

MADRID, 28 A 30 DE MAYO DE 2012

XV  **JORNADA NOTARIAL
IBEROAMERICANA**

**UNIÓN INTERNACIONAL
DEL NOTARIADO LATINO**

XV JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA

Madrid, España, del 28 al 31 de Mayo de 2012

Tema III

PERSONA, FAMILIA y SUCESIONES

Experiencias en Ibero América

**Título del trabajo: REGULACIÓN DE LA PRÓRROGA DE LOS PODERES EN
LOS CASOS DE INCAPACIDAD DEL PODERDANTE.**

Autores: Notario Alicia Beatriz Rajmil (*)

Notario Luis Rogelio Llorens ()**

**(*) Integrante 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.

<u>SUMARIO.</u>	Pág.
Ponencias.	5
I. Introducción.	7
II. Cuestiones preliminares.	8
1. Representación, poder y mandato.	8
2. Irrevocabilidad y eficacia post mortem.	9
III. Eficacia post-mortem.	11
1. Concepto de eficacia post-mortem.	11
2. Mandatos para ejecutar después de la muerte. (post mortem exequendum).	13
3. Supuestos de <i>subsistencia</i> del mandato a la muerte del mandante. A)Interés Del mandante y mandatario o de un tercero. (art. 1.982 del código civil argentino).	
B) Cuando el negocio debe ser <i>continuado cuando hubiese peligro en demorarlo</i> .	14
IV. Eficacia post-interdicción.	18
1. El régimen tradicional de Vélez Sársfield. a) ¿Es una incapacidad la “incapacidad natural”? b) ¿Los artículos 1963 inc. 4º y 1.984 se refieren a la “incapacidad” declarada o también a la “natural”? c) ¿Cuál es la medida de la incapacidad requerida para producir la caducidad del mandato o del poder?	18
2. Las nuevas normas. el artículo 152 ter del código civil.	24
3. Excepciones a la caducidad producida por la restricción a la capacidad de obrar del mandante o poderdante. a) Primer caso de subsistencia: interés común de mandante y mandatario o de un tercero. b) Segundo caso de subsistencia: cuando hubiere peligro en la demora. c) Otorgado para ser cumplido después de la restricción a la capacidad de actuar por sí mismo. Actos de autoprotección.	25
4. ¿Siguen existiendo incapaces?	30
5. Otras normas que avalan nuestra postura. a) Constitución nacional y Tratados internacionales. b) Derechos personalísimos. c) Legislación nacional.	33
6. Jurisprudencia.	41
7. Legislación extranjera.	42
8. Jornadas Nacionales de Derecho Civil.	43
V. Rol del Notario.	44
VI. Consectarios.	45

PONENCIAS.

La legislación argentina no regula específicamente la prórroga de la vigencia del mandato en los casos de incapacidad del mandante. Sin embargo una interpretación armónica de las disposiciones de nuestro código civil y la consideración de las normas constitucionales, de la más reciente legislación argentina y de los tratados internacionales aprobados por nuestro país, nos permiten afirmar, en determinadas circunstancias, la vigencia y eficacia de mandatos y poderes ante la “incapacidad” sobreviniente del otorgante.

Los artículos 1963, inciso 4º, y 1983 del código civil argentino se refieren únicamente a la incapacidad declarada del mandante o poderdante y no a la mera pérdida del discernimiento. El mandato siempre continuará vigente para aquellos actos que deban realizarse dentro de la órbita de actuación permitida al interdicto quien siempre conservará la facultad de otorgar poderes y contratar mandatos dentro de esa misma órbita, salvo inhabilitación expresa por orden judicial.

Las disposiciones legales vigentes, en especial la del art. 1982 del Código Civil argentino, permiten sustentar el otorgamiento de mandato para ser cumplido después de la restricción a la capacidad de actuar del otorgante.

La voluntad de la persona en situación de vulnerabilidad cobra relevancia en el mundo jurídico, mientras pierde sentido la rígida barrera que separaba, en el régimen legal tradicional, a los capaces de los incapaces. Dado que la capacidad es asunto que maneja la ley, resulta desacertado emplear la expresión "incapacidad natural" o "incapacidad accidental" para referirse a aquellas personas que sólo carecen de aptitudes psíquicas suficientes para otorgar actos jurídicos pero que no se encuentran sujetos a ningún tipo de régimen judicial de apoyo o de restricción a su aptitud de obrar. Más allá de la eventual anulación de los actos que otorguen por causa de su falta de discernimiento en el obrar, ellos seguirán siendo capaces hasta que la ley, y no la naturaleza o el accidente, los declare incapaces.

No existe en nuestro ámbito jurídico un léxico apropiado para designar a quien carece de discernimiento suficiente para otorgar negocios jurídicos y que no ha sido "incapacitado por sentencia judicial" o "beneficiado por un régimen de protección", por lo que proponemos el neologismo "disdiscerniente".

En base a lo dispuesto en el art. 11° de la ley argentina 26.529 (directivas anticipadas) afirmamos que dentro del concepto de representantes "legales" a que se refiere el artículo 5° de la ley, en primer lugar han de incluirse a las personas designadas en la directiva anticipada, esto es, al mandatario o apoderado para prestar en su momento el consentimiento informado.

El Notario es intérprete y contralor inmediato de la aplicación de las nuevas normas que modifican el régimen jurídico tradicional de capacidad de las personas, a fin de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de todos y especialmente de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo se propone justificar, en determinadas circunstancias, la vigencia y eficacia de mandatos y poderes en nuestro país, ante la “incapacidad” sobreviniente del otorgante. Esta posibilidad, contemplada en otras legislaciones, no encuentra regulación específica en la Argentina.

La tarea que nos proponemos tropieza en primer lugar con el artículo 1963 de nuestro código civil que expresa: “El mandato se acaba...3) por el fallecimiento del mandante o del mandatario; 4) por incapacidad sobreviniente al mandante o mandatario.” Y si bien el mismo cuerpo normativo establece las excepciones a la caducidad del mandato en el caso de fallecimiento del mandante no se expide con respecto a su incapacidad. El tema, a pesar de este comienzo que parece poco alentador, merece un análisis más profundo. Estamos convencidos de que una interpretación armónica de las mismas disposiciones del código y la consideración de las normas constitucionales, de la más reciente legislación argentina y de los tratados internacionales aprobados por nuestro país, nos permitirán arribar a nuestro objetivo.

Nos proponemos en primer término, a fin de aventar añejas confusiones, clarificar conceptos cuya utilización es equívoca. Nos referimos a la representación, el poder y el mandato, así como a las expresiones “irrevocabilidad” y “eficacia post mortem”. Consideramos necesario luego analizar las posibles analogías entre las excepciones a la caducidad del mandato en caso de fallecimiento del mandante con la situación que se plantea ante una sentencia de interdicción. También encontraremos en otras normas del código velezano apoyo a nuestra postura.

No podremos soslayar el referirnos al significado de la expresión “incapacidad” en el contexto de la legislación vigente. Para ello tendremos en cuenta las nuevas normas que regulan el régimen de capacidad de las personas. El

reconocimiento a nivel internacional y constitucional del ejercicio igualitario de los derechos personalísimos que corresponden a todos los seres humanos por el sólo hecho de existir y la relevancia que el mundo jurídico otorga hoy a la voluntad de las personas, más allá de la existencia o no de una sentencia limitativa de su capacidad de obrar, nos presenta un escenario diferente donde la tajante división de las personas entre capaces e incapaces se desdibuja.

Finalmente nos referiremos a la relevante función del notario en la aplicación e interpretación de estas normas.

La subsistencia del poder y del mandato a la “incapacidad” del otorgante es una cuestión que, como ya dijimos, en la legislación argentina se encuentra desatendida y que se torna necesario analizar. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las leyes nacionales 26.529 y 26.657 y la evolución doctrinaria y jurisprudencial en materia de actos de autoprotección y directivas anticipadas así lo requieren.

II. CUESTIONES PRELIMINARES.

1. Representación, poder y mandato.

Las diferencias entre los conceptos de representación, poder y mandato han sido tema de especial y reiterado análisis en la doctrina notarial argentina. Ello se debe a que nuestro código civil regula "el mandato" dentro "De las Obligaciones que Nacen de los Contratos", pero no incluye normas orgánicas acerca de la representación y del poder.

No es el lugar de abundar en ello, simplemente diremos que el Código Civil argentino define al mandato como contrato, cuando una parte da otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de que ejecute en su nombre uno o

más actos jurídicos (art. 1.869). Cuando hablamos de “poder” nos referimos a un acto jurídico unilateral que no requiere aceptación y no se vincula con el aspecto contractual. Es la herramienta para producir esa sustitución de la voluntad de una persona en otra. La representación es el efecto en sí de un acto otorgado en nombre y por cuenta de otro. ¹

Existe así representación sin mandato (por ejemplo, autoridad paterna, tutela, curatela) y mandato sin representación (por ejemplo, mandato oculto), extremos sobre los que sería reiterativo explicarse.²

Cabe señalar, no obstante, que lo dicho por el legislador en materia de mandatos es aplicable al poder.³ Valga esta somera explicación para justificar que, en el presente análisis, nos referiremos tanto al mandato como al poder.

2. Irrevocabilidad y eficacia post mortem

Debemos diferenciar el concepto de “irrevocabilidad “del de “eficacia post mortem” de los poderes o mandatos, ya que en el uso generalizado suele utilizarse la expresión “irrevocable” para referirse a los poderes que se pretende continúen vigentes luego del fallecimiento del poderdante, importando poco el derecho del poderdante a ejercer la revocación, hecho por demás improbable.

La práctica negocial en nuestro país, especialmente la inmobiliaria, ha impuesto el uso - y muchas veces el abuso - de la figura conocida como "poder irrevocable", con características propias que ese uso intensivo actual pone de manifiesto. Se lo utiliza en negocios que exigen determinadas formas tales como la escritura pública (ej. la compraventa de inmuebles) o determinados formularios y

¹ Rubén A. Lamber. "Representación, poder y mandato" en Revista Notarial 898, pág 638. Las citas de la doctrina clásica en la materia se encuentran en “Código Comentado ...” ob. cit. pags. 178 y 179.

² Destaca Lamber que en el "poder irrevocable" no existe realmente ni mandato ni representación pues el negocio base está totalmente concluido: "no hay sustitución de la voluntad negocial en la persona del apoderado, sino simplemente la autorización para que el apoderado reitere esa misma declaración en el momento de su ejecución final", Ob. cit. pág. 678.

su inscripción (ej. compraventa de automotores) que no pueden cumplirse en el momento del negocio. En estos casos, es común que las partes firmen un documento privado en el que se obligan a cumplir la forma impuesta. Paralelamente, quien suele encontrarse desinteresado pues ya ha percibido la contraprestación, confiere un "poder irrevocable" por escritura pública a favor de la otra parte o de personas de la confianza de ésta última, para cumplir con la forma legal⁴. Generalmente se faculta a celebrar el contrato definitivo a favor del beneficiario del contrato celebrado bajo forma privada, o de quien o quienes sean sus sucesores universales o particulares. No profundizaremos en el tema, basta decir que distintos motivos inducen a las partes a la utilización de este tipo de poderes, entre ellos un ahorro impositivo, la confección y aprobación de planos u otros documentos catastrales previos a la escrituración, la conclusión de procesos sucesorios o de divorcio, la formación de sociedades, la terminación de la construcción del edificio, etc.

El artículo 1963 de nuestro código civil establece en su inciso primero que el mandato se acaba por la revocación del mandante. Entendemos que cuando una persona se está obligando a no revocar un poder o un mandato, a lo que se está obligando es a no otorgar un *acto jurídico* que, por contrario imperio, ponga fin al poder o al mandato conforme con lo autorizado por dicho artículo. El supuesto nada tiene que ver con la eficacia post- mortem por fallecimiento del poderdante o del mandante, ya que en este caso, lo que pone fin al mandato y al poder, más allá de las excepciones previstas en la ley, es un mero "hecho jurídico natural", un hecho de la naturaleza del que aún en los supuestos de homicidio (hecho jurídico humano voluntario ilícito) y suicidio (hecho jurídico humano voluntario que no puede ser catalogado jurídicamente de ilícito en tanto y en cuanto la ley no lo

³ Ver art. 1.870 C.C.

⁴ La "forma legal" es un requisito exigido por la naturaleza de las cosas. Si bien en materia de contratos impera el viejo aforismo "res inter alios acta ...", esto es, que los contratos producen sólo sus efectos entre las partes, cabe aclarar que los efectos a los que se refiere este aforismo son los que podemos llamar efectos "directos". Indirectamente, el contrato puede tener muy importantes efectos frente a terceros, por ejemplo, acreedores de las partes que buscan cobrar sus créditos. Más allá de la importancia que las formas pueden revestir para las partes por la trascendencia del acto que otorgan, de aquí nace el interés social de conocer, en determinados casos, el estado de las relaciones jurídicas entre terceros. Ver: Fernando J. López de Zavalía.

prohibe ni lo sanciona) no puede predicarse que tenga "*por fin inmediato*, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos".⁵

Aceptar que la muerte del mandante es un supuesto de revocación del mandato significaría tanto como aceptar que la muerte del mandatario es un supuesto de renuncia a su ejercicio.

La irrevocabilidad se vincula con una potestad que tienen el mandante y el poderdante *-en determinados supuestos descriptos por la norma-* de prohibirse aniquilar para el futuro, mediante otro acto unilateral el mandato o el poder.

Aclarados estos conceptos dejaremos el tema de irrevocabilidad de los poderes o mandatos para centrarnos en su eficacia post mortem.

III. EFICACIA POST-MORTEM.

1) Concepto de eficacia post-mortem.

Nuestro código civil, como dijimos, establece en el ya citado artículo 1963 que el mandato se acaba por el fallecimiento del mandante. Y prevé los supuestos de excepción a esta norma en los artículos 1.980, 1.981, 1.982 y 1.983 del mismo cuerpo legal. Ellos rezan así:

Teoría de los Contratos. Parte General. Pág. 289 y ss. Víctor P. de Zavallía - Editor. Buenos Aires. 1975.

⁵ "(...) en la revocación por medio de un acto jurídico unilateral, el mandante extingue la relación jurídica porque así lo desea o lo ha resuelto, mientras que la muerte, si bien es un hecho que normalmente produce la extinción del mandato, provocando su ineficacia ulterior, no trasunta expresión alguna de voluntad contraria al mandato por parte del mandante, ni exterioriza acto jurídico alguno, porque precisamente, no es acto jurídico, es sólo un hecho que produce efectos extintivos (art. 896)" Código Comentado ... Ob. Cit. Pág. 438.

“Artículo 1.980. La muerte del mandante no pone fin al mandato, cuando el negocio que forma el objeto del mandato debe ser cumplido o continuado después de su muerte. El negocio debe ser continuado, cuando comenzado hubiese peligro en demorarlo.

Artículo 1.981. Aunque el negocio deba continuar después de la muerte del mandante, y aunque se hubiese convenido expresamente que el mandato continuase después de la muerte del mandante o mandatario, el contrato queda resuelto, si los herederos fuesen menores o hubiese otra incapacidad, y se hallasen bajo la representación de sus tutores o curadores.

Artículo 1.982. El mandato continúa subsistiendo aún después de la muerte del mandante, cuando ha sido dado en el interés común de éste y del mandatario, o en el interés de un tercero.

Artículo 1.983. Cualquier mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante, será nulo si no puede valer como disposición de última voluntad”.

De la normativa transcrita resulta claramente que son tres los supuestos en que la muerte del mandante o del poderdante no ponen fin al mandato o al poder: 1) “Cuando el negocio ... debe ser cumplido ... después de su muerte” (art. 1.980); 2) “ ... debe ser continuado, cuando comenzado hubiese peligro en demorarlo” (art. 1.980); y 3) “... continúa subsistiendo, cuando ha sido dado en el interés común de éste (el mandante) y del mandatario, o en el interés de un tercero” (art. 1.982).

El tratamiento del primero de los supuestos (mandato o poder destinado a ser cumplido después de la muerte, estrictamente “post mortem mandantis”) está íntimamente emparentado con los negocios jurídicos entre vivos “in diem mortis dilati”, esto es, para ser cumplidos después de la muerte⁶. El ejemplo clásico es el

⁶ El otro ejemplo de actos entre vivos “in diem mortis dilati” es el de las donaciones para ser cumplidas también después de la muerte del donante. Se trata de donaciones irrevocables

del mandato para construir un monumento funerario en memoria del mandante; y un ejemplo actual sería el del mandato a favor de determinada persona para que revele las claves para el ingreso a un programa de computación de propiedad del mandante pero sólo después de la muerte de éste.

En cambio, los otros dos casos previstos en la normativa transcrita (urgencia, por un lado, e interés de mandante y mandatario o de un tercero, aunque no existiese premura), son supuestos de *subsistencia* del mandato y del poder. Se trata de actos (mandato o poder) destinados a ser ejercidos en vida del mandante o del poderdante pero que ante la eventualidad de su fallecimiento no se les aplica la causal de extinción prevista en el art. 1.963 inc. 3º (fallecimiento del mandante), por especiales razones explicitadas en la normativa transcrita.⁷

2) Mandatos para ejecutar después de la muerte. (post mortem exequendum).

Conforme con los artículos 3.606 y 3.607 del Código Civil argentino, los actos de disposición para después de la muerte deben ser otorgados por testamento. Disposición que concuerda con otras, como el art. 1.790 del mismo código.

Sin embargo, el principio no es absoluto. Ejemplos de ello son la donación prevista en el art. 1.235 y siguientes; las previsiones de los artículos 1.795 y 383, todas del mismo cuerpo legal; y la legislación sobre ablación e implantación de órganos (Ley 21.541 y ccs.).

Estas citas tienen por fin asentar que cuando el artículo 1.980 habla de que “el negocio que forma el objeto del mandato debe ser *cumplido*” después de la muerte del mandante ello no resulta extraño a la economía del sistema velezano ni de nuestra legislación civil.

pero de cumplimiento diferido. Ver Revista Notarial 918: “Contratos para ser cumplidos después de la muerte (Arts. 1790 y 1983 del Código Civil)”

⁷ Conf. B.Z. pág. 425.

Entendemos que el artículo 1.983 habla de mandatos inter vivos, esto es, que resultan de un acuerdo de voluntades de origen contractual, con obligaciones recíprocas. Ese contrato de mandato es imposible introducirlo en una disposición testamentaria conforme con el art. 3.618 del código civil. ¿Cómo darle forma testamentaria al contrato por el cual encomendamos al depositario que entregue el objeto depositado a determinada persona luego del fallecimiento del mandante? Interpretar que el artículo 1.983 exige *forma* testamentaria implicaría tanto como tornar su instrumentación en imposible. Por lo tanto nada obsta a que se otorgue un mandato para que el mandatario cumpla las obligaciones que asumió en vida el mandante, obligaciones que se encuentran sujetas al plazo suspensivo de ser cumplidas a la fecha del fallecimiento del obligado.

3) Supuestos de *subsistencia* del mandato a la muerte del mandante.

a) Interés del mandante y mandatario o de un tercero. (Art. 1.982 del código civil argentino).

Entendemos que el mandato y el poder tienen eficacia post-mortem y pueden seguir siendo utilizados en todos los supuestos en los que el vínculo de base está regido por el principio del art. 1.195 de nuestro código civil ⁸ y no por los principios excepcionales, como el del art. 1.963 inc. 3º, que impiden la continuación de la relación jurídica con los herederos.

Si el principio general es que el efecto de los contratos pasa a los herederos, la consecuencia es que en todos los supuestos en los que la relación de base que subyace bajo el poder o el mandato no caduca con la muerte de éste, el poder y el mandato subsistirán aún después de la muerte del otorgante, una vez probada la relación subyacente que origina el “interés” en la continuidad, de la que habla el

⁸ “Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros”

art. 1.982. En este supuesto, el mandato y el poder subsistirán, independientemente de su revocabilidad.

De igual manera, si el vínculo entre mandante o poderdante y mandatario o apoderado tiene su base en un contrato (como el de mandato sin otro negocio “base” o cualquier otro contrato cuyos efectos terminan con la muerte de las partes) que no subsiste con la muerte del mandante o poderdante, el mandato y el poder caducarán con la muerte del otorgante.

Ejemplos de ineficacia post-mortem del poder y del mandato serán: a) Todos los que tienen su origen en un contrato de mandato que concluye con la muerte del mandante (art. 1.963), como cuando encomiendo a alguien una gestión, aún cuando ella sea onerosa o sea de irrevocabilidad relativa. b) Todos los casos en que si bien el negocio base es distinto del mandato, ese negocio base concluye con la muerte del mandante, como cuando se trata de obligaciones inherentes a la persona o cuando así lo establece la ley o el contrato.

En tal sentido, aún un poder irrevocable para recibir un inmueble en usufructo vitalicio, caduca con la muerte del mandante pues con ella caduca la relación de base (arts. 2.920 y 2.969 C.C.A.).

Igualmente en cualquier otro supuesto en el que se otorgue un poder, aún irrevocable, para ejecutar un contrato sujeto a la condición resolutoria de la sobrevida del otorgante al acaecimiento de un hecho determinado. La condición del negocio base tendrá efecto sobre el mandato o el poder que son su consecuencia.

Tampoco podría tener eficacia post-mortem un poder dado para dar cumplimiento a una oferta negocial aún no aceptada (Art. 1149 del C.C.).

Por el contrario, entendemos que si el negocio base subsiste aún después de la muerte del mandante o del poderdante, ha de subsistir el mandato y el poder.

Así, si para el cumplimiento de un boleto de compra y venta se ha otorgado un poder, ese poder tendrá eficacia post-mortem en todos los supuestos en los que el negocio base esté acreditado eficazmente, como cuando ha sido agregado y reconocido en el otorgamiento del poder; o por haberse otorgado el boleto de compra y venta en escritura pública; o por haber sido reconocido en juicio. Independientemente de que se hayan cumplido o no todas las obligaciones de la otra parte y de que se hayan cumplido o no todas las condiciones para la irrevocabilidad requeridas por el art. 1.977.

En nuestra opinión, si en una escritura de apoderamiento el compareciente indica que el poder lo otorga para cumplir un boleto de compra y venta, sin efectuar ninguna referencia a su obligación de no revocar, y encomienda al apoderado la percepción del precio no se ve cuál es el motivo por el que no ha de subsistir luego de la muerte del otorgante pues están dadas todas las condiciones exigidas por el art. 1.982 del código civil.

En el ejemplo, es interés del mandante (y, por supuesto, de los herederos) la percepción del precio; y es interés del tercero adquirente (e inclusive también del poderdante) el otorgamiento de la escritura de venta, la tradición del inmueble, la cancelación del precio.

También en el supuesto de los condóminos que pactan vender la cosa para repartir el precio en determinadas condiciones y modalidades, ese pacto obliga a los herederos. Por tanto, el poder dado con ese fin ha de considerarse subsistente post-mortem.

Ahora bien, si el negocio base no se encuentra acreditado acabadamente, el notario debe negarse a utilizar el poder cuando sabe de la muerte del otorgante. La utilización indebida puede hacerlo partícipe de figuras penales vinculadas con la estafa.

Sin embargo, si se otorga el acto, una vez probado en juicio por cualquier medio la existencia del negocio base, nadie podría obtener la nulidad del acto otorgado ni existir consecuencias penales.

Así, si existe un poder simple de venta y un boleto de compra y venta privado, si el otorgante del poder falleció, al no estar probada fehacientemente la existencia del negocio base, el notario debe negarse a autorizar la escritura de transferencia de dominio del inmueble (art. 1963).

Empero, si la escritura de transferencia del dominio se otorga porque el notario desconoce la muerte del otorgante, si los herederos del fallecido demandan la nulidad acreditando que los otorgantes sabían del fallecimiento del mandante, al comprador le bastará acompañar el boleto de compra y venta junto con la contestación de la demanda para que, una vez probada su autenticidad, la demanda sea rechazada. Ningún sentido tendría declarar la nulidad de la transferencia de dominio para luego condenar a los herederos del vendedor a transmitir el dominio.

b) Cuando el negocio debe ser *continuado cuando hubiese peligro en demorarlo.*

Se trata de supuestos en los que el ejercicio del mandato o del poder ya ha comenzado y debe ser continuado por existir peligro en la demora.

El ejemplo clásico es el del apoderado para representar en juicio. La defensa de los intereses del poderdante debe continuar hasta tanto los herederos puedan hacerse cargo.

Se trata de supuestos excepcionales en los que la vigencia es siempre transitoria y limitada.

IV. EFICACIA POST-INTERDICCIÓN⁹.

Con lo expresado comprobamos que nuestro código civil prevé las excepciones a la caducidad de poderes y mandatos por fallecimiento del otorgante. Cabe entonces preguntarnos qué ocurre con los mandatos y con los poderes cuando una persona queda sujeta a un régimen que restringe su capacidad de obrar. Lo estudiaremos primero conforme con el régimen tradicional de Vélez Sársfield, dentro del cual incluimos una norma tal como el art. 152 bis, incorporado en 1968 por el decreto-ley 17.711 (que es, en realidad, el primer esbozo de sustitución de ese régimen). Luego intentaremos integrar al sistema las nuevas disposiciones vigentes a partir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las leyes 26.061, 26.529, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la ley 26.657. Ellas, como expresamos, alteran totalmente el sistema originario.

1) El régimen tradicional de Vélez Sársfield.

Conforme con el art. 1.963, inc. 4º, del Código Civil Argentino el mandato caduca con la incapacidad del mandante. Y según el art. 1.984 “La incapacidad del mandante o mandatario que hace terminar el mandato, tiene lugar siempre que alguno de ellos pierde, *en todo o en parte*, el ejercicio de sus derechos”.

⁹ Según el diccionario de la Real Academia Española interdicción, en el orden civil, significa “Privación de derechos civiles definida por la ley”. Nos referimos a todas aquellas personas que por alguna causa se encuentran sujetas a un régimen de salvaguardias o apoyos (en los términos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) en el ejercicio de su capacidad de obrar. Dado que, según veremos, en nuestro régimen jurídico no existen ya incapaces absolutos de obrar, descartamos la utilización de la locución “post-incapacidad” en este título. Sin embargo, debemos aclarar que la confusión terminológica actual es muy grande y que la utilización del vocablo “interdicción” también es objetable. La sustitución del régimen tradicional de “incapacitación” por el de salvaguardias y apoyos que introduce la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad lo origina. Tal es el choque, que los días 4 y 5 de mayo de 2011, en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), tuvo lugar la Primera Reunión Extraordinaria del Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad (Convención a la que nuestro país adhirió por ley 25.280) en el que se observó la necesidad de interpretar el artículo 1,2, inc. b) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (“*En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación*”) en el marco del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que no habla de “interdicción” sino de “salvaguardias” y “apoyo”.

Tanto en nuestro ordenamiento legal como en la doctrina, en la jurisprudencia y aún en la práctica cotidiana, se utiliza con escasa precisión el vocablo “incapacidad”. Es conocida la clasificación entre incapacidad de hecho (de ejercicio) e incapacidad de derecho (de titularidad). Sin embargo, previo a esa clasificación se omite aclarar algo que para nosotros es sólo una imprecisión terminológica, aunque de grandes consecuencias prácticas: ¿Los artículos 1.963 inc. 4º y 1.984 del código civil se refieren únicamente a quien está sometido a un proceso judicial a causa de sus deficiencias intelectuales o también a quien sólo carece de manera prolongada de falta de discernimiento sin estar sometido a un proceso judicial?

a) ¿Es una incapacidad la “incapacidad natural”?

A raíz de la remisión que efectúa el art. 475 de nuestro código civil, (“Los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces”) suele no advertirse debidamente en la terminología usual la distinción entre aquellas personas mayores de edad que por una declaración judicial están sujetas a un régimen de interdicción (arts. 140/1 del código civil) o de inhabilitación (art. 152 bis del código civil); de aquellos otros que aún cuando de manera permanente o transitoria padecen una deficiencia intelectual que les crea una ineptitud o una deficiencia para “dirigir su persona o administrar sus bienes” (art. 141) pero que no están sujetos a un régimen de protección judicial.

Creemos que esto ocurre porque en materia de minoridad, en el régimen tradicional de Vélez Sársfield, existen presunciones legales (arts. 54 incs. 1 y 2, 126, 127, 128, 129, etc. del código civil) que tornan innecesario distinguir si el menor tiene o no discernimiento para, por ejemplo, otorgar un acto jurídico. Si el menor no ha alcanzado la edad necesaria, nada importa si tiene o no discernimiento suficiente.

De allí que al trasladar las normas y el vocabulario de minoridad al régimen de capacidad de los mayores con deficiencias intelectuales pase inadvertida tal distinción y el mismo legislador hable de incapacidad cuando, en realidad, se está refiriendo al mayor que sólo carece del discernimiento necesario (supuestos en los que aún la incapacidad no ha sido “verificada y declarada por juez competente”, conf. art. 140 del código civil).

De no reunirse el requisito de su declaración judicial, es impropio decir de una persona que es "incapaz". Confusión habitual en la que incurre, como ya dijimos, el propio codificador, por ejemplo, en el art. 1.045 del Cód. Civil cuando dispone: "Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquier causa se hallasen privados de su razón, ..." ¹⁰. En este caso, la palabra "incapacidad" sólo puede ser entendida como sinónimo de "incapacidad natural", en la terminología, entre otros, de Neri ¹¹ y Cifuentes ¹², o de "incompetencia", como se utiliza actualmente por quienes operan en el campo de la bioética.

Dicho todo esto sin desatender la crítica que formula Llambías a la expresión "incapacidad natural" cuando afirma: "Dado que la capacidad es asunto que maneja la ley, resulta desacertado emplear la expresión "incapacidad natural" o "incapacidad accidental", pues tratándose de sujetos que carecen de

¹⁰ Conforme RIVERA, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil - Pte. General", 1ª reimpresión, t. II, p. 983, N° 1.558. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997. "En realidad no se refiere a supuestos de falta de capacidad, sino de discernimiento (art. 921)". Conf. también: TOBIAS, José W., "Capacidad jurídica y capacidad de obrar", LA LEY, del 19/04/2007.

¹¹ "De manera que hay capacidad natural y capacidad civil; la primera, como conjunto de condiciones reguladas por la naturaleza, para que el hombre pueda actuar, y la segunda como la serie de requisitos impuestos por la ley para que el individuo pueda ejercer distintos actos civiles." NERI, Argentino I., "Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial", Volumen 3, p. 385, Depalma, Buenos Aires, 1970.

¹² "Se ha considerado que esa carencia en el sujeto es una "incapacidad natural" por oposición a la "incapacidad legal", cuando aquél, por insuficiente desarrollo, o por enfermedad mental o a causa de una perturbación psíquica, permanente o transitoria, se encuentra en efectiva condición de no poder entender y querer lo que hace, de manera que sus actos no son humanos, sino físicos. Es natural porque deriva de una situación de hecho, (...)" CIFUENTES, S. - RIVAS MOLINA, A. y TISCORNIA, B., "Juicio de Insania y otros procesos sobre la capacidad", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990, N° 69. parágrafo 20, p. 50.

aptitudes psíquicas suficientes, ellos seguirán siendo capaces hasta que la ley, y no la naturaleza o el accidente, los declare incapaces¹³.

Lo cierto es que, más allá de estos vocablos, no existe en nuestro ámbito jurídico un léxico apropiado para designar a quien carece de discernimiento suficiente para otorgar negocios jurídicos y que no ha sido "incapacitado por sentencia judicial" o "beneficiado por un régimen de protección".¹⁴ Nótese que en las definiciones consignadas en las notas precedentes la expresión "incapacidad natural" aparece como opuesta a "incapacidad jurídica" (incapaz declarado), cuando lo que buscamos es referirnos a quien carece de discernimiento, más allá de su eventual declaración judicial.

Por tanto, es posible, en nuestro derecho (con la aclaración de que nos referimos al régimen tradicional de Vélez Sárfield) y siempre con relación a actos o negocios jurídicos, que existan sujetos capaces y sujetos incapaces (o, entre ambos, inhabilitados). Los primeros pueden o no tener discernimiento en el momento para el otorgamiento del acto, esto último, tanto porque padecen algún trastorno o porque por cualquier otra razón se encuentren imposibilitados de comprenderlo; tanto en forma total como parcial, tanto en forma permanente como transitoria. Por su parte, los segundos (quienes han sido declarados interdictos por juez competente) pueden tener una recuperación en su enfermedad (transitoria o definitiva) que les permita el discernimiento, siempre en el momento¹⁵. Es, por ejemplo, la previsión de los arts. 3.615 y 3.616 del Cód. Civil argentino que permiten a quien fue declarado "demente", en sentido jurídico, otorgar testamentos válidos "en intervalos lúcidos"¹⁶.

¹³ Voto del doctor Jorge Joaquín Llambías en autos "M. de H. de A., M. L. y otros c. R., A. y otros", CNCiv., sala A, septiembre 20-1960, LA LEY, 101-232.

¹⁴ Podríamos intentar el neologismo "disdiscerniente".

¹⁵ "El discernimiento apunta principalmente a la naturaleza concreta del sujeto; la capacidad, a una determinación legal abstracta y ordenadora. Se puede tener discernimiento sin capacidad, como el demente, declarado en intervalo lúcido y el sordomudo interdicto. La inversa es, asimismo, válida, como el sujeto capaz que sufre la pérdida accidental de la razón." CIFUENTES, ob. cit. p. 49.

¹⁶ En los ámbitos psiquiátricos y psicológicos se ha negado desde hace años la posibilidad del "intervalo lúcido". Sin embargo, "Existen enfermedades mentales que se caracterizan por períodos de plena lucidez seguidas de otros con ausencia de discernimiento – que se podría calificar de limitado – (...)" CROVI, ob. cit. Pág. 118.

En resumen: La capacidad de obrar es una categoría jurídica; la existencia de discernimiento y sus grados es una cuestión de la naturaleza que el operador jurídico debe considerar.

Se impone así —desde la ciencia jurídica moderna— cuidar la terminología y evitar esta fuente de equívocos¹⁷: Desterrar la palabra "incapacidad" para quienes sólo adolecen de una falta o falla en su discernimiento que no ha sido reconocida por sentencia alguna.

b) ¿Los artículos 1963 inc. 4° y 1.984 se refieren a la “incapacidad” declarada o también a la “natural”?

Entendemos, siguiendo a la escasa doctrina existente en la materia¹⁸, que los artículos citados se refieren únicamente a la incapacidad declarada del mandante o poderdante. Lo contrario podría tornar en absolutamente insegura la utilización de un poder. Así afirmamos que el discernimiento del otorgante es necesario al tiempo del otorgamiento del apoderamiento y no al tiempo de su ejercicio, pues si se tratase sólo de la pérdida del discernimiento tendríamos que preguntarnos acerca cuán grave habría de ser dicha pérdida para producir la caducidad. ¿Podría significar que el mandato ha caducado el mero hecho de que el mandante haya tenido una indisposición transitoria? Indudablemente, no.

Lo dicho, sin dejar de advertir acerca de las previsiones del art. 174, inc. 2°, del Cód. Penal Argentino. Él se refiere al delito llamado de "circunvencción de incapaz". La norma dispone así: "Sufrirá prisión de dos a seis años: (...) 2°) El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un

¹⁷ Conf. ZANNONI, Eduardo A., "Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos", Ed. Astrea. Buenos Aires, 3ª reimpresión, 2004, p. 243. "He aquí la fuente inicial de equívocos. Cuando se alude al demente, no necesariamente se está aludiendo a quien, jurídicamente, se presume en estado de demencia; también puede referirse a quien de hecho sufre, en forma permanente o transitoria, de una alteración psíquica que le impide asumir un estado de idoneidad para entender y para querer".

¹⁸ "La incapacidad a la cual se refiere el inc. 4° del artículo en comentario, indudablemente, es la declarada judicialmente" (Código Comentado, ob cit. pág. 352).

incapaz¹⁹, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo." Cuestión no menor y sobre la cual el notario debe tener especial cuidado.

c) ¿Cuál es la medida de la incapacidad requerida para producir la caducidad del mandato o del poder?

La cuestión se refiere a la expresión “en todo o en parte, el ejercicio de sus derechos” contenida en el art. 1.984 del código civil.

Comenzamos por descartar una interpretación literal del artículo que llevaría a concluir que la incapacidad en todo o en parte del mandante o mandatario acarrearía siempre la caducidad completa del mandato. Sin duda, no es ese el espíritu de la norma, ya que dentro del régimen velezano tradicional, en el que la declaración de demencia transformaba a la persona involucrada en un incapaz absoluto de hecho (art. 54 inc 3º del código civil), se analizaban igualmente situaciones en las cuales el otorgante del mandato o del poder sufría una incapacitación que no resultaba absoluta o que no tenía vinculación con el objeto del mandato. En tal sentido se ha dicho: “que en modo alguno la quiebra del mandante podría determinar la conclusión de un mandato destinado sólo a otorgar o cumplir un acto de familia, ni tampoco el que fuere conferido para intervenir en las acciones de filiación o para situaciones derivadas de las relaciones matrimoniales, como sería la acción de divorcio ...”²⁰

Igual criterio cabía sostener ya con relación a los penados (Art. 12 del Código Penal) pues se entiende que la incapacidad generada lo es sólo con relación a determinados actos. Por lo tanto, la caducidad de los mandatos o poderes

¹⁹ Se trata de otro supuesto de imprecisión del legislador. En este caso no cabe duda de que la referencia a “incapaz” incluye tanto al declarado como al que ha perdido el discernimiento sin hallarse sujeto a un régimen judicial de protección.

²⁰ Código Comentado ... ob. cit. pág. 444.

otorgados lo es sólo con relación a los actos que le resulta negado al penado otorgar por sí.²¹

Con relación a los inhabilitados a los que se refiere el art. 152 bis del código civil, categoría existente a partir de la reforma del año 1968, se entendió también que la cesación del mandato y del poder se vincula únicamente con los actos que resultan vedados de otorgar por sí al propio inhabilitado, y que continúa vigente el mandato y el poder con relación a aquellos que continúa pudiendo otorgar por sí el propio inhabilitado.²² Ello porque del inhabilitado se predica que es una persona básicamente capaz, con una capacidad limitada sólo para ciertos actos.²³

2) Las nuevas normas. El artículo 152 ter del Código Civil:

La Convención Internacional de los Derechos del Niño y, especialmente, la ley 26.061 promovieron con respecto a los menores de edad el ejercicio por sí mismo de sus derechos, de acuerdo a su desarrollo, y su plena participación en todos los asuntos de su incumbencia. Se fue dejando de lado, poco a poco, el régimen de capacidad de obrar tasado rígidamente en base a la edad de la persona para adecuarlo a las aptitudes reales de discernimiento conforme con su edad y madurez.

A partir de la remisión que efectúa el artículo 475 de nuestro código civil, esas normas eran aplicables a las personas mayores carentes de “aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes” (Art. 141 del código civil). A nuestro entender, las dificultades de asimilación entre el régimen anterior y estas nuevas

²¹ Sería absurdo sostener, por ejemplo, que la incapacidad originada en el artículo 12 del código penal acarrea la caducidad del mandato conferido al abogado defensor del condenado. Aún después de la condena, el abogado debe continuar su tarea de defensa en lo atinente, entre otras cosas, a cuestiones vinculadas con el cómputo de la pena.

²² “Es por ello que el inhabilitado no podrá realizar por medio de un mandatario aquello que le esté vedado realizar por sí” (Código Comentado ... ob. cit. pág. 445) “(...) si el mandante conserva su capacidad para ejecutar por sí el acto involucrado, no existe razón alguna para impedir que sea realizado por el mandatario y provocar, por ello, la conclusión del mandato” (Código Comentado ... ob. cit. pág. 443).

²³ Ver: JOSÉ W. TOBÍAS “La inhabilitación en el derecho civil”. Astrea. 1992. Pág. 21, pág. 355, parágrafo 226, etc.

disposiciones provocaron que los operadores del derecho eludieran, mientras les fue posible, su aplicación.

Empero, a partir de la ley 26.657 que ha incorporado recientemente al código civil el art. 152 ter es imposible no considerar el nuevo régimen. Ha quedado inserto en nuestro código, aún cuando las nuevas normas persistan en no ser armónicas ni con el viejo articulado ni entre sí.

Dicho artículo reza así: “Las declaraciones judiciales *de inhabilitación o incapacidad* deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres (3) años y *deberán especificar las funciones y actos que se limitan*, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.”

La disposición transcripta es más acorde con los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378)²⁴, y sin dudas modifica sustancialmente el régimen velezano. Sin embargo, la nueva ley, más allá de que presenta difíciles cuestiones de armonización con el régimen anterior, en las que no profundizaremos, nos plantea un interrogante al que intentaremos responder luego: ¿Siguen existiendo incapaces en nuestro Derecho?,

3) Excepciones a la caducidad producida por la restricción a la capacidad de obrar del mandante o poderdante:

Precedentemente hemos concluido que el poder y el mandato caducan por la incapacidad del mandante sólo en tanto y en cuanto el otorgante tenga vedado otorgar el tipo de actos a que se refieren el mandato o el poder, todo conforme con la expresión “en todo o en parte” a que se refiere el art. 1984 del código civil.

²⁴ Decimos “más acorde” porque si bien la norma introduce el principio de la “capacidad como variable”, sigue hablando de “declaraciones judiciales de (...) incapacidad” en vez de hablar de régimen de salvaguardias o de apoyo (art. 12 de la Convención).

La cuestión que queda vigente es la siguiente: Si nuestro código civil establece excepciones a la caducidad del mandato y del poder para el supuesto de muerte del mandante o poderdante, ¿es posible aplicar esas mismas excepciones para el caso de incapacidad del mandante o poderdante? ¿Podrían existir mandatos o poderes que subsistan o sean otorgados en previsión de la declaración de incapacidad, aún cuando esa declaración de incapacidad se refiera al mismo tipo de actos a que se refiere el mandato o el poder?

Nos inclinamos por la respuesta positiva, para lo cual analizaremos los distintos supuestos de manera paralela a los estudiados para el caso de muerte del otorgante.

a) Primer caso de subsistencia: Interés común de mandante y mandatario o de un tercero.

Si de acuerdo con el art. 1982 del código civil argentino “El mandato continúa subsistiendo aún después de la muerte del mandante, cuando ha sido dado en el interés común de éste y del mandatario, o en el interés de un tercero”, resulta obvio que el mismo criterio ha de aplicarse para el caso de restricción a la capacidad de actuar del otorgante.

Una interpretación opuesta traería aparejado una grave inseguridad jurídica para los “interesados” en su subsistencia y no se ve razón alguna que invite a actuar de manera más exigente en el caso de restricción a la capacidad de actuar que en el de la muerte.

b) Segundo caso de subsistencia: Cuando hubiere peligro en la demora.

Es difícil imaginar el supuesto en la práctica. Por hipótesis, la persona que ha sido restringida en su capacidad de actuar por sí misma, lo ha sido en el marco de una causa judicial, con intervención de los órganos pertinentes. Por tanto, parece imposible que no se hayan tomado, dentro de ese marco, las medidas

necesarias de apoyo y protección, de manera tal que resulte peligroso que el apoderado no actúe. De todas maneras, de existir ese supuesto, entendemos que debe seguirse el mismo criterio que en el caso de la muerte del otorgante.

c) Otorgado para ser cumplido después de la restricción a la capacidad de actuar por sí mismo. Actos de Autoprotección.

En principio, cabe realizar el mismo razonamiento que hemos efectuado para los supuestos anteriores: Si la legislación establece excepciones para casos determinados que permiten el otorgamiento del mandato y del poder en previsión de la muerte del otorgante, ¿cómo es posible que en circunstancias similares se niegue la posibilidad de otorgarlos en previsión de la incapacitación del otorgante? ¿Se atiende más a los deseos de la persona fallecida que a los de la incapacitada?

Más allá de este razonamiento general y básico, no podemos, en esta instancia, dejar de referirnos a los actos de autoprotección en los cuales el otorgante suele designar a una o más personas para cumplir con su voluntad y les da instrucciones precisamente para que se cumplan cuando el otorgante no esté en pleno uso de su discernimiento, más allá de la existencia o no de una sentencia de interdicción.

Nos referimos al derecho 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.²⁵ Y por lo tanto el acto de autoprotección es 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 misma.

Cuando comenzamos a abordar este tema no contábamos en nuestro país con ninguna recepción o reconocimiento legislativo específico. Sin embargo

²⁵ Llorens, Luis Rogelio Alicia Rajmil. Op. Cit. Pag 6

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, porque la libertad, la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos son principios rectores que se han incorporado a nuestra Constitución Nacional con el rango de derechos fundamentales. Y sin duda cada acto de autoprotección busca garantizar la vigencia de estos principios. La evolución posterior de este instituto nos permite afirmar hoy que la legislación argentina, especialmente aunque no de manera exclusiva en el campo de la salud, avala el derecho de toda persona a tomar previsiones para la propia pérdida del discernimiento y procura garantizar que esas decisiones sobre su persona o sus bienes, sean respetadas en el futuro.

El contenido de los actos de autoprotección es variado y amplio y se vincula con las circunstancias que rodean la vida de cada persona, sus valores, intereses, deseos y preocupaciones y en definitiva con el proyecto de vida de cada ser humano. Podemos señalar como disposiciones frecuentes las que se refieren a la vida cotidiana, a los bienes, a la salud, a la designación de una o varias personas encargadas de cumplir la voluntad expresada, inclusive al nombramiento del propio curador para el caso de un proceso de interdicción. Esta persona designada representará al otorgante y expresará la voluntad de su representado, en las circunstancias y con los alcances determinados en el instrumento, por lo cual, muchas veces estas directivas deberán ser consideradas en los procesos a los que hacemos referencia. El nombramiento de ese representante, persona de confianza del representado, busca garantizar el respeto a su voluntad, más allá de una sentencia que limite su capacidad de obrar.

Puede tratarse de una manifestación unilateral, por cuanto no requiere aceptación, más allá de su conveniencia, en la cual simplemente se dispone sobre materias diversas y se designa a quién tomará las decisiones según las instrucciones plasmadas en el instrumento, como así también al curador, representante legal del interdicto. Puede tratarse de un acto jurídico bilateral

donde el representante designado presta su conformidad con las instrucciones otorgadas y se compromete a cumplirlas en la forma encomendada.

Estas directivas se otorgan para ser cumplidas, como decíamos, ante la pérdida del discernimiento del otorgante y quizás cobran más relevancia aún ante una sentencia de interdicción que, de existir, debe garantizar el respeto a la voluntad de quien ya no puede expresarse. Esto no es más que proteger el derecho a ser oído de todo ser humano y a que su opinión sea tenida en cuenta en los asuntos de su interés, mandato legal insoslayable, como hemos visto.

En el ámbito de la salud, suele hablarse de directivas o voluntad anticipada para designar los actos de autoprotección que se refieren específicamente a esta materia. El desarrollo científico y tecnológico, ha permitido la prolongación de la vida, aunque no siempre acompañada de una sostenida autonomía. Se han multiplicado los tratamientos y terapias pero frecuentemente en pos de sostener la vida van en desmedro de su calidad. Se suele hablar de encarnizamiento terapéutico. Por otro lado el desarrollo de la informática y los medios de comunicación, acercan a las personas la información y se tiene acceso a un mayor conocimiento sobre enfermedades y pronósticos.

El nuevo paradigma en la relación médico paciente abandona el antiguo paternalismo profesional para adentrarse en una relación más igualitaria donde el paciente participa activamente en la toma de decisiones sobre su salud. El consentimiento informado de aquél resulta ineludible hoy para cualquier tratamiento terapéutico y obliga al médico a brindar una información sincera y exhaustiva al paciente, lo cual redundará en una comprensión más cabal sobre la enfermedad que lo aqueja, sobre su pronóstico y sobre su futuro, también le permite decidir sobre ello. Las directivas anticipadas sobre salud pueden considerarse como un consentimiento anticipado. Además de la autorización o negativa a tratamientos y terapias determinadas, indicaciones sobre centros de salud y otras decisiones, estos actos, suelen contener la designación de la persona de confianza que actuará en nombre del otorgante ante el equipo médico para

expresar y hacer valer su voluntad, y en su caso tomar las decisiones necesarias. Esto significa también un cambio en el tradicional criterio que vedaba la posibilidad del otorgamiento de poderes para actos personalísimos. En el ámbito de la salud, no se discute hoy el derecho que tiene toda persona a designar representantes, de manera anticipada, con precisas instrucciones para actuar ante el equipo médico. ¿Podemos afirmar que en estos casos esa representación otorgada pierde vigencia a partir de una sentencia de interdicción? ¿Se vulnera de esta manera la voluntad que el paciente ha expresado de manera fehaciente cuando contaba con aptitudes suficientes para ello?

4) ¿Siguen existiendo incapaces?

Si consideramos que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad desde el comienzo expresa que “Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”, agrega en su segundo ítem que “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”, luego establece que “Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.” y que “Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.”, debemos concluir que el léxico del nuevo art. 152 ter, en tanto continúa hablando de “incapacidad” es inadecuado²⁶. La nueva norma incorporada al código civil

²⁶ En igual sentido: artículo 3º: Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; ...Artículo 5º :1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. Artículo 7º.... 3. 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

establece un régimen de capacidad progresivo y adecuado a la persona, pero no es correcto que siga hablando de un régimen de restricción a la capacidad de obrar (tendría que hablar de un régimen de apoyos o de salvaguardias) y menos aún de “incapacidad”.

Debe considerarse que en materia de inhabilitados la doctrina y la jurisprudencia son ya muy claras en el sentido de que el inhabilitado es una persona básicamente capaz, a la que sólo se restringen determinadas autonomías en su actuación, para las que debe contar con la aquiescencia de otra.

Ahora bien, ¿podría actualmente una sentencia, dada la vigencia de la mencionada convención y del nuevo art. 152 ter del código civil, declarar la incapacidad absoluta de obrar de una persona, esto es, decir que le limita todas las funciones y actos?

Existe doctrina que no compartimos que sostiene que “... es dable señalar que el hecho de que la capacidad admita grados no veda la posibilidad de que exista una enfermedad mental tan intensa que daba restringírsele al insano la mayor parte de los actos de la vida civil, o en definitiva, declararlo interdicto, por qué no, conforme el artículo 141 del Código Civil, por cuanto la graduación de la capacidad puede ir –si se nos permite la cuantización – desde un 0% hasta un 100%, criterio que obedece a consideraciones más médicas que normativas.”²⁷

Sostenemos la postura contraria y afirmamos que a partir de la incorporación del art. 152 ter a nuestro código civil ninguna duda cabe ya de que

apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho. Artículo 12.5 :Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

²⁷ SILVIA GUAHNON y MARTÍN SELTZER. “La sentencia en los juicios de insania e inhabilitación a la luz de la nueva Ley de Salud Mental” en DOCTRINA JUDICIAL, año XXVII, número 26, 29 junio 2011, pág. 95.

en nuestro derecho no existen ni pueden ser declarados incapaces absolutos de hecho.

Esta afirmación la efectuamos en base a lo dispuesto en el citado art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; a la remisión que efectúa el art. 475 del código civil y a lo dispuesto por el art. 24 de la ley 26.061 que confiere a los menores el derecho a “participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés” y “Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo”²⁸. De ese derecho los declarados “incapaces” no pueden ser despojados por sentencia alguna y es el derecho a expresar su opinión y a que ella sea tenida en cuenta.²⁹

Se podrá sostener que hay personas que por sus falencias naturales carecen de manera absoluta de la posibilidad de ejercer ese derecho. Sin embargo, lo cierto es que en la medida en que por una razón u otra sus deficiencias le permitan hacerlo, tendrá el derecho de hacerlo. Una cuestión es que no puedan ejercer ese derecho por falta de discernimiento y otra muy distinta que no lo pueda ejercer por una disposición del sistema jurídico que lo declara incapaz absoluto de hecho.

²⁸ En igual sentido el artículo 2 de la ley dispone 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. El artículo 3 define el interés superior del niño, niña y adolescente como la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías, debiéndose respetar, entre otros aspectos, su condición de sujeto de derecho; el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida 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 ella, filiación, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde debe desempeñarse. El artículo 19 establece que todas las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad, y este derecho 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. El artículo 27 dispone que los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite ...; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte ...

²⁹ Art. 12 de la Convención: “... respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona ...” Por otra parte, el Art. 3° la ley 26.657 reza así: “(...) Se debe partir de la presunción de capacidad de **todas** las personas.”

De donde se deduce que en la actualidad, en nuestro derecho, la condición básica de capacidad se aplica tanto para los inhabilitados como también para los interdictos o “incapaces” de los artículos 140 y 141 del código civil.

Las diferencias fundamentales que restan entre el régimen de los inhabilitados y el de los “incapaces”³⁰ son: a) Los primeros obran por sí mismos. Para determinados actos (los de disposición y los de administración que limite la sentencia) requerirán la conformidad sólo del curador, sin intervención judicial. b) Los segundos podrán actuar por sí en todos los actos que no se encuentren vedados por la sentencia. Para los actos vedados serán representados por el curador, quien a su vez estará sujeto al control (y a la autorización en su caso) del ministerio público y del magistrado interviniente.

Ahora bien, ante una declaración de interdicción (“incapacidad”) cabe preguntarse en qué medida se produce la caducidad del mandato o del poder por aplicación de los artículos 1.963 inc. 4º y 1.984 del código civil.

Entendemos que la respuesta es la misma que en el supuesto de los inhabilitados: *El mandato y el poder siempre continuarán vigentes para aquellos actos que deban realizarse dentro de la órbita de actuación permitida al interdicto quien siempre conservará la facultad de otorgar poderes y contratar mandatos dentro de esa misma órbita, salvo inhabilitación expresa por orden judicial.*

5) Otras normas que avalan nuestra postura.

Más allá de estas consideraciones debemos señalar la existencia de *disposiciones legales* que permiten sustentar la posibilidad de otorgar poder o mandato para ser cumplido después de la restricción a la capacidad de actuar del otorgante.

Sin agotar la enumeración veremos algunos ejemplos:

³⁰ Que ya no pueden ser “absolutos” (art. 54 del código civil).

a) Constitución Nacional y Tratados Internacionales.

Del preámbulo de nuestra carta magna resulta que ella tiene por objeto “asegurar los beneficios de la libertad”. Este paradigma impregna la redacción de todo su articulado. Destacamos el 19 que preserva la libertad en materia de acciones privadas “que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero” y que establece la libertad de no hacer “lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Leído este artículo en consonancia con lo dispuesto en el art. 25 inc. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; ...) cabe concluir que todo habitante del suelo argentino tiene derecho a otorgar los poderes y mandatos que le aseguren – ante la eventualidad de la declaración de la propia incapacidad – que se han de tomar las medidas que esa persona considera conducentes para el respaldo de la salud, bienestar, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica, servicios sociales, de sí mismo y de su familia.³¹

Por otro lado, el art. 74 inc. 23 de la carta magna, en su redacción posterior a la reforma de 1996, incorpora como obligación del Congreso Nacional el de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades”.

Esta nueva norma constituye un gran avance en el principio de igualdad consagrado en su originario artículo 16, como así también un avance en la misma materia con relación a su artículo 14 bis, que incorporó los llamados “derechos sociales” en el año 1957.³²

³¹ Conf. Cód. Comentado ... pág. 354.

De la consagración de este principio de “igualdad real de oportunidades” cabe deducir que el respeto hacia los mandatos y poderes conferidos para ser cumplidos luego de una declaración de incapacidad, precisamente con el objeto de resguardar para ese caso los propios intereses y deseos, contribuye al cumplimiento de ese paradigma. Nótese que quien se encuentra imposibilitado de obrar por sí mismo, al haber previsto esa situación y haber conferido poderes y mandatos para que se respete el cumplimiento de sus deseos y modos de vida, en tanto y en cuanto se refieran a conductas autorreferentes, encuentra una herramienta útil para igualar oportunidades para ejercer su libertad con quienes gozan de completa capacidad de obrar por sí mismos.

Reiteramos aquí la trascendencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378), que en su artículo 12 consagra el respeto hacia “los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” con discapacidad. ¿Qué mejor manera de preservar esos derechos, esa voluntad y esas preferencias que permitir el cumplimiento de las mandas y encomiendas formuladas de manera anterior al surgimiento de la discapacidad y en previsión de ellas?

b) Derechos Personalísimos:.

Debemos tener presente grandes cambios operados en nuestro Derecho que modifican sustancialmente conceptos básicos en esta materia. Especialmente el reconocimiento de los derechos personalísimos a nivel internacional y nacional y como consecuencia de ello la relevancia que la legislación vigente otorga a la voluntad de las personas, cualquiera sean sus circunstancias y especialmente en los actos autorreferentes.

El Derecho, a partir del proceso de codificación del siglo XIX, estuvo fuertemente orientado hacia los derechos patrimoniales, con un sesgo

³² Ver: “Derecho de autoprotección ...”, pág. 20 y ss. y Dabove – Barbero “Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección”. Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe, 2° Circunscripción, 2009, n° 1, pág. 36.

marcadamente individualista. Pero desde mediados del siglo XX se avanza hacia una nueva juridicidad más atenta al bienestar del ser humano y a sus derechos fundamentales³³. En el ámbito internacional se ha reconocido la necesidad de proteger el ejercicio igualitario de los derechos humanos, que se han convertido en el fundamento y en el contenido esencial del sistema democrático³⁴. Pero es necesario advertir que ellos no se refieren hoy solo a graves y generalizadas violaciones, sino que también comprenden a los derechos de la personalidad³⁵.

Nos referimos a aquellos derechos que corresponden a todo ser humano por el sólo hecho de existir. Entre estos derechos podemos mencionar el derecho a la vida³⁶, a la educación, a la autonomía, a tomar las propias decisiones, a la salud, a la vivienda, pero fundamentalmente el derecho, valga la redundancia, a ejercer estos derechos de manera digna, en un marco de libertad y en forma igualitaria con los demás. El principio de igualdad, quizás la piedra angular en el desarrollo de estos conceptos, se expresa hoy como igualdad de oportunidades, igualdad de trato, igualdad en los hechos.

Esta evolución en la protección de los Derechos Humanos se manifiesta también en la adopción de instrumentos internacionales de mayor poder vinculante para los Estados.

Nos interesa mencionar aquí, de entre estos tratados, la Convención Internacional de los Derechos del Niño (incorporada a nuestra Constitución Nacional por el artículo 75 inc. 22) y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (Ley 26.378) porque introducen el concepto de autonomía progresiva y adecuada a las reales aptitudes del ser humano y el paradigma de que toda persona, más allá de la edad, sexo o cualquier

³³ HOOFT, Pedro Federico. Bioética Derecho y Ciudadanía. Editorial Temis S.A.S. pag 29.

³⁴ 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

³⁵ CALÒ, Emanuele, "Bioética, nuevos derecho y autonomía de la voluntad". Ediciones La Roca, pag 55.

³⁶ Según Crovi es más clara e indicativa la expresión "derecho a vivir". CROVI, Luis D. "La Persona y los Actos de disposición para la Propia Discapacidad" en "Protección Jurídica de la Persona – Homenaje al Doctor Julio César Rivera" pág. 108. La Ley. Buenos Aires. 2010.

otra condición, es sujeto de derechos y protagonista³⁷ absoluto de su vida, con derecho a participar en todo asunto de su interés y a opinar y a que su opinión sea tenida en cuenta³⁸. Postulados éstos que profundizaron en nuestro Derecho las leyes 26.061 (Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes) y 26.657 (Salud Mental).

La voz del niño, del enfermo, de la persona con discapacidad, cobra relevancia en el mundo jurídico, mientras pierde sentido la rígida barrera que separaba, en el régimen jurídico tradicional, a los capaces de los incapaces. Como veremos estas normas internacionales, reconocidas por nuestro país e incorporadas paulatinamente en nuestra legislación interna, hablan de una capacidad jurídica universal, adecuada a las circunstancias de cada persona y especialmente a su aptitud de discernimiento concreto para cada acto en el que intervenga.

Desde estas páginas, pretendemos entonces puntualizar que ya no es posible hablar de la caducidad del mandato por incapacidad sobreviniente del mandante, sin analizar la incidencia de los nuevos criterios sobre incapacidad de las personas, que obligan a una interpretación adecuada de las normas.

Cabe ahora preguntarnos qué ocurre con los mandatos y con los poderes cuando una persona queda sujeta a un régimen que restringe su capacidad de obrar. Lo estudiaremos primero conforme con el régimen tradicional de Vélez Sársfield, dentro del cual incluimos una norma tal como el art. 152 bis, incorporado en 1968 por el decreto-ley 17.711 (que es, en realidad, el primer esbozo de sustitución de ese régimen). Luego intentaremos integrar al sistema las nuevas disposiciones vigentes a partir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las leyes 26.061, 26.529, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la ley 26.657. Ellas, como expresamos, alteran totalmente el sistema originario.

³⁷ La etimología de la palabra “protagonista” nos remite al griego: “primer actor”. El discapacitado, de acuerdo a los postulados que pregonamos es así el primer actor absoluto de su vida.

c) Legislación nacional.

El art. 2.715 del código civil permite al testador establecer la indivisión forzosa de los bienes luego de su fallecimiento por el término de 5 años. Por su parte, conforme con el 2.613 “Los (...) testadores no pueden prohibir a los (...) sucesores en sus derechos, que enajenen (...) por mayor término que el de diez años”. Además, el art. 51 de la ley 14.394 confiere al testador el derecho de imponer a sus herederos, aún forzosos, la indivisión por un plazo no mayor de 10 años, con la posibilidad de su extensión hasta la mayoría de edad de todos los herederos.

De este articulado resulta claro que la persona fallecida mantiene determinadas facultades sobre los que fueron bienes de su patrimonio por los plazos precedentemente consignados. ¿Cómo no permitir a la persona viva pero que tiene una restricción a su capacidad de obrar en razón de incapacidad que se cumplan sus mandas y encomiendas efectuadas durante el ejercicio pleno de su discernimiento y de su libertad en previsión de su pérdida?

Además, el art. 15 de la citada ley 14.394 designa curador al ausente pero sólo en el supuesto de que el hecho hubiere ocurrido “sin haber dejado apoderado”. De manera concordante, el art. 144 del Código de Comercio dispone la subsistencia de las facultades del factor ante la muerte del principal mientras no le sean revocados los poderes, de donde la doctrina agrega que “Aunque el precepto no lo diga expresamente, es indudable que la incapacidad del proponente tampoco hace cesar al factor, cuya autorización subsistirá mientras no se la revoque el juez o el curador”³⁹

En 2009 se sancionó la ley 26.529 referida a los “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”.

³⁸ Llorens Rajmil. Op cit pag. 18

³⁹ ANAYA – PODETTI (coords.) Código de Comercio y leyes complementarias, p. 18 y siguientes.

Su artículo 5° define al consentimiento informado como “la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, *o por sus representantes legales* en su caso, emitida luego de recibir por parte del profesional interviniente información clara, precisa y adecuada (...)”.

Por su parte el artículo 11° prevé las directivas anticipadas en materia de salud⁴⁰. Queda así diferenciado el consentimiento informado de las directivas anticipadas. Éstas últimas son las otorgadas con suficiente anterioridad al acto médico, mientras que el primero es el que se otorga cuando el acto médico es concreto e inmediato.

Si bien esta diferencia debe acarrear consecuencias en materia de formas y recaudos, lo concreto para el tema que estudiamos es que ante un acto médico que ha de realizarse, el consentimiento informado debe ser prestado por la persona o por sus “representantes legales en su caso”.

La expresión “en su caso” se refiere indudablemente a las personas que carecen de la capacidad⁴¹ o del discernimiento necesario para otorgarlo, para quienes han de prestarlo sus representantes que sin duda han de ser los padres del menor o su tutor; y en el caso del interdicto, su curador.

Para el supuesto de pérdida del discernimiento o de la aptitud para prestar el consentimiento informado por sí mismo, dentro de los “representantes legales” se han de incluir, también sin duda, a las personas que el art. 4° de la ley faculta para recibir – en similar caso – la información sanitaria: “al cónyuge que conviva con el paciente, a la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la

⁴⁰ Para un análisis más detallado de esta norma ver “Derecho de Autoprotección ...” pág. 26 y ss. La Ley 1-12-2009, pág. 1: “Directivas anticipadas de salud (art. 11 de la ley 26.529)”

⁴¹ Sin olvidar que conforme con el art. 2° inc. e) de la misma ley “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”, derecho que también tienen las personas mayores incapacitadas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 475 del Código Civil y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad”.

En base a lo dispuesto en el art. 11° de la ley (directivas anticipadas) afirmamos que dentro del concepto de representantes “legales” a que se refiere el artículo 5° de la ley, han de incluirse las personas designadas en la directiva anticipada, esto es, al mandatario o apoderado para prestar en su momento el consentimiento informado.⁴²

Una interpretación contraria implicaría que las personas enumeradas en el art. 4° se transformarían en receptores “forzosos” de la facultad de otorgar el consentimiento informado, extremo totalmente inaceptable. Es correcto que ante la imposibilidad de que el enfermo otorgue dicho consentimiento por sí mismo se recurra a sus allegados, siempre y cuando se recuerde que esos “allegados” o parientes pueden tener conflictos de intereses personales o materiales con el enfermo. Se olvida – generalmente – que estas personas – más allá de las desaveniencias que seguramente existen en toda familia y con todos los “allegados” – pueden ser los eventuales herederos del enfermo y que por tanto pueden hallarse tentadas de no prestar el mejor consejo ni para la conservación de la vida ni para la conservación de la salud del enfermo.

Por tanto, resulta de magna trascendencia atender a lo expresado por el paciente con pleno discernimiento acerca de quiénes son las personas que deben decidir en materia de su propia salud para el supuesto de no poder hacerlo por sí mismo.

⁴² Con relación a la aplicación del mandato a actos personalísimos ver “Derecho de Autoprotección” pág. 46 y ss.; Cornelli, “La Declaración de incapacidad ¿alcanza a los actos jurídicos familiares y personalísimos?” (Revista Notarial N° 953, p. 33). Rabinovich-Berkman (Derecho Civil. Pte. General. p. 475). Kemelmajer de Carlucci “La demencia como base de las nulidades en el Código Civil” en Revista de Derecho Privado y Comunitario n° 8, Nulidades, pág. 90. Albaladejo “Derecho Civil. Introducción y parte general. t. I, vol. 1, p. 272 y ss.) Morello – De la Colina “Los límites de la representación. Derecho y realidad”. Revista Notarial, n° 953, p. 21.

Si bien la ley que comentamos se refiere únicamente a cuestiones de salud, nada impide que estos criterios se apliquen por analogía a otras cuestiones personales o de índole patrimonial.

Estos criterios se ven reforzados con la sanción en 2011 de la ley 26.657, llamada Ley Nacional de Salud Mental.

Conforme con su art. 7º, inc. k), las personas con padecimiento mental tienen derecho a “poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades”. Ninguna duda cabe que dentro de esas posibilidades está la de decidir con antelación al padecimiento quiénes han de ser las personas adecuadas para prestar el consentimiento informado.

La misma ley, al incorporar al código civil el nuevo art. 152 ter, obliga a “que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”, lo que indica que el respetar las mandas y encomiendas de todo orden efectuadas con carácter anticipado implica cumplir con esta nueva norma.

Por su parte las leyes de las provincias de Rio Negro, 4263, y de Neuquén, 2611, también contemplan la posibilidad de que el paciente nombre uno o más representante como interlocutores con el equipo médico.

6) Jurisprudencia.

En un expediente resuelto por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires⁴³, se trató acerca del pedido de “desconectar” a una paciente en estado vegetativo permanente. Al no haber disposiciones anticipadas, varios miembros del tribunal analizaron su eficacia para el supuesto de que ellas hubieran existido. Pese al rechazo de la demanda, es interesante analizar algunos votos, entre ellos el del Dr. Roncoroni que antes de la sanción de la ley 26.529 ya expresó que “esta

⁴³ “S., M. d. C. Insania” SCBA, 9/2/05, ED. 212-551; LL, 2005-B-267; “Revista Notarial” N° 950, p. 387. Ver: TINANT, Dignidad y autonomía de la persona al final de la vida, “Revista Notarial” N° 950, p.21.

voluntad bien puede expresarse a través de lo que los países sajones conocen como living will, testamento de vida o testamento vital (...) o mediante el otorgamiento de un *poder especial* (esencialmente revocable) a un tercero para que las exteriorice cuando su mandante llegue a esas precisas y detalladas circunstancias (...) es indiscutible que tanto uno como otro expresan en forma fidedigna la real voluntad del paciente hoy inconsciente o impedido de manifestarse (...) si el enfermo *no dejó instrucciones ni mandas*, ni tampoco se cuenta con manifestaciones previas a su pérdida de conciencia que ilustren acabadamente sobre su madura y reflexiva decisión de interrumpir o negarse a recibir tratamientos de sostén, ya que tratándose del derecho a la vida – derecho personalísimo e inherente a la persona⁴⁴ – sólo puede ser ejercido por su titular”.

7) Legislación extranjera.

Dentro del derecho continental podemos decir que es en Alemania donde se dicta la primera ley que regula esta materia. Ella es la del 12 de septiembre de 1990 y se la denomina “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.

Esta corriente fue seguida por otros países. Entre ello, por el código civil de Quebec, vigente desde 1994, que prevé el mandato otorgado en previsión de la propia ineptitud (art. 370). Admite que una persona sea la administradora de los bienes y otra la designada para atender a los cuidados personales. Sólo en caso de insuficiencia del mandato se abren otros regímenes de protección.

En Italia, en 2003, se modificó el Código Civil para introducir la figura del “administrador de sustento”.

La ley española 41/2003 del 18 de noviembre – entre otras reformas – modificó el código civil en materia de mandato. Su artículo 1732 quedó redactado

⁴⁴ Sobre el tema de los mandatos para actos personalísimos ver: Morello – De la Colina, “Los

así: “Artículo 1732. El mandato se acaba: 1° Por su revocación. 2° Por renuncia o incapacidad del mandatario. 3° Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario. El mandato se extinguirá, también, por la incapacidad sobrevenida del mandante, *a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante* apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.”

La ley 2007-308 de Francia reguló el mandato de protección futura que modifica, entre otros, el art. 407 del código civil.

La ley 18.473 sobre voluntad anticipada en materia de salud de la República Oriental del Uruguay establece que, en el documento de expresión de voluntad anticipada que regula dicha ley, se deberá incluir siempre el nombramiento de una persona denominada representante, para que vele por el cumplimiento de su voluntad⁴⁵. También la reciente ley 29.633 de la República del Perú reforma el código civil e introduce en el artículo 568-A no sólo la posibilidad de designar preventivamente al propio curador, sino también la de “establecer el alcance de las facultades que gozará quien sea nombrado como curador”, lo que implica la oportunidad de introducir encomiendas a la persona designada.

8) Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Finalmente destacamos que las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas del 26 al 28 de octubre de 1995 en la ciudad de Mar del Plata, declararon ya, de lege ferenda, que debe permitirse el ejercicio de la representación aún después de la incapacidad del mandante, cuando el mandato ha sido dado en previsión de la propia incapacidad o para subsistir a ella.

límites de la representación. Derecho y realidad” en Revista Notarial N° 953, p. 21.

⁴⁵ Pero establece también en su Art 7: “...No obstante, cuando el paciente sea incapaz, interdicto o niño o adolescente, pero con un grado de discernimiento o de madurez suficiente para participar en la decisión, ésta será tomada por sus representantes legales en consulta con el incapaz y el médico tratante....”

V. ROL DEL NOTARIO.

Podemos afirmar que el escribano es el intérprete inmediato de toda nueva legislación y especialmente de aquella que impacta de manera profunda en cuerpos normativos vigentes de larga data. Generalmente estas normas se enfrentan a prejuicios, rechazos y dificultades, por ello su análisis e interpretación exigen un esfuerzo concienzudo, esmerado y prudente. Pero la práctica cotidiana y la necesidad de aplicarlas de inmediato no admite dilaciones e impone al notario abocarse a la tarea con urgencia. Es así que cada vez que nos enfrentamos con una legislación novedosa el escribano debe interpretarla y generalmente es el primero que la aplica.

Por otro lado el escribano, por su contacto directo con sus requirentes, es un profesional idóneo para desentrañar su voluntad y comprender sus problemas. Por su preparación jurídica, es el indicado para asesorar y elaborar en cada caso las estrategias jurídicas que, en el marco de la ley, aseguren el respeto a la cabal voluntad de las personas y la vigencia de sus derechos. Por las características de su función, es el mediador imparcial entre intereses divergentes, entre el bien jurídico a proteger y el bien público. Por la fe pública que el Estado deposita en él, es quien da certeza y seguridad a los actos que garantizan los derechos, procurando el equilibrio contractual y la prevención de conflictos.

Trascendente resulta su función en el ámbito de los derechos de las personas más vulnerables, es decir de aquéllas, que por su edad, enfermedad, discapacidad o diferentes circunstancias de la vida, requieren una protección legal complementaria para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que las demás personas. El escribano, como profesional en ejercicio de una función pública, se convierte en eficaz garante, de manera personalizada, de los derechos de todos.

Por las razones desarrolladas, los escribanos cumplen un rol fundamental en los grandes cambios del mundo jurídico, participando y bregando en pos de la

modificación de nuestra legislación interna, pero también implementando y aplicando los nuevos criterios en su diaria labor. La función social del notariado y su compromiso con los derechos fundamentales de todas las personas, así lo exigen.

VI. CONSECTARIOS.

1.- Dado que la capacidad es asunto que maneja la ley, resulta desacertado emplear la expresión "incapacidad natural" o "incapacidad accidental" para referirse a aquellas personas que sólo carecen de aptitudes psíquicas suficientes para otorgar actos jurídicos pero que no se encuentran sujetos a ningún tipo de régimen judicial de apoyo o de restricción a su aptitud de obrar. Más allá de la eventual anulación de los actos que otorguen por causa de su falta de discernimiento en el obrar, ellos seguirán siendo capaces hasta que la ley, y no la naturaleza o el accidente, los declare incapaces.

2.- No existe en nuestro ámbito jurídico un léxico apropiado para designar a quien carece de discernimiento suficiente para otorgar negocios jurídicos y que no ha sido "incapacitado por sentencia judicial" o "beneficiado por un régimen de protección", por lo que proponemos el neologismo "disdiscerniente".

3.- Los artículos 1963, inciso 4º, y 1983 del código civil argentino se refieren únicamente a la incapacidad declarada del mandante o poderdante y no a la mera pérdida del discernimiento.

4.- En nuestro Derecho, actualmente, la condición básica de capacidad se aplica tanto para los inhabilitados como también para los interdictos o "incapaces" de los artículos 140 y 141 del código civil argentino.

5.- El mandato y el poder siempre continuarán vigentes para aquellos actos que deban realizarse dentro de la órbita de actuación permitida al interdicto quien siempre conservará la facultad de otorgar poderes y contratar mandatos dentro de esa misma órbita, salvo inhabilitación expresa por orden judicial.

6.- Si de acuerdo con el art. 1982 del código civil argentino “El mandato continúa subsistiendo aún después de la muerte del mandante, cuando ha sido dado en el interés común de éste y del mandatario, o en el interés de un tercero”, resulta obvio que el mismo criterio ha de aplicarse para el caso de restricción a la capacidad de actuar del otorgante.

7.- Las disposiciones legales vigentes permiten sustentar el otorgamiento de poder o mandato para ser cumplido después de la restricción a la capacidad de actuar del otorgante.

8.- En base a lo dispuesto en el art. 11° de la ley argentina 26.529 (directivas anticipadas) afirmamos que dentro del concepto de representantes “legales” a que se refiere el artículo 5° de la ley, en primer lugar han de incluirse a las personas designadas en la directiva anticipada, esto es, al mandatario o apoderado para prestar en su momento el consentimiento informado.