

MADRID, 28 A 30 DE MAYO DE 2012

XV  **JORNADA NOTARIAL
IBEROAMERICANA**

**UNIÓN INTERNACIONAL
DEL NOTARIADO LATINO**

Tema III

PERSONA, FAMILIA y SUCESIONES

Experiencias en Ibero América

**Título: LA REPRESENTACIÓN DE LOS MENORES Y MAYORES
DE EDAD INCAPACES.**

Autores: Notario E. Jorge Arévalo (*)

Notario Mónica Rosana De Dios (*)

Notario Alicia Beatriz Rajmil (*)

Notario Luis Rogelio Llorens ()**

Colaboradora: Erika Bramatti (*)**

**(*) Integrantes del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe – Segunda Circunscripción
con asiento en la ciudad de Rosario.**

() Integrante del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.**

Entidades miembros del Consejo Federal del Notariado Argentino.

República Argentina.

(*) Integrante del Colegio de Abogados de Pergamino de la Provincia de Buenos Aires.**

**Todos miembros del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia
de Santa Fe, 2ª circunscripción (IDeI)**

<u>Sumario.</u>	Pág.
Ponencias.	5
I. Palabras preliminares.	9
II. La representación de los menores y mayores de edad incapaces.	10
1. Introducción. nuevos paradigmas.	10
2. Representación legal de los menores de edad. a) la menor edad y el ejercicio de los derechos en nuestro código civil. Ley 26.579. b) Representación legal del menor de edad en nuestro régimen tradicional: Actos dispositivos. Administración. Asistencia. Excepciones. Capacidad laboral. Emancipación. Alimentos. Actos dispositivos. c) Convención Internacional de los Derechos del Niño. d) ley 26.061. e) Regulación de la tutela en el régimen legal argentino. Concepto. Funciones. Caracteres. Clases de tutores. Intervención notarial: nombramiento de tutores en testamento o acto notarial. Derecho Comparado	14
3. Representación legal de las personas declaradas “incapaces”. a) Curatela. Régimen de sustitución de la voluntad del sujeto por su representante legal. b) Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sistema de apoyos en la toma de decisiones. c) ley 26.657. Derecho a la protección de la salud mental.	43
4. Conclusiones parciales.	48
III. ¿Existe en el ordenamiento jurídico argentino la posibilidad de que una Persona pueda nombrar a su propio curador para el caso de incapacidad?	50
1. Introducción.	50
2. Derecho de Autoprotección.	51
3. Fundamentos legales: a) Constitución Nacional. Derechos Humanos. Derechos Personalísimos. b) Legislación nacional. c) Legislación provincial. d) Legislación extranjera.	54
4. Forma. Escritura pública.	62
5. Los registros de Actos de Autoprotección en la Argentina.	63
6. Conclusiones parciales.	64
IV. Doctrina.	65
V. Jurisprudencia argentina.	67
VI. Conclusiones. El rol del escribano.	70
Bibliografía.	74

PONENCIAS.

Representación voluntaria y legal de incapaces.

La representación legal es el instituto previsto por el Código Civil argentino para suplir la incapacidad jurídica que restringe a determinadas personas el pleno ejercicio de sus derechos por sí mismas, suplantando la voluntad de la persona considerada incapaz quien no tiene participación alguna. Se regla la actuación de quién, sometido al contralor jurisdiccional, sustituye al representado, dirige su persona, administra y dispone de sus bienes.

Los padres, en ejercicio de la patria potestad, son los representantes legales de los menores de edad, la tutela es el régimen jurídico establecido para los menores que carecen de representantes legales y la curatela es el establecido para los adultos considerados “incapaces” por nuestra ley. Tanto la representación que proviene de la patria potestad como la que se sostiene en la tutela o curatela, debe propender a facilitar el ejercicio de los derechos por el propio representado, respetar su autonomía y su voluntad y permitir su participación en los asuntos de su interés de acuerdo a sus reales aptitudes. Estos principios, dotados de rango constitucional, modifican las normas tradicionales de nuestro derecho que relegaban al “incapaz” a la categoría de un mero receptor de decisiones tomadas por otros.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de las personas con discapacidad mental deben ser valoradas con criterio restrictivo y han de respetar en la mayor medida posible la autonomía de su voluntad y el ejercicio de sus derechos. La representación legal en este caso tiene por primordial objetivo el apoyo en el ejercicio de los derechos y no la sustitución de la voluntad. A partir de las nuevas normas no puede negarse la participación del presunto incapaz, ni durante el desarrollo del proceso ni en la designación y actuación de su curador.

Nuestro código que comenzó a regir a partir del 1° de enero de 1871, se enmarcaba en el positivismo legalista del Código Civil francés de 1804 que inspiró el proceso de codificación del siglo XIX. El mundo jurídico, no obstante encontrarse inveteradamente en la situación de receptor tardío ante las trascendentes mutaciones sociales, ha cambiado radicalmente desde entonces y en el ámbito de los derechos personalísimos se impone hoy una nueva lectura del Derecho Privado a la luz de los principios constitucionales (libertad, igualdad y dignidad), ubicados actualmente en la cúspide del sistema jurídico, y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por nuestro país, supremacía consagrada por la propia Constitución Nacional Argentina (art. 31 y 75 inc. 22). Así lo exige el Estado Constitucional de Derecho. La Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), incorporada con rango constitucional en el artículo 75 inc 22 de nuestra Constitución Nacional, la ley 26.061, sobre Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) aprobada por ley 26378, la ley 26.529, sobre Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. Historia clínica y consentimiento informado y la ley 26.657, sobre Salud Mental, han introducido sustanciales cambios en nuestro régimen tradicional de representación de menores e incapaces y conforman un nuevo sistema jurídico sobre capacidad de las personas.

La voluntad de todo ser humano es reconocida como soberana especialmente en los actos autorreferentes y se revaloriza el discernimiento de cada sujeto por encima de límites rígidos que limiten su capacidad de obrar. El respeto a la voluntad de las personas en situación de vulnerabilidad, el apoyo en el ejercicio de sus derechos, la capacidad como regla general y el derecho de los menores de edad y de las personas con discapacidad a participar en todo asunto de su interés, introducen nuevos paradigmas en el Derecho de nuestro país y en la labor notarial. Esta es la realidad, más allá de que se impone sin dudas una profunda reforma que adecue y armonice la legislación vigente en nuestro país.

Aunque no se encuentra previsto expresamente en nuestra legislación nacional, afirmamos que toda persona puede, en previsión de la pérdida de su discernimiento, designar a su propio eventual curador, acorde con los principios constitucionales, las convenciones internacionales y las nuevas normas de nuestro derecho interno como por ejemplo algunas leyes provinciales que ya receptan esta posibilidad.

La designación del curador efectuada con anterioridad por el presunto insano con pleno discernimiento y libertad, así como las instrucciones sobre la atención de su persona y de sus bienes, expresada fehacientemente en documento idóneo, deben guiar todo proceso tendiente a limitar su capacidad de obrar. El instrumento adecuado para ello es el acto de autoprotección.

Disposiciones para la propia incapacidad

El acto de autoprotección es una respuesta válida a la preocupación de toda persona por su futuro y el deseo de intervenir en él a través de sus propias decisiones, dejando plasmada su voluntad de manera fehaciente mientras cuenta con aptitudes suficientes para ello, para que sea respetada en el futuro en el supuesto de hallarse en situación de vulnerabilidad tal que le impida expresarse por sí misma. Se trata del derecho de todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno.

En Argentina los actos de autoprotección se originan y desarrollan en el ámbito notarial. Colegios de Notarios de diferentes Provincias de nuestro país han creado registros para su inscripción y la información está siendo centralizada en el Consejo Federal del Notariado Argentino. Paulatinamente nuestra legislación nacional y provincial también va avanzando en la materia. Cabe instar a todos los Colegios notariales que aún no han puesto en funcionamiento dichos registros o no se han adherido a centros que unifiquen la información, a que lo hagan de inmediato.

Si bien no existen formalidades impuestas por la ley respecto de la expresión de voluntad en cuestiones de tanta trascendencia y destinadas a garantizar derechos autorreferentes de personas y que se ejecutarán en lugares y tiempos que pueden resultar indeterminados, no existe en el sistema jurídico argentino otro instrumento que responda con mayor eficacia que el notarial. La escritura pública es el medio idóneo y eficaz para dejar constancia de estas decisiones ya que asegura su autenticidad, hace plena fe de las declaraciones que contiene y otorga fecha cierta y matricidad al documento. El derecho de autoprotección requiere de la labor artesanal y personalizada del Notario, como intérprete genuino de la voluntad de los requirentes, como asesor natural y calificado, como creador del documento válido y eficaz que recepte cabalmente esa voluntad.

En el ejercicio de nuestra función pública y con la prudencia que la seguridad jurídica nos exige, los Notarios debemos garantizar el ejercicio de los derechos de todas las personas y especialmente de las que se encuentran en situación de vulnerabilidad, velando por el respeto a la voluntad de los interesados y su participación, de acuerdo a sus reales aptitudes de discernimiento para el caso concreto y las características del acto a otorgar ,más allá de la participación de los representantes legales. La labor notarial en el otorgamiento, difusión, estudio y desarrollo de los actos de autoprotección se vincula con los nuevos paradigmas a que hemos hecho referencia y que tienen que ver con la igualdad de todos los seres humanos, antigua aspiración de la humanidad en su lucha para erradicar la injusticia y la discriminación.

I. PALABRAS PRELIMINARES.

Desde el Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe (2ª circunscripción) República Argentina, elaboramos el presente trabajo sobre el punto 5 del Tema III de esta Jornada Iberoamericana. Pretendemos exponer, con la mayor precisión posible, el estado de situación en nuestro país, las normas que rigen la temática y el impacto de las convenciones internacionales en nuestro Derecho Interno, en todo lo relacionado con la denominada representación voluntaria y legal de menores e incapaces.

Si bien intentamos en líneas generales atenernos al programa propuesto nos vemos obligados a realizar ciertas modificaciones a fin de exponer de manera clara el tratamiento legislativo y doctrinario en nuestro medio. También procuramos de esta manera no ser reiterativos ya que consideramos que existe una estrecha vinculación de los temas entre sí.

Como hilo conductor que enlaza los diferentes aspectos que abordaremos, las grandes modificaciones que en el mundo jurídico se operan en el ámbito de la capacidad de las personas, nos obligan a reinterpretar nuestras leyes y a adoptar nuevos paradigmas. Este es quizás un lugar recurrente en la elaboración del presente trabajo. Es así que la protección de los derechos personalísimos y la relevancia de la voluntad de las personas, especialmente en los actos autorreferentes, se convierten en eje central del presente análisis, así como el rol protagónico del notario en la aplicación de las nuevas normas.

Nos referiremos en primer lugar a la representación de menores e incapaces en la República Argentina lo cual nos impone un breve análisis del régimen de capacidad jurídica vigente en nuestro país. Debemos tener presente que nuestro código civil declara que los padres, en ejercicio de la patria potestad, son los representantes legales de los menores de edad¹, que la tutela es el régimen jurídico

¹ Art. 264 CCA: La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado...”

establecido para los menores que carecen de representantes legales y que la curatela es el establecido para los adultos considerados “incapaces” por nuestra ley. Es así que el presente trabajo abarcará el régimen de la minoría de edad, de la tutela y de la curatela. Finalmente, analizaremos la posibilidad de que en nuestro régimen jurídico toda persona pueda designar a su propio curador, tema estrechamente vinculado a los llamados actos de autoprotección.

Estamos convencidos de que el intercambio de conocimientos, información y la experiencia adquiridos en cada región nos enriquece y nos permite aprender, avanzar y superarnos en la búsqueda de una sociedad más justa e igualitaria, donde el notario ejerza en plenitud su ministerio como garante idóneo y privilegiado de los derechos de todas las personas y especialmente de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad

II. LA REPRESENTACIÓN DE LOS MENORES Y MAYORES DE EDAD INCAPACES.

1. Introducción. Nuevos paradigmas.

La representación legal es el instituto previsto por nuestro código civil para suplir la incapacidad jurídica que restringe a determinadas personas el pleno ejercicio de sus derechos por sí mismas. Se regla la actuación de quién, sometido al contralor jurisdiccional, sustituye al representado, dirige su persona, administra y dispone de sus bienes. La representación legal estatuida por nuestro Código Civil se ha concebido teniendo en miras la suplantación la voluntad de la persona considerada incapaz.

Consideramos que el término “incapaz”, además de carecer de precisión conceptual, debe ser cuestionado a la luz de la legislación vigente. Una simple consulta al Diccionario de la Lengua Española (21 Edición tomo II, página 1151), nos enseña el significado de la expresión incapaz: en sus diversas acepciones: “Que no tiene capacidad o aptitud para una cosa, falta de talento, que no tiene cumplida personalidad para actos civiles, o que carece de aptitud legal para una cosa

determinada”. De lo cual colegimos que todo sujeto, como ser único e irrepetible, está dotado de ciertas cualidades innatas y las que alcanza a desarrollar a lo largo de su existencia, en desmedro de otras; difícilmente –salvo quien padezca patologías muy severas- pueda encontrarse una persona desprovista de toda aptitud.

La representación legal se diferencia fundamentalmente de la representación voluntaria, en que la primera ignora totalmente la voluntad del representado, tanto en lo que refiera a la actuación del representante como así también respecto a su intención de realizar el acto, sus instrucciones al respecto o su disenso.² Nuestro código establece las pautas de su ejercicio, sus alcances y sus límites.³

Para hablar de representación legal debemos reseñar el régimen de capacidad jurídica de las personas. Nuestro CC contempla una distinción referida a la capacidad como aptitud para ser titular de un derecho, denominada capacidad de derecho, y la vinculada con el ejercicio de ese derecho, llamada capacidad de hecho.⁴ En principio, todas las personas, sean mayores o menores para la ley, potencialmente pueden ser titulares de derechos, por lo tanto gozan de capacidad de derecho. La denominada incapacidad de derecho absoluta o general ha quedado derogada hace mucho tiempo como categoría en el ordenamiento jurídico; solamente se admiten, con carácter excepcional, algunas incapacidades de derecho siempre que fueren susceptibles de ser caracterizadas como relativas o especiales; tales incapacidades encuentran su fundamento en el resguardo del orden público.

Es en el campo de la capacidad de hecho o de obrar donde la ley distingue entre sujetos capaces e incapaces para el efectivo ejercicio por sí mismos de aquellos derechos de los que resultan titulares y regula la actuación en su caso de sus representantes legales.

² Ver D'ANTONIO, Hugo Daniel, “Derecho de Menores”, 3ª edición, Astrea., página 114.

³ LAMBER, Rubén Augusto. Coordinador Natalio Pedro Etcheagaray. “Derecho Civil Aplicado” T.3. página 81. Astrea.

⁴ D'ANTONIO, Hugo Daniel, ob.cit, página 81.

El art. 54 CC argentino establece que son incapaces absolutos: 1 Las personas por nacer; 2 Los menores impúberes; 3. los dementes; 4. Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Por su parte la ley 17711 modificó el artículo 55 estableciendo que los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan a otorgar. El art 56 luego aclara que pueden adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley. Para las personas por nacer los son sus padres o en su caso curadores que se les designe, para los menores sus padres o tutores y para los dementes o sordomudos los curadores que se les nombre (art. 57 CC). Y el mismo Código puntualiza más adelante que la representación de los incapaces es extensiva a todos los actos de la vida civil (art. 62 CC).

Sin embargo, se habla de una nueva mirada jurídica que, reconociendo las diferencias entre los seres humanos, rescata y otorga relevancia a la voluntad expresada por los menores de edad y las personas con discapacidad, voluntad ignorada hasta hace poco tiempo por el derecho.⁵

Los más modernos instrumentos internacionales garantes de los derechos humanos postulan que las personas en situación de vulnerabilidad deben ejercer por sí, en la mayor medida posible, los derechos consagrados por el ordenamiento jurídico aplicable.⁶ La Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), a las que luego nos referiremos, despejan toda duda sobre el derecho de los menores de edad y de las personas con discapacidad a participar en todos los asuntos de su interés.

⁵ CALO, Emanuele, "BIOETICA. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad", Ediciones La Rocca, pag.285. Afirma también que no se podría hablar de derechos de la personalidad sin considerar la autonomía de juicio de la persona humana.

⁶ En el ámbito internacional, desde la protección de los derechos individuales de todas las personas frente al poder de los Estados, se avanzó hacia el reconocimiento de los derechos sociales y colectivos, y en el proceso de especificación de estos derechos, que sustenta las más recientes convenciones internacionales, se consagraron derechos específicos de ciertos grupos más vulnerables de personas, como los niños o las personas con discapacidad.

El concepto de autonomía progresiva y graduada de acuerdo a la real aptitud de discernimiento del sujeto para el acto concreto a otorgar, se opone al tradicional régimen jurídico de incapacidad y representación legal sustitutiva de nuestro código civil. Nos encontramos frente a dos sistemas antagónicos que coexisten en nuestro ordenamiento legal, en detrimento del valor seguridad jurídica.

La Constitución Nacional Argentina, reformada en 1994, incorpora los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre ellos la Convención Internacional de los Derechos del Niño, dotándolos de jerarquía constitucional.

Es digno de destacar el artículo 75 inc. 23 de nuestra Carta Magna que se refiere a las medidas de acción positiva o, como algunos las han llamado, de discriminación inversa. Son aquellas que deben garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.⁷ En ella encontramos el reconocimiento constitucional de que las personas en situación de vulnerabilidad, deben contar con las mismas oportunidades y el mismo trato en el ejercicio de sus derechos que las demás personas. Nuestra Carta Magna enlaza la capacidad de hecho con el principio de igualdad. El principio de igualdad se vincula hoy de manera inescindible con el ejercicio pleno de los derechos y la capacidad jurídica de las personas.

La constitución y los tratados internacionales a ella incorporados se ubican actualmente en la cúspide del sistema jurídico argentino, supremacía consagrada por la propia Carta Magna. El artículo 31 dispone que: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...” El artículo 75 inciso 22 establece que “...los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...”

⁷ Ver DABOVE, María Isolina y Dariel BARBERO. “Igualdad y No Discriminación en los Actos de Autoprotección. Nuevas razones para la acción en favor de los derechos de los grupos

Estamos convencidos de que el régimen de representación de las personas en situación de vulnerabilidad se encuentra en nuestro país profundamente modificado por las normas ya citadas. Nuestra Constitución Nacional, la legislación vigente y la más moderna doctrina y jurisprudencia y, especialmente, la realidad social, dan cuenta de que el actual momento histórico amerita una sustancial modificación del código velezano, pero mientras tanto, el operador jurídico (particularmente el notario) debe realizar una interpretación armónica de las normas vigentes. Ese contexto normativo impone al notario la adecuación de los actos que autoriza cotidianamente en el ejercicio de su función a los nuevos postulados, obrando siempre con la prudencia necesaria que la seguridad jurídica reclama. Analizaremos entonces, nuestro régimen tradicional de representación legal de menores e incapaces y los nuevos postulados en la materia con miras a una interpretación armónica de la legislación vigente. La función del escribano como garante de los derechos fundamentales de las personas así lo requiere.

2. Representación legal de los menores de edad.

a) La menor edad y el ejercicio de los derechos en el Código Civil Argentino. Ley 26.579.

El Código Civil Argentino (C.C.A.) establece un régimen de incapacidad en protección de los menores de edad, ya que hasta los 18 años presume que no pueden dirigir por sí mismos sus personas, ni administrar y disponer de sus bienes. Esta incapacidad del menor de edad en el ejercicio de sus derechos es suplida por la ley acudiendo a la representación de su persona.

La ley nacional 26579, sancionada por el Congreso de la Nación el 2 de diciembre de 2009 y promulgada el 21 de diciembre del mismo año, modificó nuestro código civil que establecía la mayoría de edad legal a los 21 años y redujo

vulnerables". Revista N° 1 del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe- 2ª Circunscripción- 2009.

a 18 años cumplidos la edad en que las personas alcanzan su plena capacidad jurídica.⁸ Adecuó de esta manera nuestro régimen interno a la Convención Internacional de los Derechos del Niño⁹ y a la ley 26061¹⁰, por lo menos en cuanto al límite de edad establecido para ser considerado niño o adulto ya que ambos instrumentos consideran que toda persona es niño hasta los 18 años de edad. Sin embargo, mantiene una pauta rígida para evaluar la aptitud de las personas para el pleno ejercicio de sus derechos y el régimen sustitutivo de representación, en el cual resulta irrelevante la voluntad del representado. Nuestro código civil continúa así en franca contradicción respecto de los ordenamientos a los cuales pretende adecuarse, al ignorar el principio de autonomía progresiva del niño que claramente reconocen la CIDN y la ley 26061, a pesar de que se alude a la “capacidad progresiva” del niño en los fundamentos de la ley.

En el régimen legal así instituido la regla general en materia de minoridad es la incapacidad y la representación del menor por sus padres o tutores, quienes en general lo suplen en todos los actos de la vida civil sin su participación (artículos 274¹¹, 411¹² C.C.A.). El CCA divide a los menores en impúberes y adultos, según hayan alcanzado o no la edad de 14 años (art. 127 C.C.). Establece la absoluta incapacidad de los menores impúberes (art. 54 inc. 2 y art.1041 C.C.) y respecto de los menores adultos, sólo les reconoce aptitud para celebrar aquellos actos expresamente permitidos (art. 55 C.C.). El artículo 55, modificado por la ley 17.711 ratifica así el principio de que en materia de minoridad la incapacidad es la regla y la capacidad la excepción, ya que varía radicalmente el sentido del

⁸ Art. 126 CC.: “ Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de DIECIOCHO (18) años.”

⁹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989. La República Argentina lo aprobó a través de la ley nacional 23849, sancionada el 27-09-1990, promulgada de hecho el 16-10-1990 y publicada el 22-10-1990. Fue incorporada a nuestra Constitución Nacional en la reforma del año 1994 (art. 75 inc. 22) otorgándosele jerarquía constitucional

¹⁰ Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Sancionada el 28/09/2005; promulgada el 21/10/2005 y publicada el 26/10/2005

¹¹ Art 274 CC: “ Los padres sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este Código”

artículo reemplazado que sostenía que los menores adultos eran incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos.

Analizaremos a continuación brevemente, dentro del marco de nuestro sistema tradicional, la actuación del representante legal en los actos concretos que involucran a los menores de edad y las limitaciones y excepciones al principio general señalado

b) Representación legal del menor de edad en nuestro régimen tradicional: Actos dispositivos. Administración. Asistencia. Excepciones. Capacidad laboral. Emancipación. Alimentos.

Actos dispositivos.

El CCA establece que los padres o tutores pueden disponer de los bienes de titularidad de los menores con autorización judicial. Nuestro código impone a este principio ciertas limitaciones para mayor protección de los derechos del menor (arts. 297 parr. final según ley 23264, 264, quáter c, 434 , 438 C.C.), sin embargo la opinión del interesado carece de relevancia.

Entre estas limitaciones podemos señalar la prohibición de contratar con los menores (dejando a salvo la posibilidad de que los padres efectúen donaciones a sus hijos, conforme lo recordamos más adelante). Los padres o tutores ni aún con autorización judicial están facultados a comprar los bienes de propiedad de los menores, constituirse en cesionario de sus derechos, hacer con ellos partición privada de herencias (279 y 297 CC), limitaciones que se acentúan en el caso de los tutores (art 450 y concordantes del CC). Nos referiremos luego al tratamiento de la tutela, basta por ahora señalar que con respecto a la actuación del tutor y a los fines y contenidos de su función, nuestro código es más explícito y exigente

Los padres no pueden donar bienes de sus hijos que estén bajo su patria potestad, sin expresa autorización judicial (Art. 1807 inc. 3). Pero el inciso 7 del

¹² Art 411: “El tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles: gestiona y administra solo. Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor, y prescindiendo de su voluntad”.

mismo artículo induce a confusión al establecer que no pueden donar los hijos de familia sin licencia de los padres. Se confunde aquí asistencia con representación legal. El tutor no puede ni con autorización judicial donar bienes de sus pupilos salvo en los casos determinados por ley (art 1807 inc.4 y 450 inc 5 CC).

Los padres pueden donar bienes a sus hijos, sin requerir venia judicial, según lo autoriza el artículo 1805. Se daría un caso de autocontratación permitida siempre que se trate de una donación lisa y llana sin perjuicio para el menor. En este caso los padres actúan por sí cuando donan y en representación legal de sus hijos al aceptar la donación. No resulta necesaria en este caso la venia judicial.

Administración:

Los padres y tutores también ejercen la administración de los bienes de sus hijos o pupilos, sin necesidad de autorización judicial. (293 y 294 1ª parte). Actúan también aquí en su nombre y sin su participación. No debe confundirse con el usufructo de los bienes de los hijos que corresponde a los padres, por todo el tiempo que dure la patria potestad, derecho que éstos ejercen en nombre propio.

Asistencia:

Nuestro código admite en determinados casos la intervención del menor de edad con la asistencia complementaria del representante legal. En estos supuestos quien realiza el acto es el menor pero su consentimiento queda perfeccionado por la autorización prestada por su representante legal¹³. Ejemplos: artículos 275 (salida de los menores de cualquier edad de la casa paterna, autorización para trabajar), 264 quáter inc. 3, 4 y 5 (ingreso a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; salir de la República; estar en juicio). Debemos puntualizar que en tales casos los padres actúan por sí, no lo hacen en ejercicio de la representación legal ya que no suplen la voluntad del menor si no que la complementan. Por ello, la actuación del tutor en la generalidad de estos casos requiere autorización judicial. En esas situaciones puntuales podemos observar cierta flexibilización al rígido sistema instituido.

¹³ D'ANTONIO, Hugo Daniel, ob. cit., página 118.

Excepciones.

Como excepción a la regla general nuestro Código Civil permite a los menores de edad ejercer por sí mismos ciertos actos, sin necesidad de contar con la autorización de sus representantes legales. Entre ellos, estar en juicio cuando sean demandados criminalmente, reconocer hijos extramatrimoniales a partir de los 14 años (art. 286), aptitud laboral para el menor que haya adquirido título habilitante (arts. 128 y 275), adquirir la posesión a partir de los 10 años (art. 2392), desempeño de mandato (art. 1897). Por supuesto otorgar poder para todos los casos en que pueda actuar por sí mismo. Se trataría en estos casos de una representación voluntaria.

La capacidad para testar encuentra dos disposiciones incongruentes en el CCA. El artículo 3614 establece: “No pueden testar los menores de 18 años de uno u otro sexo”. Con lo que ahora se requeriría la mayoría de edad. Pero el art. 286, modificado por la ley 23264 dice: “El menor adulto no precisará la autorización de sus padres para estar en juicio cuando sea demandado criminalmente, ni para reconocer hijos ni para testar”. La doctrina mayoritaria considera que prevalece el primero sobre el segundo. Sin embargo, consideramos lo contrario. En primer lugar el art 286 en su actual redacción es posterior al art. 3614 (ley 23264) y ha subsistido en la reforma reciente de la ley 26579. En segundo lugar no vemos razón para permitirle reconocer hijos y estar en juicio cuando sea demandado criminalmente, y vedarle el derecho a expresar su voluntad en un testamento. Se trata de un acto personalísimo, en el cual su voluntad debe ser respetada. A lo apuntado se suma la circunstancia ya referida de que actualmente toda persona alcanza la mayoría de edad al cumplir los 18 años.

Capacidad laboral:

Con respecto a la capacidad laboral de las personas, luego de la reforma legislativa introducida por la ley nacional 26579, coincide con la capacidad civil, ambas se adquieren a los 18 años de edad.

Resulta entonces que a partir de los 18 años toda persona puede disponer libremente de sus bienes, siendo irrelevante su origen y el del dinero con el cual los obtenga. Estas cuestiones adquieren singular importancia en sede notarial, cuando debemos autorizar actos que involucran bienes de menores obtenidos con el producido de su trabajo.

Atento a la reforma introducida por la ley 26579 se impone reinterpretar lo reglado de manera coherente con la normativa laboral. Para ello debemos tener presente que la ley 26.390, sobre prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente, no admite el trabajo de los menores de 16 años. Por lo tanto podemos resumir la capacidad de las personas en el ámbito laboral de la siguiente manera:

a) A partir de los 18 años de edad tienen plena capacidad laboral en coincidencia con la actual capacidad civil;

b) Entre los 16 y 18 años de edad:

1) el menor que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización así como administrar y disponer libremente de los bienes adquiridos con el producido de su trabajo (art 128 CC);

2) Aunque no tenga título habilitante, puede ejercer oficio, profesión o industria con autorización de sus padres (art 275 CC) Cuando el menor ejerciere algún empleo, profesión o industria, la ley presume la autorización de lo padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria (art 283 CC).

Por su parte la legislación laboral determina que las personas desde los dieciséis (16) años y menores de dieciocho (18) años, pueden celebrar contrato de trabajo, con autorización de sus padres, responsables o tutores. Se presume tal autorización cuando el adolescente viva independientemente de ellos. (art. 32 LCT). En estos casos también están facultados para estar en juicio laboral por acciones vinculadas al contrato o relación laboral y hacerse representar por mandatarios (art. 33 LCT,

relaciona el art. 27 de la ley 26061 en cuanto a las garantías mínimas de procedimiento)

Con respecto los bienes provenientes del producido de su trabajo, no encontramos previsión explícita con respecto a su administración y disposición, para estos casos. Únicamente el artículo 287 inc. 1 del CC determina que los padres no tienen el usufructo sobre dichos bienes. La legislación laboral otorga esta potestad a las personas recién desde los 18 años, precepto que nada aporta dentro del actual contexto normativo, ya que luego de la reforma de la ley 26579 son mayores de edad para la ley civil. (art. 34 LCT).

Abocado el legislador argentino a reformar los artículos 128 y 275 de nuestro código, podría haber establecido pautas claras al respecto. No existe unanimidad de criterios. Por nuestra parte entendemos que ante la carencia de disposición expresa y la necesidad de proteger la seguridad del tráfico negocial, en este caso el criterio debe ser restrictivo, pero sin olvidar la necesaria participación del menor de edad cuando las circunstancias lo ameriten.

De todas formas debe explicitarse siempre el origen del dinero haciendo mención y adjuntando todas las constancias que puedan certificar tal circunstancia, cuando proviene del trabajo del menor de edad

c) Está prohibido el trabajo del menor de 16 años. Con las excepciones de la LCT (art 182 y 182 bis.)

Emancipación.

La ley 26579 ha eliminado de nuestro CC la emancipación por habilitación de edad, que permitía a los padres o tutores, en este caso con venia judicial, autorizar a sus hijos o pupilos, para todos los actos de la vida civil, a partir de los 18 años y con su consentimiento. También desaparece la habilitación para ejercer el comercio por expresa derogación de los artículos 10 a 12 del Código de Comercio Argentino. No obstante, queda subsistente la emancipación por matrimonio, la que amerita algunas breves observaciones.

El artículo 166 del código, modificado por la ley sancionada, reforma lo ya

reformado, al establecer como impedimento matrimonial en su inc. 5º: “tener menos de 18 años cumplidos”. En sus fundamentos se alude a la necesidad de unificar la edad habilitante para contraer matrimonio y considera discriminatorio la diferencia establecida por el código civil, esto es 16 años para la mujer y 18 para el varón. Parece ignorar el legislador que la edad para contraer matrimonio ya fue unificada en 18 años para ambos sexos por la ley nacional 26.449. De todas formas lo sustancial es que actualmente a los 18 años las personas de ambos sexos pueden contraer matrimonio sin necesidad de contar con autorización alguna.

La armónica interpretación de las disposiciones que se modifican y las que quedan vigentes en su anterior redacción, revela sin dudas incongruencias que afectan al sistema legislativo vigente. Esto es así porque el artículo 166 del CC señala a la minoría de edad como un impedimento matrimonial y el 167, que no ha sido modificado, determina que sólo podrá celebrarse matrimonio válido en dicho supuesto con la dispensa judicial, la que se otorgará con carácter excepcional si el interés de los menores lo exigiese y previa audiencia personal con los menores y sus representantes legales. Resulta irrelevante la previa autorización de los padres o representantes legales que exige el artículo 168 y los extremos contemplados en el 169 del CCA. Más allá de la existencia o no de autorización, los contrayentes menores de edad sólo podrán casarse si el juez otorga la venia. Y en tal caso se emanciparán sin que pueda sancionárselos con la privación de la administración y disposición de sus bienes recibidos a título gratuito, según reza el art. 131CCA.

Alimentos

El artículo 265 CCA, modificado por la ley 26579, establece que la obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en artículo 267, se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que el primero cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo. Claro que esta disposición no modifica su calidad de persona mayor de edad, por lo que la administración y disposición de lo recibido en tal carácter estará en manos del hijo y no de los padres. Si otorgan ante el escribano, por ejemplo, un poder para accionar por alimentos los hacen por

sí mismos. Ese apoderamiento no constituye un supuesto de representación legal, se trataría de un acto enmarcado por la representación

c) Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Este pacto internacional, fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989. La República Argentina lo aprobó a través de la ley nacional 23849 del año 1990 y fue incorporada a nuestra Constitución Nacional en la reforma del año 1994 (art 75 inc. 22) otorgándosele jerarquía constitucional.

El nuevo paradigma y los postulados de la convención ubican al niño y al adolescente como sujetos plenos de derecho, con participación en todos los asuntos de su interés de acuerdo a su evolución y madurez.

La CIDN, introduce el concepto de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de los niños, criterio antitético a la idea de incapacidad jurídica por minoría de edad sostenida por nuestro código civil. Para la convención no existen parámetros rígidos, los niños deben ir ejerciendo por sí mismos sus derechos en la medida que su madurez, desarrollo y aptitud de discernimiento se lo permitan.

El concepto de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos encuentra cabal consagración en el artículo 5 de la CIDN que impone a los Estados Partes la obligación de respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, tutores, familia o personas encargadas, de impartir al niño, conforme a su evolución, la orientación y dirección apropiadas para que éste ejercite por sí mismo los derechos reconocidos por ese tratado internacional. En igual forma el artículo 14 se refiere a los derechos y deberes de los padres y representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho, conforme a la evolución de sus facultades.

El artículo 12 reconoce el derecho del niño a exteriorizar su opinión “en todos los asuntos” que lo afecten y que ella sea tomada en cuenta en función de su edad y madurez. Sin dudas, esa regla resulta medular cuando el escribano debe instrumentar actos jurídicos que comprometen intereses de menores de edad.

Se enmarca dentro de la Doctrina de la Protección Integral que considera que la infancia es una sola y a ella corresponden todos los derechos de los que gozan los adultos, más una protección complementaria para que puedan ejercerlos en igualdad de condiciones con las demás personas, reconociendo su situación de vulnerabilidad. Se opone a la Doctrina de la Situación Irregular, consagrada a partir de nuestra Ley de Patronato 10903, sancionada el 29 de setiembre de 1919, norma que se reprodujo en toda América y que teniendo en miras la protección a la infancia, la privó de todos y cada uno de sus derechos.

d) Ley 26.061.

Fue sancionada el 28/09/2005 y su objeto es 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 artículo 4° impone a los Estados Partes la obligación de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos consagrados.

Esta ley profundiza los principios de la convención especialmente en cuanto a la autonomía progresiva del niño y en su derecho a participar en toda decisión que lo afecte

En su artículo 3 define el concepto de “ interés superior del niño” como la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías La misma norma, como parte integrante del concepto expresado, obliga a respetar derechos que se vinculan a la autonomía e intimidad de la vida del niño. Entre ellos, su condición de sujeto de derecho; el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta, su edad, grado de madurez, capacidad

de discernimiento y demás condiciones personales. Y posteriormente aclara que este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde debe desempeñarse.

Como vimos, la representación legal de los menores de edad en todos los actos de la vida civil, se otorga a los padres en el ejercicio de la patria potestad. Por lo tanto a estas pautas debe adecuarse tal representación en toda circunstancia y “cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse”.

El artículo 2 de la ley proclama que los niños, niñas o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifieste, en todos los ámbitos

Los artículos 18 a 31 desarrollan principios y derechos que reafirman el concepto de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y en su vida cotidiana. Entre ellos, el derecho a la libertad -que comprende el de expresar su opinión en todos los ámbitos de la vida cotidiana y en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos. Resulta de esta normativa que ignorar el derecho del niño a expresar su opinión en todos los ámbitos de su vida cotidiana significa conculcar su libertad, principio incorporado a nuestra Constitución Nacional (artículo 75, inciso 22) con el rango de derecho fundamental de todas las personas.

Los artículos 24 y 27 de la ley desarrollan especialmente el derecho del niño a expresar su opinión.

El artículo 24, en su primer inciso, declara que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés. La segunda parte de la norma establece que esa opinión deberá ser tenida en cuenta de acuerdo a la

madurez y desarrollo del niño. Derechos que se extienden a todos los ámbitos, entre ellos el ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, etc. Esta mención es realizada a título ejemplificativo, y ratifica el criterio tendiente a otorgar al menor participación en cualquier asunto concerniente a su persona y por cierto creemos que ello incluye los intereses personales y patrimoniales involucrados en la instrumentación de un acto notarial.

El artículo 27, por su parte, se refiere a los procedimientos judiciales y administrativos y consagra el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos ante la autoridad competente y a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que los afecte. Aquí no se establecen límites de ninguna naturaleza.

Por lo tanto, cuando se solicita, en instancia judicial, autorización para transferir, por ejemplo, un inmueble cuya titularidad corresponda a un menor de edad, el juez insoslayablemente deberá escuchar al niño y considerar su opinión antes de conceder la venia pertinente. En ejercicio de nuestra función notarial, debemos verificar este extremo cuando ante nosotros comparece el representante legal del menor a otorgar una escritura en su nombre, con la venia correspondiente. Si se hubiera omitido la participación del menor en sede judicial, dicha falencia podrá ser subsanada a través de la concurrencia del interesado al acto escriturario donde constará que se ha recabado su opinión.

Esta ley sin dudas, consolida el status de los menores de edad como sujetos de derecho, colocándolos en un rango superior al de simples representados (meros objetos) conforme el modelo imperante en el Código Civil.¹⁴

Diversas leyes provinciales implementan estas normas en sus jurisdicciones, especialmente en lo referente a las políticas públicas para la infancia. En nuestra provincia de Santa Fe, por ejemplo, se ha sancionado recientemente la ley 12.967, que ratifica los postulados de la ley nacional y organiza el funcionamiento de los organismos que deben efectivizar las medidas de protección.

¹⁴ SOLARI, Néstor E., ob.cit., puntos I y III.

La ley 26529 en materia de salud recepta de manera clara estos postulados al reconocer en su artículo 2 inciso c) el derecho personalísimo de las niñas, niños y adolescentes a participar en las decisiones que deban tomarse sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

e) Regulación en el régimen legal argentino de la tutela. Concepto. Funciones.

Caracteres. Clases de tutores. Intervención notarial: nombramiento de tutores en testamento o acto notarial. Derecho Comparado.

Concepto:

Analizaremos a continuación el régimen de tutela del Código Civil Argentino, dentro del cual se prevé la designación de tutor para los hijos menores de edad por el padre en testamento o escritura pública. Esta es prácticamente la única participación notarial en el tema. Por otro lado advertimos también aquí la falta de participación del principal interesado, el menor tutelado, por lo cual es de aplicación todos los conceptos que vertimos en general en relación al tema de capacidad y representación.

El art. 377 de nuestro Código Civil define a la tutela en la forma que aquí reproducimos: “es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil”.

De la definición transcripta resulta que la tutela, institución sustitutiva de la persona y bienes de los menores de edad, ha sido prevista para, que en su caso, supla las funciones asignadas prioritariamente a la patria potestad. Su aplicación se halla condicionada al presupuesto de que el menor carezca de padre y madre, o teniendo a uno de ellos o a ambos, éstos hayan sido privados de la patria potestad, o se los haya suspendido en su ejercicio. También puede acaecer que se requiera el nombramiento de tutor al hijo sometido a patria potestad cuando se verifican ciertos supuestos que tornarían, a criterio del legislador, inconveniente la representación de aquél por su padre o madre. Son los casos de tutela especial previstos en el art. 397 del Código Civil.

Tanto en los casos de privación de la patria potestad, como en los de suspensión de su ejercicio (arts. 307 a 309, Código Civil), se prevé que los menores “quedarán bajo el patronato del Estado nacional o provincial” (art. 310, Código Civil). Esta norma fue originalmente introducida por la ley 10.903 e impone la obligación a los órganos administrativos de ejecución del patronato de pedir judicialmente el nombramiento de tutor a los menores que carecieren de él (art. 491, Código Civil). Pero idéntica imposición –dotada de mayor vigor- atañe a los parientes en el caso de menores huérfanos (art. 378, Código Civil), y tratándose de los parientes a quienes la ley llama para ejercer la tutela (art. 390), la omisión de esta obligación les acarreará la privación del derecho de ejercerla (art. 378 in fine). Finalmente, también pesa sobre los herederos del tutor fallecido, la obligación de denunciar al juez la vacancia de la tutela (art. 456, Código Civil).

Funciones:

La tutela de menores satisface tres requerimientos fundamentales: a) cuidado de la persona del menor: salvo las hipótesis de tutelas especiales en que los menores continúan bajo la autoridad y protección de sus padres, el tutor suple la carencia de éstos. De allí que el menor debe a su tutor el mismo respecto y alimentado con arreglo a su clase y facultades (art. 416). El tutor debe atender las necesidades inherentes a la educación y alimentos del menor con los cuidados de un padre (art. 412 1º parte). Ello conlleva la asunción por parte del tutor del deber de guarda de su pupilo y, con el mismo alcance que los padres, resulta responsable por los daños que el menor cause a terceros (arts 433 y 1117, Código Civil); b) administración de los bienes del menor: El tutor debe administrar los intereses de su pupilo como un buen padre de familia, y es responsable de todo perjuicio resultante de su falta en el cumplimiento de sus deberes (art. 413, Código Civil); c) representación del menor: al igual que la patria potestad, la institución de la tutela de menores atiende al requerimiento de la representación jurídica del incapaz (art. 57, inc. 2, Código Civil). Desde este punto de vista, el tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles (art. 411, Código Civil).

Caracteres:

La tutela de menores es una función supletoria –o potestad subsidiaria-¹⁵ de la patria potestad, salvo en los casos en que corresponde la designación de tutor al menor de edad por existir oposición de intereses entre él y sus padres o por haber bienes excluidos de la administración de ellos. Además de supletoria, la tutela es una función de guarda y representación de los menores de edad, conforme lo explicado (arts 57, inc.2º, 380 y 411, Código Civil).

Respecto del tutor, la tutela es una función de índole personalísima – derecho y deber personalísimo en los términos del art. 498, Código Civil. Surge este carácter del art. 379 del Código Civil, en cuanto dispone que la tutela es un cargo personal, que no pasa a los herederos.¹⁶ Ello no impide, de todos modos, que el tutor pueda hacerse representar por mandatario para la ejecución de ciertos actos, e incluso contratar auxiliares para ejercer la administración de los bienes del pupilo.¹⁷ En tales supuestos no delega la función, sino que encomienda a otro la ejecución de determinados actos, permaneciendo incólume su responsabilidad. En síntesis, como se ha dicho, la indelegabilidad de la función no implica que el tutor deba realizar personalmente cada gestión propia o derivada de su cargo..

El mismo art. 379 del Código Civil, añade que la tutela es una función obligatoria y, en principio, inexcusable: “La tutela es un cargo personal...del cual nadie puede excusarse sin causa suficiente”. La excusa deberá ser razonablemente apreciada por el juez,¹⁸ y no se restringe a los casos de inhabilidad general¹⁹, sino

¹⁵ Conf. Belluscio, Manual, t. II, p. 319, n° 573; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p.835.

¹⁶ Sin perjuicio de lo cual, los herederos del tutor están obligados, a tenor de lo dispuesto en el art. 456, a poner en conocimiento del juez del lugar el fallecimiento de aquél “y proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan respecto a los bienes y persona del menor”, lo que cierto sector de la doctrina enseña que se funda en los principios de la gestión de negocios (Busso, Código Civil anotado, T.II, comentario al art. 456, n° 12); en E.A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p.835.

¹⁷ Cfr. Machado, Exposición y comentario del Código Civil Argentino, T.II, p.69; en E.A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p.836.

¹⁸ A diferencia de otras legislaciones en que se prevén expresamente las causales de excusación. Así, Código Civil Francés (art.427 y ss.), italiano (arts. 351 y 352), alemán (arts. 1786 y 1889), español (arts. 244 y 245), etc.; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p. 836.

¹⁹ Machado, Exposición y comentario del Código Civil Argentino, T.I, p. 653; en E.A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p. 836.

que debe comprender todos los supuestos en que, según prudente apreciación no sería conveniente a los intereses del menor la representación por determinada persona a quien la tutela se defiere.²⁰

La tutela es, además, función unipersonal. Así lo determina expresamente el art. 386 del Código Civil: “La tutela debe servirse por una sola persona, y es prohibido a los padres nombrar dos o más tutores, que funcionen como tutores conjuntos: y si lo hicieren el nombramiento subsistirá solamente para que los nombrados sirvan la tutela en el orden que fuesen designados, en el caso de muerte, incapacidad, excusa o separación de alguno de ellos”. El nombramiento de varios tutores vale como indicación del orden sucesivo en que habrán de actuar esas personas, pero no implica la designación de una tutela conjunta.²¹ Tampoco se ha previsto, en nuestro derecho positivo, al llamado tutor subrogado o protutor con funciones de vigilancia y control de las responsabilidades del tutor. De todos modos, la regla del art. 386 sufre limitaciones en los casos de los incs. 7º y 8º del art. 397 del Código Civil, supuestos que admiten la designación un tutor especial, sin perjuicio de la tutela general del menor, cuando éste tuviese bienes fuera del lugar de la jurisdicción del juez de la tutela que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor, o cuando hubiese negocios, o se tratasen de objetos que exijan conocimientos especiales o una administración distinta.

Entre los caracteres de la tutela se destaca el ser una función controlada. Dispone el art. 381 del Código Civil que “la tutela se ejerce bajo la inspección y vigilancia del Ministerio de Menores”. Este y el juez que hubo de discernir la tutela, son los órganos de control del ejercicio de la tutela. El primero obrando como representante promiscuo de los incapaces (art. 59), y el segundo como titular del patronato del Estado al que quedan sujetos los menores que carecen de padres o cuyos padres han perdido la patria potestad o su ejercicio. De allí que se prevea la intervención del Ministerio de Menores en los actos “en que se interesen las

²⁰ Belluscio, Manual, T.II,p.319,nº573; Borda, Tratado. Familia,T. II, nº996,b.; en E.A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2,p.836.

²¹ Busso, Código Civil anotado, T.II, comentario al art. 386, nº2; en E.A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo2, p. 836.

personas o bienes de los menores o incapaces” (art. 494) y que la gestión de la tutela esté sujeta al permanente control judicial art. 404 y concs., Código Civil).

Como ya hemos dicho, en nuestro derecho no existe el tutor subrogado ni el protutor, ni tampoco el Consejo de Familia, que en la legislación francesa está constituido por una suerte de asamblea de parientes e incluso allegados al menor, presidida por el juez de paz, que organiza la tutela, designa al tutor y lo excluye o sustituye ejerciendo las funciones de control de su gestión.²²

Clases de tutores.

Se distinguen los modos de darse la tutela, expresión que tiene poca claridad. En realidad se alude a la potestad o poder de designar tutor a los menores. Debe entenderse que “la tutela se da, o por los padres, o por la ley, o por el juez” (art. 382). Lo cual podría traducirse así: el tutor es designado o por los padres, o ministerio legis, o judicialmente. A la tutela dada por los padres se la llama tutela testamentaria porque el tutor es designado en el testamento de aquéllos (conforme lo indica el Código Civil- “.por escritura pública para que tenga efecto después de su fallecimiento”); a la tutela que en defecto de la testamentaria, da la ley previendo quiénes están llamados a ejercerla, tutela legal. Para el caso de que no existiese ninguna de las personas previstas en la ley, se atribuye al juez la facultad de designar tutor al menor. A esta tutela se la denomina tutela dativa. Restan los casos de tutelas especiales (art. 397).

Tutela testamentaria

Del conjunto de disposiciones del Código Civil se colige que tanto los padres matrimoniales, como los extramatrimoniales y el adoptante pueden designar tutor para sus hijos. Cuando viven padre y madre, la facultad la tiene “el que últimamente muera de ambos” (art. 383), lo que implica que la mentada facultad recae en el supérstite. Es un corolario del ejercicio de la patria potestad, y por eso

²² Para una reseña sobre las funciones del Consejo de Familia, ver Carbonnier, Derecho Civil, T.I, vol.II,p.512 y ss., n° 224. Ver, también, Martínez, La tutela en el derecho argentino, p.8 y ss., n°3; en E.A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p. 837.

esta tutela no puede darse por otros parientes a los menores, aun cuando los instituyesen en su testamento.²³

Es lógico que sólo pueda designar tutor, el supérstite de ambos padres. Como gráficamente lo dice Busso, “ es menester que se haya producido el fallecimiento del otro progenitor, pues la tutela sólo se abre por muerte de ambos padres. Al tiempo de morir el primero de ellos los hijos quedan bajo la patria potestad del sobreviviente”.²⁴ Lo cual, obviamente, no impedirá que uno de los padres hiciese la designación del tutor aun en vida del otro. Pero dicha designación estaría supeditada a la condición de que le sobreviva. Si no fuere así, el prefallecimiento del progenitor que hizo la designación le haría perder eficacia, por cuanto la patria potestad corresponde al otro de pleno derecho, de modo que éste la ejerce con exclusividad.²⁵

Una excepción a este principio estaría dada en el caso de que al fallecimiento del progenitor que hizo la designación del tutor, el otro estuviese privado de la patria potestad. En tal supuesto como el hijo quedaría ipso jure carente de representante legal y sería menester conferirle tutor, debería aceptarse la designación hecha por el premuerto.²⁶ Es una solución razonable, sobre todo porque la pérdida de la patria potestad para el supérstite es irreversible. Sin embargo, esta solución no cabría en el caso de mera suspensión de la patria potestad o de su ejercicio, si al tiempo del fallecimiento del progenitor que hizo la designación, el otro pudiese recobrar aquélla o su ejercicio.

Forma de la designación de tutor: El tutor puede ser designado mediante testamento o por escritura pública. Si se trata de designación testamentaria, ésta

²³ CCiv 2ª Cap, 8/6/18, JA, 1-880, fallo en el que se resolvió que “el tío no tiene facultad para designar tutor especial para sus sobrinos menores de edad, instituidos herederos”; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p.841.

²⁴ Busso, Código Civil anotado, t.II, comentario al art. 383, n°15; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p. 841.

²⁵ La limitación a la viuda que no contrajo nuevas nupcias a que alude el art. 383 ha quedado derogada ya con la ley 11.357 (art.3º, inc.1º); en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p.842.

²⁶ Busso, Código Civil anotado, T.II, comentario al art. 383, n° 17 y 18; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p. 842.

puede hacerse en cualquiera de las formas autorizadas para testar (testamento ológrafo, por acto público o cerrado).

En caso de revocación del testamento, el art. 3828 del Código Civil dispone, después de la reforma de la ley 17.711, que subsisten las disposiciones del testamento revocado que no fueren incompatibles con las del nuevo testamento. De tal modo que, si en testamento revocatorio el testador nada dispuso respecto de la designación de tutor efectuada en el anterior, la designación subsistirá, salvo que de las circunstancias del caso resultase que es incompatible esa subsistencia por la naturaleza de las nuevas cláusulas testamentarias.²⁷ En tanto, se juzga que la revocación del testamento ex lege por matrimonio del testador (art. 3826) no deja sin efecto la designación de tutor hecha en él. Se tiene en cuenta que la razón legal para la revocación en el caso, se ciñe a motivos estrictamente patrimoniales.²⁸

Si la designación de tutor se hace por escritura pública que no contiene el testamento del progenitor que la realiza, rigen las normas generales que hacen a la validez formal del instrumento (art. 997 y ss., Código Civil). Por supuesto que en este caso, al igual que en el del testamento, nos encontramos ante un acto de última voluntad, por cuanto la eficacia de la designación de tutor queda deferida al fallecimiento del padre o madre que designa tutor al hijo (cfr. Art. 497, Código Civil). Por ende, esa designación es eminentemente revocable, fuere hecha en testamento o por escritura pública.

Si el testamento o la escritura donde se realizó la designación de tutor fuese nula por defecto de forma, dicha designación carecería de valor. Y esto es así, sin perjuicio de que el juez pudiese eventualmente tener en cuenta la voluntad expresada en el acto anulado, como elemento ilustrativo para la designación de tutor.²⁹

²⁷ Comp. antes de la reforma, Busso, Código Civil anotado, T.II, comentario al art. 383, n° 23; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p.843.

²⁸ Busso, Código Civil anotado, T.II, comentario al art. 383, n°24; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p.843.

²⁹ CCiv 2ª Cap, 16/6/32, JA, 47-961. Ver Borda, Tratado. Familia, T.II, n°1011; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p. 843.

Cláusulas y modalidades: El nombramiento de tutor puede ser hecha por los padres, bajo cualquier cláusula o condición no prohibida (art. 384). En cuanto a lo primero, se debe interpretar que la designación de tutor no está sujeta a formulas sacramentales o solemnes. En cuanto a lo segundo, se alude a condiciones permitidas, por ejemplo, imponer al tutor la obligación de rendir cuentas periódicamente y no sólo al finalizar la tutela, o la obligación de proveer recaudos especiales para la obligación del pupilo, etc.³⁰

El art. 385 dispone que son prohibidas y se tendrán por no escritas, las cláusulas “que eximan al tutor de hacer inventario de los bienes del menor, o de dar cuenta de su administración todas las veces que se le ordena por éste Código, o lo autoricen a entrar en la posesión de los bienes antes de hacer el inventario”. Estas obligaciones del tutor que expresamente disponen los arts. 408, 417, 459, 460 y concs. Del Código Civil, atienden al interés del menor y por lo tanto no pueden ser ignoradas en ningún caso. Si, por hipótesis, la designación de tutor contuviese tales excepciones, se tendrán éstas por no escritas, y consiguientemente, el nombramiento valdría sin perjuicio de la nulidad de las cláusulas.³¹

La designación de tutor hecha por el padre o madre en su testamento o en escritura pública debe ser confirmada judicialmente. Ello implica que el nombramiento no habilita de pleno derecho al designado para hacerse cargo de sus funciones propias. “La tutela dada por los padres debe ser confirmada por el juez.... y entonces –dispone el art. 388- se discernirá el cargo de tutor nombrado”.

La exigencia de la confirmación del nombramiento deja ver que se defiere al juez un control de legitimidad y de mérito de la designación hecha por los padres. Control de legitimidad, en cuanto a la forma de aquélla y en el examen de habilidad personal del designado. Control de mérito en lo relativo a la conveniencia de que sea él el que asuma la guarda y representación del menor.

³⁰ Busso, Código Civil anotado, T.II, comentario a los arts. 384 y 385, n°2; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p. 844.

“Como la tutela ha sido instituida en beneficio de los menores, el hecho de que el Código Civil haya otorgado prevalencia a la acordada por los padres sobre la legítima y la dativa, no significa en modo alguno que esa prevalencia sea imperativa y por ello no puedan los jueces negarse a confirmarla, cuando los intereses del incapaz así lo aconsejen.”³²

Tutela legal.

Establece el art. 389 del Código Civil, conforme a la reforma introducida por la ley 23.264, que “La tutela legal tiene lugar cuando los padres no ha nombrado tutor a sus hijos o cuando los nombrados no entran a ejercer la tutela, o dejan de ser tutores”.

Se destaca en primer lugar el carácter subsidiario de esta tutela, ya que opera a falta de una designación de tutor efectuada por los padres a través de testamento o escritura pública.

La reforma ha variado la denominación clásica de esta tutela, conocida como legítima por cuanto estaba reservada a los hijos legítimos (art. 395, Código Civil, derogado por ley 23.264).

Las personas llamadas por la ley reconocen con el menor vínculo de parentesco y son los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del mismo, sin distinción de sexo (art. 390, cfr. Ley 23.264).

La ley 23.264 introdujo la figura del tío entre las personas llamadas, lo cual propiciáramos desde largo tiempo atrás señalando que es sumamente frecuente que los tíos sean los más dispuestos a recoger al menor huérfano y otorgarle un hogar, donde por lo general ya existen otros niños que, al parentesco con el pupilo,

³¹ Conf. Busso, Código Civil anotado, T.II, comentario a los arts. 384 y 385, n°2.; en E. A. Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p.844.

³² CCiv 2ª Cap, 19/10/48, LL, 52-700; en E. A- Zannoni, Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, p.845.

agregan una edad similar.³³ La intervención jurisdiccional, contrariamente a lo que ocurre en la tutela testamentaria, se dirige a ponderar estrictamente la idoneidad del pariente llamado por la ley, con lo que el orden establecido en la norma respectiva no es vinculante para el juez.

Es así como el art. 391 del Código Civil (cfr. Ley 23.264) señala que el juez confirmará o dará la tutela legal a la persona que por su solvencia y reputación fuese la más idónea para ejercerla, teniendo en cuenta los intereses del menor.

Esta función del órgano jurisdiccional reviste tal trascendencia que esta especie de la tutela constituye en realidad una tutela legal-dativa.

La conclusión del juez deberá estar precedida de la opinión del representante del Ministerio de Menores, parte formal en el juicio.

Planteándose el problema sobre la eventual prioridad de algunos de los parientes mencionados en el art. 390 del Código Civil respecto de otros allí comprendidos, se ha resuelto que con anterioridad a la vigencia de la ley 23.264 se otorgaba preferencia a los abuelos y la línea paterna sobre la materna, mientras que en el sistema actual dicha enunciación legal no adquiere un orden forzoso, debiéndose ponderar especialmente el interés del menor, la idoneidad del tutor y, en supuesto de guarda preexistente, los beneficios que aportaría no innovar.³⁴ Sin perjuicio de destacar que los presupuestos mencionados en el fallo citado siempre fueron ponderados judicialmente para discernir la tutela legal, y que no se da lugar a la opinión del menor, aparece correcta la interpretación sobre la diferencia existente entre la actual regulación normativa y su antecedente, en tanto el texto originario del art. 390 hace mención a un orden de llamada, y su nota el codificador alude a los antecedentes relacionados a un orden derivado de la proximidad en el parentesco.

³³ D'Antonio, Derecho de Menores, 1ª ed., Buenos Aires, 1973,p.104; en María J. Méndez Costa y Daniel H. D'Antonio, Tratado de Derecho de Familia, Tomo III, p.415.

Tutela dativa.

Es la tutela deferida por el juez a falta de tutela testamentaria o de parientes llamados por la ley para desempeñarse como tutores legales. Igualmente procede esta tutela cuando dichos parientes son incapaces, inidóneos o hayan dimitido o sido removidos del cargo (art. 392, Código Civil).

Pese a su ubicación legal, que la muestra como remanente de las otras especies de tutela, la dativa constituye una manifestación trascendente de la naturaleza protectoria de la institución.

El art. 393 del Código Civil consagra una serie de restricciones legales, tipificantes de incapacidades de derecho que impiden proveer la tutela a allegados al juez, salvo que se tratase de menores sin recursos o de parientes de los mismos jueces. Igualmente se impide la designación de una misma persona en varias tutelas de menores de diferentes familias, salvo que se tratase de filántropos reconocidos.

Tutelas especiales

A diferencia de la tutela general –que puede ser dada por los padres, por la ley o por el juez- puede ocurrir que sea necesario designar un tutor al menor para negocios o actos especiales. En tales casos, la representación jurídica general del menor, sea por vía del ejercicio normal de la patria potestad o del tutor general con que aquél cuenta está satisfecha. Se trata, simplemente, de proveerle un representante especial. Este representante especial coexiste con el general, aunque limitado específicamente a los actos para los cuales ha sido designado.

Así establece el art. 397 del Código Civil que “los jueces darán a los menores, tutores especiales, en los casos siguientes: a) cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren; b) cuando el padre o madre perdiere la administración de los bienes de sus hijos; c) cuando

³⁴ Cám. Apel. Civ. y Com. De Concordia, Sala 3ª, Zeus del 16-12-98, n° 6073; en María J.

los hijos adquieren bienes cuya administración no corresponde a sus padres; d) cuando los intereses de los menores estuvieren en oposición con los de su tutor general o especial; e) cuando sus intereses estuvieren en oposición con los de otro pupilo que con ellos se hallase con un tutor común, o con los de otro incapaz, de que el tutor sea curador; f) cuando adquieran bienes con la cláusula de ser administrados por persona designada, o de no ser administrados por su tutor; g) cuando tuviesen bienes fuera del lugar de la jurisdicción del juez de la tutela, que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor y h) cuando hubiese negocios, o se tratase de objetos que exijan conocimientos especiales, o una administración distinta.

Derecho Comparado

Tal como hemos expresado precedentemente, nuestro Código Civil reserva la denominación de tutor para los menores y la de curador para los incapaces mayores de edad. Es también el sistema seguido por el Código Brasileño (arts. 406 y 446) y el peruano (arts. 565 y ss.). En cambio, en el derecho francés, alemán, español, italiano, suizo, mejicano, venezolano, entre otros, la tutela se aplica tanto a los menores como a los incapaces mayores de edad.³⁵

Si bien, aunque con ligeras variantes, tanto la opinión doctrinal como la legislativa es unánime en entender la institución de la Tutela como protección, representación y asistencia del sometido a ella, la diversidad surge cuando se trata de determinar su modo de organización. Se pueden distinguir dos direcciones principales, a las que, en general, se adscriben las distintas legislaciones. Una, la tutela de familia, de la que es patrón el Código de Napoleón, que distingue un tutor, un protutor y un consejo de familia presidido por el juez de paz. Sistema seguido por varios Códigos latinos (Francia, España, Portugal (1867), Italia (1865), Bélgica, etc.) y algunos hispanoamericanos. Otra, la tutela llamada de autoridad, propia del Derecho germano, en la que el se

Méndez Costa y Daniel H. D'Antonio, Tratado de Derecho de Familia, Tomo III, p. 415.

³⁵ Borda, Guillermo A. Manual de Derecho de Familia, p.460, Ed. Perrot, Bs. As. Año 1993.

encuentra está sometido a organismos judiciales especializados, y a la vigilancia de organismos locales de carácter público. Adscritos a este sistema, podemos señalar a Alemania, Italia (1942), Suiza, Austria, México, Uruguay, nuestro país, etc. Ninguno de los dos sistemas suele desplegarse en toda su pureza. Normalmente, se da intervención a la familia en el sistema de tutela de autoridad, y a la autoridad (judicial o administrativa) en el de tutela de familia. Una suerte de simbiosis.

El derecho inglés, lo mismo que el norteamericano, no puede -por sus especiales características- ser encuadrado en ninguno de estos dos sistemas, aunque quizá constituya el más genuino sistema de tutela de autoridad.

En España se pierde el sistema romano (al adoptar la dualidad de los conceptos de tutela y curatela), que es sustituido en los Fueros, concretamente en aquellos de influencia germánica, por una sola institución de guarda que ejercen los próximos parientes, ben colectivamente o delegando en uno de ellos. El Código Civil Español se adscribe al sistema de tutela de familia, siguiendo a su modelo el Código napoleónico, y adopta sus figuras del protutor y consejo de familia, unifica la antigua distinción de tutela y curatela en una sola institución de guarda, reduce las funciones de la autoridad judicial, que pasan al consejo de familia, el cual adopta el papel de pieza central del engranaje tutelar. De este modo el organismo tutelar se estructura en esta forma: tutor, protutor, consejo de familia y una cierta intervención de la autoridad judicial. El primero y el último ya existían en el antiguo Derecho, y los otros dos son de reciente creación.³⁶

Si bien hay que tener presente que algunas CCAA cuentan con instituciones propias de derecho civil (Aragón, Baleares, Cataluña, ciertas zonas de Extremadura, Galicia, Navarra y la mayoría del territorio del país Vasco) y por

³⁶ Ediciones Rialp S.A., Gran Enciclopedia Rialp, 1991, "Tutela I. Derecho Civil", Canal Social. Enciclopedia GER, consultado en fecha 8/02/2012, URL: http://canalsocial.net/ger/ficha_GER.asp?id=5148&cat=derecho

tanto han sancionado sus respectivas leyes de tutela, sólo nos referiremos al Derecho Civil común.

En efecto, el tutor, que puede ser conceptuado como aquella persona o personas (físicas o jurídicas), que nombradas por la autoridad judicial y bajo la vigilancia y control de ésta y del Ministerio Fiscal, tienen como misión el cuidado y educación de los menores o incapacitados sometidos a tutela, su representación en todos aquellos actos que no puedan realizar por sí solos, y la administración de su patrimonio o, en su caso, sus funciones se limitan a las administraciones. Es una institución permanente, de actuación habitual o continua y de ámbito general.

El *Curado* es el término reservado para designar aquella o aquellas personas (físicas o jurídicas), que bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, tienen como misión la asistencia a menores emancipados, o a los incapacitados y a los pródigos, en todos aquellos actos o negocios que, por determinación de la Ley o de la correspondiente sentencia judicial, no puedan realizar por sí solos (arts. 216, 286 y ss., todos del Código Civil).

Es una función permanente, pero a diferencia del tutor su ejercicio se practica en forma intermitente, solo supone asistencia para determinados actos y carece de efectos personales.

El *Defensor judicial* es aquella persona (física o jurídica), distinta del tutor y del curador, nombrada por la autoridad judicial para que, bajo el control y salvaguarda de ésta y de la vigilancia del Ministerio Fiscal, represente y ampare, en ciertos casos y con el ejercicio de las facultades que se le hayan conferido, los intereses de los menores o incapacitados (art. 299 del Código Civil). Cumple una función supletoria de la tutela o de la curatela, y por lo tanto reviste carácter temporal y/o transitorio.

Posee enorme trascendencia práctica la figura del *guardador de hecho* y puede definirse como aquella situación transitoria en la que una persona, sin título

que la habilite para ello asume la protección de la persona y bienes de un menor o de un presunto incapaz, bajo el posterior control y vigilancia de la autoridad judicial" (arts. 303 y ss. del Código Civil).³⁷

En los derechos forales, encontramos vigente la figura del *protutor*, como órgano fiscalizador de la tutela, arts. 69 a 72 de la Ley Catalana 39/1991 y 18.1 de la Compilación Aragonesa, órgano que es posible instituir en Derecho común a tenor del art. 223 del Código Civil.

El artículo 223 del Código Civil señala que “Los padres podrán, en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos, u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados. El artículo 224 del citado código establece: “Las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez, al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada”.

Se configura lo que se denominaba la tutela testamentaria entendida como la máxima concesión hecha en la reforma a la intervención de la familia en la nueva regulación de las instituciones de guarda y protección.

De esta forma, los padres que no hayan sido privados de la patria potestad al tiempo de la designación, en cuyo caso será ineficaz (cfr. Art. 226 C.C.), están facultados para designar individualmente, en sus respectivos testamentos- o en el caso de ciertos Derechos forales, en el testamento mancomunado conjuntamente- a la persona que consideren más capacitada para ejercer como tutor de su hijo menor o incapacitado o incapaz susceptible de incapacitación, así como para establecer otras disposiciones relacionadas con el ejercicio de la tutela (órganos de

³⁷ Aragonés Aragonés, Rosa, magistrada española, “Constitución de la tutela. Nombramiento de tutor. Inventario y Fianza”, Derecho y Cambio Social, consultado en fecha 7/02/2012, URL: http://www.derechocambiosocial.com/revista022/constitucion_de_la_tutela.pdf

fiscalización y cualquier otra referente a la persona o bienes tutelados, (cfr. Art. 223 CC).³⁸

En lo que respecta a la función notarial, lo más frecuente es que se haga el nombramiento de tutor en ocasión de otorgar testamento; sin embargo, resulta posible el otorgamiento un documento independiente en el que se efectúe el referido nombramiento única y exclusivamente.³⁹

Por su parte, el Código Civil Alemán regula en forma separada la tutela de los menores y la de los incapacitados, si bien respecto de esta última, a semejanza del Código Civil Argentino en lo referido a la curatela, se remite con carácter general a las prescripciones de la primera.

La vigilancia de la actividad del tutor (y protutor si lo hay), está encomendada a un Tribunal de Tutelas, que es un órgano del Estado que se asiste de una dependencia administrativa: El Consejo Comunal de Huérfanos.

El Tribunal de Tutelas puede crear un Consejo de Familia (arts. 1.858 a 1.881 BGB), lo que constituye exponente de una especie de tutela de familia, aunque muy matizada, ya que el presidente de ese Consejo de Familia, es el juez de tutelas.

Por lo que respecta a la constitución de la tutela, el tribunal debe instituir la tutela de oficio y nombrar tutor y eventual protutor y Consejo de Familia (cuando proceda), asimismo, aceptará o no las excusas alegadas.

³⁸ Alvarez Lata, Natalia, "Algunas cuestiones sobre el contenido atípico del testamento", cita a Lete del Río, J.M. "Nombramiento de tutor", A.C. Nr. 16, 1999, p. 411; Ordás, Alonso M. "Comentario al art. 223", en Bercovitz Rodriguez Cano, Rodrigo "Comentarios al Código Civil, p. 340, consultado en fecha 8/02/2012, URL: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2184/1/AD-6-5.pdf>

³⁹ Despacho Web Edición Especial Notarios, Portal de la Notaría de Alarcón, ¿Cómo es el nombramiento de tutor por los padres? Nombramiento de tutor a los hijos, consultado en fecha 8/02/2012, URL: <http://www.dwnotarios.es/>

El tutor debe realizar un inventario y presentarlo al tribunal. Si resulta insuficiente, se ordenará que lo elabore un funcionario o un notario. El tribunal puede pedir garantías o fianza.

El consejo comunal de huérfanos propone las personas aptas para el cargo de tutor, protutor y miembro del Consejo de Familia.

En el Derecho Francés, a partir de la Reforma de 1964, se abandonó el sistema de tutela de familia y se lo reemplazó por un sistema mixto: de autoridad y de familia.

La función de juez tutelar la desempeña el Juez de Primera Instancia del domicilio del sujeto a tutela, correspondiendo algunas funciones al "Tribunal de Grande Instancia".

Existen dos casos excepcionales de tutela: Si la tutela queda vacante, en virtud del Decreto número 74-930 de 6 de febrero de 1974, corresponderá al Estado, que la confiere al prefecto, y cuando se trate de menores, al director del establecimiento o al notario competente en el lugar de jurisdicción del tribunal encargado del caso. El fiscal tiene como misión elaborar una lista de personas físicas y jurídicas que aceptarían estar encargadas de ejercer la tutela del Estado. Se confeccionan dos listas: una para la tutela de la persona y otra para los bienes de los menores y de los incapacitados.

Dentro del sistema de tutela ordinaria, aparte de la tutela encomendada completamente al Estado, la organización de la tutela se caracteriza por ser el resultado de combinar los órganos estatales y los lazos familiares. Así, la designación de tutor no corresponde directamente al juez, sino al Consejo de Familia.⁴⁰

⁴⁰ Aragonés Aragonés, Rosa, magistrada española, "Constitución de la tutela. Nombramiento de Tutor. Inventario y Fianza", Derecho y Cambio Social, consultado en fecha 7/02/2012, URL: http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/constitucion_de_la_tutela.pdf

Conforme el artículo 390 del Código Civil, (Ley Nro. 64-1230 de 14 de diciembre de 1964. Art. 1 Diario Oficial de 15 de diciembre de 1964 en vigor el 15 de junio de 1965; Ley Nro. 202-305 de 4 de marzo de 2002 art. 8.I Diario Oficial de 5 de marzo de 2002; Orden Nro. 2005-759 de 4 de julio de 2005 art. 17 VI Diario Oficial de 6 de julio de 2005 en vigor el 1 de julio de 2006), *“La tutela se abrirá cuando ambos padres hayan fallecido o se encuentren privados del ejercicio de la patria potestad. Se abrirá, también, respecto de un hijo que no tuviera padre ni madre. Lo dispuesto más arriba se aplicará sin perjuicio de las leyes particulares que rigen el servicio de ayuda social a la infancia”*.

El artículo 391 establece que *“En caso de administración legal bajo control judicial, el Juge des tutelles podrá, en cualquier momento, bien de oficio, bien a petición de parientes por consanguinidad o afinidad o del ministerio público, decidir abrir la tutela después de haber oído o llamado, salvo urgencia, al administrador legal. Éste no podrá hacer, a partir de la demanda y hasta la sentencia firme, salvo en caso de urgencia, ningún acto que requiera la autorización del consejo de familia si la tutela estuviera abierta.*

El Juge des tutelles podrá también decidir, pero sólo por causa grave, abrir la tutela en el caso de administración legal pura y simple. En ambos casos, si la tutela estuviera abierta, el Juge des tutelles convocará el consejo de familia que podrá bien nombrar tutor al administrador legal, bien designar otro tutor”.⁴¹

3. Representación legal de las personas declaradas “incapaces”.

a) Curatela. Régimen de sustitución de la voluntad del sujeto por su representante legal.

Las nuevas normas en la materia cuestionan la legalidad del régimen tradicional del CCA. Creemos que ninguna persona actualmente en la República

⁴¹ Legifrance.gouv.fr, “Sección I: De los casos en que procede la administración legal o la tutela”, consultado en fecha 14/02/2012, URL: <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=esp.&c=41&r=1695.art6047>

Argentina puede ser sometida a un régimen de incapacidad absoluta ya que, como veremos, la regla debe ser la capacidad. Para fundamentar este concepto analizaremos en primer lugar las normas de nuestro código civil.

La curatela es el instituto previsto en nuestro código civil para las personas dementes y sordomudas que no saben darse a entender por escrito y funciona mediante la designación por el juez de un representante que sustituye al incapaz y que lo representa en todos los actos de la vida civil, sin su participación⁴². Se trata de un régimen rígido que niega toda actuación del presunto insano.

La primera flexibilización a este régimen fue la “inhabilitación” introducida en el código civil por el artículo 152 bis. (D.L. 17.711/1968). Se refiere a los supuestos de embriaguez habitual, uso de estupefacientes, de aquellas personas que se encuentran disminuidas en sus facultades mentales sin llegar a la demencia y de los considerados pródigos. En estos casos la misión del curador que se designa no radica en el reemplazo del sujeto vulnerable sino en asistirlo mediante la validación de los actos, actuando conjuntamente.

En nuestro código para que una persona sea considerada “demente”, y por lo tanto incapaz de administrar sus bienes o de dirigir su persona, debe así ser declarada en juicio (art.140 CC), previa verificación tanto de la “enfermedad mental” como de la falta de “aptitud” para esas tareas (art. 141 CC). La ley establece quiénes pueden pedir la declaración de demencia (art. 144 CC) pero no prevé la intervención del propio interesado, con lo que desde el inicio se le resta participación y protagonismo.

El juez nombra al curador del interdicto según un orden imperativo establecido por nuestra ley, prescindiendo de su participación (arts. 476, 477 y 478 CC).

En todos los casos en que los padres puedan designar tutor a sus hijos menores de edad, podrán también por testamento designar curador a sus hijos

⁴² LLORENS, Luis Rogelio y Alicia B.RAJMIL. “Derecho de Autoprotección”.Pag. 8. Astrea

mayores de edad dementes o sordomudos (art. 479), pero no se prevé la designación del curador para sí mismo.

Podemos observar que este régimen legal se aparta ostensiblemente de los actuales conceptos de la ciencia jurídica, de la medicina y de otras disciplinas sobre las necesidades y los derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad.⁴³ Veamos a continuación las nuevas normas en la materia que se encuentran vigentes en nuestro país.

b) Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sistema de apoyos en la toma de decisiones.

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

El propósito de la convención es promover, proteger y garantizar a las personas con discapacidad, el disfrute pleno y en igualdad de condiciones que las demás, de los derechos humanos. La convención plantea la temática desde el Derecho y no como históricamente se abordó desde el bienestar social.

La convención reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que es el resultado de la interacción entre la deficiencia de una persona y los obstáculos tales como barreras físicas y actitudes imperantes que impiden su participación en la sociedad. En tal sentido podríamos decir que el régimen de nuestro código civil, constituye una auténtica barrera u obstáculo jurídico. Las discapacidades incluyen deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales tales como ceguera, sordera, deterioro de la movilidad y deficiencias en el desarrollo.

En el artículo 3 se proclaman los principios generales entre ellos: el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y a la igualdad de oportunidades.

⁴³ LLORENS, Luis Rogelio y Alicia RAJMIL. Ob. cit. Pag 8 y 9.

En el artículo 4 los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.

En el artículo 7 se establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. Y que Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

El art. 12 establece con claridad meridiana 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 Partes 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.

Resulta evidente que la Convención nos habla del efectivo ejercicio de los derechos y no solo de su titularidad. Establece un sistema de apoyos para facilitar y acompañar a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos, en oposición al régimen de nuestro CC de sustitución de su voluntad por la del representante legal. El curador o representante de la persona sometida a un régimen que limite su capacidad de obrar tiene, a partir de la sanción de estas normas, la obligación de facilitar el ejercicio de los derechos de su representado, de respetar y hacer cumplir su voluntad, de brindarle los apoyos necesarios a fin de que ejerza por sí sus derechos de acuerdo a sus reales posibilidades. La diferencia

entre el sistema jurídico resumido en este punto y la estructura civilista decimonónica resulta abismal.

c) Ley 26657. Derecho a la protección de la salud mental.

La ley 26.657 fue sancionada por el Congreso de la Nación Argentina a fines del año 2010, y constituye un avance trascendente en la protección de los derechos de las personas con enfermedades mentales. Tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce sus derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Bs As (art 1º)

En su art 2º hace referencia a diversos instrumentos internacionales aunque no menciona a la CDPD. Si bien este tratado no cuenta aún con rango constitucional ha sido reconocido por nuestro país por ley 26.378 y consideramos que es de aplicación prioritaria en el ámbito de las personas con padecimiento mental. Entendemos también que se equivoca el legislador al continuar hablando de “incapacidad” y que debería haber regulado un sistema de apoyos para el ejercicio de los derechos de las personas con padecimiento mental, en sintonía con los principios establecidos por la CDPD. Pero más allá de estas y otras críticas que podamos formular, se trata de un progreso importante en el reconocimiento de la autonomía y el respeto a la voluntad del paciente con padecimiento mental.

Parte de la presunción de capacidad de todas las personas (art3º) Se refiere 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 (art7º).

Resulta fundamental en este análisis el art. 152 ter que la ley incorpora a nuestro CC. y dice: “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más tres años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”.

Más allá de las dificultades interpretativas que genera y en las que no nos detendremos en este trabajo, debemos destacar que esta norma limita las sentencias de interdicción tanto en su contenido como en su duración. Ninguna resolución judicial puede ahora en el régimen argentino, declarar a una persona absolutamente incapaz para todos los actos de la vida civil. Vemos así que se invierte el principio general del sistema velezano. La capacidad es la regla, la incapacidad la excepción. Esta excepción debe ser limitada en el tiempo y también en cuanto a los actos que abarca. El curador o representante sólo actuará en los actos especificados en la sentencia. Merece destacarse la reafirmación del principio de la autonomía de la voluntad que se concreta en el párrafo final del recordado artículo 42: “...procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.”

4. Conclusiones parciales.

Podemos advertir en el análisis realizado los sustanciales cambios introducidos en nuestro régimen tradicional de representación de menores e incapaces.

Resulta claro que a partir de la vigencia de la CIDN y de la ley 26.061, el niño debe ejercer sus derechos por sí mismo si tiene madurez suficiente para ello y que en los casos en que esa situación no se verifique actuarán sus representantes legales, pero ya no resulta posible ignorar su derecho a participar en todo asunto de su interés, a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Por otra parte, a la luz de los principios consagrados por la CIDPD y la ley 26.657 las personas con discapacidad mental gozan de plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de los sujetos de derecho, las limitaciones a su capacidad de obrar deben valoradas con criterio restrictivo y se ha de respetar en la mayor medida posible la autonomía de su voluntad y el ejercicio de sus derechos.

Se verifica así un cambio fundamental de criterio. La persona en situación de vulnerabilidad ha mutado su categoría de simple objeto de protección por la de sujeto pleno de derechos y por ende no puede ser ignorada cuando se adoptan decisiones que le conciernen. Su participación conforme a la evolución de sus aptitudes y facultades, adquiere un papel preponderante en el sistema diseñado. Se impone pues interpretar nuestro derecho privado de acuerdo con las nuevas normas vigentes. Sin dudas hay disposiciones que debemos considerar derogadas, por ejemplo los arts. 274 y 411 del CCA, y en el resto del régimen velezano se impone una interpretación flexible y armónica con los nuevos postulados.

La representación de los menores de edad se nutre de un nuevo contenido, ya que el representante del menor debe acompañar y guiar al niño para que progresivamente ejerza sus derechos por sí mismo y para que participe, de acuerdo a su desarrollo y madurez, en la toma de decisiones que lo afecten. Estos principios, dotados de rango constitucional, modifican las normas tradicionales de nuestro derecho que relegaban al menor a la categoría de un mero receptor de decisiones tomadas por otros. Así, en todos los actos que analizamos debe tener lugar la participación del menor de edad y su opinión debe ser escuchada.

Con respecto a la representación de los llamados “incapaces” no hay duda de que el objetivo primordial es el apoyo en el ejercicio de sus derechos y no la sustitución de su voluntad. Así debe interpretarse el régimen argentino de curatela en cuyo contexto actual no puede ya negársele participación al presunto incapaz, ni durante el desarrollo del proceso ni en la designación y actuación de su curador.

III. ¿EXISTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO LA POSIBILIDAD DE QUE UNA PERSONA PUEDA NOMBRAR A SU PROPIO CURADOR PARA EL CASO DE INCAPACIDAD?

1. Introducción.

Como vimos el Código Civil Argentino autoriza a los padres a nombrar tutor por testamento o escritura pública para sus hijos menores de edad y curador por testamento para sus hijos mayores de edad “incapaces”, pero, paradójicamente, no prevé el nombramiento del propio curador. Sin embargo a nivel provincial se ha receptado esta posibilidad y existen proyectos legislativos en igual sentido. La interpretación armónica del régimen tradicional con la más reciente legislación y especialmente con las normas constitucionales y las convenciones internacionales aprobadas por nuestro país, nos permite responder positivamente al interrogante que plantea el título.

A todo ser humano le asiste el derecho de decidir de manera preventiva sobre su vida, con el fin de que su voluntad sea respetada si se produce en el futuro una disminución o ausencia de sus aptitudes de discernimiento que le impidan gobernarse a sí mismo. Puede entonces, además de adoptar otras decisiones, designar a la o las personas que decidirán por él en esas circunstancias, indicándole también directivas o recomendaciones al efecto. Este derecho comprende sin dudas el de nombrar su eventual curador para que llegado el caso su voluntad sea atendida en un proceso de insania.

Creemos que la herramienta idónea, válida y eficaz para que una persona designe a su propio curador son los actos de autoprotección Intentaremos desde estas líneas fundamentar nuestra postura.

2. Derecho de Autoprotección

El tratamiento de este tema tiene su origen en la Argentina en el ámbito notarial como respuesta a nuevos requerimientos de las personas preocupadas por su futuro. “Esta modalidad de los actos de autoprotección en nuestro país no ha nacido al hilo de un mandato legal. No se ha instituido mediante una reforma del código civil, o por medio de una ley especial de la Nación. Ha surgido, precisamente, como un uso notarial. Se ha impuesto al hilo de los cambios sociales y de las nuevas necesidades que la realidad impone a los escribanos”⁴⁴.

La expresión “autoprotección”. fue propuesta por la delegación española en las VIII Jornadas Notariales Iberoamericanas de Veracruz (México) en 1998. Esta denominación es la más utilizada en nuestro país, de hecho así se llaman los registros que existen en las diferentes provincias argentinas, creados a los fines de publicitar estos actos. Pero debemos señalar que tanto en el Derecho Comparado como en nuestro país han recibido otras 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”, “Directivas anticipadas” especialmente en cuestiones de salud, “Previsiones para la eventual pérdida del discernimiento”, entre otras.

Entendemos que el Derecho de Autoprotección es el que tiene todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno. Y nos referimos al acto de autoprotección como aquel en el cual una persona deja plasmada su voluntad de manera fehaciente, mientras cuenta con aptitudes suficientes para ello, para que sea respetada en el futuro, en el supuesto de hallarse en situación de vulnerabilidad tal que le impida expresarse por sí misma⁴⁵.

⁴⁴ DABOVE Isolina y Dariel BARBERO en Revista del IDel nº 1. Año 2009. Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe, 2ª. Circunscripción. Pag. 41..

⁴⁵ LLORENS y RAJMIL ob. cit. Pag 2.

Si bien en nuestro país no existe una regulación específica sobre el derecho de autoprotección, sus fundamentos constitucionales son incuestionables, y está siendo receptado paulatinamente en nuestra legislación, especialmente en materia de salud. También es importante señalar que funcionan ya registros para inscribir estos actos en diferentes colegios notariales del país, a los que luego haremos referencia, y que la información está siendo centralizada en el Consejo Federal del Notariado Argentino.

El tema es relevante ya que se vincula tanto a los valores, inquietudes y sentimientos más íntimos y genuinos del ser humano, como con la esencia ética, humanística y social de la función notarial.

Los actos de autoprotección resultan una respuesta válida a la preocupación de las personas por su futuro y el deseo de intervenir en él a través de sus propias decisiones. Diferentes circunstancias confluyen para propiciar su irrupción en el escenario jurídico. Entre ellas vale la pena señalar:

1) El ser humano toma conciencia de su vulnerabilidad. La enfermedad, la discapacidad, la edad avanzada u otras circunstancias pueden enfrentarnos, a lo largo de nuestra vida, con la imposibilidad de gobernarnos a nosotros mismos o a nuestro patrimonio. La pérdida de nuestra aptitud de discernimiento nos coloca sin dudas en situación de vulnerabilidad y permite que otros decidan sobre nuestra vida sin tomarse la molestia de consultarnos....

2) En el ámbito de la salud, el desarrollo científico y tecnológico, especialmente en medicina e ingeniería genética ha generado consecuencias varias, algunas positivas otras negativas. Por ejemplo:

a) Se ha logrado un avance significativo en la prolongación de la vida, pero no siempre ese éxito va acompañado de una sostenida autonomía; Con frecuencia el ser humano transcurre parte de su existencia en antecámaras de consultorios

médicos, lugares destinados a cuidados y tratamientos intensivos, prácticas a las cuales se somete en contra de su voluntad.más íntima..

b) Se han multiplicado los tratamientos y terapias pero frecuentemente en pos de sostener la vida van en desmedro de su calidad. A veces con tratamientos invasivos y cruentos que suelen desembocar en el encarnizamiento terapéutico ..

c) También la prolongación de los años de vida favorece la aparición de enfermedades y padecimientos que antes no se conocían o eran excepcionales.

d) El desarrollo de la informática y los medios de comunicación, acercan a las personas la información y éstas tienen acceso a un mayor conocimiento de las enfermedades y pronósticos, saber que sin embargo se revela carente de profundidad. l.

e) El cambio de paradigma en la relación médico-paciente y la instalación del consentimiento informado como ineludible en el ámbito de la salud, propicia que el médico brinde una información sincera y exhaustiva al paciente, lo cual redundan en una comprensión más cabal sobre la enfermedad que lo aqueja, sobre su pronóstico y sobre su futuro; también le permite decidir sobre ello.

3) La fragmentación de la familia condena a la soledad y el aislamiento. Hoy son muchas las personas que sólo se tienen a sí mismas y que encuentran en su familia indiferencia e incomprensión, cuando no graves conflictos que las alejan de ella. Familias ensambladas, nuevas uniones de hecho, hijos de diferentes progenitores, intereses económicos, en la actualidad no promueven al ámbito familiar como el más propicio para contener y asegurar el respeto a la voluntad de cada uno de sus miembros.

4) Gran relevancia tiene en la cuestión el desarrollo a nivel internacional de los derechos humanos. Su positivización y evolución encuentra en la actualidad a muchas personas concientes de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la vida digna y a la autodeterminación. Los instrumentos internacionales

hoy protegen el ejercicio de los derechos personalísimos y el respeto a la voluntad soberana de los seres humanos en los actos autorreferentes, más allá de sus circunstancias.

Los actos de autoprotección además de la designación del propio curador suelen abarcar diferentes aspectos de la vida del otorgante. Son disposiciones frecuentes las que se refieren a la administración y disposición de su patrimonio, a su vida cotidiana, a la atención de su salud.

Por lo general el otorgante designa a una o varias personas en quienes deposita su confianza para que lo representen en diferentes ámbitos de su vida a fin de ejecutar, llegado el caso, las directivas explicitadas y articular los medios para que sean respetadas por las demás personas. Muchas veces estas directivas deberán ser receptadas por funcionarios públicos, magistrados, médicos y otras personas ajenas al círculo íntimo y familiar del otorgante (por ej, en el caso de designación del curador, disposiciones sobre salud, etc.) Otras veces las disposiciones plasmadas quedan limitadas a la intimidad del sujeto y por lo tanto, su cumplimiento se concretará por quienes estén a cargo de su cuidado, su familia, sus afectos más cercanos.

En el análisis de cada caso particular suelen contemplarse otras figuras que resultan funcionales a la autoprotección que se busca. Ej. Donaciones simples, con cargo, con reserva de usufructo, remuneratoria, usufructos, fideicomiso, rentas vitalicias, etc. En fin, aquí una vez más debemos apelar a la labor artesanal y creativa del notario.

3. Fundamentos legales.

a) Constitución Nacional. Derechos Humanos. Derechos Personalísimos.

Cuando comenzamos a abordar el estudio del derecho de autoprotección no contábamos en nuestro país con ninguna recepción o reconocimiento legislativo

específico. Sin embargo estábamos convencidos de la vigencia y validez del derecho de autoprotección. Y sustentábamos nuestra convicción en los derechos fundamentales del ser humano que consagra nuestra Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. La libertad, la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos son sus principios rectores, reconocidos por la comunidad internacional como derechos humanos e incorporados a nuestra Constitución Nacional con el rango de derechos fundamentales.

La protección de los derechos humanos ha sufrido una interesante evolución, no ahondaremos en ella ahora, pero sí creemos pertinente señalar lo siguiente:

1) Han sido reconocidos como derechos universales, inalienables e inherentes a todas las personas. Y desde principios del siglo XX se advierte a nivel internacional la necesidad de proteger su ejercicio igualitario.

2) Podemos afirmar que durante el siglo XX los derechos humanos, se han convertido en el fundamento y en el contenido esencial del sistema democrático. Ya sea que se los considere como derechos naturales anteriores a toda norma positiva y a los que deben subordinarse las leyes del Estado, ya sea que se los tipifique como construcciones sociales o creaciones del derecho positivo, constituyen hoy un sistema universal de valores necesario para el desarrollo y bienestar de todas las personas y es deber de los Estados promover y garantizar su protección igualitaria.⁴⁶

3) Los derechos humanos se refieren hoy a graves y generalizadas violaciones como la tortura, el genocidio, los tratos crueles e inhumanos, pero también hacen referencia a los derechos de la personalidad como el derecho a la salud, a decidir sobre el propio cuerpo, a la identidad, a la

⁴⁶ CILLERO BRUÑOL Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño" en Revista Infancia, ley y democracia, pag 69

privacidad, al trabajo, a la vivienda digna, a la educación etc, derechos consagrados en todos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos⁴⁷. Se trata de una nueva conciencia jurídica que reconoce la importancia del Derecho en la vida cotidiana de las personas y en la satisfacción de sus necesidades.

4) Esta evolución en la protección de los Derechos Humanos se manifiesta también en la adopción de instrumentos de mayor poder vinculante para los Estados. Hemos mencionado anteriormente a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que introducen el concepto de autonomía en el ejercicio de los derechos en oposición al concepto rígido de incapacidad. La CDPD aporta, como vimos, sustanciales modificaciones al régimen argentino de curatela e impone la participación de la persona con discapacidad en dicho proceso. Ya no es posible ignorar su voz en los asuntos que la atañen, y sin dudas es un asunto de sumo interés para ella el nombramiento de su curador.

Nuestra Constitución Nacional consagra un régimen jurídico humanista, regula tanto los derechos individuales, como los sociales y colectivos, abarca materias que hacen a la vida cotidiana de las personas y a sus relaciones jurídicas e incorpora las convenciones internacionales sobre derechos humanos y sus principios.

En relación al artículo 75 inc. 23, que legisla las medidas de acción positivas, decimos que el propósito de cada acto de autoprotección es garantizar el ejercicio igualitario de los derechos del otorgante del acto para el caso de devenir vulnerable. Su protección, reconocimiento y cumplimiento se encuadra dentro de lo que considera nuestra Carta Magna una medida de acción positiva.

Encontramos pues en nuestra Constitución Nacional el primer fundamento jurídico del derecho de autoprotección

⁴⁷ CALÒ, Emanuele, "Bioética, nuevos derecho y autonomía de la voluntad". Ediciones La Roca, pag 55.

b) Legislación Nacional.

Diferentes leyes nacionales introducen en el Derecho Argentino estos principios y otorgan relevancia a la voluntad de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad como los niños y los enfermos. Ya hemos comentado brevemente las leyes 26.061 y 26.657. Especialmente esta última, en el ámbito de la salud mental, modifica el régimen de curatela de nuestro código civil y no deja lugar a dudas sobre la relevancia de la voluntad de la persona con padecimiento mental.

La ley 26.529 sobre "Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado" se sancionó el 21 de octubre de 2009 y dedica su artículo 11 a las directivas anticipadas en materia de salud. Si bien no legisla específicamente acerca de actos de autoprotección con otros contenidos, su aplicación analógica es indiscutible.

La ley reconoce derechos fundamentales del paciente sustentados en los principios de igualdad, libertad y dignidad. Es digno de destacar el artículo 2 que se refiere en sus siete incisos a derechos del paciente tales como el de ser asistido sin discriminación alguna, al trato digno y respetuoso, el respeto a sus convicciones personales, a su intimidad y a la autonomía de su voluntad, que es uno de los principios básicos de la bioética.

Queda claramente expresado en esta normativa el derecho de todo ser humano a decidir sobre su propio cuerpo y su salud. Se pone fin así a la tradición paternalista que caracterizó durante siglos la relación médico paciente.

El artículo 11 trata sobre : " Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el

médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes".

El artículo 11° legisla por primera vez en el orden nacional en nuestro país acerca de las previsiones y de las estipulaciones que puede efectuar una persona para la eventualidad de la pérdida de su propio discernimiento. Aborda uno de los múltiples aspectos que integran el universo de los actos de autoprotección.

c) Legislación provincial.

En diferentes provincias argentinas se han dictado leyes referidas a los actos de autoprotección o directivas anticipadas, aunque la mayor preocupación legislativa hasta ahora parece limitarse al ámbito de la salud.

La ley 4.263 del año 2007 de la provincia de Río Negro reconoce que toda persona capaz tiene derecho a expresar su consentimiento o rechazo a tratamientos médicos que pudieran indicársele en el futuro, ante el médico tratante y 2 testigos o ante escribano público. Creó el Registro de Voluntades Anticipadas en el área del Ministerio de Salud, que no se ha implementado hasta el presente. En el año 2008 se sanciona la ley 4264 sobre enfermos terminales que reconoce el derecho al rechazo a procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación y reanimación artificial, desproporcionados a la posibilidad de mejoría, que produzcan dolor o sufrimiento. Si la declaración se hace de manera anticipada debe verificarse ante escribano en instrumento público.

En Neuquén, la ley 2.611, en su artículo 13, establece que cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito. Tampoco se ha logrado implementar esta disposición.

En la provincia del Chaco se sancionó la ley 6.212 que modifica el Código de Procedimientos Civil y Comercial de esa provincia, reconoce el Registro de Actos

de Autoprotección que funciona en el ámbito del colegio de escribanos, obliga a los magistrados a solicitar informes a este registro en todos los juicios de insania y prioriza las directivas impartidas por el presunto insano.

El 14/07/2010 la legislatura de la provincia de Buenos Aires sancionó la ley 14.154. Se inspira en la reglamentación que dio origen a la creación del registro de actos de autoprotección de esa provincia y modifica su ley orgánica notarial (Decreto-Ley 9020/78, Texto Ordenado por Decreto 8527/86). Establece que el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires llevará el Registro de Actos de Autoprotección, en el que se tomará razón de las escrituras públicas que dispongan, estipulen o revoquen decisiones tomadas por el otorgante para la eventual imposibilidad, transitoria o definitiva de tomarlas por sí, cualquiera fuere la causa que motivare esa imposibilidad y regula a continuación su funcionamiento. Recientemente en esta provincia argentina se sancionó la ley 14.334 que modifica su código de procedimientos y establece que el juez que entienda en un proceso de insania deberá oficiar 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.

En la provincia de Chubut, en marzo del año 2011,, se sancionó la ley III N°34 que reconoce el derecho de toda persona a otorgar actos de autoprotección, deberán otorgarse por escritura pública, crea el Registro de voluntades anticipadas en la órbita del Colegio de Escribanos de la provincia.

d) Legislación extranjera.

Los actos de autoprotección están receptados con diferentes denominaciones y regulaciones en muchas legislaciones extranjeras.⁴⁸ Así, Estados Unidos puede calificarse como la cuna del living will, donde existe profusa legislación y jurisprudencia.

⁴⁸ Sobre el tema, consultar: "Il testamento biologico tra diritto e anomia" EMANUELE CALO' IPSOA Gruppo Wolters Kluwer. 2008.

Dentro del derecho continental, es Alemania la precursora con la ley del 12 de septiembre de 1990 denominada "Ley de reforma del derecho de tutela y curatela para mayores de edad". Prevé tanto el poder de previsión de asistencia para la vejez como la designación del propio curador.

En segundo lugar podemos señalar el código civil de Quebec, vigente desde 1994 que regula el mandato otorgado en previsión de la propia ineptitud (art. 370). Puede ser designada una persona la administradora de los bienes y otra para atender a los cuidados personales. Sólo en caso de insuficiencia del mandato se abren otros regímenes de protección.

En Italia, en el año 2003, fue modificado el código civil para introducir la figura del "administrador de sustento", aunque la jurisprudencia lo aplica de manera restringida.

En España ya la ley 13/1983 estableció la extensión y los límites de la incapacidad; la ley 41/2003 contempla varios institutos en previsión de la incapacidad: a) Patrimonio protegido (fideicomiso); la designación del propio tutor (curador); modifica el régimen sucesorio para beneficiar a los discapacitados; regula el contrato de prestación de alimentos y permite la subsistencia del mandato en caso de incapacidad del mandante. Finalmente regula las llamadas "fundaciones tutelares". La ley 41/2002 trata sobre las instrucciones previas en materia de salud.

En Francia la ley 200 recepta en el código de salud las directivas anticipadas. La ley 2007-308 establece el mandato de protección futura mediante la reforma, entre otros, del artículo 407 del código civil. De él resulta que si el mandato fue otorgado en sede notarial el mandatario puede otorgar todos los actos patrimoniales, incluidos los de disposición. Si el mandato es privado, sólo puede administrar. Para disponer requiere de autorización judicial.

En Austria, en 2006, se dictó una ley por la cual se dispone que el "testamento biológico" es vinculante si fue otorgado con asesoramiento médico y de abogado o notario, siempre que no tenga más de cinco años de antigüedad. De lo contrario, no es vinculante y sólo sirve para que el juez aprecie la voluntad del disponente, pero no es de aplicación obligatoria.

En el Distrito Federal de México se admite la designación del propio tutor (curador) en escritura pública, con posibilidad de darle instrucciones. También existe legislación en el estado de Coahuila de Zaragoza. Se ha legislado sobre "fundaciones tutelares" en el Distrito Federal, en Nuevo León, en Jalisco y en Chiapas.

Recientemente se sancionó en Uruguay la ley 18473 8 3/04/2009) sobre voluntad anticipada que establece el derecho de toda persona, mayor de edad y psíquicamente apta, a expresar anticipadamente su voluntad en el sentido de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología termina, incurable e irreversible.

En Perú la ley 29633 reforma el Código Civil de dicho país e incorpora la facultad para nombrar su propio curador. Establece que toda persona adulta mayor con capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles puede nombrar a su curador, curadores o curadores sustitutos por escritura pública con la presencia de dos (2) testigos, en previsión de ser declarado judicialmente interdicto en el futuro, inscribiendo dicho acto en el Registro Personal de la SUNARP. El juez a cargo del proceso de interdicción recaba la certificación del registro, a efectos de verificar la existencia del nombramiento. La designación realizada por la propia persona vincula al juez. Asimismo, la persona adulta mayor puede disponer en qué personas no debe recaer tal designación. También puede establecer el alcance de las facultades que gozará quién sea nombrado como curador”.

4 . Forma. Escritura pública.

Si bien para el tema que nos ocupa no existen formalidades impuestas por la ley, cuando la exteriorización de voluntad se refiere a cuestiones de tanta trascendencia y destinadas a garantizar derechos autorreferentes de personas, ejecutándose en lugares y tiempos que pueden resultar indeterminados, no existe en el sistema jurídico argentino otro instrumento que responda con mayor eficacia que el notarial.⁴⁹

La escritura pública es el medio idóneo y eficaz para dejar constancia de estas decisiones porque asegura su autenticidad, hace plena fe de las declaraciones que contiene, otorga fecha cierta y matricidad al documento. Cabe resaltar que la fecha cierta es un elemento esencial para evaluar el grado de salud mental del disponente al tiempo del otorgamiento.

El asesoramiento personal y legal adecuado es necesario para arribar a un instrumento válido y eficaz, en el cual la voluntad del otorgante se exprese de manera clara y fehaciente, pues el acto desplegará toda su eficacia cuando la persona ya no tenga posibilidad de hacer cumplir su voluntad por sí misma, cuando necesitará que alguien lo haga por ella.

Consideramos también importante la eventual intervención del médico, el psicólogo, el sacerdote, y de otras personas a quien recurra el requirente, pero la actuación del escribano resulta fundamental. La etapa previa a la instrumentación del acto debe ser llevada a cabo con minuciosa dedicación por parte del profesional por cuanto resulta determinante para lograr el objetivo buscado.

⁴⁹ ANSO, Adriana y otros, "Actos de Autoprotección. Directivas Anticipada. Cuaderno N°6 Instituto de Derecho Notarial. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2ª Circunscripción, pag.70.

Debemos señalar que esta problemática actual del ser humano se vincula sin duda a la función social del escribano y le reclama respuestas. Por su contacto directo con sus requirentes, por su preparación jurídica y por las características de su función los escribanos, son profesionales idóneos y eficaces en la búsqueda y diseño de estrategias y herramientas jurídicas que garanticen la plena vigencia de los derechos fundamentales de todas las personas, y no sólo de sus derechos patrimoniales. El derecho de autoprotección requiere, quizás más que otros, de la labor artesanal y personalizada del notario, como intérprete genuino de la voluntad de los requirentes, como asesor natural y calificado, como creador del documento válido y eficaz que recepte cabalmente esa voluntad, para que sea respetada cuando el sujeto no pueda expresarse por sí mismo. El escribano es el profesional idóneo para da respuestas adecuadas a esta inquietudes que se presentan cada vez con mayor pertinencia en nuestra sociedad.

La tarea notarial encuentra su punto culminante en la autorización de la escritura pública, documento portante de los negocios jurídicos privados dotados de autenticidad.

5. Los Registros de Actos de Autoprotección en Argentina.

El 23 de diciembre de 2009 el Consejo Federal del Notariado Argentino creó el Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección, que centraliza la información de los diferentes registros del nuestro país y permite así brindar información segura sobre la existencia de un acto otorgado en cualquier localidad de Argentina.

Los registros para la inscripción de estos actos se fueron organizando en nuestro país en los colegios notariales de las diferentes provincias. El primer registro de actos de autoprotección fue creado por el Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires en el año 2004, posteriormente se sumaron las provincias de Santa Fe, Entre Ríos, Chaco, Córdoba, San Juan, Ciudad

Autónoma de Buenos Aires, Salta, Tierra del Fuego, Santa Cruz, Catamarca, y Formosa

Si bien el registro existente en la provincia del Chaco fue reconocido tácitamente por la ley provincial 6.212, y el de la provincia de Buenos Aires de manera expresa por las leyes 14.154 y 14.334, ninguno encuentra su origen en la sanción legal. Las leyes orgánicas de todos los colegios notariales de nuestro país contemplan expresas atribuciones para la adopción de resoluciones tendientes a lograr una mayor eficacia en los servicios notariales. Esto constituye un valioso soporte normativo que legitima ampliamente la creación de los registros de actos de autoprotección en los colegios notariales de cada jurisdicción. Creación que, se inscribe dentro de los nuevos paradigmas constitucionales e internacionales sobre derechos humanos. Por supuesto, esto no impide bregar por la sanción de leyes provinciales y nacionales, que respalden y promuevan la validez y eficacia de este instituto.

Los registros de actos de autoprotección, de manera análoga a los registros de testamentos, protegen la reserva del caso. El escribano interviniente, luego del otorgamiento del acto, lo inscribe 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.

En general, los informes sólo se brindan a solicitud judicial, del propio interesado o de las personas a quienes el disponente haya autorizado.

6. Conclusiones parciales.

El derecho toda persona a nombrar su propio curador para el caso de que se limite judicialmente su capacidad de obrar, si bien no se encuentra receptado en nuestro código civil, no puede discutirse hoy a la luz de las normas constitucionales, las convenciones internacionales, las leyes nacionales y provinciales vigentes.

La herramienta idónea para expresar esa voluntad de manera fehaciente es el acto de autoprotección otorgado en una escritura pública. Tanto el nacimiento y difusión de estos actos como la creación de los registros para su inscripción se desarrollan en nuestro país en el ámbito notarial. Resultan una consecuencia de la función social del escribano como garante de los derechos de todas las personas.

IV. DOCTRINA.

La nueva legislación y sus principios que impactan el régimen de capacidad jurídica de las personas del CCA son analizados por importante doctrina argentina. Muchos autores reconocen la participación de menores y adultos con discapacidad en la toma de decisiones que les atañe. En mérito a la brevedad sólo mencionaremos algunos comentarios interesantes.

Eduardo Cárdenas afirma que el régimen jurídico capacidad/incapacidad ha estallado con las nuevas normas de derechos humanos, ya que no es posible sostener que alguien debe ser informado y escuchado y que debe tenerse en cuenta lo que dice, *si es un incapaz absoluto*. Y agrega que escuchar la palabra del chico y del adolescente en sus pensamientos, sentimientos y opiniones es reconocerlo como persona, de un modo no subalterno y no cualitativamente inferior a los adultos.⁵⁰

Otros autores proponen una distinción concerniente a los alcances que tendrá el parecer del niño en el ámbito de los derechos patrimoniales o en el área referida al ejercicio de derechos personalísimos. Con relación a estos últimos, sostienen que en la medida de que el interesado demuestre contar con el grado de discernimiento que garantice su debida comprensión relativa a la trascendencia de la decisión que adopta, deberá atenderse a sus deseos comunicados en forma clara y espontánea.

En cambio, las cuestiones patrimoniales suelen presentar aristas de tal complejidad que ameritan sopesar lo volitivo con los inevitables riesgos que

⁵⁰ CÁRDENAS, Eduardo José Cimadoro, Mirta Herscovici, Pedro Montes, Irene Beatriz, "La escucha del niño en el proceso judicial de familia", LA LEY 2007-B, 1132.

conlleva cada emprendimiento. Esa situación de vulnerabilidad justifica la intervención de representantes o asistentes (junto a la del Ministerio Público en ciertos casos), la que gradualmente perderá influencia teniendo en cuenta la edad y madurez de cada niño.⁵¹

Aída Kemelmajer de Carlucci por su parte, se refiere a estos nuevos conceptos analizando que “*Capacidad* es una noción usada principalmente en el ámbito de los contratos; (...) *competencia* es un concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos; no se alcanza en un momento preciso sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día, o en una semana. Bajo esta denominación se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión; si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar”.⁵²

En cuanto a las personas con discapacidad intelectual o mental, el Dr. Pedro F. Hooft sostiene que la a luz de la nueva normativa, en el juicio de insania se debe determinar hoy el grado de incapacidad del interdicto, la extensión y límites a esa incapacidad e indicar cuáles actos puede otorgar el interdicto por sí mismo o con asistencia del curador⁵³.

El Dr. Cornelli⁵⁴ siguiendo a otros autores explica que si la incapacitación es total, ella no podría aplicarse a los actos personalísimos o de familia porque si se tiene en cuenta que estos actos no pueden ser cumplidos por el representante se transformaría una incapacidad de obrar en una incapacidad de derecho. De allí

⁵¹ Así LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, ob. cit., página 519, esboza un sistema que promueve una progresiva capacitación del menor a medida que va aproximándose a la mayoría de edad.

⁵² KEMELMAJER de LUCCI, Aída, "El Derecho del Niño a su Propio Cuerpo", en "Bioética y Derecho" (Coordinadores: Salvador D. Bergel y Nelly Minyersky), Rubinzal - Culzoni Editores, página 114.

⁵³ HOOFT, Pedro Federico. "Bioética, Derecho y Ciudadanía". TEMIS. pag. .47 y 51.

⁵⁴ CORNELLI., Miguel A. "La declaración de incapacidad, ¿alcanza a los actos jurídicos familiares y personalísimos?" en Revista Notarial 953, pág. 33 y ss.

colige que las sentencias de incapacidad no determinan igual consecuencia en el orden patrimonial que en el orden de los derechos personalísimos o de familia.

Según José María Tau se refiere a este tema expresando: "Como si ese gran debate de la bioética norteamericana de fines del siglo XX todavía no hubiera llegado hasta aquí y les resultara extraño que se les pregunte ¿incapaz de qué, o con relación a qué?"⁵⁵

Con respecto a los actos de autoprotección, los doctores Dabove y Barbero nos dicen que: "El régimen jurídico de Actos de Autoprotección naciente en Argentina constituye, sin dudas, una excelente plataforma para la consolidación del principio de igualdad y no discriminación y, con él del Estado Constitucional de Derecho. Ha sido articulada con miras a ofrecer vías eficaces de expresión de la voluntad sobre su vida y patrimonio, a todas las personas que se consideren en riesgo, o en situación de vulnerabilidad (igualdad formal ante y en la ley)"⁵⁶

V. JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

Diferentes fallos argentinos dan cuenta de los nuevos criterios jurídicos en el ámbito de la capacidad de las personas. En efecto, en la actualidad y con mayor frecuencia cada vez, apreciamos con satisfacción el dictado de sentencias que se atienen a los nuevos postulados y procuran preservar en la mayor medida posible la autonomía de la persona en situación de vulnerabilidad. Los jueces están cumpliendo un rol fundamental en el afianzamiento de los derechos analizados. Sólo señalaremos algunos

1) La Suprema Corte de Buenos Aires ha entendido que corresponde anular de oficio las sentencias si el tribunal no ha cumplido con el requisito de oír al niño,

⁵⁵ TAU, José María "Protocolizar el axiograma: enfermedad neurológica irreversible y rechazo de medios sustitutivos de funciones vitales a permanencia" en Revista Notarial 951 pág. 670.

⁵⁶ DABOVE, Isolina y Dariel BARBERO. Ob. cit. Pag 14

cualquiera sea su edad, señalando que la intervención del asesor de incapaces no suple el contacto personal entre el juez y el niño.⁵⁷

2) El Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resolvió que “las atribuciones conferidas a los padres en ejercicio de la patria potestad, no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños, insusceptibles de ser ejercidos por representantes pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad”.⁵⁸

3) La Cámara Nacional de Apelaciones confirmó un fallo en un juicio en el cual se discutía la tenencia de dos menores de 15 y 12 años, el juez de primera instancia tuvo a éstos por parte.⁵⁹

4) En otra sentencia se ha dicho: "Soy de la opinión de que el derecho del menor a ser oído es bastante más que un mero formalismo (...) El derecho del menor a ser oído no debe llevarse a extremos inconvenientes, como sería tornar a ese sólo elemento en el único factor dirimente de disputas que los involucren. No se trata de establecer en el proceso de familia una dictadura del menor, ni la supremacía absoluta de la voluntad de éste. Pero, en aquellas ocasiones en que se aprecia en el menor a un ser juicioso, bien plantado, cuyo juicio no aparece como manipulado o inducido, debe tenerse en cuenta su preferencia, máxime cuando objetivamente aparece ella como la solución más conveniente para sus intereses. En el caso de autos la opinión de los menores adquiere una importancia fundamental en razón de ser ellos, salvo la más pequeña, niños con un grado de madurez y de opinión crítica que hace que su juicio no sea fácilmente

⁵⁷ SCBA. LL, 2003-A-425, 02/05/2002.

⁵⁸ T. S. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, octubre 14 de 2003, “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros, ciudad de Buenos Aires”, en LL, 2004-B-413, en MIZRAHI, Mauricio Luis, ob. cit, página 90.

⁵⁹ Ver, por ejemplo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I(CNCiv)(Salal) 04/03/2009 L., R. c. M. Q., M. G. en LA LEY 16/04/2009 con nota de Eduardo A. Sambrizzi 16/04/2009 LA LEY 16/04/2009, 4 16/04/2009.

influenciable, conforme se constatará en la audiencia respectiva. Los motivos que los niños dieron (...) no se relacionan con caprichos, ni con inducciones o influencias de los mayores (...)"⁶⁰. Encontramos aquí a nuestro entender, los principios básicos que fundamentan la legislación vigente en lo relativo a la minoridad y discapacidad: la plena participación de las personas involucradas en todo asunto que pueda afectar su interés en la medida que responda a criterios de razonabilidad.

5) El Juez Cárdenas, con mucha anterioridad a la actual ley 26657, dijo: "Si el juez puede privar a una persona de dirigirse a sí misma y de administrar sus bienes en forma total, también puede hacerlo parcialmente".⁶¹

7) Fallo sobre declaración de insania que deja subsistente el ejercicio de la patria potestad. Tribunal de familia del La Plata. 10/05/2006 Declarar a M. E.B. DNI incapaz para dirigir su persona y bienes con excepción de los actos derivados del ejercicio de la patria potestad, bajo régimen de curatela para su protección.

En relación a los actos de autoprotección existen fallos argentinos que de manera indirecta reconocen su plena validez. Pero nos referiremos aquí a la sentencia emblemática en esta materia, dictada por el Dr. Pedro Federico Hooft, en los albores del desarrollo del tema. Recomendamos su lectura completa porque da cuenta de un interesante y pormenorizado análisis del caso y de la dedicación esmerada del tribunal en pos de una decisión justa.

"M" Amparo planteado ante el Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata (Dr. Pedro F. Hooft). Fecha 25/7/2005.⁶² Este

⁶⁰ Del voto del Dr. Marcelo J. López Mesa en "V., R. O. c/ R., A. s/ Tenencia" Expte. 220- Año 2009CANE. Cámara de Apelaciones de Trelew (Chubut) - Sala A - 15/12/2009. En El Dial Express del 29/1/2010.

⁶¹. Autos: Del V, J.L. en El Derecho t. 116, pág. 126 y en La Ley 1985-E, pág. 47.

⁶² El texto de dicha sentencia, con comentario de José María Tau puede consultarse en Revista Notarial 951, pág. 647 y ss. disponible en www.colescba.org.ar

fallo representa el primer reconocimiento de la justicia a la validez de los actos de autoprotección, aún antes de la creación de los registros. Dispone hacer cumplir las disposiciones en materia de salud de paciente terminal que pedía la no intubación ni tratamientos invasivos. En este caso, se promovió acción constitucional de amparo tendiente a obtener la tutela judicial efectiva referente a un acto de autoprotección, con relación a la persona de “M” quien había expresado su opinión contraria al recurso de los denominados medios artificiales a permanencia frente a la evolución progresiva de su enfermedad. Cabe aclarar que la Sra. “M” había otorgado Escritura Pública de Autoprotección en la cual expresó su voluntad inequívoca de no someterse a ninguna práctica que prolongara su vida en forma artificial por medio de procedimientos médicos invasivos y a permanencia. El juez Hoofstede resolvió hacer lugar a la acción entablada resolviendo sean respetadas en el futuro la directivas anticipadas emanadas –actos de autoprotección- ya que se trata de una decisión adoptada libremente, con pleno discernimiento y con capacidad para autodeterminarse.

VI. CONCLUSIONES. EL ROL DEL ESCRIBANO.

Debemos recordar que el Código Civil Argentino se sancionó el 25 de septiembre de 1869 y comenzó a regir a partir del 1º de enero de 1871. Obra de Dalmacio Vélez Sarfield, nuestro código se enmarcaba en el positivismo legalista del Código Civil francés de 1804 que inspiró el proceso de codificación del siglo XIX. El mundo jurídico, no obstante encontrarse inveteradamente en la situación de receptor tardío ante las trascendentes mutaciones sociales, ha cambiado radicalmente desde entonces y en el ámbito de los derechos personalísimos se impone hoy una nueva lectura del Derecho Privado a la luz de los principios constitucionales (libertad, igualdad y dignidad), ubicados actualmente en la cúspide del sistema jurídico, supremacía consagrada por la propia Constitución Nacional Argentina (art. 31 y 75 inc. 22) y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por nuestro país.

Las normas que hemos analizado conforman un nuevo sistema jurídico sobre capacidad de las personas que modifica sustancialmente nuestro régimen tradicional. La voluntad de todo ser humano es reconocida como soberana especialmente en los actos autorreferentes y se revaloriza el discernimiento de cada sujeto por encima de límites rígidos que limiten su capacidad de obrar. El respeto a la voluntad de las personas en situación de vulnerabilidad, el apoyo en el ejercicio de sus derechos, la capacidad como regla general y el derecho de los menores de edad y de las personas con discapacidad a participar en todo asunto de su interés, introducen nuevos paradigmas en el Derecho de nuestro país y en la labor notarial. Esta es la realidad, más allá de que se impone sin dudas una profunda reforma que adecue y armonice la legislación vigente en nuestro país.

Tanto la representación que proviene de la patria potestad como la que se sostiene en la tutela o curatela, debe atenerse a los principios de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la ley nacional 26061, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la ley 26657. Es decir que debe propender a facilitar el ejercicio de los derechos por el propio representado, respetar su autonomía y su voluntad y permitir su participación en los asuntos de su interés de acuerdo a sus reales aptitudes.

Afirmamos pues que si el código argentino permite a los padres nombrar tutores a sus hijos menores y curadores para sus hijos incapaces, debe interpretarse que toda persona, en previsión la pérdida de su discernimiento, puede también designar a su propio eventual curador. La interpretación contraria, además de pecar de incoherente, constituiría una violación a los principios constitucionales, a las convenciones internacionales y a las nuevas normas de nuestro derecho interno.

Por otro lado el curador del insano no sólo debe ser una persona idónea en el manejo de sus bienes también debe gozar de su confianza, y estar afectivamente cerca suyo para garantizar el respeto a su voluntad y preservar su dignidad. Nadie mejor para saber quién reúne esos requisitos que el propio interesado. Por eso

estamos convencidos de que la designación del curador efectuada con anterioridad por el presunto insano con pleno discernimiento y libertad, así como las instrucciones sobre la atención de su persona y de sus bienes, expresada fehacientemente en documento idóneo, no pueden ignorarse a la hora de la decisión judicial. Consideramos que este instrumento idóneo es el acto de autoprotección.

Los actos de autoprotección, de neta incumbencia notarial, dan respuesta adecuada a actuales preocupaciones de las personas por su futuro. Es necesaria su difusión y su plena recepción legislativa.

En el ejercicio de nuestra función pública y con la prudencia que la seguridad jurídica nos exige, los escribanos debemos garantizar el ejercicio de los derechos de todas las personas y especialmente de las que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Así nos lo impone nuestra función social. Significa esto que ante la instrumentación de actos que involucren a menores o personas con discapacidad, más allá de la participación de los representantes legales, del análisis pormenorizado de la documentación pertinente y de todos los recaudos del caso, el escribano debe velar por el respeto a la voluntad de los interesados y su participación, de acuerdo a sus reales aptitudes de discernimiento para el caso concreto y las características del acto a otorgar. Asimismo resulta fundamental la intervención del escribano en la difusión, estudio y desarrollo de los actos de autoprotección.

Consideramos también que el escribano es el profesional idóneo para explicar a las personas con la mayor claridad y sencillez posible los alcances del acto que se ha de celebrar, asegurando que el destinatario comprenda debidamente lo que se le informa y manifieste, con total libertad y discernimiento, su opinión, dando fe el notario de ello.

Adviértase que los Actos de Autoprotección en tanto constituyen la exteriorización de las voluntades personales de cada sujeto, son, en sí mismos,

únicos e irrepetibles al igual que todo ser humano. Por tal motivo se ha dicho el cada acto de autoprotección resulta “un traje a medida”.

Fundamental resulta la labor notarial para difundir e incorporar en la conciencia colectiva los nuevos paradigmas a que hemos hecho referencia y que tienen que ver con la igualdad de todos los seres humanos, antigua aspiración de la humanidad en su lucha para erradicar la injusticia y la discriminación.

BIBLIOGRAFÍA.

Ansó, Adriana y autores varios. “Actos de Autoprotección. Directivas Anticipadas”. Cuaderno Número 6. Instituto de Derecho Notarial. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe -2da. Circunscripción –Argentina, año 2007.

Bidart Campos, Germán “ Manual de la Constitución Reformada” 1ra. Reimpresión, 1998, Editorial Ediar S.A.E.C.I. y F.

Belluscio, Augusto César, “ Ley de Protección Integral de los Derechos del Niño y del Adolescente. La Ley, 2006, B página 701.

Bueres, Alberto J. –Dirección- “Código Civil y Normas Complementarias”. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial. Editorial Hamurabi- Buenos Aires.

Caó Emanuele “Bioética, Nuevos Derechos y Autonomía de la Voluntad”. Edificios La Rocca. Buenos Aires 2000.

Cifuentes, Santos “Régimen General de la Capacidad y el Denominado Living-Will”. La Ley año LXX, número 34. 2006.

Cillero Bruñol, Miguel “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Revista Infancia, Ley y Democracia” (www.iin.oea.org..) Consultado el 12-10-09.

Cillero Bruñol, Miguel “ Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios” (ver referencia anterior).

D’Antonio, Hugo Daniell “Derecho de Menores”- 3ra. Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires.

Davobe, María Isolina y Barbero, Dariel Oscar , “Igualdad y no Discriminación en los Actos de Autoprotección”- Revista número 1, Instituto de Derecho e Integración, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe-2da. Circuncncripción.- Rosario, Argentina, página 13 y siguientes, año 2009.

García Méndez, Emilio “Prehistoria e Historia del Control Socio-Penal de la Infancia. Políticas Jurídicas y Derechos Humanos en América Latina”. www.iin.oea.org., consultado el el 1-10-09.

García Méndez Emilio “Legislaciones Intanto-Juveniles en América Latina. Modelos y Tendencias.”

García Méndez, Emilio “Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral”. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Forum Pacis, 1994, www.iin.oea.org, consultado el 05-10-09.

Gil Domínguez y autores varios: “Las medidas excepcionales en la Ley 26061, Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”. La Ley, 2007, D , página 876.

Jáuregui, Rodolfo G. “La Ley 26061 y el Derecho Entrerriano”. La Ley Litoral (01-10-2006), página 387.

Kemelmarjer de Carlucci, Aída. “ El Derecho del Niño a su Propio Cuerpo”, en “Bioética y Derecho”. Editorial Runzal Culzoni.

Kiemarovich, Jorge L. “Reflexiones Procesales sobre la Ley 26601. La Ley, 2005, F, página 987.

Instituto de Derecho e Integración (Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe-2da. Circunscripción-Rosario, Argentina) , “El Derecho de Autoprotección. Una Nueva Incumbencia Notarial Indelegable”. Publicación destinada al cuerpo notarial.

LLambías, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil Argentino”. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 2007.

Llorens, Luis Rogelio. “Protección Jurídica y Patrimonial de las Personas con Discapacidad en el Derecho Argentino”. Conferencia dictada en la ciudad de La Plata (Bs. As. Argentina) el 13 y 14-06-2006.

Llorens, Lusi Rogelio “El Notario ante los Deficientes Mentales. Hacia una Revitalización de la Capacidad en el Derecho Civil”. Monografía aportada al Instituto de Derecho e Integración (Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe-2da. Circunscripción- Rosario, Argentina-).

Llorens, Luis Rogelio y Rajmil Alicia Beatriz, “Derecho de Autoprotección. Previsiones Para la Eventual Pérdida de Discernimiento” Editorial Astrea, Buenos Aires 2010. De los mismos autores: “Derecho de Autoprotección”- Revista Número 1, Instituto de Derecho e Integración (Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe- 2da. Circunscripción- Rosario, Argentina, página 47 y siguientes).

Lucero Eseverri, Roberto Auguto, “ El Notario, Intérprete necesario de Voluntades Autorreferentes”, publicación citada precedentemente, página 77 y siguientes.

Marín, Calero, Carlos , “La Integración Jurídica y Patrimonial de las Personas Jurídicas con Discapacidad psíquica e intelectual”. Madrid, Universidad Ramón Areces, año 2005.

Méndez Costa, María Josefa– Daniel Hugo D’Antonio, Tratado de Derecho de Familia, Tomo III, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.-

Mizhari, Mauricio Luis “ La Participación del Niño en el Proceso y Normativa del Código Civil en el contexto de la Ley 26061” en “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”. Edificiones Puerto del Sur, Fundación Sur, Argentina.

Nicolau, Noemí, “ La Aptitud de los Niños y Adolescentes para la Defensa de su Privacidad e Imagen”. La Ley, año 2007, B, página 1151.

Salvat, Raimundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino”. Tipográfica Editora Argentina, año 1964, Buenos Aires.

Tau, José M. “Protocolizar el Axioma: Enfermedad neurológica irreversible y rechazo de medios sustitutivos de Funciones Vitales a Permanencia. “ Revista Notarial, número 951, página 670, Argentina.

Zannoni, Eduardo A. “El Patronato del Estado y la Ley 26061”. La Ley, año 2005, F. Del mismo autor: Tratado de Derecho de Familia, Tomo 2, 3ª edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1998.-