o judicialmente.

A falta de estas previsiones, el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger, según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica”.

Art. 8° – Sustitúyese el inc. *h* del art. 380 del Cód. Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley nacional 26.994, por el siguiente:

“h) Por la restricción judicial al ejercicio de la capacidad en el representante o en el representado para aquellos actos expresamente limitados por la sentencia. Si en el instrumento se hubiera dispuesto su continuidad ante la pérdida del discernimiento o restricción judicial a la capacidad de ejercicio del otorgante, el juez puede decidir su subsistencia o extinción en el mejor interés del otorgante.

El poder preventivo otorgado en los términos del art. 60 ter del presente código sólo se extingue por resolución judicial, la cual debe ser inscripta en el registro correspondiente. El juez puede también resolver su continuidad si el apoderado cuenta con facultades suficientes para proteger los derechos del poderdante”.

Art. 9° – Sustitúyese el inc. *e* del art. 1329 del Cód. Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley nacional 26.994, por el siguiente:

“e) Por la muerte o declaración judicial de incapacidad o de restricción a su ejercicio del mandante o del mandatario, para aquellos actos limitados en la sentencia. Si en el mandato se hubiera dispuesto su continuidad ante la pérdida del discernimiento o restricción judicial a la capacidad de ejercicio del mandante, el juez puede decidir su subsistencia o extinción en interés del mandante.

El mandato preventivo otorgado en los términos del artículo 60 ter del presente código sólo se extingue por resolución judicial, la cual debe ser inscripta en el registro correspondiente. El juez puede resolver su continuidad si el mandatario cuenta con facultades suficientes para proteger los derechos del mandante”.

Art. 10. [De forma]

FUNDAMENTOS

El presente proyecto propone una regulación legal de los actos de autoprotección y de las directivas anticipadas concomitantes, acorde con la normativa constitucional y convencional vigente. Propicia su otorgamiento por parte de todas las personas cuando cuentan con discernimiento suficiente

para ello, aunque estén situadas en contextos de vulnerabilidad. Promueve que los actos de autoprotección abarquen directivas anticipadas de diferente naturaleza, de acuerdo a las inquietudes y necesidades de cada persona. Así como también introduce los mandatos y poderes preventivos como una herramienta más de autoprotección. Razón por la cual, hace necesaria la modificación de los artículos del Código Civil y Comercial de la Nación vinculados con los actos de autoprotección y con el respeto a la voluntad de las personas en sus actos autorreferentes.

Entre los antecedentes de este proyecto cabe mencionar el redactado por la Comisión del Consejo Federal del Notariado Argentino, identificado como “Proyecto 2707- D-2012”, que perdió en su momento estado parlamentario. Pero además, se destaca el proyecto sobre modificación del Código Civil y Comercial en esta materia presentado en expte. 8494-D-2016, Trámite Parlamentario 179 (30/11/16), por los diputados Hugo María Marcucci, Martín Osvaldo Hernández, y Mario Domingo Barletta.

El Código vigente recepta la constitucionalización del derecho privado, al tener en cuenta los tratados de DDHH y los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad. Sin embargo, sobre la materia que tratamos no logró adecuarse completamente a este propósito. En efecto, si bien los actos personalísimos y autorreferentes son receptados en los arts. 60 y 139, sus disposiciones resultan poco claras e insuficientes y no se ajustan a la evolución operada en el derecho en cuanto a la autonomía y capacidad jurídica de las personas en situación de vulnerabilidad. Ello obliga a recurrir a remisiones y a la aplicación analógica de otras normas. Por estas razones proponemos una regulación más completa y adecuada de la materia.

a) *AUTOPROTECCIÓN: DIRECTIVAS ANTICIPADAS. CONCEPTO Y DENOMINACIÓN.* Entendemos por derecho de autoprotección a la facultad que tiene todo ser humano a decidir acerca de las materias autorreferentes a su persona y su patrimonio para el futuro, ante la eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno, y a dejar plasmada su voluntad, de manera fehaciente, mientras cuenta con aptitudes suficientes para ello, para que sea respetada en el futuro.

La regulación legal debe ser suficientemente amplia para abarcar las circunstancias y preocupaciones de cada persona, admitir directivas anticipadas para el supuesto de una restricción judicial a la capacidad de ejercicio (la autotutela española), o para el supuesto de una eventual pérdida del discernimiento definitiva o transitoria, instrucciones a personas indeterminadas o facultades de representación a personas de confianza. En este último caso también se deben admitir los poderes y mandatos preventivos.

Por tratarse de una materia nueva, presenta dificultades terminológicas. En general, la denominación “directivas anticipadas” se suele utilizar para las que tienen por objeto disponer en materia de salud, no obstante todo acto de autoprotección contiene directivas anticipadas a la eventual pérdida del propio discernimiento, por ello nos referimos indistintamente a “directivas anticipadas” o “actos de autoprotección”. Quizá las disposiciones en salud sean más conocidas por su trascendencia, aunque cabe destacar que estos actos pueden versar sobre una amplia gama de materias, como luego señalaremos. La denominación “actos de autoprotección”, que es la más generalizada en Argentina dentro del ámbito notarial, fue propuesta por la delegación española en las VIII Jornadas Notariales Iberoamericanas de Veracruz (México) en 1998. Pero tanto en el derecho comparado como en nuestro país, han recibido diferentes denominaciones. Se habla así de “testamento para la vida” (traducción literal de “living will”, como se lo denomina en el derecho anglosajón), “disposiciones y estipulaciones para la propia incompetencia”, “previsiones para la eventual pérdida del discernimiento”, entre otras¹.

b) FUNDAMENTOS LEGALES. Un breve repaso de los fundamentos y antecedentes legales en la materia (normas constitucionales y convencionales, legislación nacional y provincial, derecho comparado y jurisprudencia) reafirma la necesidad de modificar la legislación vigente para contar con una regulación clara y adecuada a ellos.

1) *Derechos humanos en situaciones de vulnerabilidad. Derechos personalísimos.* El desarrollo a nivel internacional de

¹ LLORENS - RAJMIL, *Derecho de autoprotección*, p. 4 y siguientes.

los derechos humanos y su positivización, especialmente desde comienzos del siglo xx, brinda sólidos fundamentos a las modificaciones propuestas en el presente proyecto.

La comunidad internacional ha avanzado en la sanción de instrumentos internacionales específicos para grupos de personas que viven situaciones especialmente vulnerables, con poder vinculante para los Estados signatarios. Estas convenciones, como la Convención de los Derechos del Niño (CDN), la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y la Convención Interamericana para la protección de los DDHH de las Personas Mayores, son portadoras de paradigmas comunes que sostienen, en la mayor medida posible, el ejercicio autónomo de los derechos, la participación, y el respeto a la voluntad y los deseos de todas las personas.

2) *Constitución nacional.* El art. 19 de nuestra carta magna protege los actos autorreferentes, es decir aquellos que pertenecen a la esfera de privacidad de la persona, con la única limitación de que no afecten el orden público ni derechos de terceros. Los actos de autoprotección comprenden, sin duda, materias autorreferentes, por lo cual no se los puede limitar en su contenido, como parecen hacerlo las normas vigentes.

El art. 75, en su inc. 22, incorpora los tratados internacionales sobre derechos humanos, con jerarquía constitucional. El inc. 23 del mismo artículo se refiere a las medidas de acción positivas como aquellas que garantizan la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

El respeto hacia los actos conferidos para ser cumplidos luego de la pérdida del propio discernimiento, precisamente con el objeto de resguardar para ese caso los legítimos intereses y deseos de la persona, contribuye al cumplimiento de ese paradigma, especialmente en el caso de personas en situación de vulnerabilidad pero con discernimiento suficiente para otorgar este tipo de actos.

3) *Convención Internacional de los Derechos del Niño.* Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el

20 de noviembre de 1989, aprobada por la República Argentina por ley nacional 23.849, sancionada el 27/9/90, y luego incorporada a la Constitución nacional en la reforma de 1994 (art 75, inc. 22).

Para la convención no existen parámetros rígidos, los niños deben ejercer de manera progresiva sus derechos en consonancia con la evolución de sus facultades (art . 5) y gozan del derecho a expresar su opinión sobre los asuntos que le conciernen y a que esta opinión sea tenida en cuenta de acuerdo a su desarrollo y madurez (art. 12). Con lo cual el parámetro fundamental a tener en cuenta en materia de ejercicio de derechos es la real aptitud de discernimiento del sujeto.

4) *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD). Sistema de apoyos en la toma de decisiones.* El 13 de diciembre de 2006 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la CIDPD que se incorpora al derecho argentino por ley 26.378 en 2008. En la actualidad, cuenta con rango constitucional por ley 27.044 del 22 de diciembre de 2014.

Entre sus principios generales establecidos en el art. 3 se destacan: el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la igualdad de oportunidades.

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

El sistema de apoyos, que debe acompañar a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos, tiene por fin respetar su autonomía y su voluntad en la mayor medida posible. En este marco podemos observar que los actos de autoprotección promueven precisamente el respeto a esa voluntad, cuando pudo ser fehacientemente expresada. El régimen de

apoyos se perfila en las funciones de las personas designadas por el otorgante para cumplir sus mandas, en quienes deposita su confianza, las mismas personas que deberán proteger sus derechos y el respeto a su voluntad, deseos y preferencias.

5) *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.* Esta convención, aprobada en 2015 por la Organización de Estados Americanos (OEA) y ratificada por nuestro país por ley 27.360 del 31 de mayo de 2017, tiene como objeto promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas mayores que viven en la región, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

Su art. 7 se refiere a la independencia y a la autonomía de la persona mayor y reconoce el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos. Dispone que los Estados parte asegurarán:

a) *El respeto a la autonomía de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos.*

b) *Que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico.*

El art. 11 resulta trascendente, ya que regula el consentimiento informado y las directivas anticipadas. Además de proclamar el derecho irrenunciable de la persona mayor a manifestar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud, califica a la negación de este derecho como una forma de vulneración de los derechos humanos. Asimismo, dispone que los Estados parte deberán establecer un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos. En estos casos, esta voluntad anticipada podrá

ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor, por medio de instrumentos jurídicamente vinculantes, de conformidad con la legislación nacional.

El art. 30 presenta similar redacción al art 12 de la CDPD, se titula: Igual reconocimiento como persona ante la ley. Es así que: 1) reconoce a las personas mayores capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida; 2) obliga a los Estados parte a proporcionar acceso a la persona mayor al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, y 3) dispone que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se establecerán salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Además, se asegurará que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor.

El acto de autoprotección es una herramienta eficaz para garantizar a la persona mayor el respeto a estos derechos.

6) *Legislación nacional.*

a) *Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.* Ley 26.061. Esta ley, sancionada el 28/9/05, tiene por objeto, como su nombre lo indica, la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Constituye una consecuencia legislativa de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su art. 40 impone a los Estados parte la obligación de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos consagrados.

La ley profundiza los principios de la convención, así como los derechos reconocidos, especialmente en cuanto a la autonomía progresiva del niño para el ejercicio de sus derechos y su derecho a participar en toda decisión que lo afecte.

b) *Derechos del paciente.* Ley 26.529 modificada por ley 26.742. La ley 26.529 sobre “derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, historia clínica y consentimiento informado” se sancionó el 21 de octubre de 2009 y fue modificada en 2012 por la ley 26.742 –que se conoce como “ley de muerte digna”–. Referida únicamente al ámbito de la salud, constituye el primer reconocimiento legislativo en el orden nacional de las directivas anticipadas, que son

reguladas en su art. 11. Prioriza la voluntad del paciente en las decisiones que involucran su salud y le reconoce en ese ámbito el ejercicio de sus derechos fundamentales.

c) *Derecho a la protección de la salud mental.* Ley 26.657². Sancionada el 25/11/10, tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental. La ley se aleja de la tradición que asociaba de manera ineludible enfermedad mental con incapacidad jurídica para el ejercicio de los derechos. En su art. 5° expresa claramente que la existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza a presumir la incapacidad. Vincula la salud mental con la concreción de los derechos humanos y sociales y parte de la presunción de capacidad de todas las personas (art. 3°). Se refiere, entre otros, al derecho del paciente a recibir el tratamiento que menos restrinja sus derechos y libertades, el derecho a ser acompañado por la persona a quien el paciente designe, a recibir o rechazar asistencia espiritual o religiosa, a ser informado de manera adecuada, a tomar decisiones relacionadas con su atención y tratamiento, a ser reconocido siempre como sujeto de derecho (art. 7°). El decr. regl. 603/13 (art 7°, inc. k) se refiere especialmente a las directivas anticipadas en materia de salud mental.

7) *Legislación provincial.* Encontramos antecedentes en la legislación provincial, en algunos casos únicamente en el ámbito de la salud. Así ocurre con las leyes 4263, de 2007, y 4264, de 2008, de la provincia de Río Negro; la ley 2611, de 2008, de la provincia del Neuquén y la ley 10.058 sobre declaración de voluntad anticipada de la provincia de Córdoba, sancionada el 16/5/12.

En 2008, la provincia del Chaco dictó la ley 6212 que modificó su Código de Procedimientos Civil y Comercial e incorporó la obligación de los jueces que entienden en los juicios de insania (así llamados entonces), de solicitar informes al Registro de Actos de Autoprotección, que funciona en el ámbito del

² Sancionada: 25/11/10. Ver LLORENS - RAJMIL, *Comentario a la ley 26.657*, "Revista del Instituto de Derecho e Integración", n° 5, 2011, p. 175 y ss.; LLORENS - RAJMIL, *Apreciaciones previas y parciales sobre la ley 26.657*. "Revista Notarial", n° 967, 2011, p. 19.

Colegio de Escribanos, y de priorizar las directivas impartidas por el presunto insano.

La legislatura de la provincia de Buenos Aires dictó, el 14/7/10, la ley 14.154 para modificar su ley orgánica notarial y regular el funcionamiento del Registro de Actos de Autoprotección creado por el Colegio de Escribanos de dicha provincia. En noviembre de 2011 se sancionó la ley 14.334 que introdujo reformas a su Código de Procedimientos entre las cuales estableció que el juez deberá officiar al Registros de Actos de Autoprotección a fin de receptar la voluntad de la persona sometida a un juicio de curatela con respecto al nombramiento de su propio curador y otras directivas, si las hubiere.

En la provincia de Chubut, en marzo de 2011, se sancionó la ley III n° 34 que reconoció el derecho de toda persona a otorgar actos de autoprotección por escritura pública. Al efecto de su inscripción creó el Registro de Voluntades Anticipadas en la órbita del Colegio de Escribanos de la provincia.

También la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 2011 modificó su ley orgánica notarial (ley 404), mediante ley 3933, e incorporó el Registro de Actos de Autoprotección en el ámbito del Colegio de Escribanos.

8) *Legislación extranjera.* El derecho comparado recepta estos actos, con diferentes denominaciones y regulaciones³. En 1990, Alemania, en su “Ley de reforma del derecho de tutela y curatela para mayores de edad”, ya reguló el poder de previsión de asistencia a la vejez y la designación del propio curador⁴. En Italia, desde el 2003, el Código Civil contempla la figura del “administrador de sustento”⁵. En España, la legislación recepta la designación del propio tutor (curador)⁶,

³ Sobre el tema, consultar CALO, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*. LLORENS - RAJMIL, *Derecho de autoprotección*, p. 38.

⁴ Esta ley incluye una disposición trascendente: la designación del propio curador no es obligatoria para el juez; sin embargo, este no puede designar en ese cargo a quien haya sido expresamente rechazado por el disponente.

⁵ Ver DURANTE, *Directivas anticipadas y nombramiento judicial de tutela limitada (amministrazione di sostegno) en Italia*. “Revista de Derecho de Familia y de las Personas”, año IV, n° 10, 2012, p. 261 y siguientes.

⁶ Art. 223 del Cód. Civil de España, conf. Ley 41/2003: “[...] Cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacita-

las directivas previas en materia de salud, la subsistencia del mandato en caso de incapacidad del mandante⁷. En Francia en 2005 también se legisla sobre directivas anticipadas en materia de salud y en 2007 sobre el mandato de protección futura. Austria legisla en 2006 sobre el testamento biológico.

En América, Estados Unidos puede calificarse como la cuna del *living will*, con abundante legislación y jurisprudencia. Desde 1994, el Código Civil de Quebec prevé el mandato otorgado en previsión de la propia ineptitud. En el Distrito Federal de México se admite la designación del propio tutor (curador). En 2009, Uruguay sanciona la ley 18.473 sobre voluntad anticipada en materia de salud. La reforma del Código Civil de Perú por la ley 29.633 reconoce el nombramiento del propio curador⁸.

9) *Jurisprudencia*. Con respecto a las decisiones del paciente referidas a su propia salud, aun antes de la sanción de la ley 26.742, los conocidos casos “Bahamondez”⁹ y “Albarracini”¹⁰ sentaron precedentes en cuanto al respeto a la decisión del paciente, en el primero, y a las directivas anticipadas otorgadas en el segundo. En ambos casos el paciente se negaba a reci-

da judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor [...]”.

⁷ Art. 1732 del Cód. Civil de España conf. Ley 41/2003: “[...] El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.”

⁸ Ver MEJÍA ROSASCO, *Comentario a la Ley 29.633: designación del propio curador en la legislación peruana*, “Revista Notarial”, 2011, p. 621 y ss.; *Hacia la protección de la voluntad de la persona vulnerable*, “Revista IDel”, n° 7, 2012, p. 159 y siguientes.

⁹ CSJN, 6/4/93, “Bahamondez, Marcelo”, *LL*, 1993-D-125. “La dignidad humana prevalece aquí frente al perjuicio que posiblemente cause la referida ausencia de transfusión sanguínea” (del voto de los doctores Cavagna Martínez y Boggiano).

¹⁰ CNCiv, Sala A, 31/5/12, “A. N. J. W. s/medidas precautorias”, *LL*, 2012-C-374, con nota de LLORENS - RAJMIL, *El derecho a la vida, a la salud y a la autonomía de las personas*. También CSJN, 1/6/12, “Albarracini Nieves, Jorge W.”, *LL*, 2012-C-483.

bir transfusiones de sangre en razón de profesar el culto de los Testigos de Jehová. Se consideró especialmente el derecho a la autonomía individual y el ámbito de libertad que otorga el art. 19 de la Const. nacional para adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de sí mismo, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros.

Tres sentencias del Juzgado en lo Criminal y Correccional n° 1 de Transición de Mar del Plata a cargo del doctor Pedro F. Hooft en 2005¹¹, 2012¹² y 2014¹³, reconocen el derecho constitucional a la autodeterminación personal y al respeto efectivo de sus directivas anticipadas.

10) *El Proyecto*. Razones de las modificaciones propuestas. Legitimados para solicitar la restricción judicial a la capacidad de ejercicio.

El presente proyecto propone modificar en primer lugar el art. 33 del Código vigente para incluir entre quienes pueden solicitar la restricción a la capacidad de ejercicio, o declaración de incapacidad a quien fuera designado para ello, en una directiva anticipada. Lo cual resulta de toda lógica.

11) *Consentimiento informado para actos médicos*. En su art. 2° el proyecto introduce algunas modificaciones al art. 59 del Cód. Civil y Comercial que regula el consentimiento informado para los actos médicos. En primer lugar propone que los pacientes menores de edad, con discapacidad o mayores o pertenecientes a comunidades indígenas reciban información previa adecuada, clara y oportuna, accesible y de manera comprensible de acuerdo con su identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación. Se procura garantizar que las decisiones sean asumidas en la mayor medida posible por el propio paciente, con total comprensión de la situación y de sus posibles consecuencias, para que se respete su voluntad y para

¹¹ El texto de dicha sentencia, con comentario de José María Tau puede consultarse en “Revista Notarial”, n° 951, p. 647 y ss., disponible en www.colescba.org.ar. También en “Revista IDel”, n° 4, p. 153 con comentario del doctor Pedro Federico Hooft.

¹² JuzgCrimCorr n° 1 Mar del Plata, LL, 15/8/12.

¹³ Sentencia firme del JuzgCorr n° 4 Mar del Plata, juez Pedro Federico Hooft, Secretaria Geraldina J. Picardi. Causa n° 4033. Sin publicar.

evitar que el consentimiento informado se convierta en un simple trámite formal, carente de real contenido.

En segundo lugar se modifica el último párrafo del artículo para disponer con mayor precisión que si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica, pero la ha expresado anticipadamente en los términos del art. 60, ss. y concs. del Código, se respetarán dichas directivas, y el consentimiento será otorgado por quien hubiese sido designado en ellas. La redacción propuesta deja claro que en primer lugar deben respetarse las directivas anticipadas otorgadas por el paciente.

12) *Contenido del acto.* Los arts. 60 y 139 vigentes parecen receptar las directivas anticipadas solo para el ámbito de salud y el nombramiento de curador. Sin embargo, se vinculan estrechamente con el ejercicio de los derechos personalísimos, que integran hoy el ámbito de los derechos humanos. Aquellos que corresponden a todo ser humano más allá de sus circunstancias y que, en determinadas situaciones de vulnerabilidad, requieren de herramientas jurídicas adecuadas que garanticen su ejercicio igualitario. En las escribanías se reciben requerimientos frecuentes de personas que desean planificar su futuro y no dejarlo librado a las decisiones de terceros, y suelen plantear preocupaciones de diferente naturaleza vinculadas al proyecto de vida de cada uno, a sus circunstancias, valores, deseos e intereses. El proyecto propone la modificación del art. 60, dejando en claro que el acto abarca las directivas en salud, disposiciones sobre aspectos patrimoniales, sobre la vida cotidiana, o lugar de residencia, el nombramiento de apoyos y curadores, entre otros.

13) *Forma.* El art. 60 vigente del Cód. Civil y Comercial no prevé las formalidades del acto, por lo que hasta ahora se debe aplicar supletoriamente, y de modo análogo, las disposiciones contenidas en la ley 26.529 sobre derecho del paciente en sus relaciones con los profesionales de la salud, historia clínica y consentimiento informado, modificada por ley 26.742. Su art. 11 exige que la voluntad del otorgante se formalice “ante escribano público o juzgados de primera instancia”, con la presencia de dos testigos. Pero solo rige para las disposiciones médicas anticipadas. Como señalamos, estos actos abarcan

una amplia gama de materias, no solo salud. El presente proyecto aclara el tema extendiendo la formalidad para todo acto de autoprotección.

La expresión de voluntad se refiere en estos casos a cuestiones de gran trascendencia en la vida del otorgante y destinada a personas, lugar y tiempo que pueden ser indeterminados, por lo cual debe rodearse de las mayores garantías que aseguren su cumplimiento. La escritura pública es el medio que asegura la autenticidad del acto, su fecha cierta, su matricidad y el debido asesoramiento, que siempre puede ser completado por el de otros profesionales (psicólogos, médicos, religiosos, etcétera). La fecha cierta resulta fundamental para evaluar la aptitud de discernimiento del disponente a la fecha del otorgamiento del acto. La fidelidad de su contenido no debe merecer la más mínima duda a quienes han de aplicarlo en momentos críticos. La matricidad, por otro lado, garantiza la posibilidad de obtener todas las copias del acto que fuere menester; permite que el instrumento pueda ser localizado con la celeridad que la naturaleza del asunto merece y evita la posibilidad de su extravío (accidental o doloso). Por otro lado, al tratarse de un instrumento auténtico evita las lógicas dudas que otro tipo de instrumentos puede despertar en un caso de premura: intervención quirúrgica, resguardo de la persona, etcétera. Se trata de un instrumento autosuficiente que permite asentar de manera fehaciente la voluntad de las personas, asegurar la privacidad y certeza que el ejercicio de estos derechos reclama, así como el pleno discernimiento, la intención y la libertad con que el acto fue otorgado.

Si bien la escritura pública ofrece las mejores garantías para resguardar la autonomía de la voluntad, es necesario brindar una segunda alternativa, tal como se propone en este proyecto, a través de los juzgados de primera instancia, que ofrece las seguridades requeridas, aunque puede llevar más tiempo y complejidad.

Estas formalidades, además de garantizar el respeto a la voluntad del otorgante, evitarán la demora, burocratización y judicialización de decisiones trascendentes sobre su vida, especialmente cuando no hay acuerdo entre familiares, médicos o allegados.

Cabe destacar que el proyecto encomienda a los colegios notariales la responsabilidad para que ninguna persona quede

excluida del acceso al otorgamiento de este tipo de actos por cuestiones económicas, lejanía de centros poblados o lo que fuese. De hecho, desde hace tiempo los colegios notariales del país han asumido esta responsabilidad.

14) *Revocación y modificaciones.* Las circunstancias y condiciones de vida de una persona, así como las de quienes gozan de su mayor confianza, pueden variar con los años. Por ello, en este proyecto se reconoce enfáticamente el derecho a modificar sus directivas anticipadas. Asimismo, el proyecto reconoce que, en principio, es conveniente que esta revocación o modificación se formalice por la misma vía por la cual fueron otorgadas las directivas (por escritura pública o certificación judicial). Sin embargo, cuando ello no sea posible por razones de urgencia o fuerza mayor (p.ej., ante una urgencia médica), debe prevalecer la libertad de formas a fin de priorizar el respeto de la voluntad del otorgante.

15) *Registración.* Quien otorga un acto de autoprotección no sabe en qué lugar o en qué momento va a tener que ser cumplido. Por lo tanto, el proyecto dispone su registración, que deviene necesaria para que sea conocido en tiempo y lugar oportunos. Esta registración no constituye un requisito de validez del acto pues tiene efectos declarativos.

En casi todas las provincias argentinas encontramos hoy Registros de Actos de Autoprotección, creados por sus colegios notariales. Funcionan eficazmente, sin ocasionar gastos al erario público, de manera análoga a los registros de actos de última voluntad que desde hace años brindan un servicio fundamental a la comunidad. Permiten la publicidad del acto pero protegen la reserva del caso. El escribano interviniente realiza la inscripción mediante la presentación de una ficha que incluye los datos necesarios para identificar el documento, al otorgante y a las personas autorizadas por él a pedir informes. La información es centralizada en el Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección que funciona en el Consejo Federal del Notariado Argentino.

16) *Capacidad para otorgar el acto.* La antigua y sostenida confusión en nuestro derecho entre los conceptos de “capacidad jurídica” y “discernimiento”, no ha sido abandonada por el actual Código. Quizás en esa confusión abrevan gran parte de

los errores de las normas vigentes que el presente proyecto propone modificar. Ya lo explicaba con gran claridad el maestro LLAMBÍAS en dos fallos que dan luz a la cuestión: “No se debe confundir en esta laya de cuestiones la capacidad con el discernimiento. La capacidad es la aptitud del sujeto para ser titular de relaciones jurídicas (capacidad de derecho) o para ejercer por sí mismo los derechos propios (capacidad de hecho). El discernimiento es la cualidad o facultad del sujeto por la cual conoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente”¹⁴. “Dado que la capacidad es asunto que maneja la ley, resulta desacertado emplear la expresión “incapacidad natural” o “incapacidad accidental”, pues tratándose de sujetos que carecen de aptitudes psíquicas suficientes, ellos seguirán siendo capaces hasta que la ley, y no la naturaleza o el accidente, los declare incapaces”¹⁵. Los actuales criterios en materia de autonomía de las personas para el ejercicio de derechos atienden al discernimiento concreto para el acto a otorgar, y al respeto a su voluntad aun en situaciones de especial vulnerabilidad. Así lo exigen las grandes convenciones internacionales sobre DDHH. Por ello resultan inadecuadas tanto la expresión “plenamente capaz” del art. 60 como la expresión “capaz” del art. 139.

Con este criterio el proyecto regula el otorgamiento de directivas anticipadas en el caso de personas en situación de vulnerabilidad precisando cuatro casos.

17) *Menores de edad*. El art. 26 vigente dispone que a partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. Sin duda la salud es el cuidado del propio cuerpo, por lo cual puede otorgar directivas anticipadas en este ámbito. Si se le reconoce este derecho para decisiones tan delicadas como es su propia salud, no hay motivo para limitarlo en otras materias personalísimas y autorreferentes a su persona y bienes. Así, el proyecto propone que a partir de los 16 años la persona menor de edad puede otorgar directivas anticipadas sin limitaciones.

¹⁴ CNCiv, Sala A, 13/9/62, “K., J. I. c/C. P., A”, LL, 109-233.

¹⁵ CNCiv, Sala A, 20/9/62, “De H. de A., M. L., y otros c/R., A. y otros”, LL, 101-323.

Por otro lado, el art. 26 presume también que entre los 13 y 16 años el adolescente tiene aptitud para decidir por sí en materia de tratamientos no invasivos y que no comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física. De tratarse de estos casos su decisión debe contar con la asistencia de sus progenitores. Siguiendo similar criterio, el proyecto propone que entre estas edades el adolescente pueda otorgar un acto de autoprotección con la conformidad de sus representantes legales. Pero más allá de la edad, se deja claro que las personas menores, tienen siempre el derecho a expresar su opinión en el marco de un acto de autoprotección, y a que dicha opinión sea tenida en cuenta conforme con su desarrollo y madurez.

El derecho del menor de edad a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los asuntos de su interés –no solo en el ámbito de la salud– y al progresivo ejercicio de sus derechos en consonancia con la evolución de sus facultades, reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño (arts. 5 y 12), ley 26.601 (arts. 2º, 3º, 24 y 27), y en materia de salud por el art 2º, inc. e, de la ley 26.529, lo habilitan a exponer sus directivas anticipadas cuando cuenta con aptitud de discernimiento suficiente, o competencia bioética en materia de salud. De esta manera su opinión será ponderada al momento de la decisión junto con las decisiones de sus representantes legales y demás circunstancias. No es más que efectivizar el derecho del niño a ser oído. Así lo propone el presente proyecto.

18) *Personas con discapacidad.* También encontramos dificultades para interpretar las normas del nuevo Código en materia de mayores de edad con deficiencias intelectuales o mentales a quienes la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la ley 26.657 les confieren indudable derecho a intervenir en materias autorreferentes. Por ello, el presente proyecto propone que la persona con capacidad restringida judicialmente pueda otorgar actos de autoprotección, obligatorios para sus destinatarios en la medida en que no afecten disposiciones vigentes, cuando la restricción a la capacidad de ejercicio no lo limite en tal sentido. Pero, aun cuando la sentencia le impida disponer en esta materia, la persona igualmente mantiene el derecho a opinar y a que esa opinión sea tenida en cuenta. (arts. 3 y 12 de la Convención sobre los

Derechos de las Personas con Discapacidad), en la medida en que sus circunstancias personales le permitan emitir opiniones, es decir, que tenga el discernimiento necesario para ello.

19) *Personas mayores*. Si bien las personas mayores no encuentran limitación legal para el otorgamiento de estos actos, consideramos necesario reconocerles expresamente este derecho, pues suelen ver afectadas su autonomía personal en virtud de las prácticas viejistas y de la cultura ambivalente en torno a la ancianidad, que los va desempoderando y debilitando día a día, hasta que les llega su muerte¹⁶. Por ello, el proyecto reafirma este derecho, teniendo en cuenta la nueva Convención Interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores, que presenta un amplio reconocimiento de esta problemática, como mencionamos al referirnos a los fundamentos legales del presente proyecto.

20) *Personas pertenecientes a comunidades indígenas*. La historia da cuenta de las graves violaciones de los derechos humanos contra las comunidades indígenas, que no han sido superadas en la actualidad. Fue necesario que la normativa internacional reafirmara que las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona. Por las mismas razones que en el caso anterior el presente proyecto considera necesario reafirmar asimismo el derecho de toda persona indígena a tomar decisiones en materia de salud y en el campo de la autoprotección conforme a sus tradiciones y a sus prácticas, en la medida en que no afecte derechos de terceros.

21) *Poder y mandato preventivo*. La actual redacción del art. 60 plantea serias dudas sobre la validez de los mandatos y poderes preventivos. Se trata de aquellos en los cuales el otorgante designa una persona de confianza para que actúe en su nombre y representación, ante eventual pérdida de su discernimiento, apreciada según él mismo disponga. La persona así designada podrá ejecutar los actos necesarios de acuerdo a las instrucciones y facultades otorgadas. Estos poderes y mandatos pueden tener efectos incluso después de la restricción judi-

¹⁶ DABOVE, *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, 2ª ed., p. 13 a 35.

cial a la capacidad de ejercicio, según los casos. El presente proyecto incorpora expresamente su regulación en el art. 60 ter, como una herramienta más para la autoprotección. Ante la pérdida de autonomía del otorgante, se agiliza así la realización de las gestiones y diligencias necesarias a su subsistencia, sin necesidad de esperar los tiempos y trámites que implica una sentencia judicial.

22) *Directivas sobre las propias exequias.* Se propone la modificación del art. 61 del Código vigente, por las razones ya expresadas con relación a la evolución que ha sufrido el derecho con respecto a los nuevos criterios de capacidad de ejercicio de las personas. Entendemos que debe respetarse la voluntad de toda persona que expresó sus directivas en esta materia, como en otras materias autorreferentes, con el discernimiento suficiente para entender el alcance y consecuencias de sus decisiones. Por otro lado, la parte final del artículo vigente dispone que si la decisión debe ser asumida por otras personas, como el cónyuge, el conviviente o los parientes según el orden sucesorio, estos no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad. Se introduce la cremación como otra materia de decisión.

23) *Designación del propio apoyo o curador.* Por las mismas razones señaladas con respecto a los criterios sobre capacidad y discernimiento, se propone la modificación del art. 139. Asimismo, se incorpora la posibilidad de nombrar al propio "apoyo". Sin duda, su ausencia en el texto vigente solo puede obedecer a un olvido involuntario del legislador. Está claro que quien puede nombrar a su curador puede nombrar también a la persona que actuará de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Por otra parte, acorde con la remisión del art. 138 vigente y del propio art. 139 a las reglas de la tutela, se determina quienes son las personas que no pueden ser designadas para tales funciones, con especial referencia a la persona excluida expresamente en un acto de autoprotección.

24) *Extinción de poderes y mandatos preventivos.* El proyecto propone la modificación del inc. h del art. 380 y del inc. e del art. 1329 vigentes; en primer lugar, disponiendo su ex-

tinción en el caso de restricción judicial a la capacidad para aquellos actos limitados en la sentencia, acorde a la regulación actual de la materia. Y en segundo lugar, regulando la extinción de poderes y mandatos cuando son otorgados con carácter preventivo.

25) *Conclusión.* Por último, cabe subrayar que el proyecto propuesto se vincula tanto a los valores, inquietudes y sentimientos más íntimos y genuinos del ser humano. Pero también, se contribuye a hacer sustentable un derecho humanista, que admita el respeto por la unicidad de cada uno, por igualdad en aquello en lo que nos asemejamos y por la comunidad, sin la cual es difícil el desarrollo integral de personas y grupos.

Los actos de autoprotección constituyen hoy, herramientas jurídicas válidas y eficaces para garantizar el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales de todas las personas más allá de sus circunstancias y, especialmente, el derecho a ser protagonista principal de la propia vida, de la diversidad y unicidad. Así, pues, esperamos que las modificaciones al Código Civil y Comercial propuestas otorguen al derecho de autoprotección el encuadre jurídico que merece, sustentado en la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona humana.

BIBLIOGRAFÍA

- BUERES, ALBERTO, *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Bs. As., Ábaco, 1981.
- CALO, EMANUELE, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, Ipsoa, Gruppo Wolters Kluwer, Milano, 2008.
- DABOVE, M. ISOLINA, *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, Bs. As., Astrea, 2018.
- *En el tiempo de los derechos: una mirada iusfundamental a las residencias gerontológicas*, JA, 2012-I-1450.
- *Los derechos de los ancianos*, Bs. As., Ciudad Argentina, 2002.
- DABOVE, M. ISOLINA (dir), *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2017.
- DI TULLIO BUDASSI, ROSANA G.- DABOVE, M. ISOLINA, *Familias multigeneracionales y derecho de alimentos en los geriátricos. Nuevos escenarios de responsabilidad jurídica familiar en la vejez*, JA, 2011-III-1395.
- DURANTE, VINCENZO, *Directivas Anticipadas y nombramiento judicial de tutela limitada (amministrazione di sostegno) en Italia*. “Revista de Derecho de Familia y de las Personas”, año IV, nº 10, 2012, p. 261 y siguientes.

- FERNANDEZ OLIVA, MARIANELA, *Reflexiones ius sociológicas en torno al geriátrico como Institución total*, JA, 2011-III-1364.
- ISERN, MARIANA, *Geriátricos: algunos instrumentos jurídicos para el abordaje de su problemática fáctica, normativa y valorativa desde una perspectiva neo-constitucional*, JA, 2011-III-1338.
- LLORENS, LUIS R. - RAJMIL, ALICIA B., *Apreciaciones previas y parciales sobre la ley 26.657*. "Revista Notarial", n° 967, 2011, p. 19.
- *Comentario a la ley 26.657*, "Revista del Instituto de Derecho e Integración", n° 5, 2011, p. 175 y siguientes.
- *Derecho de autóprotección*, Bs. As., Astrea, 2010.
- *El derecho a la vida, a la salud y a la autonomía de las personas*, LL, 2012-C-274.
- MEJÍA ROSASCO, ROSALÍA, *Comentario a la Ley 29.633: designación del propio curador en la legislación peruana*. "Revista Notarial", 2011, p. 621 y siguientes.
- *Hacia la protección de la voluntad de la persona vulnerable*, "Revista IDel", n° 7, 2012, p. 159 y siguientes.
- PECES BARBA, GREGORIO, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Eudema, 1991.
- *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- PECES BARBA, GREGORIO - FERNÁNDEZ, EUSEBIO - DE ASÍS, RAFAEL y OTROS, *Curso de teoría del derecho*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000.
- PRIETO SANCHIS, LUIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.
- PRUNOTTO LABORDE, ADOLFO, *El derecho penal y los ancianos*, JA, 2011-III-1405.
- ROQUÉ, MÓNICA - FASSIO, ADRIANA (dirs.); *Residencias de larga estadía para adultos mayores en Argentina*, p. 11, en www.algec.org/biblioteca/RESIDENCIAS_LARGA-ESTADIA.pdf.
- SARMIENTO GARCÍA, JORGE H., "Noción y elementos del servicio público", en SARMIENTO GARCÍA y otros, *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual*, Bs. As., Depalma, 1994.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO, *Interesantes aportes en un fallo sobre responsabilidad civil de establecimientos asistenciales*, LL, 1996-E-3.

JURISPRUDENCIA

CAMBIO DE PARADIGMAS EN LA RESTRICCIÓN A LA CAPACIDAD DE EJERCICIO DE LOS PENADOS. ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN

AUTOS Y VISTOS:

El señor Juez doctor de Lázzari dijo: I. El Tribunal en lo Criminal n° 4 de La Matanza remitió, en agosto de 2016, un oficio a la Receptoría General de Expedientes de La Matanza, para que desinsacule el Juzgado de Familia que deberá intervenir a los fines previstos en el art. 12 del Cód. Penal respecto de “S. F. L.” quien, conforme surge de las copias de la causa penal que se le siguió (que se acompañaron), fue condenado a la pena de siete años y seis meses de prisión. En la misma pieza, se informó que su último domicilio estuvo situado en la localidad de Canning, partido de Ezeiza y que se encuentra detenido en la Unidad Carcelaria n° 43, de González Catán. Asimismo, se adjuntaron copias certificadas de las partes pertinentes del expediente que tramitó en el fuero represivo, entre ellas, la sentencia allí recaída y una constancia de cómputo de pena (v. fs. 1/16).

El titular del Juzgado de Familia n° 6, que resultó desinsaculado (v. fs. 16 vta.), se declaró incompetente para intervenir en las actuaciones así iniciadas, al considerar que de conformidad con el art. 5°, inc. 8, del Cód. Proc. Civil y Com. provincial, en los procesos de declaración de incapacidad es competente el juez del domicilio del presunto incapaz o, en su defecto, el de su residencia y transcribió parte de un precedente de este tribunal en aval de su parecer –aunque, debe señalarse, sustituyendo los artículos allí citados del Código de Vélez Sársfield, vigente a la fecha de pronunciarse, por las que estimó equivalentes del nuevo digesto de fondo–. Así, ponderando que el domicilio del causante denunciado se encuentra en Canning, Lomas de Zamora, las remitió al Juzgado de Familia que corresponda del Departamento Judicial de ese mismo nombre (v. fs. 17/vta.).

A su turno, su par n° 4 de esa jurisdicción, al que se asignó mediante sorteo (v. fs. 19), no aceptó la atribución conferida. En ese sentido, sostuvo que el art. 5°, inc. 8, del Cód. de rito Civil y Comercial local es aplicable al caso de autos por analogía. Sin embargo, agregó a continuación que la institución contemplada por el art. 12 del Cód. Penal tiende a favorecer al penado, remediando las dificultades que la reclusión puede ocasionarle para el

ejercicio de los derechos que en él se enumeran, lo que se logra si hay inmediatez del curador con el lugar de detención, el cual, en el caso, es la Unidad carcelaria n° 43 situada en González Catán.

Así, en atención a la contienda de competencia suscitada, elevó las actuaciones a esta Corte (v. fs. 20 vta.).

Tal el conflicto a dirimir (art. 161, inc. 2, Const. Prov.).

II. El análisis de este caso, a la luz de los arts. 1° y 2° del nuevo Cód. Civil y Comercial, exige generar una reconstrucción interpretativa del ordenamiento vigente acerca de cómo responder en términos jurídicos a este conflicto de competencia, estando vigente el principio general de capacidad de las personas. A estos fines, continuar con el pleito cuando no se advierte interés jurídico que justifique obtener la declaración de incapacidad del señor S. F. L. y el consecuente nombramiento de un curador a fin de ejercer su representación en los actos establecidos por el art. 12 del Cód. Penal durante el tiempo que dure la pena que le ha sido impuesta por la justicia penal, deviene inoficioso y contrario al principio de tutela judicial efectiva (art. 3°, Cód. Civil y Comercial; art. 15, Const. de la Provincia de Buenos Aires; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA - FERNÁNDEZ, SILVIA - HERRERA, MARISA, *Bases para una relectura de la restricción a la capacidad en el nuevo Código, LL*, 18 de agosto de 2015).

III. Abordando 11;1. Cuestión involucrada en estas actuaciones, encuentro conveniente comenzar por recordar que el art. 12 del Cód. Penal dispone: “*La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces*”.

La norma transcripta establece restricciones al goce de derechos, a las que suele denominarse como “accesorias legales”, que funcionan en forma automática cuando la pena impuesta supere el lapso allí contemplado [D’ ALESSIO, ANDRÉS J., (dir.) - DIVITO, MAURO A. (coord.), *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, t. 1, 2ª ed. actualizada y ampliada, 2ª reimpresión, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 127].

Puede escindirse en dos tramos, referido cada uno a una restricción de diferente índole, habiéndose dicho que forman, en conjunto, un cuadro inhabilitante general (ZAFFARONI, EUGENIO R. - ALAGIA, ALEJANDRO - SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1ª reimpresión, Ediar, Buenos Aires 2007, p. 737; ZAFFARONI, EUGENIO R., *Tratado de derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 1983, t. V, p. 249). Prevé, por un lado, la inhabilitación absoluta, cuyos efectos se detallan en el art. 19 del Cód. Penal y, por el otro, una incapacidad de ejercicio de ciertos derechos enumerados taxativamente.

Las presentes actuaciones han sido originadas con motivo de la aplicación, en el caso, de la segunda categoría, es decir, la que impone una incapacidad de ejercicio de los derechos que expresamente se consignan en la

norma en cuestión la que, por ello, sujeta al penado a “la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces”.

Ahora bien, teniendo en consideración los importantes cambios e innovaciones que han tenido lugar desde una perspectiva de los derechos humanos, desde hace un tiempo ya, en torno a los distintos aspectos involucrados en la restricción al ejercicio de la capacidad de las personas con un sustento no discriminatorio basado en la igualdad (arts. 31 y 75, incs. 22 y 23 de la Const. nacional; arts. 3 y 12 de la CDPD), y a la luz del control de convencionalidad y constitucionalidad que los jueces deben efectuar respecto de las normas, encuentro necesario efectuar un análisis previo de la materia involucrada en la prosecución de estos obrados que ayuda a entender la motivación de lo aquí decidido (art. 3° del CC y CN).

Se ha formulado, desarrollado e impuesto un reconocimiento pleno de la personalidad jurídica de las personas previsto por las normas del derecho internacional (arts. 17 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–; 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), que repercutió ineludiblemente en el campo jurídico, incidiendo en la regulación de las distintas aristas involucradas.

Ese nuevo ideario comenzó a instalarse y a cobrar fuerza y vigencia a partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada en el ámbito de las Naciones Unidas, aprobada por nuestro país mediante la ley 26.378, a la que se le otorgó luego jerarquía constitucional por ley 27.044.

En el ámbito interno, los criterios y principios que emanan de tal Convención fueron inicialmente receptados en la ley 26.657, de salud mental, de 2010, tanto en sus normas propias como en el artículo que bajo el número 153 ter introdujo en el Código de Vélez Sársfield, hoy derogado.

Luego, el Código Civil y Comercial no permaneció ajeno a tales procesos legislativos, sociales, doctrinarios y jurisprudenciales sino que, por el contrario, se incluyeron en él normas que claramente reflejan la recepción de los principios propios del nuevo modelo –art. 31– que deja atrás al sustitutivo de la voluntad de la persona, e implican un cambio significativo con relación no solo con la forma en que la cuestión estaba regulada en el Código Civil sino que también impacta en la lectura del art. 12 del Cód. Penal al configurarse una manifiesta contradicción entre los ordenamientos. En este sentido, la prelación del estatuto de la capacidad sobre la especialidad de la norma penal es la regla que permite dirimir este supuesto de concurrencia conflictiva (v. expte. n° 32.316 “R. L. A. s/curatela”, Tribunal de Familia n° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata, resol. de 10/9/10; LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, 16ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 572 y siguientes).

La reforma civil determina la capacidad como principio general. Con específica referencia a la capacidad de ejercicio –antes denominada capacidad de hecho–, el art. 23 del nuevo digesto prescribe que “*toda persona humana puede ejercer por si misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial*”.

El Capítulo destinado a reglar la restricción a la capacidad inicia en el art. 31, en el que se instituyó un conjunto de pautas generales, ajustadas a los principios que emergen e informan la aludida Convención Internacional, que, como tales, deben guiar la interpretación y aplicación de las demás previsiones sobre la materia. De ellas, destaco en esta oportunidad, las contenidas en los incs. *a* y *b*, conforme a los cuales “la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial” (inc. *a*) y “las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona” (inc. *b*).

La primera directiva transcrita concuerda con lo que previamente disponía ya el art. 3° de la ley 26.657, conforme al cual “Se debe partir de la presunción de capacidad ‘ae todas las personas’”.

Las limitaciones o restricciones al ejercicio de la capacidad, en consecuencia, están establecidas con carácter de excepción, siendo en tal virtud de interpretación y aplicación restrictivas.

El esquema trazado por el nuevo digesto incluye –a grandes rasgos– dos formas o figuras claramente delineadas en cuanto a sus requisitos, efectos y consecuencias. La primera de ellas es la restricción de la capacidad, supuesto en el que la persona conserva su capacidad, la que es limitada únicamente para uno o varios actos –que deben detallarse en la sentencia que la decreta–, no le priva de la posibilidad de tomar sus propias decisiones y conlleva la designación de uno o más apoyos, no sustitutivos de su voluntad. La restante es la declaración de incapacidad, prevista ahora en forma excepcional y subsidiaria, que conduce a la designación de un curador.

El sistema descrito –en forma muy sintética y sin profundizar– emerge del art. 32 del Cód. Civil y Comercial de la Nación –sin perjuicio de las demás previsiones normativas que se ocupan específicamente, en forma pormenorizada, de cada uno de los aspectos aquí tan solo mencionados–, según el cual: “El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el art. 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”.

Se ha expresado al respecto que “la Comisión de Reformas ha tenido la voluntad inequívoca de ajustar la regulación del tema a las convenciones internacionales que suscribió nuestro país. Como consecuencia, y a grandes rasgos, cabe señalar que según el nuevo Código, la restricción a la capacidad es de excepción y, por supuesto, según se desprende precisamente de este art. 32, la ‘curatela’ ha quedado como un instituto residual que solo se justifica

frente al supuesto contemplado en el último párrafo del artículo. En los demás supuestos, se deberá recurrir a los apoyos necesarios y convenientes no sustitutivos de la persona[...]” [LORENZETTI, RICARDO L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal-Culzoni 1ª ed., Santa Fe, 2014, t. I, p. 140].

Volviendo al tema que motivó este caso, no puedo sino poner de resalto que, en mi parecer, es de toda evidencia que la situación en que se encuentran las personas condenadas a pena de prisión o de reclusión superiores a los tres años –tal como lo dispone el mentado art. 12 del Cód. Penal– es muy diferente a la aprehendida por los dispositivos legales citados, y de seguirse este criterio invalidante de su voluntad de expresión, propio de la declaración de incapacidad, se tornaría discriminatorio porque no cumple con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad. En principio, sin perjuicio de que en ciertos casos pueda mediar alguna situación adicional que torne necesario otro tipo de medidas –v.gr., una grave adicción o una afección mental–, la circunstancia que dificulta a los condenados a ejercer por sí mismos, adecuadamente, ciertos derechos, está dada únicamente por la pérdida de la libertad ambulatoria, intrínseca e inescindible al encierro efectivo. Y establecer para tales casos, como mecanismo para suplir la incapacidad de hecho del condenado derivada de tal circunstancia, la designación de un curador que sustituya su voluntad, asimilándolo en ese aspecto a las personas declaradas incapaces, no resulta una interpretación ajustada al nuevo diseño jurídico de capacidad civil de las personas.

Refuerza la conclusión que sostengo lo normado por el art. 31, inc. a del nuevo digesto, el que, como lo señalé con anterioridad, estatuye que “*la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial*”, no existiendo dispositivo alguno que permita sostener lo contrario, con carácter general y automático, tratándose de personas condenadas en el marco de una causa penal.

De tal modo, estimo que continuar efectuando una interpretación y aplicación literal del art. 12 del Cód. Penal y, en consecuencia, sujetar a curatela, en todos los casos y automáticamente, a quienes se encuentran en la situación que esa norma describe, contraviene los postulados constitucionales y normas convencionales y legales a los que aludí con anterioridad.

Esta Corte ha dicho que en la interpretación de la ley debe comenzarse con la ley misma y adoptando como pauta hermenéutica a la sistemática, confrontando el precepto a interpretar con el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico. No debe olvidarse la presunción de coherencia que reina en el sistema de normas. La interpretación debe efectuarse de tal manera que las normas armonicen entre sí y no de modo que se produzcan choques, exclusiones o pugnas entre ellas (causas C. 98.327, sent. de 1/9/10; C. 101.787, sent. de 2/11/11; C. 117.079, sent. de 8/4/15; entre otras).

“El cambio de paradigma protectorio avanza sobre la dinámica jurídica, influenciando el modo de pensar, decidir e intervenir” (CALVO COSTA, CARLOS A., *Código Civil y Comercial de la Nación. Concordado, comentado y comparado con los Códigos Civil de Vélez Sársfield y de Comercio*, t. 1, 1ª ed., 2ª reimpresión, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 35). No obstante, resulta igualmente necesario remediar la dificultad para el ejer-

cicio de los derechos enumerados en el artículo de marras que ocasiona la privación de la libertad ambulatoria ínsita en el cumplimiento de la pena de prisión o reclusión por más de tres años. Sin embargo, reitero, a partir de la nueva hermenéutica que propicio, no procederá la designación sin más y automática de un curador que suplante la voluntad del penado y, de ahí, que como ya anticipara, el planteo de competencia se ha tomado inoficioso porque el tratamiento del objeto de este proceso –declaración de incapacidad y designación de un curador– es improponible frente a esta nueva relectura del derecho humano a la capacidad jurídica de las personas, que abre otra respuesta superadora de criterios rígidos que no conciben con las caracterizaciones antes expuestas (art. 336, CPCC).

Por un lado, en cuanto a la responsabilidad parental, cabe señalar, liminarmente, que si bien en el art. 12 se ha consignado el término “privación”, hace referencia, en rigor, a la suspensión de su ejercicio, no a su pérdida [conf. ZAFFARONI, EUGENIO R., *Tratado de derecho penal*, t. V, p. 256; D’ALESSIO, ANDRÉS J., (dir.) - DIVITO, MAURO A. (COORD.), *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, t. 1, p. 131; BAIGÚN, DAVID - ZAFFARONI, EUGENIO R. (DIRS.) - TERRAGNI, MARCO A. (COORD.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi-José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 1997, t. 1, p. 156]. Por ello, más claro es el art. 702 del Cód. Civil y Comercial, que dispone que “*el ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure:[...] b) el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años*”.

Como se ha señalado, “La suspensión[...] no importa una valoración sancionatoria o de reproche al progenitor, sino que atiende a situaciones fácticas que exigen el dictado de esta limitación, mientras tales causas perduren” [LORENZETTI, RICARDO L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. IV, p. 543].

De configurarse tal supuesto, el mismo texto civil y comercial citado en último término brinda la solución, en tanto prescribe que “*si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, el otro continúa ejerciéndola. En su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente*” (arts. 703, del Cód. Civil y Comercial).

Y en lo que respecta a la inhabilitación del penado para administrar sus bienes o disponer de ellos por actos entre vivos, esta situación particular y la concurrencia de condiciones de encierro requiere de una solución jurídica que vehiculice en una persona de su confianza la representación en los actos que se encuentra imposibilitado de ejercer, bajo el otorgamiento de mandato, con conocimiento y control del juez competente en el fuero de ejecución penal, si así correspondiere (art. 1319 y ss., Cód. Civil y Comercial; v. expte. n° 32.316 “R. L. A. s/curatela”, Tribunal de Familia n° 10 del Departamento Judicial de Mar del Plata, resol. de 10/9/10).

Como derivación directa de la solución que postulo, no se advierte interés jurídico que justifique un pronunciamiento y, por lo tanto, corresponde decretar que la contienda de competencia traída a decisión de esta Corte carece de oficiosidad, debiendo devolverse el expediente al Juzgado de Familia

n° 4 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora a sus efectos, con copia de la presente al Tribunal en lo Criminal n° 4 de La Matanza, cuya sentencia de condena diera origen al mismo.

El señor juez doctor Pettigiani dijo:

Considero que podría subsistir en autos un interés jurídico que justifique un pronunciamiento sobre la contienda negativa de competencia traída, pues el segundo párrafo del art. 12 del Cód. Penal, aun interpretado armónicamente a la luz de los principios, valores y normas contenidos en la Constitución nacional, los tratados sobre derechos humanos y el nuevo Código Civil y Comercial, tal como propone correctamente el colega preopinante, podría conservar una materialidad susceptible de descartar su genérica inaplicabilidad o tácita derogación.

I. En efecto, la denominada curatela prevista en la citada norma no constituye técnicamente una pena accesoria, sino que se trata de una medida de carácter tuitivo y cautelar instaurada como consecuencia de una pena principal, en beneficio y no en perjuicio del penado, a fin de salvaguardar concretos aspectos de su vida en sociedad que resultarían perturbados por el encierro que padece (en el mismo sentido, DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, *Capacidad civil del liberado condicional*, JA, 67-713; ORGAZ, ALFREDO, *Algunos aspectos de la incapacidad civil de los penados*, “Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba”, 1938, t. 45, p. 1; entre otros). Contempla la situación fáctica que ocasiona al condenado la privación de su libertad, impidiéndole realizar personalmente ciertos actos de la vida civil, procurando evitar perjuicios en sus bienes y en los integrantes de su familia (asimismo, SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, t. II, Tea, Buenos Aires, 1992, p. 398, 399 y 458; NÚÑEZ, RICARDO, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. II, Lerner, Córdoba, 1988, p. 451; entre otros).

Fue entendida como derivada de una incapacidad de hecho, relativa y transitoria (conf. CREUS, CARLOS, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 520; DE LA RÚA, JORGE, *Código Penal argentino. Parte general*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 181; entre otros), estrictamente restringida a los casos allí previstos, dirigida a dotar de adecuada protección al penado por más de tres años de prisión, proveyéndole unrepresentante para la realización de ciertos actos que no podría llevar a cabo por sí mismo (vinculados con relaciones jurídicas –familiares y de negocios– que de ordinario requieren una atención permanente, sin cuya asistencia aquél se vería expuesto a múltiples dificultades derivadas de su temporal encierro) y hasta tanto recupere legalmente su libertad.

Su finalidad radica tanto en el auxilio del condenado a pena privativa de la libertad por tiempo prolongado como en la salvaguarda de sus intereses frente a su imposibilidad de ejercer determinados actos ante los que se encuentra en posición claramente desventajosa (conf. CNCasPen, Sala IV, “Galván, Héctor L. s/rec. inconst.”, sent. de 21/12/06 y “Jerez, Carlos A. s/rec. inconst.”, sent. de 27/10/06; íd., Sala I, “Escudero, Silvia R.”, sent. de 22/6/06).

Luego, al remitir a la curatela del cuerpo civil, en modo alguno la norma en cuestión ha procurado equiparar al recluso a una persona absolutamente impedida de interactuar con su entorno, sino meramente limitarle la

realización de ciertos actos, sometiendo su ejecución a un régimen de representación específico con rendición de cuentas ante la autoridad jurisdiccional, en su propia tutela y sin afectar su residual capacidad general.

II. Ahora bien, tal como expone el doctor de Lázari, el referido texto penal debe hoy adecuarse a los principios, valores y normas en materia de capacidad jurídica y de ejercicio de la persona humana contenidos en la Constitución nacional, los tratados sobre derechos humanos y el propio Código Civil y Comercial.

En tal sentido, más allá del supuesto en que el condenado no posea hijos ni activos respecto de los cuales pueda predicarse su representación, circunstancia que no surge de estos obrados, es posible observar que la remisión contenida en el final del art. 12 del Cód. Penal se yergue como una salvaguarda en protección de sus intereses familiares y patrimoniales.

II. 1. Así, por un lado, frente a la administración o disposición por actos entre vivos de los bienes del penado, coincido en que si la restricción a la capacidad de ejercicio establecida por la norma penal tiende a suplir los inconvenientes provocados por el largo encierro con motivo del dictado de una sentencia que impone una condena firme a pena privativa de libertad corporal por tres años o más, el nombramiento de un representante se muestra como una decisión que tiende a proteger al interno de los avatares que pueda llegar a sufrir en orden a su regular ejecución y que pretende proveerle de asistencia, con inmediatez y celeridad, para evitar que se lo coloque en una situación desfavorable frente a los tercetos con quienes pudiera tener que llegar a contratar o realizar parte de sus negocios (conf. TAZZA, ALEJANDRO, *La incapacidad civil de los penados –art. 12 2º, Código Penal–. Su constitucionalidad*, DJ, 2/9/09, 2425).

En este contexto, cierto es que a la luz de la nueva normativa civil hoy podría resultar más adecuado establecer un régimen de asistencia o apoyo por el cual el condenado no sea “desplazado en forma mecánica de la administración o disposición de sus derechos patrimoniales, sino llamado juntamente con otro al cotidiano desempeño de ese ejercicio (conf. arg. análog. art. 43 y concs., Cód. Civil y Comercial; asimismo, LLAMBÍAS, JORGE, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 1, Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 423 y 575), a partir de un vínculo que –según el caso– podría incluso resultar más interactivo que el derivado de un mandato sin sustitución, pero siempre sometido a un deber de rendición judicial de cuentas más estrecho (conf arts. 130 a 134, 138 y concs., Cód. Civil y Comercial)”.

II. 2. Por otro lado, respecto de las relaciones familiares, el art. 702, inc. b del Cód. Civil y Comercial prevé expresamente la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental derivada de la prisión por más de tres años de uno de los progenitores. La norma siguiente regula las concretas consecuencias de la limitación de dicho rol al disponer que el restante progenitor continúa ejerciendo el suyo en forma individual (en concordancia con lo ordenado por el art. 641, inc. e, Cód. Civil y Comercial), o en su defecto, según la situación planteada, debe acudir a la tutela o a la adopción como mecanismos tendientes a asegurar el superior interés de los menores involucrados (conf art. 703 y concs., Cód. Civil y Comercial).

Ante este escenario, en el cual el penado directamente es desplazado temporalmente del ejercicio de su rol parental mientras dure su encierro, es posible de todos modos reconocer la utilidad de la curatela establecida en la norma penal, debido a su disímil y más restringido objeto, en aquellos casos en que no hubiere otro progenitor capaz de ejercer el rol parental sobre los hijos del condenado. Allí, la designación de un representante luciría relevante cuando, según fuere el superior interés de los menores, el curador deba asimismo convertirse en delegatario del ejercicio de la responsabilidad parental o tutor de estos, generándose así un orden tripartito de relaciones jurídicas (arg. arts. 106, 138, 140, 639 inc. a, 643, 703, y concs., Cód. Civil y Comercial; asimismo, LLAMBÍAS, JORGE, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 1, Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 572 y 574).

Ello así, a partir de una valoración preferentemente conciliadora de ambos institutos, atento tanto a la naturaleza y finalidad de la representación reclamada por la norma penal y al carácter temporario de la suspensión del ejercicio de tales derechos y deberes (conf. art. 16, Cód. Penal), como a la protección universal que abriga al núcleo familiar (conf. arts. 1°, 14 bis, 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Const. nacional; 23, PIDCP; 10, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales –PIDESC–; 1°, 11, 36 y concs., Const. provincial; 2°, 19 inc. f y concs., ley 12.256; 168 a 170, 228 y 229, ley 24.660; etc.), al superior interés de los hijos (conf. arts. 1°, 31, 33, 75, incs. 22 y 23, y concs., Const. nacional; 3, 9, 12 y concs., Convención sobre los Derechos del Niño –CDN–; 706, inc. c y concs., Cód. Civil y Comercial; 2°, 3° y concs., ley 26.061; 1°, 11, 15, 36.2 y concs., Const. provincial; 4° a 7° y concs., ley 13.298) y a la propia dignidad del penado (conf. arts. 1°, 18, 31, 33, 75, inc. 22 y concs., Const. nacional; XXV, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –DADDH–; 5.2, CADH; 10.1, PIDCP).

II. 3. De modo que siempre que corresponda la designación de un representante que vele por el bienestar de los hijos, bienes o giro de los negocios del condenado mientras dure su privación de libertad, debería instrumentarse inmediatamente el trámite dirigido a tal fin, a través del mecanismo específicamente establecido en el art. 12 del Cód. Penal, sin dejarlo librado a la instancia del recluso, quien de todas formas podría proponer la persona de dicho curador o apoyo (doctr. art. 139, Cód. Civil y Comercial).

De esta forma, habida cuenta de lo expuesto y de que no deviene todavía posible en el reducido marco cognoscitivo del presente conflicto negativo de competencia dilucidar los aspectos referidos, considero que tampoco resulta pertinente declarar la ausencia de oficiosidad del mismo.

II. 4. En tal contexto, frente a la necesidad de escoger al Juzgado competente para tal menester, posicionados en el articulado del actual Código Civil y Comercial de modo liminar, se observa que la regla de asignación de causas en la materia seguida por este Tribunal hasta entonces, debe ser revisada en consonancia con las nuevas reglas de competencia fijadas en el citado ordenamiento civil para el discernimiento de la curatela.

Con anterioridad a la sanción del mismo, este Tribunal tenía decidido que de conformidad con el art. 400 del Cód. Civil aplicable en virtud de la norma contenida en la segunda parte del art. 475 de dicho ordenamiento, el juez competente para el discernimiento de la curatela era el del domicilio del

incapaz, solución que –en el caso del art. 12 del Cód. Penal– se compadece con lo dispuesto por los arts. 95 y 98 del Cód. Civil y 5°, inc. 8 del Cód. Proc. Civil y Com. (causas C. 119.573, “M., J. C.”, resol. de 10/12/14; C. 119.588, “B., H. L.”, resol. de 17/12/14 y C. 119.568, “H., C. M.”, resol. de 23/12/14).

Sentado lo anterior, cabe seguir la senda trazada por el art. 112, aplicable por remisión del 138 del nuevo orden normativo cuyo texto señala la conveniencia de la intervención del juez del lugar donde el pupilo tiene su centro de vida, enunciado asimilado en el supuesto que se considera al sitio donde se encuentra alojado el penado.

Este criterio se ha concretado en reiterados fallos de la Corte Suprema de Justicia nacional que en varios supuestos –similares al presente– ha resuelto que “la jurisdicción del magistrado del lugar de residencia del causante, su lugar de detención, coadyuvará al contacto directo y personal del órgano judicial que conoce en la curatela, con el afectado, primando los principios de inmediatez y economía procesal, esenciales a la naturaleza y finalidad de este tipo de proceso en cualquier jurisdicción, cuando pueden encontrarse en juego garantías constitucionales (CSJN, *Fallos*: 323:1531; 332:908; causas “A., J. W. s/curatela art. 12, Cód. Penal”, resol. de 1/9/15; “M., M. L. s/ curatela”, resol. de 7/11/17 y “B., G. A. s/curatela art. 12, Cód. Penal”, resol. de 18/11/17).

En consecuencia, surgiendo de las constancias obrantes en las presentes actuaciones que el causante “S. F. L.” se encuentra alojado en la Unidad Carcelaria n° 43, de González Catán, debe declararse competente para intervenir en estos obrados al Juzgado de Familia perteneciente a esa jurisdicción.

Los señores jueces doctores Negri, Soria y Genoud, por los mismos fundamentos, adhieren al voto del doctor Pettigiani.

Por ello, la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

Por mayoría, declarar competente para continuar interviniendo en las actuaciones arribadas, al Juzgado de Familia n° 6 del Departamento Judicial de La Matanza.

Regístrese, hágase saber y remítase. Eduardo Julio Pettigiani. Héctor Negri. Eduardo Néstor de Lázzari. Daniel Fernando Soria. Luis Esteban Genoud. Carlos Enrique Camps. Secretario

*Comentario de E. Jorge Arévalo**

1) El 8 de noviembre de 2017, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos, en autos “L. S. F. s/curatela”, dirimió un conflicto relativo a la competencia a los fines de la designación del Juzgado de Familia interviniente en la aplicación de los efectos previstos por el art.

* Notario jubilado de la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe. Director del Archivo de protocolos y Registro de Actos de Autoprotección ciudad de Rosario, Santa Fe. Secretario del Instituto de Derecho e Integración (IDeI). Docente universitario en carreras del Notariado en la UNR y Pontificia Universidad Católica de Derecho.

12 del Cód. Penal a un sujeto condenado a pena de prisión por más de tres años.

El interés que genera el análisis jurídico realizado por el alto tribunal, trasciende lo resuelto respecto de la competencia asignada que recayera en el Juzgado de Familia n° 6 del Departamento Judicial de La Matanza.

Es que los cambios “[...] que han tenido lugar desde una perspectiva de los derechos humanos, [...] en torno a los distintos aspectos en la restricción al ejercicio de la capacidad de las personas con un sustento no discriminatorio en la igualdad (arts. 31 y 75, incs. 22 y 23 de la Const. nacional; arts. 3 y 12 CDPD)...” , imponen una interpretación sistemática de los preceptos jurídicos a la luz de los actuales paradigmas (voto del doctor de Lázzari). Ese criterio, reconocido por el superior tribunal bonaerense, resulta un elemento constitutivo de la razonabilidad que deben guardar las resoluciones de los magistrados en los asuntos sometidos a su jurisdicción (art. 3° Cód. Civil y Comercial).

2) Como puntualiza el supremo tribunal bonaerense, la llamada “incapacidad civil de los penados” o “incapacidad por condenaciones penales”, ha sido objeto de interpretaciones aportadas por la doctrina penal y privatista.

La interpretación gramatical y sistemática de las normas emanadas del Código Penal vigente (arts. 12 y 5°), ubica a la restricción del ejercicio de la capacidad por parte del condenado a una pena de reclusión y prisión, siempre que su duración supere los tres años, entre las sanciones principales previstas de ese cuerpo normativo. Se trata de una variante de la inhabilitación que menciona el art. 5°, tipificada en el segundo párrafo del artículo 12 que impone al condenado por el tiempo establecido para “[...]La duración de la pena[...]”, la privación de “[...] La patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos”. Finalmente, remitiéndose a lo que establecía el Código Civil argentino, la norma dispone la sujeción del penado al régimen de curatela que regía para los incapaces (art. 54 y ss. y art. 468 y ss. del régimen abrogado). Específicamente, el Código Civil argentino preveía en su art. 309 entre las causales de suspensión del ejercicio de la patria potestad por parte de los padres su inclusión “[...]en los supuestos establecidos en el art. 12 del Cód. Penal” (parte final del primer párrafo).

El art. 702 del Cód. Civil y Comercial vigente, incluye en su inc. b “el plazo de condena a reclusión y prisión por más de tres años” entre los casos de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental por el tiempo de duración de la pena¹.

¹ ZAFFARONI, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 692 y siguientes. Sobre la interpretación de la ley penal y su diferenciación con la hermenéutica aplicable al derecho privado, puede consultarse a JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, p. 107 y siguientes.

3) La caracterización de la referida inhabilitación como pena accesoria, se fundamenta en la circunstancia de que el penado no se encuentra usualmente privado en su aptitud inherente al ejercicio de los derechos que indica el art. 12 del Cód. Penal. Debe tenerse en cuenta que la restricción en el ejercicio de los derechos civiles previstos por el precepto antes referido, conlleva una menor extensión temporal en comparación a la establecida para la inhabilitación absoluta (cuya duración puede prolongarse hasta más de tres años del tiempo establecido para la condena)². Y al igual que el resto de las situaciones consignadas en el art. 702 del Cód. Civil y Comercial, la suspensión de pleno del ejercicio de la responsabilidad parental concluye en el momento que el penado recupere su libertad ambulatoria³.

4) Reconocida doctrina penal funda la limitación al ejercicio de la capacidad por parte de los penados en la denominada “concepción punitiva” o “descalificación accesoria”, esto es la caracterización al condenado como indigno en el goce de la capacidad civil. Una suerte de estigma adicional que pesa sobre el penado⁴.

Empero, la opinión prevaleciente entre la doctrina y la jurisprudencia, sostiene que la mentada limitación que pesa en cabeza de los penados, consagrada por el art. 12 del Cód. Penal, atiende finalidades inherentes a su protección (concepción tuitiva). En otras palabras, valiéndose de la restricción indicada, la ley establece un paliativo ante la inferioridad de condiciones en que se encuentra el sujeto privado de su libertad, estado que afecta su eficaz intervención en aquellos actos previstos expresamente por la normativa (suspensión del ejercicio de la patria potestad, de toda forma de administración y disposición de bienes por actos entre vivos). Como las dificultades inherentes a la atención directa de tales actos, se proyectan a la vigilancia necesaria por parte del penado a la actuación de eventuales representantes voluntarios, la ley prevé la aplicación del régimen de curatela, cuyos agentes se encuentran obligados a rendir cuentas de su actuación en los estrados judiciales. Es esa la tesitura sostenida en el decisorio aquí analizado por el juez, doctor Eduardo Julio Pettigiani, quien considera que “[...]la denominada curatela prevista en la citada norma (refiere al art. 12 del Cód. Penal), no constituye una pena accesoria, sino que se trata de una medida de carácter tuitivo y cautelar instaurada como consecuencia de una pena principal, en beneficio y no en perjuicio del penado, a fin de salvaguardar concretos aspectos de su vida en sociedad [...]”. Similares argumentos expuso la Sala I

² ZAFFARONI, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 694.

³ LORENZETTI (dir.) - DE LORENZO - LORENZETTI, PABLO (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. IV, p. 544; ABELLA, en CLUSELLAS (coord.), *Código Civil y Comercial comentado anotado y concordado*, t. 3, p. 125.

⁴ VALDÉZ, *La incapacidad civil de los penados*, “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, t. VII, p. 505; LANFRANCO, *La incapacidad civil de los penados*, nº 18, p. 29 y ss., monografía también reproducida en la citada revista.

del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires (causa 38.114) que consideró la previsión “[...] como una de las consecuencias civiles [...]” generadas ante “[...]. La imposibilidad de cumplir adecuadamente con las obligaciones inherentes a la patria potestad y de actuar en el plano de igualdad en el mundo jurídico de los negocios, ante lo cual el legislador intentó tutelar los derechos del sujeto pasivo de la patria potestad y del mismo condenado[...]”. Con la agudeza que la caracteriza, Sebastián Soler, en su referencia a lo preceptuado por el artículo 12 del C.P., ha señalado que la incapacidad consagrada por esa norma “[...]no tiene un fin punitivo, sino que contempla la situación de hecho que acarrea el encierro del condenado, impidiéndole realizar por sí los actos de la vida civil y atender sus negocios”. Apuntala el argumento, lo expresado al respecto por la exposición de motivos que acompañara la sanción del Código Penal, emanada de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados, allí se señala que “...la privación de los derechos civiles no es una pena, sino un accesorio indispensable que no tiene objeto represivo sino tutelar, desde que se subsana un estado de incapacidad”. El criterio interpretativo expuesto, resulta coincidente con la voluntad del legislador expresada en ese documento preparatorio⁵.

La enunciación restrictiva que luce el art. 12 del Cód. Penal. En cuanto a los actos vedados al sujeto condenado por más de tres años a la privación de su libertad, valida la denominada concepción tuitiva resumida en el párrafo anterior. Por tanto el penado goza de la plena capacidad de ejercicio que le permite la ejecución por sí mismo de aquellos actos jurídicos que no han sido objeto de prohibición expresa⁶.

5) La finalidad tutelar que sustenta la restricción al ejercicio de la capacidad en ciertos sujetos expresamente mencionados por la normativa sustancial, fue objeto de reconocimiento por el Código Civil argentino en el art.

⁵ LLAMBIÁS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, p. 516 y ss.; ORGAZ, *Incapacidad civil del penado*, p. 60; BORDA, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I; BUSSO, *Código Civil anotado*, t. 5, p. 421 y ss.; SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino*, p. 776 y siguientes. En el ámbito jurisprudencial puede citarse a la CCrim Córdoba, 10/10/41, LL, 25-782; CCrim CapFed, 12/2/41, JA, 74-48; CCrimCom Mendoza, 30/4/48, LL, 12-613. Compartieron el criterio tutelar en el ámbito de la doctrina penal, entre otros, el recordado SOLER, *Derecho penal argentino*, t. II, p. 453; CREUS, *Derecho penal. Parte general*, p. 520. El pronunciamiento del Tribunal de Casación Penal se extrae de una cita obrante en LORENZETTI (dir.) - DE LORENZO - LORENZETTI, PABLO (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. IV, p. 545. Con relación a los trabajos preparatorios, discusiones parlamentarias, exposiciones de motivos, etc., la doctrina entiende que esos documentos no pueden considerarse como interpretación auténtica, por cuanto “[...] solo aluden al proceso de generación de las leyes [...] descubren la voluntad del legislador, pero no el espíritu de la ley...que en última instancia es la que debe esclarecer el juez” (JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, p. 104).

⁶ LLAMBIÁS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, p. 518 y siguientes.

58: “este Código protege a los incapaces, pero solo para el efecto de suprimir los efectos de su incapacidad [...]”. Sin embargo, en la nota al precepto transcrito parcialmente su autor advierte sobre los abusos que podría generar una legislación absolutamente sustitutiva de la voluntad del representado. Señala Vélez Sársfield que “[...] esa protección exagerada a los incapaces no presenta una utilidad que compense los males que causa a la sociedad, y a los bienes mismos de los menores [...]; creemos pues, que más valiera a los menores y a los incapaces una buena administración de sus bienes, que todos los privilegios con que han querido ampararlos las leyes [...]”; más adelante aboga por una “[...] buena organización del ministerio de menores, que podría evitar no solo los malos contratos de los tutores y curadores, sino la mala conducta de estos en la administración de sus bienes”. No obstante, un somero análisis sobre el tema en el marco del contexto normativo consagrado por nuestra legislación decimonónica revela que el ilustre redactor del derogado cuerpo normativo que, con sus reformas y leyes posteriores rigió en nuestro país durante 144 años, no atendió a su propia recomendación. De hecho, estableció un régimen totalmente excluyente para aquellos sujetos en situación de mayor vulnerabilidad. Basta recordar algunos artículos de aquel Código Civil como el 377, 411 y 475, relativos a tutela y curatela que otorgaban amplios poderes a tutores y curadores, sustentándose en el principio rector de la total prescindencia de la voluntad del representado. Se encuentra dotada de suficiente elocuencia la frase que resume los amplísimos poderes otorgados en cabeza del tutor, extensivos al curador –art. 475–, a través del hoy derogado art. 411: “todos los actos se ejecutan por él (el tutor) y en su nombre (del pupilo)... y prescindiendo de su voluntad”. Y, sistemáticamente, el criterio sintetizado en el párrafo anterior imperó en el régimen regulatorio de la patria potestad (hoy responsabilidad parental), desarrollado con sus posteriores modificaciones, al principio del Título II, Sección Segunda, Libro Primero del Código Civil argentino (art. 264 y ss.). Se estableció un vínculo entre progenitores e hijos, sustentado originariamente en el principio de autoridad paterna (posteriormente el ejercicio de la patria potestad fue reconocido en cabeza del padre y la madre conjuntamente). A pesar de que el precepto respondía a la aplicación del proclamado propósito tuitivo de los intereses de los descendientes en situación de “incapaces” (art. 58), priorizaba en los hechos el poder otorgado a los ascendientes. Resulta esclarecedora la lectura del viejo art. 265 en su primera parte: “los hijos menores de edad están bajo la autoridad y poder de sus padres”⁷.

⁷ En la reproducción de algunos textos del recordado art. 265, se lee: “bajo la autoridad y cuidado (en lugar de la expresión poder) de los padres”. La interpretación jurisprudencial recaída en el principio tutelar, reconociéndoselo como rector del derecho de la patria potestad, indicó las limitaciones que alcanzaban el ejercicio de esa atribución: puntualizó que su concesión se fundaba en el interés de los hijos y “como medio para su protección; de allí que no pueda ejercerse arbitraria o despóticamente, desviándola de sus fines [...] quebrantando la solidaridad familiar”. CNCiv, Sala A, 11/9/57, LL, 89-36; íd., Sala B. 31/5/54, JA, 1954-III-397; íd., Sala D, 16/5/52, LL, 67-427; CS San Luis, 18/3/67, JA, 1967-I-189. Posteriormente, con mayor

Lo cierto es que el paraguas protector desarrollado por el vetusto esquema legislativo decimonónico, permitió la sustitución total de la voluntad de sus titulares incluidos en la categoría de incapaces en asuntos relativos a sus intereses, al punto de que los legítimos deseos de los menores sujetos a la patria potestad o tutela y de aquellas personas encuadradas en el régimen curatela, resultaron absolutamente ignorados.

6) La situación marginal de los sujetos designados como “incapaces de hecho” en la legislación anterior, admitió una situación excepcional plasmada en el art. 280 del C.C.: “los padres no pueden hacer contratos de locación de los servicios de sus hijos adultos, o para que aprendan algún oficio sin el asentimiento de ellos”. Reconocida doctrina civilista, no obstante su adhesión al régimen totalmente sustitutivo de la voluntad de los representados, lo consideró excesivo, particularmente en su aplicación sin cortapisas respecto de los incapaces relativos dotados de discernimiento. Un antecedente embrionario en el largo camino recorrido en procura del reconocimiento como sujetos de derecho a quienes se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad⁸.

7) La decisión judicial cuyo comentario aquí se aborda, contiene una interpretación que trasciende la aplicación literal del artículo 12 del Cód. Penal a la luz de los actuales paradigmas jurídicos, “cuyo ideario comenzó a instalarse y a cobrar fuerza y vigencia a partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada en el ámbito de las Naciones Unidas, aprobada por nuestro país mediante la ley 26.378, a la que se le otorgó luego jerarquía constitucional por ley 27.044”, según puntualiza en sus consideraciones el magistrado Eduardo Néstor de Lázari.

El voto del doctor de Lázari ilustra sobre los nuevos paradigmas orientados al “[...] Pleno reconocimiento de personalidad jurídica de las personas previsto por las normas de derecho internacional [...]”; menciona como antecedentes, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –art. 17–, la Convención Americana sobre Derechos Humanos- Pacto de San José de Costa Rica –art. 3– y el art. 16 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

A las citas antes referidas, agregamos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos [resol. 217-Asamblea General de las Naciones Unidas del

precisión, la judicatura señaló que “[...] cuando los padres abusan de sus poderes o no cumplen con los deberes que la naturaleza y la ley ponen a su cargo, esta provee los medios adecuados para la protección del hijo [...]” (CNCiv, Sala H, 27/5/97, “A. A. y A. A.”, Legis Argentina SA, 2007-161, párr. 1099). La doctrina civilista también desarrolló su interpretación a la luz del principio tuitivo consagrado por el art. 58 del C.C.A. Véase, entre otras, la obra de SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino*, p. 619 y siguientes.

⁸ ORGAZ, *Personas individuales*, p. 185 y siguientes. Puede asimismo consultarse sobre esta temática nuestro trabajo publicado en “Revista IDEI” n° 10, p. 49 y siguientes.

10/12/48, en cuyo art. 1° se reconoce la igualdad, dignidad y derechos a todos los seres humanos, “(...) sin distinción alguna de raza, color sexo, idioma, religión o de cualquier otra índole (...)”; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (Guatemala, 8/6/99, aprobada por ley nacional 25.280 (BO, 4/8/00); ley nacional de “Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes”, 26.061/2005. Y cabe mencionar especialmente, dentro del sistema legislativo sancionado respondiendo al propósito protector de las personas en situación de mayor vulnerabilidad, a la ley nacional 26.150 denominada “Programa Nacional de Educación Sexual Integral”, sancionada el 4 de octubre de 2006 y promulgada el día 23 del mismo mes y año. Esa norma garantiza a todo educando “[...] a recibir educación sexual en todos los establecimientos educativos... (art. 1°) y dispone, en su art. 2° la creación del “Programa Nacional de Educación Sexual Integral [...]. Con la finalidad de cumplir en los establecimientos educativos [...]” la legislación que allí menciona, dotada de rango constitucional.

Adecuándose a las referidas normativas, el Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por ley nacional 26.994, promulgada el 7 de octubre de 2014 y vigente desde el 1° de agosto de 2015 –ley 27.077–, recibió una modificación sustancial en lo que se refiere a la denominada “capacidad de hecho”, actualmente designada como capacidad de ejercicio. El art. 23 estableció en cabeza de toda persona humana la potestad de “ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones previstas en este Código y en una sentencia judicial”. Se elimina la histórica categorización que diferenciaba entre absolutas y relativas a las “incapacidades de hecho”⁹. Y en fecha 31 de mayo de 2017 se publicó en el Boletín Oficial la ley nacional 27.360 por la cual nuestro país aprueba la Convención Interamericana para la Protección de las Personas Mayores, sancionada por la 45ª Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 15 de mayo de 2015.

Lamentablemente, la recordada legislación no se aplica actualmente en su integridad (valga como ejemplo la mencionada ley 26.150), quedando así constreñida en una proporción significativa a meras expresiones de deseo. Es sabido que la historia de la humanidad, acaso atrapada en la recurrente fatalidad de las propias contradicciones de sus protagonistas, registra constantes, y en muchas ocasiones eficaces, tentativas de retroceso a derechos y garantías obtenidos a costas de ingentes esfuerzos.

8) El sucinto recordatorio de la normativa que sustenta los postulados relativos al principio general que consagra la capacidad de ejercicio de las personas humanas, incluyendo aquellas que se encuentran en la situación descrita por el art. 12 del Cód. Penal, fundamenta el argumento esgrimido por el juez de Lázzari en el sentido de que la insistencia en la aplicación resultante de una literal del referido precepto, “[...] contraviene los postulados constitucionales y normas convencionales y legales [...]”. De hecho, ya con anterioridad a la vigencia del actual Código Civil y Comercial, fue cuestiona-

⁹ Arts. 54 y 55 del derogado Código Civil. Ver SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino*, p. 60 y siguientes.

da la constitucionalidad de las restricciones impuestas por el art. 12 del Cód. Penal, respecto del ejercicio la patria potestad y de los actos relativos a la administración y disposición de los bienes por parte del penado. Se sostuvo que en los hechos, esa imposición constituye una pena accesoria con efectos lesivos para la dignidad de la persona condenada y contrarios a su pretendida reinserción social. La conclusión expresada al final del punto V resulta aplicable a la materia penal: la realidad cotidiana desvirtúa el propósito tutelar que sustenta la sanción de la ley por cuanto profundiza el estado de marginación del sujeto sancionado, contribuyendo a la frustración de la finalidad correctiva que conlleva la imposición sancionatoria¹⁰.

9) Coinciden los magistrados De Lázzari y Pettigiani en destacar a través de sus votos que la normativa sustancial contempla ante situaciones relativas a la privación o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, el ejercicio de esa función en cabeza del progenitor o en su defecto, “[...] iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción...” (art. 703 del Cód. Civil y Comercial). Ese precepto, que armoniza con lo establecido por el inc. c del art. 641 (ejercicio de la responsabilidad parental), constituye una aplicación concreta del principio prioritario que resguarda el interés del niño o adolescente, uno de los paradigmas consagrados por la recordada ley nacional 26.061, mencionada en el punto VII. Y desde esa perspectiva, se justifica plenamente el desplazamiento temporal y automático del penado en el ejercicio de esa función, ya sea encomendándola con carácter exclusivo al otro progenitor o a través de los procesos de tutela o adopción (art. 703 citado). Bien entendido que la restricción impuesta al penado, deberá cesar, también de manera automática, en el momento en que este recupere su libertad ambulatoria (ver punto III de la presente nota).

10) Complementando la presente nota al pronunciamiento del supremo tribunal bonaerense, resulta de utilidad recordar una obligación que mantiene su vigencia en cabeza de los penados que se encuentran temporalmente privados del ejercicio de la responsabilidad parental: la subsistencia, en su caso, del deber alimentario conforme lo regula el art. 704 del Cód. Civil y Comercial. Establecida dicha obligación como regla general a través del art. 658 de la citada normativa sustancial, atento la situación fáctica del condenado a prisión por un lapso superior a tres años, su ejecución se verá constreñida a la prestación monetaria y deberá guardar proporcionalidad con relación a las posibilidades económicas del obligado y las necesidades “[...]del alimentado” (parte final del art. 659). El recordado deber integra el conjunto de reglas que garantizan la concreción de los principios generales de la responsabilidad parental, enumerados en el art. 639 del Cód. Civil y Comercial. La

¹⁰ Ver citas en ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, t. IV, p. 545 y siguientes. Corresponde asimismo recordar que el inc. 6 del art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. nacional) expresa: “*Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reinserción y la readaptación social de los condenados*”.

legislación asigna particular relevancia al inc. *a* de dicho precepto, “el interés superior del niño”, que integra el conjunto de derechos y garantías tarifados como de “orden público” (art. 2º, párrafo final de la ley nacional 26.061)¹¹.

La aplicación analógica de los principios comunes que rigen las restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica, contemplados en la Sección (art. 31 y ss.) del Capítulo 2, del Libro Primero –Parte general– del Código Civil y Comercial, garantizarán al penado su derecho a recibir la información necesaria a través de medios y tecnologías adecuadas (art. 31, inc. *d*) y expresar su voluntad por sí o a través de apoyos y, eventualmente, el curador que se designe. Atendiendo a la circunstancia de que el sujeto condenado penalmente no se encuentra, en principio, afectado en su discernimiento, le asiste el derecho de imponerse personalmente respecto de la regularidad de los pagos que se realicen en su nombre en cumplimiento del deber alimentario a su cargo y emitir su opinión¹².

11) Dentro del contexto de las profundas transformaciones acaecidas desde la perspectiva de los derechos humanos que, como indica el voto del doctor De Lázzari, “Impactan en la lectura del art. 12 del Cód. Penal²”, se impone una interpretación armónica con el principio general que establece la potestad en cabeza de toda persona humana la posibilidad de “ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones previstas en este Código y en una sentencia judicial” (art. 23, Cód Civil y Comercial).

Uno los institutos resultantes de los referidos cambios de paradigmas, son las “directivas anticipadas”, “testamentos para la vida”, “disposiciones para la propia incompetencia”, más conocidas como actos de autoprotección. Conforme lo ha expresado reconocida doctrina, a través de estos actos jurídicos toda persona humana expresa su voluntad de manera fehaciente mientras “cuenta con aptitudes suficientes para ello, para el supuesto de hallarse en situación de vulnerabilidad en el futuro”¹³. Si bien la condena penal no conlleva en sí misma una pérdida o disminución del discernimiento de la persona, genera limitaciones en su desenvolvimiento, patologías estas que la norma intenta compensar en la forma resumida anteriormente. El Código Civil y Comercial, respondiendo a las necesidades sociales ignoradas durante décadas, estableció a través del art. 60 la potestad de toda persona a los fines del dictado de directivas médicas anticipadas y, específicamente, la posibilidad de la designación “mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela (primer párrafo del art. 139). Y por cierto todo sujeto, acudiendo al procedimiento indicado, se encuentra en condiciones proponer la designación de personas que le presten apoyo cuando ello sea necesario a los fines de “la toma de decisiones para dirigir su

¹¹ La jurisprudencia se pronunció sobre la conservación del deber alimentario en los supuestos del art. 12 del Cód. Penal (CNCiv, Sala D, 18/12/80, ED, 92-862).

¹² Interpretación analógica de los arts. 31 y 32 del Cód. Civil y Comercial (especialmente en su párrafo final).

¹³ LLORENS - RAJMIL, *Derecho de autoprotección*, p. 2 y siguientes.

persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general” (art. 43, Cód. Civil y Comercial).

Descontando el imperativo de que tales propuestas deben ser objeto de aprobación judicial (arts. 138 y 43 ya citados), estas deben ser tenidas en cuenta en las decisiones que dicte la judicatura ante las situaciones previstas por el art. 12 del Cód. Penal vigente.

BIBLIOGRAFÍA

- CALVO COSTA, CARLOS A. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, concordado y comparado con los Códigos de Vélez Sársfield y de Comercio*, 2ª reimpresión, Bs. As., La Ley, 2015.
- CLUSELLAS, EDUARDO G. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado anotado y concordado*, Bs. As., Astrea - Fen, 2015.
- CIFUENTES, SANTOS, *Régimen general de la capacidad y el denominado living will*, LL, 2006-A-1183.
- CREUS, CARLOS, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Bs. As., Astrea, 1999.
- D’ALESSIO, ANDRÉS J., (dir.) - DIVITO, MAURO A. (coord.), *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2011.
- DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, *Capacidad civil del liberado condicional*, JA, 67-713.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *La ley y el delito*, Bs. As., Sudamericana, 1973.
- LANFRANCO, HÉCTOR, *La incapacidad civil de los penados*, “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, Bs. As. 1941, n° 18.
- LORENZETTI, RICARDO (dir.) - DE LORENZO - LORENZETTI, PABLO (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil*, 21ª ed., Bs. As., LexisNexis, Abeledo Perrot, 2007.
- SALVAT, RAIMUNDO, *Tratado de derecho civil argentino*, 11ª ed., Bs. As., TEA, 1964.
- SOLER, SEBASTIÁN, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962.
- ZAFFARONI, EUGENIO, *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Ediar, Bs. As. 1983.

PRÁCTICA NOTARIAL

ESCRITURA SOBRE CESIÓN DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

ESCRITURA ... ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PARENTAL. JUAN MANUEL ... A AYLÉN ... En la ciudad de ... el ... de ... de dos mil ..., ante mí el autorizante comparecen quienes se identificaron y expresan sus datos así: Juan Manuel ..., argentino, nacido el ..., titular del documento nacional de identidad ... y de la clave de identificación 20-...-5, estado civil ..., domiciliado en ..., en esta provincia; y Ayelén ..., argentina, nacida el ..., titular del documento nacional de identidad ... y de la clave de identificación ..., ... estado civil ..., domiciliada en ... en esta provincia. Los conozco, doy fe. EXPONEN: 1.- Que son los padres de Azul ..., argentina, nacida el ..., titular del documento nacional de identidad ..., lo que acreditan con el certificado de nacimiento respectivo que tengo a la vista y en copia agrego. 2.- Que Juan Manuel ... proyecta viajar próximamente al reino de España para radicarse allí. 3.- Por tal motivo, de común acuerdo y en virtud de lo previsto en el art. 641 inc. b¹ del Cód. Civil y Comercial de la Nación, en interés de Azul ..., atribuyen el ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental a la señora Ayelén ... 4.- Por tal motivo, la señora Ayelén ... queda facultada también para autorizar a su hija a contraer matrimonio; para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; para salir de la República Argentina o para el cambio de residencia permanente en el extranjero; para estar en juicio en los supuestos en que no puede actuar por sí misma; y administrar los bienes de la adolescente. 5.- Juan Manuel ... solicita a la señora Ayelén ... que lo mantenga informado, en la medida de sus posibilidades, de los pormenores en la crianza y educación de su hija. Se encuentra presente en este acto desde su inicio Azul ..., argentina, nacida el ..., titular del documento nacional de identidad ..., soltera, hija de Juan Manuel ... y de Ayelén ..., con su madre domiciliada, a quien también conozco, doy fe. Según aprecio, Azul Nicole Duarte posee el discernimiento necesario² para comprender los

¹ En este caso (atribución a uno solo de los progenitores) la normativa no exige homologación judicial, lo que diferencia este caso del previsto en el art. 655 del mismo cuerpo legal.

² Según el art. 261, inc. c, del Cód. Civil y Comercial el discernimiento para este tipo de actos se adquiere a los 13 años. Empero, ni la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 12: "garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión

alcances del presente acto. Informada de la decisión de sus padres expone que nada tiene que objetar. LEO esta escritura a los comparecientes quienes la aprueban y firman ante mí que doy fe.

N° ... DELEGACIÓN DEL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL. OSCAR RAMÓN F. Y MARTA MÓNICA M. a JAQUELINA F. ESCRITURA NÚMERO... En la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, República Argentina, a quince días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, ante mí, Clotilde Urbano, escribana autorizante, COMPARECEN: OSCAR RAMÓN F., (datos personales y acreditación de identidad) MARTA MÓNICA M. (datos personales y acreditación de identidad); ambos expresan ser cónyuges de primeras nupcias entre sí y estar domiciliados en calle Junín 2050, Rosario, por una parte, y por la otra JAQUELINA F., nacida el 22 de febrero de 1995 (demás datos personales y acreditación de identidad). Y Oscar Ramón F. y Marta Mónica M. EXPRESAN: Que por este acto vienen a formalizar el presente Convenio de Delegación de Ejercicio de la Responsabilidad Parental, en un todo de acuerdo con lo prescripto por el art. 643 del Cód. Civil y Comercial de la Nación, bajo las siguientes cláusulas: *Primera: Delegación.* Oscar Ramón F. y Marta Mónica M. delegan en su hija mayor de edad, Jaquelina F., el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto a sus hijas menores de edad CELESTE F., titular del documento nacional de Identidad número ..., de 13 años de edad, y ANA F., titular del Documento Nacional de identidad número ..., de 15 años de edad. Acreditan el vínculo con partidas de nacimiento de sus hijas, Jaquelina F., Celeste F. y Ana F., donde constan sus nacimientos inscriptos en la sección 2ª del Registro Civil de la provincia de Santa Fe, bajo Acta 121, tomo II, Acta 39, Tomo I y Acta 98, Tomo III, respectivamente, que en copia se adjunta a la presente. *Segunda: Aceptación.* Jaquelina F. acepta la presente delegación de ejercicio de la responsabilidad parental efectuada a su favor con respecto a sus hermanas Celeste F. y Ana F., y asume el compromiso de ejercerla de acuerdo a los principios que la rigen y a lo regulado por el art. 639, ss. y concs. del Cód. Civil y Comercial de la Nación. Asimismo se obliga a cumplir con los deberes inherentes a dicho ejercicio, con la mayor dedicación y el cuidado que requieran las necesidades específicas de las menores. *Tercera: Justificación.* Los progenitores expresan que la presente delegación se justifica ampliamente pues emprenderán próximamente un viaje a la ciudad de Barcelona, España, con el objetivo de radicarse en dicho país, donde viven dos de sus hijos, Julián F. y Artemio

libremente en todos los asuntos”) ni los art. 24 y 27 de la vigente ley 26.061 fijan una franja etárea para el ejercicio de estos derechos. Entendemos frente a esta contradicción normativa que más allá de que prima la normativa convencional por ser de mayor jerarquía, que la existencia de discernimiento no es algo que pueda fijar la ley mediante franjas etáreas. La facultad de discernir la confiere únicamente la naturaleza. Solo la capacidad es asunto que fija la ley. Así como los notarios tenemos el deber de asegurarnos del discernimiento de los otorgantes antes de autorizar un acto (art. 45, Cód. Civil y Comercial), de igual manera debemos actuar frente a la comparecencia de menores.

F., con sus familias, quienes son titulares de la sociedad "F. SRL", dedicada al cultivo y venta de flores, empresa a la que se incorporarán con la apertura y puesta en funcionamiento de una nueva sucursal. Su ausencia prolongada les impedirá cumplir con sus deberes de cuidado, asistencia, convivencia, alimentos, educación y demás necesidades específicas de sus hijas menores quienes, una vez finalizados los estudios del presente año, realizarán los trámites necesarios para reunirse con sus padres en España. *Cuarta: Interés superior del niño.* El presente otorgamiento se realiza en el irrestricto respeto al interés superior de las niñas, de acuerdo al art. 3 del la Convención Internacional de los derechos del Niño, art. 3° de la ley 26.061 y 4° de la ley provincial 12.967, para la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías, respetando su desarrollo personal en su medio familiar, social y cultural y su centro de vida, ya que la delegataria convive con sus hermanas en la vivienda familiar, y siempre ha cuidado de ellas con afecto fraternal y dedicación. Si bien las menores son ya adolescentes y gozan de un grado importante de autonomía, requieren aún cuidados y atención, así como la asistencia de un adulto responsable en determinadas circunstancias. *Quinta: Facultades.* Los progenitores autorizan a la delegataria a realizar todos los actos necesarios para satisfacer las necesidades específicas de sus hijas menores y, en ejercicio de la responsabilidad que le otorgan, asuma las decisiones, asista y consienta los actos necesarios, tanto en el ámbito escolar, social y familiar, como en relación a cuestiones de salud, viajes y traslados, y en todo lo que requiera su actuación en tal carácter. Asimismo la facultan para tramitar y asistir a sus hermanas menores de edad en todas las gestiones que deban realizar ante las autoridades correspondientes para la obtención de visas, pasaportes, pasajes, y toda documentación necesaria a fin de que viajen a reunirse con sus progenitores. *Sexta: Plazo.* La presente delegación se otorga por el término de un año a partir del día de la fecha. Los progenitores autorizan a la delegataria a solicitar la prórroga por un período más, en caso de ser necesario, expresando desde ya su consentimiento al efecto. *Séptima: Titularidad.* Los progenitores dejan constancia de que, en un todo de acuerdo con el art. 643 del Cód. Civil y Comercial de la Nación, conservan la titularidad de la responsabilidad parental y el derecho a supervisar la educación, crianza y bienestar de sus hijas menores, en la medida de sus posibilidades. *Octava: Homologación.* Los otorgantes dejan constancia de que se solicitará la homologación judicial del presente acuerdo. PRESENTES en este acto CELESTE F. (datos personales y acreditación de identidad) y ANA F. (datos personales y acreditación de identidad), EXPOS- NEN: Que en ejercicio del derecho que les asiste a ser escuchadas de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 24 de la ley nacional 26.061, 28 de la ley provincial 12.967, 643 del Cód. Civil y Comercial de la Nación, y demás normas concordantes, y habiendo sido debidamente informadas del contenido del presente acuerdo de delegación de ejercicio de la responsabilidad parental que efectúan sus progenitores a favor de su hermana Jaquelina Flores, prestan su total conformidad y nada tienen que observar, ya que confían plenamente en la delegataria, y es su deseo permanecer bajo sus cuidados y responsabilidad en ausencia de sus padres. Oscar Ramón F. y Marta Mónica M. exhiben pasajes de avión a su nombre, con fecha de partida el 15 de julio del presente año, ciudadanía

española otorgada por las autoridades de ese país, fotocopia de los documentos españoles de sus dos hijos Julián y Artemio F., y de la documentación de la sociedad "F. SRL", con domicilio en la ciudad de Barcelona, España, todo lo cual en fotocopia se adjunta a la presente. En su testimonio, previa lectura y ratificación, así la otorgan y firman los comparecientes como acostumbra a hacerlo habitualmente, todo por ante mí, la escribana autorizante, de lo que doy fe.

CONGRESOS Y JORNADAS

CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE LAS FAMILIAS, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA*

COMISIÓN 2. Bioética y familias. Técnicas de reproducción humana asistida. Dignidad, autonomía y derecho al propio cuerpo. Robótica y persona.

AUTORIDADES

Presidenta: NELLY MINYERSKY

Vicepresidentas: ADRIANA KRASNOW y MARCELA PAJARO

Secretarias: LUZ MARÍA PAGANO y MARIANA RODRÍGUEZ ITURBURU

Relatoras: NATALIA BELLENE, CAROLINA VIDETTA y MARCELA ILACQUA

CONCLUSIONES

Respeto al proyecto de vida y a la diversidad.

- Regulación y legislación especial e integral en materia de TRHA comprendiendo a las técnicas de inseminación caseras y el trasplante de útero.

- Voluntad procreacional como elemento que define el vínculo filial.

- Voluntad procreacional como un derecho personalísimo, exteriorizado en el consentimiento informado.

- Exigencia de que el consentimiento informado se adecue en cada procedimiento en particular teniendo en cuenta las singularidades de cada situación.

- Derecho y acceso a la información genética de los nacidos por TRHA.

* Celebrado en Mendoza los días 9 a 11 de agosto de 2018.

- Instar a que en el ámbito de la administración pública se brinde respuesta a aquellas situaciones que refieran a TRHA, género, identidad y todo aquello que impacte en derechos humanos de niños y adolescentes para evitar judicializaciones innecesarias, vulnerando derechos fundamentales.

- Se deben diseñar políticas públicas que garanticen la efectividad de los derechos fundamentales. Así como garantizar la capacitación de operadores jurídicos y no jurídicos en materia de género, identidad y salud mental, además de propiciar la inclusión de las mismas en los programas curriculares de grado.

- Interpretar las normas de manera coherente y sistémica teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos.

Recomendaciones por eje:

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

1. “Se debe modificar el actual art. 562 del Cód. Civil y Comercial de la Nación en el sentido de dejar en claro que les nacidos por gestación por sustitución no son hijos de quien dio a luz, sino que en este caso, la filiación queda determinada por quienes han prestado su consentimiento informado, libre y previo”.

2. “Aun sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida”.

3. “Aun sin ley, en los casos de gestación por sustitución, los jueces deberían constatar previamente la existencia de los requisitos del art. 562 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”.

4. “Se debe crear un Registro Nacional de Gestantes por Sustitución en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación”.

5. “Se debe regular la gestación por sustitución con carácter de orden público que vislumbre esta figura dentro de la problemática de la salud pública”.

6. “En los procedimientos de gestación por sustitución deben firmar los consentimientos con las formalidades prescriptas en los arts. 59, 560, 561 y 562 del Cód. Civil y Comercial de la Nación cada una de las personas intervinientes, es decir, uno le gestante, y cada uno de los integrantes de la pareja, firmarán individualmente, uno cada uno”.

7. “En los casos de gestación por sustitución se debe garantizar que les niños nacidos de esta técnica accedan a su derecho a la información y el origen gestacional”.

8. “En los casos de gestación por sustitución quienes manifiesten la voluntad procreacional se debería denominar requirente/s y no comitente/s”.

FILIACIÓN “POST MORTEM”

1. “La filiación *post mortem* debería incorporarse en el texto del Código Civil y Comercial de la Nación, en el capítulo de filiación”.

2. “Las particularidades de la filiación *post mortem* deberían tratarse en una ley especial”.

3. “En la filiación *post mortem* el consentimiento no se presume”.

4. “En la filiación *post mortem* queda prohibida la extracción *post mortem* de material genético de conformidad con lo previsto en los arts. 55 y 56 del Cód. Civil y Comercial de la Nación”.

5. “El consentimiento en la filiación *post mortem* para que sea válido debe ser recabado por el centro de salud, con las formas que establece el art. 561; testamento; directivas médicas anticipadas; escritura pública o documento privado debidamente autenticado. En caso de discrepancia entre voluntades consecutivas regirá la última”.

6. “Plazo: La concepción en la persona o la implantación del embrión en ella se debe producir dentro del año siguiente al deceso. El plazo podrá ser prorrogado judicialmente cuando la técnica no haya funcionado por el término que el juez considere necesario, teniendo que considerar la no afectación de derechos de terceros”.

COMIENZO DE LA EXISTENCIA (art. 19, Cód. Civil y Comercial)

1. “Resulta necesaria la promulgación de una ley especial que establezca la protección jurídica del embrión no implantado”.

2. “El embrión no implantado no es persona, pero tampoco es una cosa”.

3. “De la interpretación armónica y sistemática del Código Civil y Comercial de la Nación, la ley 26.682 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida y su decr. regl. 956/13 y el fallo ‘Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica’, se afirma que el embrión no implantado no es persona”.

ROBÓTICA

1. “Crear una categoría *sui generis* otorgándose un estatus jurídico específico a los sistemas ciber-físicos conectados con inteligencia artificial”.
2. “Se debe interpretar la legislación teniendo en cuenta el impacto de la extimidad en las relaciones familiares interpersonales”.

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (TRHA)

1. “Sancionar una ley especial e integral cuyo objeto sea regular el alcance e implicancias y los efectos jurídicos del uso de las TRHA. Complementaria del Código Civil y Comercial de la Nación y la ley 26.682 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida y su decr. regl. 956/13”.
2. “Respecto al derecho a la información de niñez nacides por TRHA pasar progresivamente de un sistema de anonimato relativo a otro de no anonimato a solicitud del nacide por tales técnicas”.

TRIPLE FILIACIÓN

1. “Admitir el desplazamiento de la regla del doble vínculo cuando la historia de vida lo amerite sobre la base de los arts. 1° a 3° del Cód. Civil y Comercial de la Nación”.
2. “Posibilitar la viabilidad de la triple filiación cuando la realidad de los hechos lo exige y sobre todo –aunque no de manera exclusiva– en lo que respecta a la filiación por TRHA”.
3. “Valorizar la sociafectividad como categoría conceptual comprensiva de aquellos vínculos significativos que encuentran su fuente en el afecto”.

IDENTIDAD

1. “Evitar la intervención quirúrgica de niñes por su intersexualidad y de todos aquellos tratamientos destinados a ajustarles su aspecto a los estereotipos binarios del sexo por la sola decisión del médico, tutores o progenitores, hasta tanto el niño pueda prestar su consentimiento informado”.
2. “Concientizar sobre el daño irreversible a los derechos fundamentales originado en las intervenciones quirúrgicas estéticas en niñes intersex, evitando cualquier intervención irreversible que no responda a estrictas razones terapéuticas en su beneficio. Promo-

ver la existencia de equipos interdisciplinarios de contención de los progenitores y orientación del equipo de salud para evitar prácticas lesivas”.

3. “Las intervenciones quirúrgicas u hormonales de reafirmación sexual deben contar con el consentimiento del niño”.

4. “En los casos de los arts. 5° y 11 de la ley 26.743 de identidad de género, tratándose de niñez con grado de madurez suficiente, no debe requerirse la venia supletoria judicial prevista para los casos de ausencia de asentimiento de uno de los representantes legales”.

5. “La ley 26.743 de identidad de género debe ir acompañada de políticas públicas que potencien su aplicación y de capacitación para los operadores jurídicos y no jurídicos así como de la inclusión de la misma en los programas curriculares de grado a fin de difundir y visibilizar el tema. Además de garantizar el acceso a la información sobre programas y políticas existentes”.

6. “Suprimir en todo tipo de documentación la clasificación jurídica el sexo y del género”.

DIGNIDAD

1. “Los adolescentes tienen derecho a formular directivas anticipadas de acuerdo a su autonomía progresiva conforme el art. 26 del Cód. Civil y Comercial de la Nación”.

2. “El ejercicio de la responsabilidad parental debe respetar los derechos personalísimos y la capacidad progresiva de los niños y adolescentes”.

3. “El art. 60 del Cód. Civil y Comercial de la Nación en cuanto tiene por no escritas las directivas anticipadas referidas a prácticas eutanasicas se contrapone con el artículo 19 de la Constitución nacional y violenta los principios de autonomía, dignidad e inviolabilidad de la persona”.

4. “La imposición de la carga de vivir lesiona el derecho de cada persona a diseñar su propio plan de vida, de acuerdo a valores no impuestos por la sociedad y el Estado”.

5. “La incorporación en la norma (art. 55, Cód. Civil y Comercial) de restricciones según moral y buenas costumbres implica sostener el monismo moral y afecta la soberanía de la persona sobre su cuerpo”.

6. “La eutanasia activa directa voluntaria y el suicidio asistido deberían ser autorizados y regulados adecuadamente con perspectiva bioética interdisciplinaria”.

HORIZONTES

EL PROPIETARIO Y LOS TRABAJADORES DE LA VIÑA

*Luis R. Llorens**

Mi amigo, el cura, leyó el Evangelio que narra la parábola del propietario que sale de madrugada a la plaza del pueblo para contratar trabajadores para su viña.

El tema es que el propietario contrata a unos cuantos y les promete un denario. Luego vuelve, más tarde y contrata a otros. Esta acción la repite muchas veces durante el día, incluso hasta última hora de la tarde, momento en el que sigue trayendo gente a la viña, aun cuando se agotaba el tiempo de trabajo.

Llegado el momento de pagar, le paga a todos el salario prometido a los primeros, o sea, un denario, comenzando por los últimos contratados. Los primeros, creyendo que iban a recibir más, se quejan, a lo que el propietario responde: "Amigo, no soy injusto contigo, ¿acaso no habíamos tratado un denario? Toma lo que es tuyo y vete. Quiero dar a este que llega último lo mismo que a ti. ¿No tengo derecho a disponer de mis bienes como me parece? ¿Por qué tomas a mal que yo sea bueno?".

En el sermón, el cura encaró el tema por un lugar que no me imaginaba: explicó que si bien vivimos tiempos muy confusos, también son maravillosos.

Continuó diciendo que asesora a la institución que entrega los premios "Santa Clara de Asís" por la labor en los medios de

* Abogado. Notario del partido de Morón, provincia de Buenos Aires. Miembro honorario del Instituto de Derecho e Integración (IDeI) del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe (Segunda Circunscripción Rosario).

comunicación y que se había emocionado con la felicidad de un grupo de chicos con síndrome de Down: ¡habían sido premiados por su trabajo en determinado programa!

Agregó que en su larga vida percibe un gran cambio, que consiste en el actual reconocimiento de las personas con discapacidades, enfermas, ancianos, etc.; a diferencia de antaño, cuando se ocultaba a las personas con alguna enfermedad o deficiencia.

Y allí empalmó con el Evangelio y explicó que, más allá de que el propietario podía hacer lo que quisiera con su dinero, los estudiosos del tema enseñan que los primeros contratados en las plazas, a primera hora del día, eran los más fornidos ya que por su aspecto prometían rendir más en la labor; y que, por consiguiente, iban quedando sin trabajo los débiles y los enfermos. Que, por tanto, lo que había hecho el propietario era realmente un acto de justicia, tal como lo estamos aprendiendo a hacer en estos tiempos, en los que se trata de integrar y proteger a las personas en situación de vulnerabilidad. ¡Que en estos tiempos este es el gran avance de la humanidad!

Claro que el salario le fue pagado solo a todos los que trabajaron y se esforzaron acorde con sus posibilidades.

PAUTAS PARA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS

A) SOBRE LAS SOLICITUDES DE PUBLICACIÓN

La revista IDEI publica trabajos relacionados con las especialidades que se vinculan a los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad. Abarca el análisis de la condición jurídica y social de las personas menores de edad, personas con discapacidad, personas mayores, entre otros colectivos que requieren una protección jurídica complementaria para el ejercicio pleno de sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas y el diseño de herramientas jurídicas idóneas para garantizar dicho ejercicio. Cuenta con las siguientes secciones: a) *Doctrina*: trabajos de investigación originales e inéditos artículos monográficos, aportes teóricos o metodológicos que abordan, desde la mirada y el discurso jurídico e interdisciplinario, temas vinculados a los objetivos de la revista descripción de los trabajos que se encuentran en esta sección e la revista, p.ej. trabajos de investigación, artículos monográficos, de revisión, aportes teóricos o metodológicos. b) *Legislación*: difusión de los avances legislativos, proyectos y modificaciones en los temas abordados descripción. c) *Jurisprudencia*: publicación de fallos de tribunales provinciales, nacionales e internacionales referidos a derechos de las personas en situación de vulnerabilidad y sus comentarios descripción. d) *Jornadas y congresos*: publicación de las conclusiones de diferentes eventos científicos en relación a los temas que aborda la revista. e) *Práctica notarial*: Publicación de proyectos de documentos jurídicos notariales que garantizan el ejercicio de derechos fundamentales de las personas descripción de lo que se encuentra en esta sección. f) *Horizontes*: Sección abierta a la publicación de breves relatos, notas, artículos y comentarios de temas libres. descripción de lo que se encuentra en esta sección.

B) ESTILO Y ESTRUCTURA DE LAS PUBLICACIONES

§ 1. PAUTAS EDITORIALES GENERALES, PARA TODO TIPO DE CONTRIBUCIÓN

- a) *Idioma*: solo se admitirán trabajos escritos en idioma castellano.
- b) *Formato de envío*: los trabajos deberán realizarse en procesador de texto con la extensión .doc o similares y enviarse por correo electrónico a la dirección idei@colescribanos.org.ar.
- c) *Tipografía*: fuente Arial, 12 pts.; notas al pie, 10 pts.
- d) *Márgenes*: superior e inferior: 2,5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.

- e) *Interlineado*: cuerpo principal y notas al pie 1,5 líneas.
f) *Alineación*: texto completo justificado.

§ 2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

El estilo de citación de la revista IDEI tiene como base la norma internacional ISO 690:12^a ed. 1987, con las adaptaciones que se detallan a continuación. Para las referencias bibliográficas se utiliza el método de *notas secuenciales a pie de página con bibliografía completa, citada al final (Bibliografía)*. En este sistema, cada vez que el autor quiera complementar el texto del cuerpo principal del trabajo con un texto secundario o la referencia a una fuente, debe insertar un número superíndice que reenvía a las notas al pie, las cuales deberán colocarse en forma consecutiva a partir de la número 1 (1, 2, 3,...). Todas las citas bibliográficas a pie de página (de la primera a la última) se describirán en forma abreviada y en la bibliografía final, en forma completa. La bibliografía citada se registrará al final del texto, ordenada alfabéticamente por apellido de autor. Si dos o varias obras tienen el mismo autor, se subordinarán alfabéticamente conforme al título. Se utilizará sangría francesa al inicio de cada obra. Se usará el guión largo o raya cuando se repitan los mismos autores en la bibliografía final. Seguidamente, se indicará la forma de describir cada tipo de material de manera abreviada *En notas al pie* y de modo completo en la bibliografía final y se darán ejemplos.

a) Libros

En notas al pie. Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra), si hay más de un autor se separa con guiones; título (en cursiva o bastardilla), sin subtítulos; tomo, volumen (si lo hubiere) páginas. Ejemplos:

ETCHEGARAY, *Escrituras y actas notariales*, p. 98.

CLUSELLAS, *Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, p. 154.

En la bibliografía final. Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título y subtítulo (en cursiva o bastardilla). Agregar solo el subtítulo principal. *No describir el contenido de la obra, que muchas veces aparece debajo del título o del subtítulo propiamente dicho*; n° de edición: en arábigos y según abreviaturas; labor de traducción, revisión o similares, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año. Ejemplos:

ETCHEGARAY, NATALIO P., *Escrituras y actas notariales*, Buenos Aires, Astrea, 2016.

CLUSELLAS, EDUARDO G., *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, 2015.

b) Parte de libro (capítulo, sección o párrafo completo de obra de más de un autor y donde se especifica quién escribió cada parte)

En notas al pie. Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título de la parte citada (entre comillas), en apellido/s (del director/editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); tomo o volumen (si lo hubiere), y número de páginas. Ejemplos:

ÁLVAREZ, "Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito", en GUIBOURG, *Informática jurídica decisoria*, p. 191 a 211.

KLAMI, “Res ad ethicam venit”, en AARNIO - GARZÓN VALDÉS - USITALO, *La normatividad del derecho*, p. 17 a 36.

En la bibliografía final. Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título de la parte citada (entre comillas), en apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); si reviste alguna jerarquía especial, consignarla abreviada entre paréntesis (director, coordinador, editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); n° de edición: en arábigos y según abreviaturas indicadas, tomo o volumen (si lo hay); labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año. Ejemplos:

ÁLVAREZ, GLADYS S., “Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito”, en GUIBOURG, RICARDO A. (dir.), *Informática jurídica decisoria*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

KLAMI, HANNU, “Res ad ethicam venit”, en AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - UUSITALO, JYRKI (dirs.), *La normatividad del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

c) Artículo de revista

En notas al pie. Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula sólo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la revista (entre comillas) y sin subtítulo. Si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol., y/o n° o si no dispone de esa numeración, mes abreviado y año de publicación en arábigos; números de páginas. Ejemplos:

ALEX, *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*, “Derechos y Libertades”, año V, n° 8, p. 21 a 41.

STIGLITZ, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, año 20, n° 9, p. 944 a 947.

En la bibliografía final. Autor: apellido/s (en fuente versales), nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); título del artículo: con subtítulo (en cursiva o bastardilla); título de la revista: con subtítulo (entre comillas). Si es conocida por su sigla o abreviatura ella va en cursiva, sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol. y/o n°, fecha de publicación (año y/o mes y año), páginas. Ejemplos:

ALEX, ROBERT, *La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático*, “Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid”, año V, n° 8, ene.-jun. 2000, p. 21 a 41.

STIGLITZ, GABRIEL, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, año 20, n° 9, oct. 2013, p. 944 a 947.

d) Libros y documentos publicados en internet

En notas al pie. Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula sólo la primera letra); Título del libro (en cursiva o bastardilla); URL o DOI (*Digital Object Identifier*): Si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL. Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

En la bibliografía final. Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del libro (en cursiva o bastardilla); labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona (si la hubiere); datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año; URL o DOI (Digital Object Identifier): Si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL. Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, Buenos Aires, CLASO, 2012, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

e) Artículos de revistas publicados en internet

En notas al pie. Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la revista (entre comillas) sin el subtítulo si lo tuviere. Si es conocida por su sigla o abreviatura, las iniciales van en cursiva o bastardilla: URL o DOI (Digital Object Identifier); si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL. Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, *Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social*, <http://estudiosdeldesarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, *Elder Law*, "Ageing International", DOI 10.10/S12126-013-91193-4.

En la bibliografía final. Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla), con subtítulos; título de la revista (entre comillas) con subtítulos; si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol. y/o n°, fecha de publicación (año y/o mes y año), páginas (si lo hubiere); URL o DOI (Digital Object Identifier): Si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL. Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, ERAMIS, *Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social*, "Observatorio del desarrollo", vol. 1, n° 4, <http://estudiosdeldesarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, M. ISOLINA, *Elder Law. A need that emerges in the course of life*, "Ageing International", sep. 2013, DOI 10.10/S12126-013-91193-4.

f) Congresos, conferencias, simposios, u otras reuniones o eventos académicos

Las conferencias publicadas como libro o artículos de revistas deben registrarse según las reglas para esos tipos de fuentes. El resto de los materiales presentados en eventos académicos debe registrarse según la siguiente fórmula:

En notas al pie. Autor de la ponencia o "paper": apellido/s en fuente versales; Título de la ponencia o "paper" (entre comillas); Número y nombre del Congreso o evento: antecedido por la frase "presentado en" (en cursiva o bastardilla); Disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en Internet, agregar el URL de la ponencia. Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, "Considerazioni sul precedente", *presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>.

En la bibliografía final. Autor de la ponencia, "paper": apellido/s en fuente versales, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la

primera letra); título de la ponencia, o “paper”, etc. (entre comillas); número y nombre del congreso o evento, etc. antecedido por la frase “presentado en”, (en cursiva o bastardilla); lugar y fecha de realización del evento (ciudad del evento, día, mes abreviado según Anexo 4, y año en números arábigos); disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en Internet agregar el URL de la ponencia. Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, “Considerazioni sul precedente”, *presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho sobre “Verdad, Justicia y Derecho”*, Ushuaia, 1 a 3 oct. 2015, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>

g) *Jurisprudencia*

Los fallos se citan *solo en notas al pie*, teniendo en cuenta la tabla de abreviaturas de títulos de revistas y bases de datos jurídicas y la tabla de abreviaturas de organismos del Poder Judicial.

En notas al pie (para todo tipo de Tribunal). Tribunal (si no es nacional, indicar de dónde es el juez), lugar de la jurisdicción, Sala o Secretaría (si corresponde); Fecha: dd/mm/aa; carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en caso de corresponder, título de revista impresa o sigla, tomo, folio, año y página, o base de datos. Ejemplo:

CCivCom Mercedes, Sala II, 12/09/15, “Agüero, Carlos c/González, Arturo s/ incidente de verificación”, *LLonline*, 2015-A-98.

En notas al pie (para Fallos de la Corte Suprema Argentina). CSJN; fecha (día/mes/año); carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en el caso de sentencias publicadas en la revista *Fallos* colocar únicamente, n° de tomo:página. Si está publicado en alguna otra revista, colocar el *título de revista* impresa, tomo, folio, año y página, o base de datos. Ejemplos:

CSJN, 3/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/ amparo”, *Fallos*, 312:986.

CSJN, 3/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/ amparo”, *LL*, 1984-B-183.

h) *Legislación*

La cita de la legislación se registra en el cuerpo principal del texto entre paréntesis. Las leyes nacionales se citan por el número (ley 24.240). Las leyes provinciales se citan indicando y el número y la provincia (ley 10.000 de Santa Fe). Los decretos nacionales se citan por el número/año de vigencia (decr. 386/07). De tratarse de un decreto provincial, se citan por el número/año de vigencia y la aclaración de la provincia de que se trate (decr. 386/07 de Río Negro). En todos los casos, de ser un decreto anterior a 1920, se registran los cuatro números del año. En los demás casos referidos a disposiciones normativas de menor jerarquía, se indica la clase de fuente legal, seguido de la sigla del organismo que la dictó y el número/año (res. IGT 7/15; ord. munic. 6287/96CD de Rosario). En el caso de la legislación extranjera, se utiliza el mismo mecanismo, pero se adiciona el nombre de la ley, decreto etc., desarrollado y con iniciales en mayúsculas.

§ 3. INCLUSIÓN DE IMÁGENES Y TABLAS

Dentro del texto principal del trabajo solo podrán incluirse imágenes, tablas y gráficos en formato *.jpg.

§ 4. PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA DOCTRINA

Los estudios no podrán exceder de 30 páginas con 22 renglones cada una, sin contar con las citas bibliográficas. Deberán incluir: título, subtítulo, si así lo re-

quiere; resumen, abstract, palabras clave en español y en inglés. El título deberá ir en mayúsculas, el resumen tendrá un máximo de mil (1.000) caracteres con espacios, y se registrarán cinco (5) palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave deberán figurar en español e inglés. Secciones, subsecciones y párrafos: En caso de corresponder, los títulos de las secciones del artículo deberán estar escritos en negrita y centrados al ancho de la página, listados en letras mayúsculas (A, B, C). No colocar una Sección A si no hay al menos una Sección B.

Los títulos de las subsecciones, que excepcionalmente correspondan, deberán estar escritos en letra negrita y centrados al ancho de la página, numerados por números arábigos (1, 2, 3). La numeración de las subsecciones comienza en 1 para cada sección. No colocar una subsección 1 si no hay al menos una subsección 2. Los párrafos son la unidad temática básica. Deberán estar en letra cursiva o bastardilla y negrita, listados en forma sucesiva a lo largo de todo el texto del artículo, independientemente de que pertenezcan a distintas secciones o subsecciones (§ 1, § 2, § 3).

C) ENVÍO DE LAS CONTRIBUCIONES

§ 5. *MODO DE REMISIÓN*

Para garantizar el cumplimiento de las pautas de evaluación, los trabajos deben ser enviados en un archivo electrónico en formato .doc o similares, nombrado con las tres (3) primeras palabras del título, y *sin la identificación del autor*. Su nombre y apellido, pertenencia institucional, cargos y datos de contacto, deberán enviarse en otro archivo con extensión .doc y encabezado con el apellido del autor seguido de las tres (3) primeras palabras del título.

§ 6. *CORREO ELECTRÓNICO*

Las contribuciones, ajustadas a las pautas editoriales referidas, deben dirigirse a idei@cescribanos.org.ar.

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD

Sres. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe
2ª Circunscripción

At.: Revista IDEI

De mi mayor consideración:

Ref. Autor/a del artículo /Título del artículo

Por medio de este documento, dejo constancia de que soy autor/a originario/a del trabajo que ofrezco para su posible publicación en la revista IDEI del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2ª Circunscripción, ya que sus contenidos son producto de mi directa contribución intelectual. Todos los datos y las referencias a materiales ya publicados están correctamente identificados con su respectivo crédito e incluidos en las citas bibliográficas al pie y en la bibliografía final.

Por lo antepuesto, asumiré cualquier reclamo relacionado con derechos de propiedad intelectual, del material aquí ofrecido, eximiendo de responsabilidad al Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2ª Circunscripción. Además, dejo constancia de que este artículo no ha sido presentado para su publicación en otra revista, obra monográfica, ni bajo ninguna otra forma.

En caso de que el artículo ofrecido sea aprobado para su publicación, como autor/a y propietario/a de los derechos de autor autorizo de manera ilimitada en el tiempo al Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2ª Circunscripción para que incluya dicho texto en la revista IDEI, para que pueda reproducirla, editarla, distribuirla, exhibirla y comunicarla en el país y en el extranjero por medios impresos, electrónicos, internet o cualquier otro medio conocido o por conocer, por sí o por un tercero autorizado por ella.

Como única contraprestación por la presente autorización, declaro mi conformidad de recibir dos (2) ejemplares del número de la revista en que aparezca mi artículo.

Se firma esta declaración a los ... días, del mes de ..., del año ..., en la ciudad de ...

Nombre/s y apellido/s del autor/a, firma, número de documento de identidad, teléfonos, domicilio particular y correo electrónico.