

## ***Apuntes sobre los conceptos de capacidad e incapacidad en el derecho español y argentino\****

Por Maritel M. Brandi Taiana

### **1. Notas preliminares**

#### **a) Introducción**

En un primer momento, cuando elegimos nuestro tema de estudio, pensamos que versaría sobre el tratamiento que los ordenamientos jurídicos español y argentino dispensan a la *incapacidad de las personas físicas mayores de edad*.

A esta altura el objeto de estudio ha cambiado. En efecto, el mayor desafío que nos ha planteado esta pequeña investigación fue el descubrir que muchos de los presupuestos de los que proyectábamos partir no eran como los pensábamos en un principio. Sin ir más lejos, veremos a lo largo del trabajo que, en lugar de centrarnos en la incapacidad, lo haremos en la capacidad y, fundamentalmente, en el “derecho de autoprotección”, lo que desde ya supone un cambio conceptual importante y nos exige el análisis desde distintos ángulos, sin pretender en absoluto abarcar todos los aspectos.

En aras de abordar el tema expondremos en líneas generales el régimen jurídico de los mayores de edad vigente en España y en Argentina para lo cual resultará indispensable comenzar por establecer el significado que uno y otro ordenamiento asignan a los términos técnicos propios de la materia, circunstancia que, más allá de lo que se puede suponer *a priori*, no nos ha presentado pocos inconvenientes.

Posteriormente, nos referiremos al alcance de la noción de orden público y su influencia en el ámbito que nuestro tema reserva a la autonomía de la voluntad a fin de acordar sobre la posibilidad de establecer disposiciones y estipulaciones en previsión de la propia eventual incapacidad.

Por último, nos adentraremos en tres de los puntos especialmente conflictivos: 1) la situación de la persona que se encuentra con una disminución en su capacidad natural, mientras no ha sido declarada jurídicamente incapaz; 2) la importancia de establecer un registro de voluntades anticipadas, y 3) el valor de las manifestaciones vertidas por quien ha sido incapacitado judicialmente.

Advertimos que en nuestra redacción recurriremos a menudo a citas textuales de distintos autores consultados. Ello se debe a que intentaremos, por todos los medios, ceñirnos a las ideas y conceptos tal cual han sido expuestos por sus autores para evitar aumentar la complejidad natural del tema con interpretaciones propias. “Mejor que citar las ideas es hacerlas hablar por sí mismas”.

Hasta aquí la exposición de nuestros propósitos en el plano jurídico. Por otra parte, hay un aspecto, tal vez menos jurídico, que ha tenido un gran peso en nuestra

---

\* [Bibliografía recomendada.](#)

investigación y que, seguramente, adquirirá relevancia en el recorrido de las páginas siguientes.

Toda investigación, cualquiera sea la materia de que se trate, reconoce, desde el inicio, un límite fundamental que la tiñe: la mirada subjetiva del investigador. Este inconveniente es prácticamente insalvable y dependerá, en cada caso, de la formación y los preconceptos del agente y hasta de la hipótesis misma de la cual se parte. Así, dice Bertrand Russell en sus *Ensayos escépticos*, “todo hombre, donde quiera que va, está rodeado por una nube de convicciones... que se mueven con él como las moscas un día de verano”.

En este caso puntual, a la subjetividad que nos es “humanamente” inherente, se agrega el hecho que, si bien España y Argentina comparten un mismo idioma y hasta si se quiere, una misma tradición jurídica, a medida que nos fuimos involucrando en el estudio pudimos comprobar las grandes diferencias que existen en uno y otro sistema jurídico más allá del mero contenido literal del derecho positivo. De hecho, al inicio pretendimos remitirnos directamente a los conceptos jurídicos específicos que son propios del tema elegido pero, a poco andar, nos encontramos con que a iguales términos jurídicos corresponden diferentes conceptos y distintas situaciones de hecho.

Estas reflexiones parecen ser una verdad de perogrullo. No obstante, tenemos la impresión que normalmente las olvidamos a lo largo de los estudios como al formular nuestras conclusiones o leer conclusiones vertidas por terceros.

Hay una gran cantidad de trabajos que se centran en la comparación de un mismo instituto en distintos ordenamientos jurídicos. En Europa, con el avance de la unificación, análisis de este tipo son evidentemente muy habituales y hasta necesarios. En Sudamérica, especialmente en Argentina, son comunes también, pero la distancia geográfica sumada al hecho de dar por cierto que, el “hábitat” legal dentro del que nos movemos es similar, puede que nos impida advertir, a primera vista, que nuestro ordenamiento y, el ordenamiento español responden a diferentes “burbujas lógicas” que, por iguales caminos, nos pueden conducir a conclusiones muy dispares y hasta equivocadas.

Si abandonamos por un instante el plano estrictamente jurídico de nuestra pequeña investigación se nos facilitará la comprensión de este fenómeno. Somos dos pueblos, dos culturas y dos idiosincrasias diferentes, con parentesco pero con edades y experiencias distintas. Dado que, el derecho suele ser la respuesta que el legislador ofrece a las necesidades y requerimientos de los pueblos, ¿cómo podríamos siquiera considerar la posibilidad de analizar los ordenamientos jurídicos que los rigen, desde una única óptica, en este caso, la nuestra? Esta pregunta, necesariamente nos conduce a otra: ¿desde qué otra óptica podría cada uno analizar un tema sino desde la propia?

La pausa entre el párrafo anterior y éste significó en nuestro proyecto varios días de elaboración. Debimos “asimilar” el impacto que significó darnos cuenta que no podíamos ofrecer una respuesta al problema y por ende la necesidad de asumir, rápidamente, que, aún resultándonos prácticamente imposible solucionar el escollo anotado, teníamos que seguir adelante a fin de cumplir con nuestra tarea. Hemos debido conformarnos con la firme resolución de poner el mayor cuidado del que seamos capaces a medida que avancemos en nuestro estudio.

Estos pensamientos nos hicieron advertir que, aún remitiéndonos únicamente al ámbito de lo jurídico, muchas veces hemos escuchado opiniones concluyentes, no por ello menos temerarias, respecto a que, en tal o cual aspecto, este sistema resulta más conveniente que aquél o tal solución es más acertada que aquella. Así, hemos accedido a gran cantidad de juicios de valor emitidos, por momentos, con una seguridad asombrosa. Solemos olvidar o restarle importancia a las circunstancias, fundamentalmente de hecho, que rodearon una decisión legislativa determinada.

Más aún, por mucho que tomemos en cuenta tales circunstancias, siempre las valoraremos desde nuestro punto de vista “teñido”, por decirlo de alguna manera a partir de nuestra propia visión cultural, política, económica y social del tema. Es casi imposible, o al menos nos resulta así a nosotros, el análisis de las distintas normativas que rigen un tema específico desprovistos de preconceptos<sup>1</sup>.

A esta altura sólo nos cabe reconocer que, las reflexiones que hemos expuesto hasta aquí, tal vez sean únicamente una excusa que invocamos de manera anticipada frente a la posibilidad que a lo largo del trabajo se ponga de manifiesto, una vez más *la incapacidad de los capaces*. En este caso, la incapacidad que habitualmente tenemos aquellos a los que el derecho nos considera “capaces”, para adentrarnos en el análisis de un tema puntual, respetando las posturas y concepciones lógicas y jurídicas que rigen los distintos ordenamientos. Es más, asumimos que, tal vez, en algunos aspectos, es posible que malinterpretaremos o perdamos de vista elementos jurídicos relevantes para nuestro estudio y ello por el solo hecho de provenir de una cultura jurídica diferente. Veremos qué tanto podemos hacer para disminuir al mínimo posible esa incapacidad casi “genética” que humana y jurídicamente nos es propia.

## b) El objeto de estudio

Señalamos en la introducción a este trabajo que, en un primer momento pensamos circunscribirnos a la *incapacidad* en las personas físicas mayores de edad. A medida que fuimos avanzando en nuestra investigación, nos dimos cuenta que el tema que reclama nuestro estudio es la *capacidad* y el *derecho de autoprotección*.

---

<sup>1</sup> Si bien no es nuestro tema de estudio, durante nuestra estancia de unos pocos meses en España, pudimos observar el fenómeno que venimos comentando tal vez en su máxima expresión, en lo que respecta a las consideraciones que tantas veces hemos escuchado con relación al sistema registral español y argentino. No son pocas las veces en las que se ha destacado el excelente funcionamiento del Registro de la Propiedad Inmueble de nuestro país y tampoco han sido pocas las veces en las que importantes juristas han contemplado atónitos el hecho que un país con la excelencia jurídica de España, no tenga un régimen similar al nuestro. Esos factores jurídicos y extrajurídicos que dejamos normalmente de ponderar al emitir una opinión como la anterior, son los que, a nuestro entender, nos han llevado a emitir juicios erróneos fundados básicamente en el desconocimiento no ya de la norma escrita sino de la idiosincrasia, de las necesidades, del contexto, en el que se desarrolla cada sistema. Algo muy difícil de hacer para todo ser humano, en cualquier aspecto de la vida, es analizar una determinada cuestión desde un punto de vista diferente al propio. Cuando niña mi padre solía repetirme una frase de un indio sioux que, aproximadamente, decía: “abstenme Dios mío de juzgar a alguien sin haber estado al menos un día en sus zapatos”. La he tenido muy presente durante esta experiencia.

En un primer momento hicimos hincapié en la incapacidad porque enfrentá- mos el tema desde la “burbuja lógica” del ordenamiento jurídico argentino o tal vez, simplemente, de nuestra postura personal. Existe en nuestro derecho la clasificación que distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar o de hecho y, al igual que en España, la incapacidad jurídica nunca puede ser absoluta, sí puede serlo la incapacidad de hecho. Respecto de la capacidad de obrar, el Código Civil argentino prevé la capacidad o incapacidad sin alternativas intermedias. El incapaz nada puede hacer por sí mismo, salvo testar en un intervalo lúcido; el capaz puede hacerlo todo. Por lo demás sólo se es incapaz, en ambos ordenamientos, previa sentencia judicial que así lo declare<sup>2</sup>.

En realidad en el sistema argentino el incapaz se encuentra en una situación jurídica casi más desfavorable que la de una persona fallecida, puesto que hay una gran cantidad de normas del derecho sucesorio que prevén las disposiciones que toda persona puede establecer para el caso de su fallecimiento, voluntad del cau- sante que debe ser respetada por tribunales y herederos. En cambio, el incapaz no puede formular disposiciones válidas respecto de su persona y sus bienes, puesto que no es capaz, pero tampoco le es aplicable el régimen sucesorio expuesto por cuanto no ha fallecido. La ley lo trata como si jurídicamente hubiera muerto y no le reconoce ninguno de los beneficios que el sistema sucesorio prevé para aquél. Al incapaz se lo ha olvidado. Es en este contexto en el que revemos que nuestra inves- tigación debe versar sobre *el incapaz*.

Tal vez el olvido halle justificación en lo excepcional del supuesto de hecho al momento en que se redactó el Código Civil. Hoy vemos que la longevidad y la pro- longación artificial de la vida han incrementado en progresión geométrica el número de personas de una u otra manera involucradas en esta situación. Ahora bien, tal vez “recordar” al incapaz sea precisamente dejar de verlo como tal y ampliar el mar- co de capacidad que le es propio, observar el tema desde otra óptica.

Más allá de lo jurídico, en los hechos, la capacidad y la incapacidad no son dos situaciones tan definitivamente diferenciables. No hay propiamente incapacidad sino capacidad con distintos grados.

Como dijimos, ni en el sistema jurídico argentino ni en el español se admite la incapacidad jurídica absoluta; sin embargo se acepta la incapacidad de hecho abso- luta, aunque con mucha mayor cautela en el sistema español. En la vida diaria, en nuestro mundo real, tanto en el aspecto físico cuanto psíquico, prácticamente podría asegurarse que no existen incapaces que no puedan realizar por sí mismos absolu- tamente nada. El avance en las investigaciones médicas, bioéticas, sociológicas, psicológicas, etc., ha ido demostrando que aún, una persona internada en un hospi- tal neuropsiquiátrico con una patología “médicamente irreversible”, puede hacer co- sas y esas “cosas” deben ser legalmente reconocidas porque “nuestro” mundo es el de todos, no sólo el de aquellos a los que el derecho considera “capaces”<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Art. 140, Cód. Civil argentino: “Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente. Art. 199, Cód. Civil español: “Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley”.

<sup>3</sup> En Argentina, en la localidad Pigüé de la provincia de Buenos Aires, existe un hospital neu-ropsiquiátrico modelo dirigido por el psiquiatra Guillermo D. Girola, con el apoyo de su esposa la psi-

En esta misma línea de ideas, es de destacar que dentro del mundo de los “capaces”, muchas veces nos enfrentamos con las “incapacidades de los capaces”. Todo ser humano tiene aspectos de su vida y su personalidad para los que no es hábil y en los que la noción de “autogobierno” es seriamente cuestionable.

El tema debe ser encarado al revés de lo que podríamos pensar: no desde lo jurídico hacia lo humano sino desde lo humano a lo jurídico. Reconocida la “incapacidad de los capaces y la capacidad de los incapaces” en el mundo “metajurídico”, debemos repensar los sistemas normativos que ofrecemos a esta realidad y no viceversa; el derecho debe estar al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la ley.

De ahí que nuestro trabajo ha comenzado, básicamente, con una descripción de la realidad y luego, a medida que avancemos, iremos viendo cómo juega esa realidad en el mundo jurídico.

En párrafos anteriores hemos hecho referencia, casi tangencialmente, al derecho de autoprotección. En febrero del año 1998, en el marco de la VIII Jornada Notarial Iberoamericana, en el tema III “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, que tuvo lugar en Veracruz, México, la respectiva Comisión reconoció la existencia en la comunidad de “la inquietud por prevenir personal e individualmente, cada uno a su manera, la forma en que vivirá una eventual futura incapacidad”.

En esa oportunidad, los asistentes coincidieron en lo importante de una concreta previsión en el orden patrimonial, que asegure recursos suficientes y bien administrados, que posibilite alcanzar los objetivos de tipo personal en cuanto a las condiciones de habitación y los cuidados a recibir, entre ellos la asistencia médica, de tal manera que le resulte posible al incapaz mantener y aún mejorar el nivel de vida anterior, que le permita seguir viviendo con la misma plenitud con que lo hacía cuando era capaz.

Toda persona tiene derecho a asegurarse para sí el “bienestar moral y material” del que habla el art. 2130 del Cód. Civil de Québec<sup>4</sup>, y ello dentro del mayor respeto posible de la “autonomía de la persona asistida” como propone el derecho alemán actual. Por moción del delegado español Rivas Martínez, se propuso llamar a este derecho, “derecho de autoprotección”. Por unanimidad se concluyó en “reconocer la existencia y legitimidad de este derecho del que es titular toda persona por serlo, nuevo en cuanto a su desarrollo, por cuanto responde a necesidades e inquietudes que plantean la vida actual y el progreso”<sup>5</sup>.

---

cóloga Gabriela Gutiérrez. Allí se procura insertar en la vida cotidiana a los enfermos internados, mediante el desarrollo de trabajos y actividades para los que cada uno demuestre habilidades y se ha podido comprobar que esa es una forma muy eficaz de incentivarlos y lograr mejorías. Hay internos que sólo se comunican en los talleres. Además, el producido de su trabajo, por ejemplo en huertas, se comercializa en la comunidad generando un ingreso extra que les asegura una mejor atención.

<sup>4</sup> En realidad se trata del art. 2131 del Cód. de Québec el que, seguramente por error material, ha sido mal consignado, cuyo texto reza: “*The object of the mandate may also be the performance of acts intended to ensure the personal protection of the mandator, the administration, in whole or in part, of his patrimony as well as his moral and physical well-being, should he become incapable of taking care of himself or administering his property*”.

<sup>5</sup> Taiana de Brandi, Nelly A. - Llorens, Luis R., *El derecho de autoprotección en la VIII Jornada Notarial Iberoamericana*, en obra colectiva, “Temas de actualización jurídica”, La Plata, Fundación Editora Notarial, 2001, p. 47 y siguientes.

El derecho de autoprotección ha dado origen en la actualidad a dos institutos que ya tienen cierto reconocimiento en el entorno jurídico: “la autotutela”, regulada así en el derecho catalán y el mal llamado “testamento vital o *living will*”. A ambos nos referiremos en páginas siguientes.

## 2. Régimen jurídico vigente

### a) El régimen jurídico vigente en Argentina y España en cuanto a incapacidad

1) *Capacidad jurídica y capacidad de obrar o de hecho*. La definición tradicional de capacidad jurídica y capacidad de obrar es coincidente en el derecho argentino y en el español.

Se entiende como *capacidad jurídica* aquélla que es inherente a la persona y reconoce a ésta como titular de derechos y deberes jurídicos. La capacidad de obrar o de hecho se refiere al ejercicio de esos derechos que, como persona, le corresponden.

El jurista español Castán Tobeñas entiende que la capacidad jurídica es sinónimo de personalidad, pues implica aptitud para derechos y obligaciones y que tal aptitud se despliega como mera tenencia y goce de los derechos que deviene en aptitud de ejercicio cuando nos movemos en el plano de la capacidad de obrar o de hecho. “La capacidad de derecho supone una posición estática del sujeto, mientras que la capacidad de ejercicio denota una idea dinámica”<sup>6</sup>.

En España, el maestro De Castro dio un giro importante en la doctrina tradicional, introduciendo dos ideas de suma importancia: a) la de “modalidades de la capacidad de obrar” y el criterio preferentemente gradual de capacidad, y b) la de capacidad especial, “que significa un plus de exigencia en las condiciones personales, una peculiar aptitud derivada de la naturaleza del acto o negocio. Así, en De Castro, la capacidad restringida (que se opone a la plena) dependerá del estado civil y su diferencia con la especial es que esta última depende de una norma particular sobre un acto concreto. Se opera, de este modo, una combinación de los dos criterios (sectorial y gradual) favorable al segundo, que ha influido en la exposición de la doctrina española posterior, sobre todo, en los que han seguido a De Castro en su concepción del estado civil como determinante de la capacidad de obrar”<sup>7</sup>.

Resulta evidente aquí que esta idea de graduación de la capacidad de obrar no es nueva en la doctrina española.

Cuando Ramos Chaparro desarrolla su idea acerca de los conceptos que tratamos dice que el concepto de capacidad jurídica es una proyección del principio de dignidad y es aquel por el que “se reconoce la subjetividad jurídica general y connatural del individuo humano”<sup>8</sup>. Respecto a la capacidad de obrar, señala que es aque-

---

<sup>6</sup> Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, “Introducción y parte general”, vol. II, “Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos”, Madrid, Reus, 1965, p. 136.

<sup>7</sup> Ramos Chaparro, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 193, citando las ideas de D. Federico de Castro expuestas en 1952.

<sup>8</sup> Ramos Chaparro, *La persona y su capacidad civil*, p. 154.

lla que “está determinada por el grado de autogobierno en virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad”<sup>9</sup>.

Vemos en este autor contemporáneo cómo los mismos conceptos pueden profundizarse aún más. La sola alusión a “grado de autogobierno” nos muestra un cambio importante en el criterio netamente jurídico sostenido por la doctrina tradicional.

Ramos Chaparro cita a Gordillo y dice “allí donde tal capacidad de autogobierno se verifica, allí mismo debe reconocerse, y en esa misma medida, la capacidad de obrar”.

Sigue diciendo Ramos Chaparro de la capacidad de obrar: “Este es el imperativo jurídico-privado de la *dignitas activa*, que por su prioridad en la jerarquía valorativa debe prevalecer en la interpretación y aplicación de las normas sobre capacidad de obrar, por lo que ésta acaba resultando una categoría plural y flexible, ceñida lo más posible a las bases biopsicológicas de la personalidad, en sus aspectos evolutivo e involutivo y a la trascendencia atribuida a los diversos actos jurídicos. Una categoría, en fin, tan jurídica como fáctica (la capacidad natural) cuyos eventuales efectos contra la seguridad del tráfico pueden corregirse por aplicación del principio de protección de la buena fe de la contraparte, basada en la apariencia objetiva de capacidad, como propone, igualmente, Gordillo”<sup>10</sup>. Esta forma de ver la problemática nos permite comprender la razón por la que en el derecho español vigente existe un régimen de graduación de la incapacidad, más allá que, en la práctica, los operadores del derecho estén acostumbrados a contemplarlo o no<sup>11</sup>.

2) *Capacidad natural*. Tal vez este concepto que trata de manera especial Ramos Chaparro en su libro, merezca un acápite aparte pues se trata de una idea, casi nos atreveríamos a decir, inexplorada, en la doctrina argentina.

Hemos visto que la doctrina contemporánea española comienza a introducir en sus definiciones conceptos como “autogobierno” y “bases biopsicológicas de la personalidad”.

Dice Ramos Chaparro que la capacidad de obrar es una categoría que “se nos manifiesta, ante todo (igual que la capacidad jurídica) como una cualidad *personal* o propia del ser humano que, en múltiples ocasiones y con parámetros muy diferentes, el ordenamiento requiere para la validez o eficacia de los actos. Se percibe por tanto, como otra ‘traducción’ jurídica de la personalidad, en cuanto expresa las consecuencias jurídicas de un aspecto esencial y definitorio de la naturaleza o estructura personal, como es el psiquismo humano”<sup>12</sup>.

Agrega que “los derechos contemporáneos codificados han recogido en fórmulas más o menos sintéticas y estereotipadas (v.gr., autogobierno, libre determinación

<sup>9</sup> Ramos Chaparro, *La persona y su capacidad civil*, p. 154.

<sup>10</sup> Ramos Chaparro, *La persona y su capacidad civil*, p. 154.

<sup>11</sup> La notaria Blanca Entrena, que ha colaborado mucho en la preparación de nuestro trabajo proporcionándonos material de estudio, al igual que el notario Fernando Rodríguez Prieto, y escuchando nuestras reflexiones ayudándonos a pensar, nos comentaba que en la práctica, en el sistema judicial español, no es frecuente que las sentencias que declaran la incapacidad de un sujeto, tomen en cuenta esta graduación a fin de especificar las distintas áreas en las que debe desenvolverse la persona y las posibilidades de autogestión que en cada una de ellas pueda tener.

<sup>12</sup> Ramos Chaparro, *La persona y su capacidad civil*, p. 281.

de la voluntad, cabal juicio, etc.) este dato del funcionamiento psíquico adecuado del sujeto en toda actuación jurídica en que estén implicados sus intereses”<sup>13</sup>.

Con estas citas vemos que, entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, aún con graduaciones, a la que habitualmente se hace referencia, hay algo más a tener en cuenta. Existe esa capacidad que tiene que ver con el “entender y querer” y la “lucidez actual” más allá de las situaciones subjetivas concretas de cada caso. “Diríase que la capacidad natural impregna o permea todo el ordenamiento de forma ubicua y difusa”<sup>14</sup>.

Dice Carnelutti que “la capacidad de entender y de querer es el fundamento natural de la capacidad de obrar en el sentido de que es una situación (subjetiva) natural sobre la que se funda la ley para atribuir la capacidad de obrar. En este sentido es exacto hablar de *capacidad natural* junto a la capacidad jurídica”.

Para Ramos Chaparro, la capacidad natural, “es, de suyo, un concepto psicológico que ha dado de sí una noción o categoría jurídica, al erigirse en requisito de los actos y negocios” y es lo que en derecho puede llamarse autogobierno personal.

El autor en el que nos hemos basado para exponer este término técnico, realiza un estudio exhaustivo del tema que nos es imposible abarcar. Sin embargo, nos parece un concepto muy útil que sirve de fundamento a esa idea inicial que esbozamos como “la capacidad de los incapaces y la incapacidad de los capaces”, la que retomaremos más adelante en este trabajo.

3) *Incapacitación. Inhabilitación.* El Código Civil argentino trata a los dementes e inhabilitados en los arts. 140 a 152 *bis*.

Para comenzar debemos hacer una diferencia entre lo que se entiende en derecho argentino por *incapacitado* y por *inhabilitado*. El incapacitado no puede actuar por sí mismo y necesita ser representado por un “curador”. Lo mismo sucede en el derecho español pero el representante en estos casos es designado “tutor”. El inhabilitado, actúa por sí pero con la asistencia de un curador. El art. 152 *bis*, en su parte pertinente, establece: “Se nombrará un curador al inhabilitado... Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso”. Para estos últimos supuestos, se requerirá la conformidad del curador pero nunca será éste representante de aquél.

El derecho español trata la incapacitación en los arts. 199 a 214 y no contempla un supuesto análogo al de la inhabilitación del derecho argentino, sin perjuicio de lo cual, como observaremos en los próximos apartados, el tutor del derecho español coincide en sus funciones con el curador del inhabilitado en el derecho argentino.

4) *Causas de incapacitación y de inhabilitación.* El Código Civil argentino dice en su art. 141 que “se declaran incapaces por demencia, las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”. El art. 152 *bis* determina a quienes podrá inhabilitarse judicialmente: “1) a quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otor-

<sup>13</sup> Ramos Chaparro, *La persona y su capacidad civil*, p. 282.

<sup>14</sup> Ramos Chaparro, *La persona y su capacidad civil*, p. 284.

gar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; 2) a los disminuidos en su facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el art. 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio; 3) a quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes”.

En el Código Civil español, el art. 200 dice: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

De la comparación de ambos sistemas surge con claridad que en el derecho español la ley es más flexible y amplia al momento de establecer los casos de incapacitación. El Código Civil argentino, en razón de la época en la que fue redactado es muy casuista en este punto y sólo recoge la incapacidad por causas psíquicas.

En relación a la curatela, el art. 286 del Cód. Civil español indica quiénes están sujetos a ésta e implícitamente señala las causas: “Están sujetos a curatela: 1) los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley; 2) los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad, y 3) los declarados pródigos”. El art. 287 agrega: “Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento”. Veremos más adelante cómo repercuten estas previsiones legislativas en los conceptos de tutela y curatela.

5) *Tutela, curatela y guarda de hecho*. El Código Civil argentino trata de la tutela, la curatela y la intervención del Ministerio de Menores en los arts. 377 a 494.

Dice el art. 377 del Cód. Civil argentino: “La tutela 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”. La tutela es el instituto previsto para los menores de edad.

El art. 468 señala: “Se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes”. A continuación el art. 469 establece: “Son incapaces de administrar sus bienes, el demente, aunque tenga intervalos lúcidos, y el sordomudo que no sabe leer ni escribir”. El Código Civil remite en todo lo no expresamente previsto en los artículos referidos a la curatela al régimen de tutela en el art. 475 que dispone: “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”.

La ley argentina prevé, también, la institución del “curador a los bienes” que es aquél que se encarga de la administración de los bienes del difunto cuya herencia no ha sido aceptada (arts. 485 a 490, Cód. Civil) o del patrimonio del simple ausente que no otorgó poder suficiente (art. 15, ley 14.394). Este último instituto no es materia de nuestro estudio.

Debemos señalar dos aspectos: a) en el artículo de la curatela se hace referencia únicamente a los bienes. Esto nos lleva a pensar que el problema que parece preocuparle a la ley es ¿cómo se sigue adelante con el tráfico patrimonial de los bienes del incapaz cuando él ya no puede disponer válidamente? No obstante, este defecto se salva con la remisión de la curatela, en lo pertinente, a lo dispuesto para la tutela, con lo que sería inherente al cargo de curador el desempeño de sus funciones con la diligencia del “buen padre de familia” que reclama el Código para los tutores. De todas maneras, es un elemento a tener en cuenta para analizar la “lógica” del ordenamiento en lo atinente a la problemática que estudiamos, y b) en el artículo del Código Civil argentino se prevé que la tutela sea ejercida por una persona únicamente, sin que se especifique al respecto si se trata de persona física o jurídica y sin que exista, a nuestro entender, prohibición expresa en este último sentido por cuanto en el art. 398 “De los que no pueden ser tutores”, no se contempla el supuesto. De todos modos, tanto la doctrina como la jurisprudencia, mayoritariamente, han entendido que es un cargo personalísimo, a ejercer únicamente por persona física, fundamentalmente en razón de la redacción del art. 379 que dice: “La tutela es un cargo personal, que no pasa a los herederos, y del cual nadie puede excusarse sin causa suficiente”. Entendemos que la intención de Vélez Sársfield al redactar este artículo fue básicamente aclarar que no es un cargo “hereditario” cuando es ejercido por una persona física y es conveniente considerar también, que en la época en que fue redactado nuestro Código Civil, la concepción familiar era diferente a la actual.

En las Primeras Jornadas Aequitas, organizadas por la Fundación del Consejo General del Notariado, llevadas a cabo los días 22 y 23 de abril de 2002, sobre “El juicio de capacidad”, uno de los expositores, López Burniol, expuso que en los últimos cincuenta años la idea de familia que impera en la sociedad ha cambiado radicalmente.

Antes la familia era de tipo patriarcal y se entendía, en sí misma, como un ámbito de prestaciones de servicios para sus integrantes. A partir de los años 50, nos encontramos fundamentalmente ante una familia nuclear y un Estado de bienestar en donde ya no es la familia la que se ocupa directamente de sus miembros sino que es el Estado el que debe proveer a las distintas necesidades que surgen, por ejemplo, como consecuencia de tener entre sus miembros una persona con “capacidades diferentes” o “restringidas”.

Es razonable entonces, que Vélez Sársfield, al diagramar la institución tutelar no tuviera en cuenta la posibilidad de que la tutela fuera desempeñada, por ejemplo, por una fundación. No obstante, entendemos que el tratamiento exhaustivo de la cuestión excede el marco de este trabajo, por lo que dejaremos estas reflexiones a modo de planteo y nos limitaremos a señalar la diferencia que existe en este aspecto con la normativa española.

El ordenamiento español, trata los institutos de tutela, curatela y guarda de menores o incapacitados en los arts. 215 a 306.

El art. 215 dice: “La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1) la tutela; 2) la curatela, y 3) el defensor judicial”. El art. 222 establece que “estarán sujetos a tutela: 1) los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad; 2) los incapacitados, cuando la sentencia lo haya

establecido; 3) los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela, y 4) los menores que se hallen en situación de desamparo”. Respecto a la curatela, nos remitimos aquí al art. 286 transcripto *ut supra*.

Serrano Alonso explica que “se constituirá la tutela, cuando la protección y complemento de capacidad del menor o del incapacitado deba extenderse al cuidado de su persona y de sus bienes. Es el instrumento de protección más extenso y el que se regula con más detalle. Cuando lo que es necesario proteger es sólo el patrimonio de un menor emancipado o cuando la sentencia de incapacitación así lo ordena, se constituye la curatela, que es un sistema de protección de menor rango que la tutela, porque no se extiende ni opera sobre la persona sino que se limita a la esfera patrimonial”<sup>15</sup>.

Por su parte, Roca Trías, en su comentario a estos artículos sostiene que “el art. 215 establece un tratamiento unitario de la problemática de los menores de edad y los incapaces, sometiéndolos al mismo tipo de tutela, que para los primeros actúa cuando no existe la patria potestad. Ello conlleva una serie de cuestiones, aunque quizá la más importante sea, desde un punto de vista sistemático, el olvido de la patria potestad como sistema de protección de menores de edad y de mayores incapacitados, con patria potestad prorrogada. Ciertamente, los supuestos de hecho de ambas instituciones son distintos ya que sólo procede el sistema de protección tipo tutela cuando el menor de edad no esté sometido a la patria potestad”. Es conveniente aclarar en este momento que la normativa española prevé que el menor de edad sujeto a patria potestad que alcance la mayoría de edad pero haya sido incapacitado, no estará sujeto a tutela sino que la patria potestad será prorrogada. Lo mismo sucederá respecto del hijo mayor de edad incapacitado, soltero, que viviere con sus padres<sup>16</sup>.

Finalmente, en lo concerniente al tema de *quiénes pueden ejercer la tutela*, el art. 241 del Código determina: “Podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes”, y el art. 242, a diferencia del Código argentino, establece: “Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados”.

A las instituciones referidas, el Código español añade la *guarda de hecho* que contempla en los arts. 303 a 306. Señala Serrano Alonso que con “la expresión guarda de hecho se hace referencia a aquellas situaciones en las que una persona, sin designación legal o nombramiento judicial, asume por propia iniciativa la representación y defensa de un menor o un incapaz. Este concepto restringido de la guarda de hecho se amplía por la doctrina a los supuestos en los que el designado

<sup>15</sup> Serrano Alonso, Eduardo, en Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coord.), *Comentario del Código Civil*, p. 567.

<sup>16</sup> Art. 171, Cód. Civil español: “La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la ley al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuera incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del presente título”.

para realizar funciones tutelares las realiza sin reunir las condiciones de idoneidad que la ley requiere o continúan en ellas una vez que ha sido removido de la tutela o cuando ésta se ha extinguido. La guarda de hecho no se limita al supuesto concreto de que alguien sin título para ello realiza funciones de tutor, abarca a todos los supuestos que determinan la protección de menores o incapaces, y por tanto a quien realiza funciones de curador o intervienen como defensor judicial”<sup>17</sup>.

En base a los artículos relacionados podemos concluir que cuando hablamos de tutela en el derecho argentino y en el español hablamos de dos institutos diferentes. Sólo coinciden ambos ordenamientos en punto a la denominación de curatela cuando ésta se aplica a lo que la ley argentina denomina inhabilitación. Por otra parte, en el derecho argentino no existe la figura del guardador de hecho en los términos en que la consagra el derecho español ni la prórroga de la patria potestad como tal. Respecto a los sujetos que pueden desempeñar el cargo tutelar, encontramos las diferencias ya apuntadas en detalle.

6) *Régimen previsto en ambos ordenamientos para el ejercicio de los institutos de protección.* En Argentina la ley establece que el curador será designado judicialmente teniendo en cuenta lo dispuesto para la tutela. Existen en principio tres clases de curatela: a) la dispuesta por los padres para sus hijos; b) la legal, en la que se establece quienes son los parientes llamados a ejercer la curatela y en qué orden, y c) la dativa, en la que el juez elige, cuando no se dan ninguno de los supuestos anteriores.

En España, el sistema legal dispuesto actualmente es similar al establecido en Argentina. Tal vez la mayor diferencia, en este aspecto, que no es poca, surge de lo dispuesto en el art. 267 del Cód. Civil al decir que “El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación”. Este artículo, sumado a lo dispuesto por el art. 287 sobre la posibilidad de que el juez resuelva en la sentencia de incapacitación, la designación de un curador en lugar de un tutor, introducen lo que para nosotros es un concepto brillante: *el reconocimiento de una capacidad disminuida o la posibilidad de la graduación de la incapacidad*.

Con anterioridad a la reforma de 1983, el Código Civil español establecía un sistema de tutela familiar y de Consejo de Familia, muy diferente a la tutela judicial que introdujo la reforma. El sistema anterior, evidentemente, cuanto menos en el tiempo que estuvo vigente, “se manifestó pronto como carente de utilidad y puede decirse que desde la publicación del Código Civil se pusieron en evidencia sus carencias y la conveniencia de su sustitución por otro”<sup>18</sup>. Decimos que “cuanto menos en el tiempo que estuvo vigente” porque, como desarrollaremos más adelante, habría que ver si ese sistema, teniendo en cuenta la realidad social actual, no sería en definitiva más adecuado hoy por hoy. A esta idea pareció adherir Rivas en su exposición en el marco de las Jornadas de Aequitas sobre “El juicio de capacidad”, ya relacionadas, cuando se refirió a la autotutela.

7) *Testamento vital o “living will”. Consentimiento informado.* Como ya lo adelantamos, además de las normas que hacen al sistema tutelar específicamente, el

<sup>17</sup> Serrano Alonso, en Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, p. 691.

<sup>18</sup> Serrano Alonso, en Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, p. 564.

derecho de autoprotección comprende las disposiciones que una persona puede establecer en cuanto al tratamiento sanitario que desea recibir.

Ratificamos que la problemática que tratamos en este trabajo es una cuestión de vida y no de muerte. Es decir, la idea básica consiste en admitir la posibilidad que una persona siendo capaz prevea cómo quiere vivir su propia eventual incapacidad.

En punto a las cuestiones sanitarias es importante hacer algunas aclaraciones por cuanto muchas veces se rechazan los proyectos que pretenden dar cabida a regulaciones en este sentido, por relacionárselas con la eutanasia.

Decimos conjuntamente con Llorens que “debemos distinguir entre la búsqueda de la muerte sin sufrimiento y el ‘encarnizamiento terapéutico’”. La eutanasia activa es “la búsqueda de la muerte ante un estado irreversible”. En cambio, la eutanasia pasiva u ortotanasia es la “ayuda a bien morir sin abreviaciones ni prolongaciones artificiales que conviertan al hombre en objeto de experimentación”<sup>19</sup>.

En este orden de ideas, la legislación y la doctrina de distintos países han desarrollado la idea del testamento vital, testamento biológico o *living will*. Como ya hemos dicho, y así lo sostiene la mayoría de la doctrina actualmente, las denominaciones acuñadas no parecen apropiadas fundamentalmente en tanto se trata de disposiciones para la vida y no para la muerte. En el ámbito de la medicina, estas declaraciones, muchas veces pueden encuadrarse, según su contenido, dentro de lo que ha dado en llamarse “consentimiento informado”.

En España y en Argentina este instituto no ha tenido recepción en los respectivos códigos civiles. Sin embargo, en el primero de estos países existen algunas disposiciones de carácter local.

#### 8) *Legislación foral española.*

a) Aragón. El derecho civil aragonés trata la tutela en los arts. 15 a 18 de la ley 15/1967 y la Junta de Parientes en los arts. 20 a 22 del mismo cuerpo legal.

El art. 15 establece que “es válida la tutela deferida por instrumento público, sea o no testamento”. Se prevé que la Junta de Parientes determine, en caso de haberse nombrado varios tutores, cuál de ellos es el más idóneo para ejercer el cargo. Se reconoce la posibilidad de instituir protutor. Este agente es un fiscalizador de la actividad del tutor pero es también el encargado de desempeñar las funciones tutelares *mientras no se haya designado tutor*.

Respecto de la Junta de Parientes, en el preámbulo de la ley se señala que la Junta de Parientes, reunión de los que sean llamados a virtud de disposiciones de la compilación<sup>20</sup>, de la costumbre o de acto jurídico, para intervenir en asuntos familiares o sucesorios.

La institucionalización de este órgano de la vida familiar aragonesa se propone sobre las siguientes bases: su competencia se limita a asuntos familiares o sucesorios, en cuanto no estén sujetos a normas imperativas. Para que la Junta conozca de un asunto determinado es preciso que sea llamada a ello, bien por disposición expresa de la compilación, bien por costumbre, o ya por acto jurídico.

<sup>19</sup> Taiana de Brandi, Nelly A. - Llorens, Luis R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Bs. As., Astrea, 1996, p. 8 y 9.

<sup>20</sup> Se llama *compilación* a esta ley.

Se ha considerado conveniente, tanto para el caso de llamamiento legal como para el supuesto de intervención en virtud de costumbre o de autonomía de la voluntad, que se insertasen normas sobre composición, constitución, funcionamiento y eficacia de la Junta de Parientes para reglamentarla y para que sirviese de *derecho supletorio*, pues la experiencia había demostrado la frecuencia de litigios originados por la carencia de preceptos relativos a esta institución.

Y se ha estimado también procedente establecer una intervención de la autoridad judicial para aquellos casos en que la Junta de Parientes, llamada a conocer del asunto en primer término por precepto legal, tarde en reunirse o no logre acuerdo en plazo determinado. La incorporación de la regulación de la Junta de Parientes al ordenamiento positivo, además de lograr la conservación y regulación de un instituto consuetudinario que pervive en la actualidad, podrá tener alguna utilidad para la revisión del derecho de familia en la elaboración del código general.

Si bien la cita que antecede es extensa, la finalidad de su transcripción literal es mostrar, básicamente dos elementos: a) la forma en que la ley procura receptar las necesidades fácticas de la sociedad apelando a la costumbre y dejando un margen no reglamentado taxativamente para que en cada caso particular pueda encontrarse la solución adecuada, si bien se establece un marco supletorio, y b) aportar un elemento más a la hipótesis que trataremos de probar en el apartado siguiente, a saber: la posibilidad que la legislación foral reglamente de manera diferente y autónoma la normativa aplicable al derecho de la persona en la materia que estudiamos, nos confirma que no se trata de un tema de orden público indisponible en forma absoluta, en el que la autonomía de la voluntad no tiene cabida.

A lo expuesto cabe agregar el comentario que realiza Martínez García en su artículo sobre esta materia: “En derecho aragonés, la regulación de la tutela es significativamente fragmentaria. Las consideraciones... del Código Civil resultan trasladables a Aragón, pero, si cabe, el argumento del respeto a la autonomía privada, de que *nadie puede gestionar mejor lo propio que el mismo titular*, se refuerza en esta comunidad por la proclamación general del principio *standum est chartæ* como inspirador de todo el derecho privado, tal como lo recoge el art. 3º<sup>21</sup> de su compilación”<sup>22</sup>.

b) Cataluña. El Código de Familia de esta comunidad tuvo su última reforma con la ley 9/1998 del 15 de julio y constituye la legislación que se toma como referencia en esta materia.

En el Título VII se trata “La tutela y demás instituciones tutelares”. En todo el articulado que regula estos institutos están presente principios y bienes jurídicos que la ley busca proteger. El art. 167 dice: 1) “la tutela y, en general, las funciones tutelares se ejercen siempre en interés y de acuerdo con la personalidad de los tutelados y deben *asegurar* la protección de la persona tutelada, la administración y guarda de sus bienes y, en general, *el ejercicio de sus derechos*; 2) la guarda y protección de la

<sup>21</sup> Art. 3º de la compilación aragonesa: *Standum est chartæ*. “Conforme al principio *standum est chartæ* se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a norma imperativa aplicable en Aragón”.

<sup>22</sup> Martínez García, Manuel Á., *Apoderamientos preventivos y autotutela*, en “Seminario sobre la protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales”, Madrid, Civitas, 1999, p. 133.

persona y los bienes o sólo de la persona o de los bienes de los menores de edad y de los que necesiten un complemento de su capacidad, que no estén sometidos a la potestad del padre y la madre, titulares naturales de ésta, corresponde, según los casos...”. El art. 218 sobre tutela de personas incapacitadas señala que “el tutor o tutora debe cuidar a la persona incapacitada y, en especial, debe asegurar su *bienestar moral y material*, y debe realizar todo lo necesario para conseguir el mayor grado posible de *recuperación de su capacidad*, así como lograr, en la medida de lo posible, *su inserción en la sociedad*”.

Lo transcripto consagra esta nueva forma de ver la problemática que nos ocupa y a la que nos referíamos en un principio, tales como: “interés” y “personalidad de los tutelados”, “complemento de su capacidad”, “asegurar su bienestar moral y material”.

Continuando con el orden seguido al estudiar las disposiciones de la ley argentina y del Código Civil español común, vemos que la tutela en esta ley es aplicable, según señala su art. 170 a los menores no emancipados que no estén en la potestad del padre y la madre o de uno de ellos y a los incapacitados, cuando la sentencia judicial lo haya establecido y, en la medida que así lo determine, si el padre y la madre o uno de ellos no tienen la potestad prorrogada o rehabilitada.

El art. 237 indica que a la curatela, por el contrario, están sometidos: “a) los menores de edad emancipados o que han obtenido el beneficio de la mayoría de edad cuando el padre y la madre o los tutores fallezcan o queden impedidos para ejercer la asistencia prescrita por la ley, a excepción de la persona menor emancipada por matrimonio con persona mayor de edad; b) los pródigos; c) los incapacitados en relación a los cuales no se haya considerado adecuada la constitución de la tutela, y d) los bienes dispuestos *mortis causa* a favor de una persona no concebida, en los términos establecidos en el Código de Sucesiones”. Se recepta en esta legislación, con claridad, la idea de graduación para el “complemento de la capacidad” de determinados individuos.

Además de la tutela y la curatela, el art. 253 habla del guardador de hecho y dice que “es la persona física o jurídica que tiene acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por aquella o aquellas personas que deben tener cuidado del mismo, o cualquier otra persona que, por razón de sus circunstancias personales, puede ser declarada incapaz o sujeta a curatela”. La disposición es similar a la contenida en el Código Civil común pero reglamenta un poco más su ejercicio y alcance y le reconoce expresamente el derecho a ser indemnizado.

En cuanto al régimen previsto en este ordenamiento para el ejercicio de los institutos de protección nos encontramos con una regulación bastante particular.

En primer lugar, en la Sección I del Capítulo II de este Título trata de la delación voluntaria de la tutela y en el art. 172 contempla expresamente las “delaciones hechas por uno mismo” estableciendo que “1) cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar, en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido, en general, de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto en forma conjunta como sucesiva, y 2) los nombra-

mientos y las exclusiones pueden ser impugnados por las personas llamadas por la ley para ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente hayan sido tenidas en cuenta al efectuar la designación o exclusión”.

La norma pone el acento en el cuidado personal del sujeto y el respeto a su voluntad tanto sea por manifestación positiva, indicando quién quiere que tome a cargo su tutela, cuanto por manifestación negativa excluyendo a personas determinadas como posibles designados para ejercer el cargo.

En este ordenamiento se reconocen la tutela otorgada por los padres, la legal y la dativa, como en los demás sistemas enunciados pero se agrega, entonces, la autotutela.

Se prevé además, en la legislación catalana un Consejo de Tutela que estará integrado por un mínimo de 3 miembros y un máximo de 5 y será nombrado judicialmente en los casos en que la tutela es deferida por la persona interesada o por su padre o madre. Su nombramiento no es obligatorio sino potestativo del juez interviniente. De todas maneras, tanto la persona interesada cuanto los padres, de ser el caso, podrán proponer a los miembros de dicho Consejo, lo que será tomado en cuenta por el juez al resolver. Este Consejo está previsto para facilitar la actuación del tutor obrando como *órgano de control y consulta* que permita *evitar tener que recurrir permanentemente al juez para tomar decisiones respecto del incapaz* (arts. 226 a 236)<sup>23</sup>.

Por último, el ordenamiento catalán contempla la formación de un Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios (arts. 251 y 252).

En lo atinente al régimen sanitario, en Cataluña se encuentra vigente la ley 21, del 29 de diciembre de 2000, que reconoce la validez del otorgamiento de voluntades anticipadas en su art. 8º al decir que el documento de voluntades anticipadas es el documento, dirigido al médico responsable, en el cual una persona mayor de edad, con capacidad suficiente y libremente, expresa las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurren no le permitan expresar personalmente su voluntad. En este documento, la persona puede también designar a un representante, que es el interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario, para que la sustituya en el caso de que no pueda expresar su voluntad por sí misma. La norma prevé que estas voluntades deben constar en medio fehaciente para lo cual exige su otorgamiento ante notario

---

<sup>23</sup> El art. 234 señala las funciones del Consejo de Tutela: “1) el Consejo de Tutela vela por el buen desarrollo de la tutela, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial y, con esta finalidad, la persona que ostente su presidencia debe mantener una relación regular con la persona que ejerce la tutela y, en su caso, con la titular de la administración patrimonial; 2) en especial, corresponde al Consejo de Tutela: a) modificar la remuneración de la persona titular de la tutela y la que cuida de la administración patrimonial, siempre que la situación patrimonial de la persona tutelada así lo aconseje, y sin perjuicio de la intervención judicial que lo deje sin efecto; b) resolver los desacuerdos entre tutores, cuando haya más de uno, o entre el tutor o tutora y el administrador o administradora patrimonial, y c) otorgar las autorizaciones establecidas en los arts. 212, 215.2 y 219, y 3) el Consejo de Tutela debe ser oído por el juez o jueza en todos los casos en que es necesaria la audiencia de la persona titular de la tutela o de la persona tutelada, y puede dirigirse al mismo en solicitud de las medidas que crea adecuadas para el buen desarrollo de la tutela, incluida, en su caso, la remoción del tutor o tutora o de la persona que administra el patrimonio”.

o ante tres testigos, de los cuales dos, como mínimo, no deben tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante.

c) Islas Baleares, País Vasco y Navarra: no tienen regulación expresa respecto del régimen tutelar.

d) Galicia. En Galicia no se ha legislado en relación al régimen de tutela puesto que es una comunidad que se rige por el Código Civil común.

En cuanto a las disposiciones sanitarias, con fecha 28 de mayo de 2001 se ha dictado la ley 3 de sanidad sobre normas reguladoras del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes en la que se establece la validez del otorgamiento de voluntades anticipadas con base en el principio de autonomía de la persona. La Exposición de Motivos dice: “el cambio de cultura jurídica en la relación médico-paciente, evidenciado en la afirmación del principio de autonomía de la persona, supuso dejar al margen una relación caracterizada por un sentido paternalista y *regida por el principio de beneficencia*, para alcanzar una nueva situación, acorde con los tiempos, en la que el paciente y sus derechos se configuren como los protagonistas... *En consecuencia, se pretende hacer efectivo un derecho ya existente del paciente a ser dueño de su destino*”.

Este derecho se encuentra regulado en los arts. 4º y 5º de la mencionada ley. El primero, en su parte pertinente, señala: “el paciente tendrá también derecho a que se tome en consideración su voluntad, expresada con anticipación ante el personal facultativo del centro sanitario cuando no se encuentre en situación de manifestarla en el momento de la intervención y conste por escrito debidamente firmada”. El segundo, dice: “el documento de *voluntades anticipadas* es el documento en el cual una persona mayor de edad, con capacidad suficiente y libremente, expone las instrucciones que se deben tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en la que las circunstancias que concurren no le permitan expresar personalmente su voluntad”. Al igual que la ley catalana, se prevé que tales voluntades sean otorgadas ante notario o ante testigos.

e) Madrid. En esta comunidad que también se rige por el Código Civil común, se ha dictado la ley 12 de ordenación sanitaria, con fecha 21 de diciembre de 2001, en la que en su art. 28 se reconoce la validez de las disposiciones anticipadas: “Instrucciones previas. 1) el ciudadano como paciente, siempre que sea mayor de edad, tenga capacidad y actúe libremente, cuando se encuentre en una situación en la que no sea posible expresar su voluntad, tiene derecho a que se tengan en cuenta sus deseos expresados anteriormente, o a que otra persona le represente ante el médico responsable, siempre que haya dejado constancia de aquellos o de la representación en la forma que se establece en esta ley; 2) sólo serán atendibles las instrucciones previas del paciente que no contravengan el ordenamiento jurídico, ni la ética profesional; 3) las instrucciones previas deberán manifestarse por escrito de forma que quede constancia fehaciente de que se han expresado en las condiciones que se señalan en el ap. 1 de este artículo, y 4) los pacientes, sus familiares o representantes podrán entregar el documento de instrucciones previas en el centro asistencial en el que la persona sea atendida. El médico responsable deberá dejar constancia en la historia clínica de cuantas circunstancias se produzcan en el curso de la asistencia en relación con el documento de instrucciones previas”.

f) La Rioja. Esta comunidad autónoma se rige por el Código Civil común, sin embargo, respecto a las disposiciones sanitarias, ha dictado recientemente la ley 2 de ordenación sanitaria, de fecha 17 de abril de 2002 en la que, en su art. 6° establece los derechos relacionados con la autonomía de la voluntad, regula el consentimiento informado y en su inc. 5° la declaración de voluntad anticipada que estipula: “a) el usuario mayor de edad y con plena capacidad de obrar tiene derecho a que el Sistema Público de Salud de La Rioja respete su voluntad, anticipadamente expresada, para los casos en que las circunstancias del momento le impidan expresarla de manera personal, actual y consciente; b) la voluntad anticipada debe formalizarse mediante documento notarial, en presencia de tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos como mínimo no deben tener con la persona que expresa la voluntad relación de parentesco hasta el segundo grado ni relación laboral, patrimonial o de servicio, ni relación de afectividad análoga a la conyugal; c) las declaraciones de voluntad anticipada para que sean vinculantes para el Sistema Público de Salud de La Rioja, deberán inscribirse en el Registro de Voluntades adscrito a la Consejería competente en materia de salud. No serán tenidas en cuenta aquellas voluntades que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o a la buena práctica clínica”.

Esta regulación, si bien en principio resulta similar a las previstas en Cataluña, Galicia y la Comunidad de Madrid, tiene tres disposiciones peculiares: 1) exige actuación notarial y testigos, en lugar de una u otra, como se prevé en las otras leyes; 2) hace expresa mención al caso en que existan concubinos, y 3) prevé la necesidad que las mismas estén inscriptas en un registro creado al efecto.

### **3. El orden público y la autonomía de la voluntad**

#### **a) El tema del orden público y la autonomía de la voluntad**

Tratar los institutos propuestos para este apartado no es en absoluto sencillo. Han sido y son muy discutidos por la doctrina y la jurisprudencia y es muy poco lo que, aparentemente, se ha podido concordar al respecto. Sin embargo, la relevancia de ellos en términos generales y, especialmente, respecto de la materia que investigamos nos obliga a adentrarnos un poco en la cuestión para fijar algunas pautas dentro de las que nos moveremos.

Para ello y en razón de la envergadura de la materia, hemos decidido enfrentar la exposición tomando como punto de referencia el estudio realizado por Doral, *La noción de orden público en el derecho civil español*, por cuanto nos resultó sumamente claro, metódico y, fundamentalmente, nos ayudó a situarnos frente al problema desde un punto de vista diferente. Creemos que las conclusiones a las que lo condujo su profundización en el tema son aplicables a ambos ordenamientos jurídicos, español y argentino, ya que encuentran fundamento en conceptos jurídicos generalmente aceptados y no en normas específicas de derecho español<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Doral, José A., *La noción de orden público en el derecho civil español*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1967.

El jurista español De Castro decía: “Desde la aparición del orden público en el texto del Código Civil francés, los civilistas franceses y después los de los otros países en los que se ha seguido el ejemplo francés, se han visto y se ven forzados a la tarea ingrata, difícil, quizá imposible, de explicar y definir lo que sea el orden público, en los artículos de los códigos que lo citan... Todo ello crea dificultades, que se traducen en lo numeroso y variado de las fórmulas propuestas por los autores para definir el orden público... Unas, identifican el orden público con las normas de carácter imperativo, otras, por el contrario, van desde una referencia a la primacía del interés público, hasta matizaciones relativas a la organización estatal, a las reglas esenciales o indispensables para el funcionamiento del Estado, ‘al conjunto de ideas sociales, políticas, culturales, económicas, religiosas a veces, cuya conservación se entiende ligada a la propia existencia de la sociedad’<sup>25</sup>, ‘noción que responde a la idea de la supremacía de la sociedad sobre el individuo’<sup>26</sup>.

La cita anterior expone con claridad las dificultades que presenta esta temática.

Doral cita a Dorat Des Monts: “El orden público es una noción variable según las épocas, los países y los regímenes políticos de cada Nación”<sup>27</sup>. Advierte este autor que “el propósito de hacer un tratamiento exhaustivo de un tema de tanta honra sería irrealizable. Por eso se intenta más bien fijar el problema que describirlo con todos sus detalles. Poner sobre el tapete un aspecto del derecho cuyo adecuado planteamiento se ofrece como una exigencia ineludible para los juristas de nuestro tiempo”<sup>28</sup>.

Según Doral, existe una noción clásica y una moderna de orden público. La primera es la que normalmente asimila la definición del concepto que analizamos a la de ley imperativa, interés público, interés general. La segunda se enraíza dentro de un “concepto elástico, dinámico y de contenido positivo que se resiste a formulaciones apriorísticas y herméticas aunque admita principios generales de carácter abstracto... Nada más ajeno a la noción de orden público que una vana pretensión de aprisionar su contenido en esquemas formales despegados de la vida”<sup>29</sup>. “Aún reconociendo que la misma concepción dinámica de orden público... resiste todo intento definidor que haga cristalizar el concepto, cabría decir que esas líneas actuales, por las que hoy discurre el orden público, se encuentran... en los principios de ‘respeto a la libertad, indiscriminación ante la ley, y representatividad’<sup>30</sup>.

La primera reflexión que nos merecen los comentarios transcritos es que la “actualidad” a la que hace referencia Doral se sitúa hacia los años 70. La segunda es que, en el derecho argentino, recién en estos comienzos del siglo XXI se empieza a revisar la concepción de orden público y a cuestionar, de alguna manera, la que el autor denomina clásica, tal y como veremos más adelante.

<sup>25</sup> Baudry-Lacantinerie, Hougues-Forucade, *Traité théorique et pratique de droit civil*, citado por De Castro, Federico en “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Anuario de derecho civil, 1982, p. 1022.

<sup>26</sup> Carbonnier, Jean, *Droit civil*, citado por De Castro, Federico, en “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, p. 1021 y 1022.

<sup>27</sup> Dorat Des Monts, Roger, *La cause immorale*, citado por Doral en “La noción de orden público en el derecho civil español”, p. 11.

<sup>28</sup> Doral, *La noción de orden público en el derecho civil español*, p. 12.

<sup>29</sup> Doral, *La noción de orden público en el derecho civil español*, p. 53.

<sup>30</sup> Doral, *La noción de orden público en el derecho civil español*, p. 138.

1) *Noción clásica de orden público.* Según Doral, la concepción clásica del orden público contiene entre sus notas características, por una parte, la idea que éste se agota en una formulación legal, y por la otra, la de que constituye una noción límite, sustitutiva o paralizante de la iniciativa privada.

Es habitual la clasificación de normas jurídicas en imperativas, sean ellas prohibitivas o preceptivas, entre las que se encuentran las de orden público “por su mayor rango en punto a obligatoriedad” y permisivas. Doral hace referencia en este punto a la opinión de Valverde y Valverde: “Las leyes unas veces se imponen como precepto riguroso sometiendo a su imperio la voluntad de los particulares, y otras, establecen normas que tienen vigor en ausencia de una declaración de la voluntad de los interesados en la relación; en el primer caso se encuentran las leyes de orden público, y en el segundo, las leyes supletivas”. Las primeras “prohíben u ordenan algo, y así son prohibitivas o imperativas, pues las supletivas apenas funcionan sólo cuando la voluntad deja de manifestarse en el campo de acción de su autonomía, y a diferencia de las primeras, no se refieren a los principios de organización del Estado o de la sociedad civil”<sup>31</sup>.

De Castro señala que “el orden público, figura creada por los juristas, desconectada del lenguaje y el pensar de las gentes, parece que” responde al aspecto de “atender al buen orden del sistema jurídico, al del debido ajuste entre las normas positivas y extrapositivas en el ordenamiento jurídico”. Continúa diciendo más adelante “el concepto de orden público alcanza valor de término técnico. Se emplea entonces para calificar, como de orden público, aquellas normas que alcanzan valor preferente respecto de otras, también imperativas del mismo ordenamiento”<sup>32</sup>.

Más allá que se utilicen distintos términos para hacer referencia a unas y otras normas, el orden público, desde esta concepción, se basa en enfrentar el interés público, social, la “organización del Estado o de la sociedad civil”, a la autonomía privada, prevaleciendo la primera. Dice Doral que esta idea “facilita la entrada de la ley imperativa en la esfera de la autonomía privada” y, en el fondo, no es más que una expresión de una política paternalista del Estado.

En el desarrollo de su idea, Doral cita a otros autores, claros exponentes de la concepción clásica de orden público<sup>33</sup> y expone que para Manresa y Navarro el orden público se opone a la arbitrariedad en el ejercicio de los derechos reconocidos o concedidos por las leyes, ese atentado a las leyes es a la vez, una violación del interés público que se produce siempre que se contraviene el superior precepto del legislador.

Interés público es para Manresa y Navarro el que excede del particular; se delimita así el interés privado conforme al ámbito a que alcanzan respectivamente la potestad legislativa y la esfera privada; al enfrentarse sendos intereses, el orden público interviene como factor decisorio para resolver esos supuestos en que entran en

---

<sup>31</sup> Valverde y Valverde, Calixto, *Tratado de derecho civil español. Parte general*, t. I, 3ª ed., Valladolid, 1925, p. 83, citado por Doral en “La noción de orden público en el derecho civil español”, p. 25.

<sup>32</sup> De Castro, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, p. 1030 y 1031.

<sup>33</sup> Manresa y Navarro, José M., *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, 3ª ed., Madrid, 1918, citado por Doral en “La noción de orden público en el derecho civil español”, p. 26 y 27.

colisión. “Cuando en la dualidad Estado-individuo, base de esas concepciones, se produce una colisión, el orden público dirime el conflicto, dando preferencia a los intereses públicos sobre los particulares, lo que significa, en última instancia, fortificar la hegemonía de la ley”. Las leyes, dice Manresa y Navarro comentando el art. 1255<sup>34</sup>, a que este artículo se refiere son aquellas que, o declaran expresamente su carácter de obligatorias, o se manifiestan como prohibitivas, o, aun sin eso, expresan principios fundamentales de justicia que no pueden dejar en olvido los contratantes, o determinan los requisitos esenciales sin los que el contrato no podría existir. Finalmente cita a Portalis según Acosta: “El mantenimiento del orden público en una sociedad, es la ley suprema; proteger los convenios contra la ley, sería poner las voluntades particulares por encima de la voluntad general; sería disolver el Estado”<sup>35</sup>.

“Orden público viene a ser, así entendido, lo que está fuera de la autonomía privada, el sector de lo inderogable o irrenunciable, por tratarse de disposiciones genéricas que tutelan el ‘interés social’ o de reglas específicas en defensa de intereses especiales de carácter moral, económico, político”<sup>36</sup>. El orden público sería en esta concepción, una especie dentro del género que constituyen las disposiciones legales imperativas.

Esta noción clásica de orden público nos lleva a dos conclusiones claras: a) la idea sustancial es la oposición entre Estado e individuo. Hay una confrontación constante entre los intereses del Estado como tal y los intereses de los particulares regulados por la autonomía de la voluntad. *El orden público determina el límite*, y b) en tanto ese límite no siempre resulta de manera clara y expresa de las normas, en los hechos, esta noción de orden público deviene en un concepto vago, ambiguo y hasta vacío de contenido que muchas veces es utilizado para cercenar el alcance de la autonomía de la voluntad más allá de lo que el mismo ordenamiento jurídico, considerado como un todo, admite o pretende.

Nos detendremos por un momento en esta última reflexión. En varias ocasiones hemos observado que, cuando un tema jurídico deja de ser simplemente un objeto de estudio y pasa a situarse dentro del espectro de posiciones jurídicas a defender por los distintos juristas según posturas personales ya asumidas, el orden público, concebido en los términos expuestos, aparece como la forma más definitiva y absoluta de acallar a la posición contraria.

<sup>34</sup> Art. 1255 del Cód. Civil español: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

<sup>35</sup> Acosta, R., *El divorcio en derecho internacional privado*, “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1909, p. 279, citado por Doral en “La noción de orden público en el derecho civil español”, p. 27. El comentario aquí citado merece una breve digresión: es aplicable a la normativa argentina la cita transcrita en tanto el Código Civil argentino contiene normas que, conjugadas, consagran los principios expuestos por el art. 1255 del Cód. Civil español, a saber, el art. 1167 que reza: “lo dispuesto sobre los objetos de los actos jurídicos y de las obligaciones que se contrajeren, rige respecto a los contratos”, y el art. 953 al decir que: “el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

<sup>36</sup> Doral, *La noción de orden público en el derecho civil español*, p. 29.

El derecho, como ciencia muy apegada a “lo humano”, no escapa de los defectos y virtudes que nos son propios. Hay momentos en los que el jurista como científico cede ante la tentación de defender su postura por sobre todo. En esos momentos, no importa el tema en cuestión, importa quién gana la discusión. Una de las tantas formas de lograr los objetivos en esta área, es, comúnmente, la apelación al “orden público”: esto es así y no puede ser de otra manera. ¿Por qué? Porque es una norma de orden público que hace al interés general, a los valores generales de justicia, a la paz social, etcétera. Y esos conceptos, ¿cómo pueden cristalizarse con claridad en una norma determinada? Nos dice Doral: “Como veremos no se trata de un simple problema doctrinal, ya que de su solución se siguen muchas consecuencias prácticas; entre otras, la de determinar el grado de ineficacia de los actos que contradicen el orden público y la de puntualizar el alcance de la renuncia de los derechos”<sup>37</sup>.

2) *Noción moderna de orden público*. Es claro Doral cuando manifiesta que la noción “legalista del orden público está en la actualidad sujeta a revisión”.

El autor realiza un cuestionamiento detallado y progresivo de los distintos conceptos que supone la noción clásica de orden público y, en base a ello, determina las características propias de la noción moderna de orden público. Dado lo extenso y minucioso del razonamiento que expone, nos limitaremos a señalar directamente algunas de las conclusiones a las que arriba por cuanto de otra manera deberíamos reseñar en forma casi completa su texto, alejándonos del cometido de este trabajo.

Señala tres ideas que son claves para entender su postura: a) la ley imperativa no es identificable con el orden público; b) una cosa es la renuncia a una ley y otra muy distinta es la renuncia a los derechos que esa ley incorpora, en determinado momento, a la esfera privada de cada individuo, y c) todo el derecho pretende el “bien común”.

Toma como punto de partida la evolución del contenido del art. 4° del Cód. Civil español –antecedente del hoy art. 6° del mismo cuerpo legal–. En un principio, en el Proyecto de Código Civil de 1851 se disponía que “la renuncia de las leyes en general no surtirá efecto. Tampoco lo surtirá la renuncia especial de leyes prohibitivas: lo hecho contra éstas será nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario”. El mencionado artículo fue modificado y el art. 6° actual, en su inc. 2°, dice: “La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”.

Este criterio es el que defendía doctrinariamente Doral en su trabajo (anterior a la última redacción dada al artículo): “Siendo así que toda ley tiene una clara finalidad protectora, este fin no se alcanzaría de hacerlo derogable a voluntad de parte. Pero la distinción entre ley y ‘beneficio’, ley y derechos concedidos, va ganando terreno... La ley, se dice entonces, cualesquiera que sea la naturaleza del precepto es irrenunciable, pero sería excesivo que fuera irrenunciable en todo caso el interés particular resultante de aquella tutela, la ventaja patrimonial que representan a su titular esos intereses que gozan de protección”<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Doral, *La noción de orden público en el derecho civil español*, p. 28.

<sup>38</sup> Doral, *La noción de orden público en el derecho civil español*, p. 31.

Dice más adelante Doral: “el tratamiento de la renuncia de los derechos va hoy cambiando de plano. Es preciso, en consecuencia, entender también de modo diverso la función del orden público, ya que, al menos en ciertos casos, es posible la renuncia al interés particular tutelado por una regla de orden público... En definitiva, el orden público no enerva la autonomía, sino que concurre con ella”.

De lo expuesto hasta aquí se desprende que un primer paso de este desdoblamiento –orden público y ley imperativa– se logra al trasladar la eficacia de la renuncia desde el plano de las leyes al de los derechos adquiridos. Unos derechos son renunciables y otros irrenunciables. El carácter renunciable o no de los derechos, no depende tanto de la naturaleza del precepto legal, como del efectivo perjuicio que en su caso se seguiría a un tercero o del deber que le es inherente al derecho en aras de la sociedad, razones éstas que interesan por eminencia al orden público.

“Por eso los derechos concedidos por leyes, incluso de carácter imperativo, son, en principio, renunciables desde el momento en que el derecho ingresa en el patrimonio del beneficiario y no se perjudica a un tercero o tal renuncia resulta contraria al orden público... el orden público no depende, al menos necesariamente, del tenor y características de una disposición legal. Por eso pueden señalarse diferencias entre las leyes imperativas y el orden público. Esta última noción se engarza mejor con el ejercicio de los derechos que con el modo en que se fije su formulación legal”<sup>39</sup>.

El tercer punto que postula Doral, como hemos dicho, es el de que todo el derecho pretende el “bien común”, sea a través de normas imperativas, dispositivas, de carácter público o privado. En la nota al pie de página señala: “Toda la organización de la familia, protección de incapaces, etc., es de orden público por su inherencia al bien común. El interés o el orden público se invocan, dice De Castro, ‘por el carácter irrenunciable de los derechos y facultades unidos al ser de la persona (derechos de la personalidad) al cumplimiento de ciertos deberes (patria potestad, tutela, etc.), de protección de personas por su edad, condición física, económica o social (menores, dementes, trabajadores, arrendatarios) y todos los derechos o facultades sustraídas por razones superiores al poder de disposición del individuo’. Pero esto no debe llevarnos a imponer dogmas innecesarios con la rúbrica del orden público”<sup>40</sup>. “Salvada la autoridad de la ley, la renuncia por los particulares a los derechos no siempre afecta al bien común, al interés general”<sup>41</sup>.

Puntualiza el autor que, la idea del “bien común” destaca el carácter dinámico del concepto de orden público y por lo tanto no debe entenderse éste únicamente como concepto “límite” al ejercicio de la autonomía privada.

Doral define el orden público teniendo en cuenta un significado estricto del mismo y dice que es “aquel conjunto de principios que se consideran parte esencial del bien común, integrante de toda la sociedad o de un grupo social. En suma aquellos principios esenciales a la vida social en su conjunto”.

En una rápida leída de las argumentaciones expuestas podría suponerse tal vez que, abandonar la idea de interés público o interés general como sinónimo de

<sup>39</sup> Doral, *La noción de orden público en el derecho civil español*, p. 36 y 41.

<sup>40</sup> Doral, *La noción de orden público en el derecho civil español*, nota de p. 36.

<sup>41</sup> Doral, *La noción de orden público en el derecho civil español*, p. 41.

aquél, para recaer en la de bien común, sería someternos a más de lo mismo. Sin embargo, creemos que no es así.

El “bien común” nos permite establecer un hilo conductor que finalmente concluye en una concepción, en los hechos, muy diferente de orden público en la que se pone de relieve su contenido dinámico y cambiante a través del tiempo. Abandonamos el concepto de ley imperativa que nos aleja definitivamente de la idea legalista de orden público, lo posicionamos como principio “marco” de todo el sistema jurídico en general, más allá de la posición tradicional que lo contemplaba dentro de la disyuntiva Estado-individuo y, por último, siguiendo esta guía, permitimos el fortalecimiento del ámbito en el que se mueve la autonomía de la voluntad. Aquí recae la importancia y la consecuencia práctica de esta forma de entender el orden público: se pasa de una concepción en la que el Estado marca los límites a la autonomía de la voluntad, cayendo por momentos en arbitrariedades, a una en la que la autonomía privada acapara el centro de la escena, teniendo como límite el bien común y apoyándose en las libertades humanas que éste defiende. Efectivamente, la noción de orden público es abstracta. Lo fue y lo seguirá siendo. Sin embargo, una forma moderna de mirar este concepto nos permite, al menos, dejar de utilizar este concepto como “muletilla” para justificar arbitrariedades impuestas por el Estado y a veces por la doctrina y jurisprudencia. Es posicionarse de manera diferente ante el mismo problema.

Tres últimas citas de Doral: “El orden público, como parte integrante que es del bien común, *ampara las libertades humanas*. De esa manera contribuye positivamente a la paz social al hacer posible el ejercicio de esas libertades”<sup>42</sup>. “El orden público... hace posible el juego armónico de la libertad al permitir cohesionar la autoridad con la libertad dentro de las reglas que caracterizan una sociedad moderna... Es el cauce por el que penetra la corriente social en la vida pública” y, por último “El mundo moderno se encamina por las rutas de la libertad de la persona y de la igualdad ante la ley... Es decir, hoy más que nunca sorprende y se critica cualquier pretensión de ‘conceder’ lo que ya pertenece por ‘derecho a la persona humana’”<sup>43</sup>. Los derechos se reconocen, no se conceden graciamente, porque son anteriores al Estado y justificativos de él.

Finalmente vemos que el Tribunal Supremo de España, en una reciente sentencia recoge este mismo criterio que hemos expuesto: “De una parte, esta Sala tiene declarado, respecto al orden público, que está constituido por los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en el pueblo y en una época determinada (SSTS de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979), y de otra, una notable concepción de la doctrina científica aprecia como tal los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas; asimismo, una moderna posición de la ciencia jurídica señala que el orden público constituye la expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulne-

<sup>42</sup> Doral, *La noción de orden público en el derecho civil español*, p. 67.

<sup>43</sup> Doral, *La noción de orden público en el derecho civil español*, p. 79.

re, y que, básicamente, hoy han de tenerse en cuenta, como integrantes del orden público, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución<sup>44</sup>.

Si releemos las notas que fuimos transcribiendo al tratar de exponer el concepto de orden público, según la postura clásica y las que hemos transcripto a partir de la noción moderna, comprobamos con mayor claridad este efecto de “cambio de mentalidad” en la forma de pensar el mismo instituto. Con el objeto de mostrar este contraste es que hemos basado la exposición de esta parte del trabajo, casi exclusivamente en citas.

3) *La noción de orden público en Argentina.* Como adelantamos, en nuestro país, en la actualidad, parece ponerse en tela de juicio la concepción clásica de orden público con la que hemos convivido hasta ahora.

Bakmas expuso la problemática del orden público y la dificultad de determinar el ámbito de aplicación de la autonomía de la voluntad en materia mercantil<sup>45</sup>.

El mencionado autor hace un breve relevamiento de las distintas opiniones doctrinarias que se han expedido respecto de la noción de orden público. Si bien es cierto que, en términos genéricos asimila las normas de orden público a las leyes imperativas y entiende que existe en esta materia un enfrentamiento entre el interés público y el privado, arriba a conclusiones muy interesantes en donde destaca el carácter dinámico del concepto y la necesidad de respetar la autonomía de la voluntad no imponiéndole más límites que los que estrictamente surjan de la ley.

El camino que recorre el autor argentino, a nuestro entender, tal vez no ahonde en la naturaleza de los distintos conceptos jurídicos con la profundidad que lo hace el trabajo elaborado por Doral, porque tal vez no sea esa su finalidad, sin embargo muestra claramente dos fenómenos: a) la preocupación actual por no rendirse simplemente ante el “dogma” del orden público como justificativo para frenar la autonomía privada, y b) la necesidad de revisar preconceptos desde una nueva óptica, más dinámica y más ajustada a los cambios y los principios imperantes en nuestros días. De alguna manera, no es más que resaltar el dinamismo del concepto para ajustarlo a los tiempos y al “bien común”.

Arriba el autor a algunas conclusiones que nos parecen muy útiles desde un punto de vista práctico, más allá del acuerdo o desacuerdo que doctrinariamente pueda existir respecto de la utilización de determinados términos técnicos: “De acuerdo con el juego armónico de las disposiciones citadas una norma legal será de orden público con relación a las convenciones particulares únicamente en los siguientes casos: a) cuando el legislador declaró el carácter de orden público en la norma; b) cuando la norma contiene la sanción expresa de nulidad absoluta para el caso de inobservancia, y c) cuando la norma es prohibitiva. Si nada de esto ocurre, aun podrá el juez interpretar que la ley reviste carácter de orden público. Ello está dentro de su potestad interpretativa; pero para ello deberá atenerse a las limitaciones que se analizaron en el § VIII”.

En el mencionado párrafo el autor puntualiza que la facultad interpretativa del juez deberá ser de carácter restrictivo “pues de no ser así estaría legislando, es-

<sup>44</sup> STS, Sala de lo Civil, 5/2/02.

<sup>45</sup> Bakmas, Iván, *Sociedades anónimas y orden público. La normativa constitucional. Las sociedades cerradas, LL*, 2001-F-1448.

taría creando nulidades no previstas, lo cual le está vedado por el art. 1037 del Cód. Civil. Atento la correlación necesaria que existe entre las normas de orden público y las nulidades de los actos contrarios a ellas, al prohibir a los jueces declarar otras nulidades que las que en ese Código se establecen, el citado artículo les está prohibiendo crear normas de orden público. Al mismo tiempo esa norma está ratificando la exigencia de que *la restricción a la autonomía de la voluntad debe provenir de una ley en sentido formal* y la prohibición de dictar nulidades con fundamento en un concepto abstracto de orden público”<sup>46</sup>.

En este estado corresponde hacer dos reflexiones: a) tanto el ordenamiento jurídico español como el argentino tienen normas de contenido similar en este punto, sobre las que pueden fundamentarse las conclusiones a las que arriba el autor argentino; b) si bien el artículo citado se refiere a “orden público” tanto como lo hace el texto de Doral, los términos jurídicos desde los que cada uno de los autores construye su hipótesis son diferentes y, por momentos, pareciera casi imposible que ambos autores arriben a conclusiones similares. No obstante, si analizamos el tema con detenimiento, veremos que ello no es así. Llevados los preceptos a la práctica, los argumentos esgrimidos por uno y otro autor, tienen alcance similar.

Bakmas parte de darle un contenido “legalista” al orden público, razón por la cual, requiere al legislador que expresamente manifieste que determinada ley es de orden público. Este requisito, como técnica legislativa es bastante conveniente puesto que, más allá de lo que sostiene Doral respecto a que existe una diferencia entre una norma de orden público y los derechos que ella otorga a los particulares los que, eventualmente, serían renunciables, de la lectura del artículo se deduce que Bakmas se refiere al supuesto en que el legislador aclara cuáles derechos no son renunciables. De esta manera, podemos concluir en que las opiniones vertidas por ambos juristas no son tan dispares como a simple vista parecen.

Cabe destacar que el Código Civil argentino contiene dos normas que van de la mano de la doctrina expuesta por Doral y que también podemos encontrarlas en el Código Civil español, fundamentalmente, en el art. 6° transcrito con anterioridad, a saber: art. 18: “Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención” y art. 19: “La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia”. Este último artículo, sumado al art. 1037 del mismo cuerpo normativo que dice: “Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen”, fundamentan los demás requisitos señalados por Bakmas.

## **b) Influencia de la noción moderna de orden público en el derecho de la persona y, especialmente, en el derecho de autoprotección**

Realizado un breve recorrido por la noción de orden público en términos generales, debemos estudiar ahora qué influencia tiene el instituto en el derecho de la persona, cuál es el bien jurídico protegido en este caso y si es admisible el dictado

---

<sup>46</sup> Bakmas, *Sociedades anónimas y orden público. La normativa constitucional. Las sociedades cerradas*, LL, 2001-F-1454.

de disposiciones y estipulaciones para la propia eventual incapacidad, más allá de la existencia o no de normas positivas que expresamente lo admitan.

Lo primero que debemos decir, antes de adentrarnos por completo en el tratamiento de este punto es que, no nos ocuparemos en este trabajo de establecer la necesidad social de hacer lugar a tales disposiciones y estipulaciones. A la fecha, la cantidad de estudios realizados sobre la materia y la seriedad con la que cada autor ha contribuido a la fundamentación de la importancia de receptar esta clase de manifestaciones en los distintos ordenamientos jurídicos como respuesta a una situación real y urgente de gran actualidad, nos permiten dar esta afirmación por cierta, e intentar seguir adelante a partir de tanto trabajo y esfuerzo, sin recurrir a repeticiones y citas que no harían más que demorar nuestro camino y menoscabar el tiempo dedicado por los distintos autores a esta cuestión<sup>47</sup>.

Hecha esta aclaración, debemos decidir si en los sistemas jurídicos en los que no hay normas que reconozcan expresamente el derecho de autoprotección y las facultades dispositivas que de él emanan, se debe esperar a una reforma legislativa para poder ejercitarlo o si, por el contrario, podemos fundamentar que tal derecho no requiere consagración expresa que lo haga operativo, más allá que, *de lege ferenda*, consideremos la conveniencia de una reglamentación específica.

El derecho de autoprotección evoca los principios de autodeterminación, dignidad, autonomía, libertad.

En España, la prevalencia de los principios enunciados, prácticamente no se pone en tela de juicio. Por el contrario en Argentina, esta afirmación depende, para ser aceptada, de algunas justificaciones, las que esperamos poder aportar en este estudio.

El jurista español Ramos Chaparro nos permite comprender con claridad la importancia y el alcance de estos principios en el derecho de la persona. A través de sus palabras, podremos observar cuáles son los parámetros que se tienen en cuenta al analizar la cuestión que planteamos y tal vez nos permita comprender desde un principio, que la idea que nosotros planteamos como un cuestionamiento a resolver, respecto a si es posible que una persona capaz manifieste su voluntad para el caso en que devenga incapaz, no es tal. La respuesta afirmativa se impone. Adelantamos aquí que, a nuestro entender, los principios que emergen del derecho de autoprotección y que hemos enunciado en los párrafos anteriores son la respuesta definitiva e inapelable a esta cuestión en el mundo actual.

Dice Ramos Chaparro: “El derecho de la persona no es ni público ni privado, ni tampoco, propiamente, las dos cosas a la vez. Si se nos permite otra metáfora, tomada de las cosmologías actuales, el derecho de la persona sería la ‘singularidad original’ en el derecho, un punto de partida sin dimensiones del que se expande el universo jurídico”.

Sobre la base de la unidad esencial del derecho positivo, De Castro ha enseñado que: “el derecho realiza su función en dos direcciones fundamentales: para que la persona realice sus fines (sustantivos), lo que presupone (como ser social) la or-

---

<sup>47</sup> Sobre este tema hemos investigado conjuntamente con Luis R. Llorens, en Argentina, y en España, autores como Rafael Martínez Díe, Manuel Á. Martínez García, Juan J. Rivas Martínez, los notarios Fernando Rodríguez Prieto y Blanca Entrena, entre otros.

ganización y conservación de la comunidad; para que la comunidad realice sus fines (instrumentales), lo que presupone (como comunidad jurídica) que haga respetar y proteger a la persona. Esta doble función se expresa en dos principios: el de personalidad y el de comunidad, ambos dirigidos al mismo fin común (realización social de la justicia) y en constante y necesaria colaboración<sup>48</sup>.

A la personalidad, por tanto, por razón de la materia, corresponde un régimen jurídico que contiene, en germen, los dos principios básicos del derecho, al tratar de hacer eficaces para cada supuesto humano concreto los valores superiores del ordenamiento mediante las categorías jurídicas fundamentales (capacidad, derechos de la personalidad y estados civiles) que configuran la posición de la persona en la comunidad jurídica. No hay lugar, por ello, para la distinción público-privado, sobre todo si ésta se sigue basando en la teoría del interés en esa forma que consideraba De Castro “peligrosa y repulsiva consistente en pretender convertir al derecho privado en una organización protectora del egoísmo individualista y, en su forma extrema, un guardián del bienestar del poseedor de riquezas”<sup>49</sup>.

Sostiene Ramos Chaparro que la dignidad de la persona es la personalidad misma. “El libre desarrollo de la personalidad aporta... una concepción dinámica del hombre, en la que se afirma la libertad psicológica o autogobierno y se reconoce en dicha cualidad una entidad jurídica creadora y modificadora”<sup>50</sup>.

El autor que citamos unifica los principios regentes del derecho de la persona sosteniendo que la libertad humana es la causa determinante de la capacidad de obrar y es un derecho fundamental “configurador del contenido jurídico y filosófico de la personalidad en cuanto valor, cuya existencia y vigencia se imponen al derecho en virtud del principio de la dignidad”<sup>51</sup>.

Como vemos, Ramos Chaparro, no cuestiona en absoluto estos derechos inherentes a la persona que, por otra parte, han sido consagrados por la Constitución española y también la argentina y en los tratados internacionales ratificados por ambas naciones. Ellos conllevan como resultado el absoluto deber de respeto a la autonomía de la voluntad con el único límite que impone el orden público entendido en su concepción moderna.

Ahora bien, si es cierto que los principios que hemos enunciado son reconocidos por las constituciones nacionales de ambos países, y por la doctrina y la jurisprudencia generales, no es inteligible que al momento de llevarlos a la práctica se discuta su operatividad inmediata y directa.

Enfoquemos el tema a partir del análisis que hemos realizado en los puntos anteriores de este apartado. Como ya hemos visto, el orden público y su contenido van cambiando a medida que los tiempos cambian.

En esta época, el respeto a los principios expuestos es, indiscutiblemente, materia de orden público.

<sup>48</sup> De Castro, Federico, *Derecho civil español*, t. I, p. 91, citado por Ramos Chaparro, Enrique, “La persona y su capacidad civil”, Madrid, Tecnos, 1995, p. 166.

<sup>49</sup> De Castro, *Derecho civil español*, p. 81, citado por Ramos Chaparro, “La persona y su capacidad civil”, p. 166.

<sup>50</sup> Ramos Chaparro, *La persona y su capacidad civil*, p. 152.

<sup>51</sup> Ramos Chaparro, *La persona y su capacidad civil*, p. 163.

El interés jurídicamente protegido por el orden público en punto al derecho a la persona es “el desarrollo pleno de la personalidad en todos sus aspectos”<sup>52</sup>.

Igual opinión se sostiene en la memoria que acompaña el Proyecto de ley de “Regulación del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad” en discusión en el Parlamento español en estos momentos: “La Constitución española recoge en el art. 49 el deber de los poderes públicos de realizar una “política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y ampararán especialmente en el disfrute de sus derechos. El fundamento de este principio rector de la política social y económica se encuentra en la dignidad de la persona y en la voluntad de que desarrolle libremente su personalidad, con el soporte de los derechos inviolables que le son inherentes”.

Una vez que acordamos este punto, el que se encuentra sustentado en el derecho positivo de ambas naciones, como ya lo hemos señalado, debemos pasar a un segundo planteo: ¿Cuál es la mejor forma de lograr la protección de ese interés protegido por el orden público cuando nos encontramos en el ámbito que hace a la incapacidad de obrar de la persona, entendida ésta en términos genéricos? Aquí es donde se plantean las discusiones. Por un lado, hay quienes entienden que sólo el Estado puede determinar la mejor manera de velar por los intereses de una persona que se encuentra en una situación de incapacidad. Por otro lado, hay quienes entienden que si una persona siendo capaz, dispuso cómo quería vivir su propia incapacidad y quién debería hacerse cargo de ella en esa oportunidad, esa voluntad prevalece sobre cualquier norma estatal.

Es aquí donde podemos vincular de alguna manera los conceptos que hemos desarrollado más arriba. Nos encontramos ante normas de orden público, por cuanto pretenden proteger los intereses que hemos expuesto. Sin embargo, los derechos que de ellas emergen son renunciables y por tanto, una persona puede renunciar al derecho que la ley le otorga de ser representada por un tutor designado judicialmente y nombrar por sí misma al tutor que crea más conveniente, y, aún más, como veremos en el desarrollo del trabajo, podrá eventualmente: a) designar a la persona que entenderá en sus asuntos antes que el derecho la califique como incapaz para cuando su capacidad natural se encuentre disminuida o se haya perdido por completo, y b) dejar expuesta su voluntad respecto a las medidas de orden sanitario a las que desea ser sometido. Especialmente en punto a la autodelación de la tutela, lo que es de orden público no es el sistema impuesto expresamente por la ley sino el interés jurídico protegido, por lo tanto, puede establecerse una tercera vía distinta a la que emana de la norma positiva, en razón de las disposiciones efectuadas por la persona mientras aún es capaz.

Actualmente la doctrina se divide entre los que opinan que esta clase de disposiciones necesitan de una reglamentación expresa y los que no. Lo que la gran mayoría no discute ya, es la necesidad de este instituto. ¿Quién puede saber más y mejor respecto a qué es lo que necesita una persona ante su propia eventual incapacidad que él mismo? ¿Puede acaso el Estado proteger mejor a un incapaz nombrándole *ipso iure* una persona para que actúe por él cuando no puede total o parcialmente autogobernarse teniendo en cuenta un “nomenclador” preestablecido que

---

<sup>52</sup> Ramos Chaparro, *La persona y su capacidad civil*, p. 167.

invistiendo a la persona por él mismo elegido, durante su capacidad por haberlo considerado más idóneo?

Esta postura, por supuesto, es también respetuosa de aquella sostenida por quienes entienden que es el Estado el mejor preparado para dar una solución al problema, puesto que *siempre queda abierta la posibilidad de optar por el régimen supletorio consagrado en cada código*.

1) ¿“*Lege lata*” o “*lege ferenda*”? Martínez García sostuvo que en el régimen del Código Civil español era menester “distinguir las consideraciones de *lege lata* de las de *lege ferenda*” y así expuso: “A la vista de la redacción actual del Código, los argumentos a favor de la admisión de la autotutela con efectos propios (vinculantes o semi-vinculantes para la autoridad judicial, al modo de las disposiciones paternas) se antojan de insuficiente entidad. Los recogen Badosa Coll, Romero Candau y Rivas Martínez”<sup>53</sup>.

Expone así esos argumentos, a saber: a) la apelación al principio de autorregulación del que es titular todo sujeto de derecho aplicable a su persona y bienes en el presente y en el futuro; b) en razón de que no se especifican las causas de incapacidad, cada sujeto puede prever mejor su situación y adoptar medidas en consecuencia; c) si los padres pueden nombrar tutores a sus hijos y ordenar disposiciones sobre la persona o bienes de éstos cuando son menores o incapaces, por qué no podrían disponerlo para sí mismos<sup>54</sup>; d) como las disposiciones de autotutela pueden contener un aspecto positivo, cuando el interesado designa su propio tutor, también pueden contener un aspecto negativo, cual es la exclusión expresa de determinada persona para que ejerza su tutela, llegado el caso. Este sentido coincidiría con la previsión expresa del art. 244 del Cód. Civil que consigna como causa de exclusión para el cargo de tutor la “enemistad manifiesta” con el tutelado<sup>55</sup>.

Además de los argumentos expuestos, también debemos considerar el art. 231 del Cód. Civil español que reza: “El juez constituirá la tutela previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años”. ¿Si el juez debe escuchar al presunto incapaz, no surge razonable a partir de ello que escuche al capaz?

<sup>53</sup> Martínez García, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado sobre “La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales”, dirigido por Rafael Martínez Díe en el año 1999.

<sup>54</sup> Esta disposición está prevista en el art. 223 del Cód. Civil español: “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 Código Civil argentino contiene una previsión semejante en su art. 479 que remite al art. 383: “En todos los casos en que el padre o madre puede dar tutor a sus hijos menores de edad, podrá también nombrar curadores por testamento a los mayores de edad, dementes o sordomudos”. El art. 383 dice: “El padre mayor o menor de edad, y la madre que no ha pasado a segundas nupcias, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar por testamento, tutor a sus hijos que estén bajo la patria potestad. Pueden también nombrarlo por escritura pública, para que tenga efecto después de su fallecimiento”.

<sup>55</sup> Art. 244 del Cód. Civil español: “Tampoco pueden ser tutores: ...2) Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado”. En el Código Civil argentino no hay una disposición semejante a la dispuesta en el art. 244.

Conjuntamente con Llorens, formulamos los argumentos por los que entendemos que de *lege lata*, la normativa actual permite receptor las disposiciones para la propia incapacidad estableciendo dos ámbitos diferentes:

a) el del Código Civil, y en ese sentido señalamos cuatro caminos fundamentales: En primer lugar “corresponde considerar que el art. 480 del Cód. Civil establece que: ‘el curador de un incapaz que tenga hijos menores es también tutor de éstos’. Si una persona puede designar tutor para sus hijos menores (art. 383, Cód. Civil) para la eventualidad de su fallecimiento, y si aceptamos que esa designación debe ser tenida en cuenta también para el caso de interdicción, disminución de sus facultades, etc. del progenitor, debemos concluir, por aplicación del artículo transcrito, que el otorgante tiene la facultad de designar también para sí el propio curador, ya que éste debe coincidir con la persona designada por él para la tutela de sus hijos. Por otra parte, si quien tiene hijos menores tiene por este medio la facultad de designarse el propio curador, esa misma facultad debemos atribuírsela también a quien no tiene hijos incapaces”<sup>56</sup>.

El segundo argumento es el de la posibilidad de nombrar tutor a sus hijos que estén bajo la patria potestad. El tercer argumento lo encontramos en el art. 2715 del Cód. Civil argentino que permite al testador imponer la indivisión “de una cosa común” entre los beneficiarios que instituye por un plazo que no podrá exceder de cinco años. “Y que, posteriormente, la ley 14.394 permitió imponer a los herederos, aún forzosos, la indivisión de los bienes hereditarios por un plazo no mayor de diez años, el que se podrá extender hasta la mayoría de edad de todos los herederos cuando la indivisión se refiera a un bien determinado, a un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o ‘cualquier otro que constituya una unidad económica’ (art. 51, ley 14.394). Si esta normativa permite al causante disponer el mantenimiento de la indivisión de sus bienes *luego de su muerte*, adjudicándole efectos a su voluntad sobre su patrimonio para cuando ya no es persona y, por ende, no es titular de derecho alguno, ¿cómo impedir que alguien disponga acerca de la administración de sus bienes durante su capacidad, en previsión de su incapacidad?”<sup>57</sup>

Por último, hacemos alusión al art. 2613 del Cód. Civil argentino por el que se “permite al testador prohibir al heredero que enajene los bienes por un plazo que no exceda de diez años. ¿Cómo no admitir que una persona, como titular de derechos, disponga sobre la suerte de sus propios bienes ante la eventualidad de su incapacidad?”<sup>58</sup>

b) el de la Constitución nacional: A partir de la reforma llevada a cabo en el año 1994, la Constitución argentina “otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales enumerados en su art. 75, inc. 22, de los cuales la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración Universal de Derechos Humanos brindan fundamentos a nuestro planteo”<sup>59</sup>. Destacamos el derecho del niño a ser oído y su analogía con los incapacitados, el derecho a la libertad, la vida y a la seguridad personal, el contenido del art. 25, ap. 1° de la Declaración Universal de Derechos

<sup>56</sup> Taiana de Brandi - Llorens, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, p. 28 y 29.

<sup>57</sup> Taiana de Brandi - Llorens, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, p. 29 y 30.

<sup>58</sup> Taiana de Brandi - Llorens, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, p. 30.

<sup>59</sup> Taiana de Brandi - Llorens, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, p. 30.

Humanos que reconoce el derecho de las personas “a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”, y, por último, los arts. 19 y 33 de la Const. nacional que consagran, el primero, el principio que todo aquello que no está prohibido, está permitido, y el segundo, la remisión a los derechos implícitos en el espíritu de la Carta Magna.

Sin perjuicio de los argumentos que gran parte de la doctrina española y argentina acercan para justificar la aplicación inmediata del derecho de autoprotección teniendo en cuenta las normas vigentes, Martínez García entiende que, en España, “la regulación nacida de la reforma de 1983 ha acentuado el carácter imperativo de sus normas, limitando la autonomía privada y las posibilidades de extender sus normas por vía analógica, y subrayando la intervención de la autoridad pública: la judicial y, significadamente desde 1987, la gubernativa encarnada en el Ministerio Fiscal; por otra parte, la enumeración de personas llamadas a la tutela en ningún caso recoge a las designadas por el incapacitado, y el propio legislador excluyó... tal autodelación al elaborar la reforma”<sup>60</sup>.

Con relación a su comentario, entendemos que: a) en lo atinente al hecho que la reforma del Código haya creído necesario modificar el sistema tutelar para abandonar su tinte familiar y adoptar una estructura netamente judicial, hemos expresado en el inc. e, del ap. 1º que tal vez, a la fecha, las circunstancias han cambiado. De hecho, si confrontamos la legislación foral que es aún más moderna que la reforma al Código español, veremos que en Aragón se ha decidido receptar expresamente la institución de la Junta de Parientes y en los considerandos de la compilación se hace expresa mención a la posibilidad que esta determinación sirva de precedente para una eventual futura modificación de la legislación común.

Por su parte, en Cataluña, también se recepta la institución del Consejo de Tutela como un órgano de índole familiar; y b) con relación al rechazo de la autodelación de la tutela por el legislador, al elaborar la reforma del Código, Martínez Díe, cuando manifiesta la habitual confusión existente entre incapacitación y tutela, comenta: “en la discusión parlamentaria sobre el Proyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de tutela se produjo esta grave confusión entre la incapacitación como proceso y el régimen de protección –preventivo, representativo o asistencial– del presunto incapaz o incapacitado como mecanismo para salvaguardar su persona o patrimonio, lo que redundó negativamente en la configuración de las instituciones tutelares, cuasitutelares o paratutelares, con el resultado de privar de eficacia vinculante las previsiones adoptadas por el propio interesado para organizar su autoprotección, cuando aún gozaba de plena capacidad.

El origen de este equívoco se encuentra en la enmienda presentada por Pérez Royo, en nombre de los diputados comunistas integrados en el Grupo Mixto, en que se proponía que el presunto incapaz pudiera por sí mismo promover su incapacitación y articular su propio sistema tutelar. Pues bien, al quedar conectadas en la enmienda la auto-solicitud de incapacitación y la autotutela, el rechazo de aquélla oca-

---

<sup>60</sup> Martínez García, Manuel Á., *Apoderamientos preventivos y autotutela*, en seminario “La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales”, Madrid, Civitas, 1999, p. 133.

sionó el de ésta, aunque ni siquiera se llegó a debatir sobre este particular<sup>61</sup>. Con base en la transcripción que antecede, consideramos que no puede sostenerse que la reforma del año 1983 haya excluido, propiamente dicho, la regulación de la autotutela. Es más, Martínez García hace referencia en su artículo al tratamiento parlamentario que tuvo el tema y coincide con la afirmación de Martínez Díe.

En mérito a los argumentos expuestos por los distintos autores y el alcance que nosotros entendemos tienen las normas de orden público que regulan los institutos tutelares en ambos ordenamientos jurídicos, español y argentino, creemos, a diferencia de Martínez García, que *de lege lata*, es factible admitir el otorgamiento de las disposiciones y estipulaciones para la propia eventual incapacidad y que, llegado el caso, éstas deberán ser tomadas en cuenta por el juez puesto que no puede hacer caso omiso del ejercicio del derecho de autonomía privada sin recaer en arbitrariedad.

2) *Propuestas de “lege ferenda”*. En este sentido, en el seno de la doctrina española y argentina, hay una gran cantidad de propuestas acuñadas. El mayor problema que se nos plantea al analizar esta cuestión es establecer un orden para su exposición. En efecto, no hay o por lo menos no hemos encontrado, una estructura sistemática que pueda relacionarlos. En razón de ello nos limitaremos a analizar las distintas propuestas de las que tenemos conocimiento a la fecha por separado tomando como única referencia los puntos en los que cada una hace hincapié.

Así, dividiremos el planteamiento de la cuestión de la siguiente manera: por una parte, los proyectos que tratan específicamente de la regulación de la autotutela y los que se remiten al consentimiento informado, los que trataremos conjuntamente por la extensión del tema; por otra parte, los proyectos que contemplan la situación de la persona que ha visto disminuida su capacidad natural, entendida ésta en los términos desarrollados en este trabajo, en el tiempo previo al dictado de su incapacidad jurídica. En este aspecto veremos no sólo las propuestas desarrolladas por la doctrina sino la solución práctica que se da a este problema. Luego estudiaremos el proyecto español que contempla la creación de un patrimonio especialmente protegido. Por último, trataremos de exponer nuestra propuesta fundamentalmente, en el marco del derecho argentino.

## 4. Propuestas

### a) Autotutela y consentimiento informado

En este aspecto, en España, se toma frecuentemente como referente la legislación catalana que, como vimos, contempla la autotutela desde el año 1998 y el consentimiento informado desde el año 2000.

En las disposiciones finales del Proyecto de ley de patrimonio especialmente protegido que trataremos más adelante, se recepta tanto la autotutela como los poderes preventivos, los que estudiaremos en el apartado siguiente. En efecto, aparentemente, las propuestas que se van concretando en el campo del derecho de auto-

---

<sup>61</sup> Martínez Díe, Rafael, *Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección*, Consejo General del Poder Judicial, 17/11/99, p. 25.

protección van ocupando su lugar dentro de los distintos proyectos de ley y, eventualmente, dentro del derecho positivo. En el Proyecto al que hacemos referencia se reconocen expresamente estos derechos y aunque se los reglamente en forma muy incipiente su introducción es de suma importancia y por cierto, muy alentadora.

Específicamente, en cuanto a la autotutela se dispone: “Cualquier persona, mayor de edad o emancipada, en previsión de ser declarada incapacitada en el futuro, puede designar en escritura pública la persona o personas físicas o jurídicas que desea ejerzan el cargo de tutor, sus sustitutos en caso de imposibilidad del ejercicio, así como las personas que quiera excluir del cargo. También podrá fijar el contenido y funcionamiento de la tutela, establecer órganos de fiscalización o medidas de vigilancia y control, y arbitrar reglas de administración y de disposición de sus bienes. En caso de pluralidad de designaciones para los cargos tutelares, prevalecerá la última. El declarante podrá asimismo delegar en otra persona la elección del futuro tutor entre una pluralidad de personas físicas o jurídicas previamente identificadas en la escritura pública. Si por cualquier causa el designado no puede efectuar la elección, la realizará el juez en su lugar”.

Como vemos, el Proyecto va tal vez un poco más allá que la ley catalana al prever la posibilidad de designar a una persona para que, acaecida la incapacidad del disponente, determine quién será el tutor.

En términos generales, y sin perjuicio del Proyecto de ley, la doctrina española acuerda en los puntos que deben tomarse en cuenta frente a una eventual reforma del sistema vigente en la actualidad: a) el proceso de incapacitación debe dejar de ser inquisitivo, puesto que ello hace “que se trate de eludir la incapacitación para evitar la ‘judicialización’ de la vida familiar”<sup>62</sup>. En principio, a la familia le resulta moralmente difícil presentar una demanda *contra* aquél a quien se pretende incapacitar; b) el código debe receptar nuevamente la posibilidad de establecer una tutela de tipo familiar; c) las disposiciones y estipulaciones deberán otorgarse en escritura pública a fin de asegurar, la fehaciencia, la fecha cierta, el debido asesoramiento, la perdurabilidad del soporte instrumental y la seguridad jurídica; d) “la vinculación del juez respecto de las disposiciones adoptadas por el propio incapaz, salvo que exista un significativo cambio de circunstancias que las haga desaconsejables”<sup>63</sup>; y e) “la remisión a un sistema de registro público para el control de los documentos otorgados”<sup>64</sup>.

Elaboramos con Llorens un Proyecto de ley que prevé la sanción de dos nuevos artículos y la modificación de otros dos, respetando la conformación y disposición del Código Civil vigente<sup>65</sup>. Así, se propone la incorporación del art. 475 *bis* que permite a los mayores de edad designar un curador en previsión de su propia incapacidad, y del art. 1963 *bis* permitiendo que el mandato no se extinga por la incapacidad del mandante cuando éste ha sido otorgado para continuar luego de la propia incapacidad. Además, se propone la modificación del art. 152 *bis* estableciendo la

<sup>62</sup> Martínez Díe, Rafael, *La formulación notarial del derecho y la protección de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, ponencia presentada en el seminario: “La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales”.

<sup>63</sup> Martínez García, *Apoderamientos preventivos y autotutela*, p. 135.

<sup>64</sup> Martínez García, *Apoderamientos preventivos y autotutela*, p. 135.

<sup>65</sup> Taiana de Brandi - Llorens, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, p. 73 a 76.

posibilidad de que uno mismo designe al curador, previo a la embriaguez habitual o uso de estupefacientes, en el supuesto del inc. 2° de este artículo, y del art. 384 incorporando el siguiente párrafo: “Podrán también los padres disponer las pautas a las que deberá someterse el tutor en su función, tanto en lo atinente en la persona del menor, como en lo concerniente a sus bienes. Estas pautas serán obligatorias mientras que circunstancias posteriores no varíen las condiciones en las que ellas deban aplicarse”.

A medida que las propuestas doctrinarias fueron tomando fuerza, se intentó incorporar las nuevas ideas en el Proyecto de reforma del Código Civil argentino, elaborado por la Comisión creada por decr. 685/95. A nuestro entender, la aprobación del mencionado Proyecto sería muy importante por cuanto introduce innovaciones en varios aspectos jurídicos, más allá de que como toda propuesta, pueda ser mejorable. De todas maneras, ante la situación social, política y económica actual de nuestro país, que es de público y notorio, su tratamiento ha quedado relegado.

Dicho Proyecto contempla no sólo las disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad sino que reformula los términos en que actualmente se entiende la incapacidad y sus causas en nuestro Código Civil vigente.

El art. 19 establece: “Las personas humanas pueden ejercer por sí mismas sus derechos, salvo aquéllas a quienes la ley declara incapaces. Son incapaces: a) las personas por nacer; b) los menores, con las excepciones previstas en la ley, y c) los interdictos por causas psíquicas, en la medida judicialmente dispuesta”. Este artículo introduce dos elementos muy relevantes: 1) amplía el ámbito de aquellos a los que el Código vigente denomina “dementes” y se extiende a una categoría de “interdictos por causas psíquicas” más abarcativa, aunque no llega a prever la posibilidad de declarar la incapacidad por causas físicas; 2) introduce la idea de graduación de la capacidad en tanto hace referencia a “en la medida judicialmente dispuesta”. En este mismo sentido, el art. 32 prevé que la sentencia “que declara la interdicción debe determinar la extensión y los límites de la incapacidad; a tal efecto, si el estado del interdicto lo hace posible y conveniente, el tribunal debe especificar los actos que el interdicto puede realizar por sí o con asistencia del curador. Si el tribunal considera que la persona está en situación de conservar su capacidad con limitaciones a los poderes de disposición, puede declarar su inhabilitación”.

En el art. 83, se prevé: “Personas que pueden ser curadores. El tribunal debe discernir la curatela a favor de la persona designada en escritura pública otorgada por el interdicto cuando era capaz. Si ella no acepta, y tampoco lo hacen los sustitutos previstos por el interdicto, la curatela se discierne al cónyuge no separado judicialmente o de hecho. En defecto del cónyuge, el tribunal puede nombrar a quien tenga mayor solvencia moral y económica entre los hijos, padres y hermanos del interdicto. Los padres pueden nombrar curadores a sus hijos interdictos en los casos y con las formas en que pueden designarles curadores”.

En el Proyecto nada se prevé en punto a la posibilidad que la tutela o curatela pueda ser ejercida por una persona jurídica.

En relación al consentimiento informado, el Proyecto lo contempla en sus arts. 112 a 114.

El primero de los artículos establece la necesidad del “consentimiento del paciente previo a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos, cualquiera que sea su naturaleza” y, especialmente el art. 113, consagra el supuesto que hemos venido analizando: “Substitución del consentimiento. Si el paciente es incapaz de ejercicio o no está en aptitud de expresar su voluntad, debe recabarse el consentimiento de su representante legal, cónyuge o pariente más próximo o allegado que en presencia del médico se ocupe de él. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación tiene por objeto evitar un mal grave al paciente. Son obligatorias para las personas mencionadas en el párrafo anterior, las directivas que una persona capaz haya dado por escritura pública para la atención de su salud en previsión de la imposibilidad de expresar su voluntad. La negativa injustificada de las personas antes mencionadas a consentir un acto médico requerido por el estado de salud del incapaz, se suple por autorización judicial”.

### **b) Situación de las personas cuya capacidad natural se encuentra disminuida en el tiempo previo al dictado de la incapacitación jurídica**

Como hemos visto hasta aquí, tanto para el derecho español como para el argentino, una persona no es incapaz mientras no haya sido declarada tal por sentencia firme.

Ahora bien, tanto en Argentina como en España el proceso de incapacitación es de tipo inquisitorio y los familiares normalmente se ven desalentados a iniciarlo. De esta manera, hay, hoy en día, muchos individuos cuya capacidad natural se encuentra disminuida, pero que jurídicamente son “capaces”. ¿Cómo garantizar entonces la protección de ellos y de los terceros en el tiempo que existe hasta su declaración de incapacidad, si es que en algún momento ésta efectivamente se dicta?

1) *Situación de hecho*. En la práctica, lo que sucede es que la persona cuya capacidad ha disminuido actúa en el mundo jurídico por intermedio de mandatarios o apoderados. Ya veremos las diferencias.

2) *Validez de esta actuación*. El art. 1732 del Cód. Civil español dispone que el mandato se acaba “por muerte, incapacitación, declaración de prodigalidad, quiebra o insolvencia del mandante o mandatario”. El art. 1963 del Cód. Civil argentino establece: “El mandato se acaba... por incapacidad sobreviniente al mandante o mandatario”.

En principio, en ambos ordenamientos, la doctrina discute qué se entiende por “incapacidad” en estos artículos. La doctrina mayoritaria sostiene que la única incapacidad que existe es la declarada en sentencia judicial, razón por la cual todos los mandatos subsisten hasta tanto tal sentencia haya sido dictada.

Otra parte de la doctrina interpreta que dichos artículos hacen referencia a la incapacidad natural, aunque sin denominarla así, de manera que aún si ésta no ha sido declarada judicialmente el mandato se extingue ante la disminución de la capacidad natural del mandante con fundamento, básicamente, en dos argumentos: a) que es de la esencia del mandato su revocabilidad y si el otorgante no tiene la “capacidad natural” necesaria para otorgar tal acto de revocación, el mandato no podría subsistir, y b) que lo que una persona no puede realizar por sí, no puede tampoco realizarlo por mandatario. Si la persona con capacidad natural disminuida concurre-

ra, p.ej., ante notario a otorgar un acto jurídico para el que ha conferido mandato, el juicio de capacidad que el mencionado profesional se encuentra obligado a efectuar determinaría la imposibilidad por parte del sujeto de otorgar el acto jurídico que pretende y por tanto, tampoco podría efectuarlo su mandatario. Por otra parte, el ejercicio del mandato por el mandatario afectaría su buena fe y la del tercero que con él contratara si éstos tuvieran conocimiento de la incapacidad natural del mandante.

Nosotros nos enrolamos en la postura que entiende que la única incapacidad posible es la declarada en sentencia judicial y por tanto el mandato no se extingue sino hasta que tal sentencia ha sido dictada. No obstante, no podemos ignorar la contradicción que en los hechos se genera en situaciones como la expuesta y, en efecto, el conocimiento del mandatario y los terceros contratantes respecto a la incapacidad natural del mandante, siempre afecta la buena fe. Si el que conoce esta realidad es el notario, se verá impedido de autorizar el acto.

De esta manera, debemos reconocer que el decidirnos por una postura no soluciona el conflicto planteado por cuanto nos encontramos ante una situación que puede afectar la seguridad jurídica que el notario constantemente procura proteger. Debemos encontrar otra solución.

3) *Supresión del supuesto de incapacitación como causal de extinción del mandato.* En el intento de encontrar una alternativa a la problemática que planteamos, una de las sugerencias que se han formulado es la de eliminar el supuesto de incapacitación como causal de extinción del mandato *ipso iure*.

Esta idea ha sido acogida en algunos ordenamientos jurídicos como el de Québec, Escocia e Irlanda.

Ahora bien, ¿es necesaria la eliminación expresa de este supuesto en los textos legales o, aún dentro del derecho vigente, podría sostenerse que el mandante se encuentra facultado para dejar sin efecto la disposición normativa?

A partir de la noción de orden público que hemos desarrollado en este trabajo, entendemos que más allá que, en razón de la protección del bien común, pudiéramos sostener que se trata de una norma de orden público, el mandante, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, podría disponer la inextinguibilidad del mandato en ese supuesto, sin más. *Se trata de un derecho disponible por cuanto sólo podrá afectar al patrimonio de quien así lo dispone y decide correr el riesgo que ello conlleva.* Eventualmente, el mandatario en este caso, deberá rendir cuentas de su gestión al tutor del incapaz y al juez interviniente en el proceso respectivo, salvando así el peligro al que podría verse expuesto el mandante.

No obstante, a fin de evitar la permanente discusión sobre la viabilidad o no del tema planteado, tal vez la modificación expresa de ambos códigos sería una alternativa razonable, si bien somos partidarios que, de hacerse, no se elimine completamente el precepto sino que se aclare la posibilidad del pacto expreso en contrario, puesto que, la idea de la extinción del mandato ante la incapacitación del mandante, tiene su razón de ser, más allá que el mandante pueda resolver dejarla sin efecto.

El razonamiento que hemos expuesto, no responde, no obstante, a la segunda objeción planteada por la doctrina en punto a ¿cómo podría una persona otorgar por medio de mandatario actos que no podría otorgar por sí?

4) *Mandatos inextinguibles por incapacitación del mandante.* El acápite anterior, nos introduce al análisis de otras dos propuestas que tienen su fundamento en el argumento que hemos expuesto precedentemente: a) el otorgamiento de mandatos con cláusula expresa que determine que la incapacidad del mandante no será causal de extinción del mismo, y b) el otorgamiento de mandatos sujetos a condición suspensiva, cual es, la incapacidad sobreviniente del otorgante. En este último caso, el conflicto reside fundamentalmente en cómo y cuándo se determina que la condición suspensiva se ha producido. Consideramos que una alternativa sería exigir el dictamen de dos médicos salvo disposición distinta del otorgante (Proyecto de redacción del art. 1963 *bis*). El notario español Rodríguez Prieto considera que sería conveniente el dictamen de un Consejo de Familia, cuya composición debería determinar el mandante cuando aún es capaz, y, eventualmente prever que este dictamen sea acompañado por el de dos médicos.

Para analizar estas propuestas debemos partir de acordar dos puntos: a) el mandante puede disponer la inextinguibilidad del mandato para el supuesto que devenga incapaz, y b) la discusión acerca de si se trata de incapacidad natural o judicial carece de sentido a estas alturas puesto que no alteraría la situación jurídica en análisis. Es claro que, ante la sentencia de incapacidad, el juez interviniente podrá determinar expresamente que los mandatos otorgados por el declarado incapaz sean revocados, pero ello no será así hasta que no se dicte resolución expresa al respecto.

Analizaremos cada propuesta por separado.

La posición que considera que, eventualmente, el mandante podrá determinar sin más que el mandato no se extinga por su incapacidad sobreviniente, la hemos tratado en el apartado anterior y hemos llegado a la conclusión que es una alternativa viable si tomamos en consideración el carácter disponible de su derecho. No obstante, debemos encontrar ahora la respuesta al problema que plantea el que una persona otorgue por mandatario actos que por sí no podría otorgar.

Este problema tiene vertientes diferentes según lo analicemos desde el ordenamiento jurídico argentino o español.

En el Código Civil argentino hay tres artículos a tener en cuenta en este sentido. El art. 1977 dispone: “El mandato puede ser irrevocable siempre que sea para negocios especiales, limitado en el tiempo y en razón de un interés legítimo de los contratantes o un tercero. Mediando justa causa podrá revocarse”. El art. 1980 prevé que “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”. Finalmente el art. 1982 establece que “El mandato continúa subsistiendo aun 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”. Respecto al primero de los artículos citados, la justa causa a la que hace referencia deberá ser esgrimida judicialmente y, constituye uno de los supuestos más concluyentes en los que, la muerte del mandante, por ejemplo, no pone fin al mandato.

En este contexto, como vemos, tanto los principios de revocabilidad como el que sostiene que lo que no puede realizarse por sí, no puede realizarse por mandatario, reconocen evidentes excepciones.

Entendemos que, dentro de la normativa argentina, es viable la aplicación analógica de los preceptos citados para el supuesto de incapacidad del mandante y, de esta manera, para el caso en que se otorgue un mandato que cumpla con los requisitos dispuestos por los artículos citados y que prevea su subsistencia sobrevinida la incapacidad del mandante, alcanzado este último supuesto, el mandato subsistirá.

En el ordenamiento jurídico español nos enfrentamos a una situación diferente. El derecho español no contempla la posibilidad de que el mandato subsista luego del fallecimiento del mandante en ningún caso, razón por la cual, mal podríamos realizar un razonamiento semejante al esgrimido dentro de la normativa argentina.

En este sentido la normativa española sólo admite la subsistencia del mandato cuando el mandatario o los terceros desconozcan la incapacidad del mandante, con base en lo dispuesto en los arts. 1734 y 1738<sup>66</sup>.

El segundo supuesto planteado que recoge la posibilidad de otorgar un mandato sujeto a la condición suspensiva que el mandante devenga incapaz, nos plantea más dudas, tanto dentro del derecho positivo argentino como español. Entendemos que podría sostenerse, no sin razón, que esta idea nos lleva a desnaturalizar elementos propios del contrato de mandato y esto así aún en el derecho argentino, con las grandes diferencias que hemos visto existen respecto del derecho español, por cuanto, una cosa es que subsista el mandato ante la incapacidad del mandante y otra muy distinta es que nazca a la vida jurídica en ese momento. Es por eso que, en este sentido, nos convence un poco más la propuesta que estudiaremos en el apartado siguiente.

Por último, el problema que estamos analizando tiene otro aspecto que no podemos pasar por alto: ¿cuándo se requiere la capacidad del mandante: al conferir el mandato o al ejecutar el acto encomendado?

Esta pregunta ha dado lugar a ríos de tinta y aún hoy la doctrina no ha llegado a un acuerdo definitivo.

En principio se requiere la capacidad del mandante al momento de ejecutar el acto o negocio encomendado, sin embargo, la doctrina no se expide de igual manera cuando trata en forma expresa el caso de los poderes irrevocables.

Debemos advertir que el tratamiento de los poderes irrevocables en el derecho argentino y en el español difiere por cuanto en el primer ordenamiento se encuentran expresamente legislados en el art. 1977, y por tanto no se cuestiona su legitimidad siempre que se cumplan los requisitos que la ley impone. Por su parte, en el ordenamiento español se trata prácticamente de una construcción doctrinal que, no obstante, ha sido reconocida por la jurisprudencia, fundamentalmente, en los supuestos que señala Cano Martínez de Velasco: “cuando el poder constituye el único medio para el cumplimiento de un contrato subyacente, o cuando sencillamente está concebido en interés preponderante o exclusivo del representante en calidad de parte

---

<sup>66</sup> Art. 1734: “Cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber”. Art. 1738: “Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe”.

del contrato base<sup>67</sup>. En esta clase de poderes, la doctrina mayoritaria entiende que la capacidad del poderdante debe computarse al momento de otorgar el poder sin perjuicio que subsista o no al momento de consolidarse el negocio base encomendado.

En este último comentario introducimos un nuevo concepto que no se encontraba presente hasta ahora: el de *poder*. En efecto, aquí hemos dejado de hablar exclusivamente de mandato y nos hemos referido a poder. En la diferencia de ambas figuras y en su importancia, se centrará el desarrollo del próximo apartado.

5) *Otra forma de mirar el conflicto*. La hipótesis que plantearemos en este apartado se basa en la diferencia existente entre representación, mandato y poder. A partir de ahí sostenemos que: a) el poder puede tener una causa distinta al mandato; b) los supuestos de extinción del mandato no deben aplicarse *ipso iure* analógicamente al poder, y c) puede otorgarse un poder sujeto a la condición suspensiva que el poderdante devenga incapaz.

Si bien no es nuestra intención profundizar en el análisis de los conceptos de representación, poder y mandato, consideramos necesario establecer los parámetros básicos dentro de los que enmarcamos nuestra postura.

a) Representación. Pérez Fernández del Castillo dice que “se puede definir a la representación como la facultad que tiene una persona de actuar, obligar y decidir en nombre o por cuenta de otra”. “La representación normalmente se estudia dentro del derecho privado, concretamente en los negocios jurídicos, cuando en realidad es más amplia ya que se extiende: en el derecho privado, a la familia, sucesiones, concurso y demás; en el derecho público, en el procesal, constitucional, administrativo, etcétera. La posibilidad de representación está restringida tratándose de actos personalísimos, como en el testamento y el reconocimiento de hijos, que por esencia tienen esta característica<sup>68</sup>”.

La representación tiene, tradicionalmente, una doble clasificación: directa o indirecta, y voluntaria, legal u orgánica. Al respecto citamos a Pérez Fernández del Castillo: “Es directa cuando una persona actúa en nombre y por cuenta de otra, produciendo una relación directa e inmediata entre representado y tercero, como en los casos del poder y de la tutela. Es indirecta, cuando actúa una persona en nombre propio y por cuenta de otra, adquiriendo para sí los derechos y obligaciones del representado frente al tercero, por ejemplo, el mandato, prestación de servicios, aso-

<sup>67</sup> Cano Martínez De Velasco, José I., *El poder irrevocable*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 85.

<sup>68</sup> Pérez Fernández Del Castillo, Bernardo, *Representación, poder y mandato*, 10ª ed., México, Porrúa, 1998, p. 3. En este sentido, la sentencia 311 del Supremo Tribunal Constitucional de España, de fecha 18 de diciembre de 2000, sostuvo que el tutor de un incapaz puede interponer en representación de éste, demanda de divorcio. En un comentario a esa sentencia desarrollado por Natalia Álvarez Lata se sostiene: “de lo que no cabe duda es de que la STC 311/2000, de 18 de diciembre, ha planteado seriamente la posibilidad de que el representante legal del incapacitado actúe –aunque la ley no lo diga– en el ejercicio de derechos personalísimos, aunque ello pueda suponer una *contradictio in terminis*. La visión que se va arraigando en la sociedad, y en el derecho, del incapacitado como una persona plena en sus derechos –señaladamente los consagrados en la Constitución y referidos en la sentencia: principio de igualdad, tutela judicial efectiva– y el riesgo de que tales derechos constitucionales se vulneren a causa del no ejercicio conlleva un nuevo punto de vista en esta materia, que se aleja de la tradicional prohibición de la representación en el ámbito de los derechos más personales” (*El ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada*, en “Revista de Derecho Privado y Constitución”, t. 15, 2001, p. 19).

ciación en participación, en los que se establece, entre dos personas, una relación jurídica interna, desconocida y en ocasiones, fingida para el tercero, pero al final de cuentas los efectos jurídicos van a repercutir en el patrimonio de quien encomendó el negocio... Voluntaria cuando una persona, en virtud de la autonomía de la voluntad, autoriza a otra para actuar en su nombre y representación, como en el poder... Es legal cuando una persona por ser incapaz o encontrarse ausente, es representada por otra de entre las señaladas por las disposiciones legales. Se llama representación orgánica, necesaria o estatutaria, en el caso de personas jurídicas”<sup>69</sup>.

b) Poder y mandato. “El poder... es el otorgamiento de facultades que da una persona llamada poderdante a otra denominada apoderado para que actúe en su nombre, es decir, en su representación. Es una de las formas de representación, puede tener como fuente la ley o voluntad del sujeto *dominus* mediante un acto unilateral. Esta institución surte efectos frente a terceros; se diferencia del mandato y prestación de servicios, válidos sólo entre las partes, mandante y mandatario, profesor y cliente, que no surten efectos jurídicos frente a terceros”<sup>70</sup>.

El autor que venimos citando señala distintas acepciones de poder, entre las cuales destacamos la que sostiene que se trata de una institución “por medio de la cual una persona puede representar a otra en virtud de un acto derivado de la autonomía de la voluntad o de la ley”. Apunta el autor que la doctrina alemana, ha estudiado mucho esta figura y ha arribado a la conclusión que se trata de una figura abstracta, “consistente en la declaración unilateral de voluntad de conferir facultades representativas al apoderado”.

Más allá de las distintas definiciones que se ofrezcan, la doctrina y la jurisprudencia moderna reconocen que el negocio subyacente en el poder, se tenga en cuenta o no, no siempre es el mandato, aunque éste sea el más frecuente<sup>71</sup>.

Respecto del mandato, Pérez Fernández del Castillo, lo define como un contrato que tiene como objeto obligaciones de hacer, consistentes en la celebración de actos jurídicos.

Por su parte, Cano Martínez de Velasco señala que “el poder puede definirse como el conjunto de facultades que un sujeto delega unilateralmente en otro para que éste pueda actuar en nombre del delegante. La definición propuesta no se refiere, en absoluto, al mandato o al contrato subyacente al que el poder sirve. Esto por tres razones: 1) el poder es abstracto y no queda contagiado por la incidencia en él del contrato básico; 2) el poder es independiente de éste, pues faculta, no obliga como el contrato y se origina unilateral y no bilateralmente como el contrato, y 3)

<sup>69</sup> Pérez Fernández Del Castillo, *Representación, poder y mandato*, p. 10 y 11.

<sup>70</sup> Pérez Fernández Del Castillo, *Representación, poder y mandato*, p. 14.

<sup>71</sup> Castan Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, t. 4, p. 533, cita distintas sentencias en las que se afirma, por ejemplo “que el mandato y el apoderamiento son dos figuras de tan esenciales diferencias entre sí, que ni siquiera se borran por completo cuando se funden ambas en la unidad del mandato representativo” (sentencia del 17/10/32). En una sentencia del 16/2/35 se sostuvo “que no es posible ya en la fase actual de evolución de las ideas jurídicas confundir las ideas de representación (concepto jurídico meramente formal) y mandato (relación material de gestión), pues aún cuando frecuentemente los poderes van ligados a una relación jurídica interna, constituida por un contrato de mandato, ni es esencial que coincidan, ni son idénticos los principios y normas a que respectivamente han de sujetarse el poder y la relación jurídica obligatoria que dé base a su otorgamiento”.

puede existir un poder sin contrato subyacente: a) porque el poder se da sin que todavía el contrato, que se celebrará en el futuro, se haya celebrado; b) porque el contrato se extinguió y el poder todavía subsiste: b') porque es un poder general o b'') porque es un poder indefinido (p.ej., comprar bienes inmueble sin especificar. Pudo servir para comprar uno y continuar vigente para seguir comprando), c) porque no ha habido nunca, ni habrá un contrato subyacente al poder, sino que éste se sostiene en la nada y existe por sí mismo"<sup>72</sup>.

Tal vez la postura de Cano Martínez de Velasco sea un tanto radical puesto que definitivamente adhiere a la idea del carácter abstracto del poder pero lo que resulta en estas épocas indiscutible es la escindencia entre el mandato y el poder y la posibilidad que este último tenga una causa distinta de aquél.

c) Apoderamientos preventivos. Tomando como punto de partida los distintos conceptos que hemos señalado, el notario español Martínez García postuló la propuesta a la que nosotros adherimos y que hemos expuesto brevemente al comienzo de este apartado.

Con base en la diferencia existente entre poder y mandato y la posibilidad que el primero pueda tener una causa subyacente distinta a éste, llegamos a la conclusión que no debe aplicarse respecto del poder, *ipso iure*, las causales de extinción del mandato.

El mencionado notario hace referencia en su análisis a la guarda de hecho. Dice: "la regulación en nuestro ordenamiento (art. 304, Cód. Civil) de la guarda de hecho mantiene la vigencia de la actuación del guardador en nombre del incapaz no incapacitado siempre que redunde en su utilidad. Y ello con independencia de que dicha actuación haya sido meramente conservativa o de disposición. *Si lo actuado por el guardador, que no ostenta una representación directa del incapaz, es válido, no se ve por qué no ha de serlo también lo actuado por un apoderado, al que le han sido conferidas facultades de representación.* Incluso una extensiva interpretación de los preceptos que regulan la gestión de negocios ajenos sin mandato avalaría esta posición, en opinión de Muñoz de Dios".

Resulta evidente que, dentro del ordenamiento jurídico español, en los casos en que el poderdante sujeta el apoderamiento al acaecimiento de la condición suspensiva que devengue incapaz, sería más razonable aplicar al poder, por vía analógica, las disposiciones que regulan la guarda de hecho en lugar de las del mandato. Es más, esta es una idea que en forma incipiente y tal vez a partir de un análisis distinto, fue enunciada por el notario Rivas Martínez en oportunidad de la VIII Jornada Notarial Iberoamericana, según exponemos con Llorens, al comentar el informe y propuesta de España: "Dada la imposibilidad de la subsistencia del mandato una vez dictada la incapacidad consagrada nuevamente por el art. 1732 del Cód. Civil a partir de su reforma de 1996, la representación española preconiza para el supuesto de incapacidad, la conversión del apoderado, como persona querida por el pupilo, en 'guardador de hecho'"<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> Cano Martínez De Velasco, *El poder irrevocable*, p. 25.

<sup>73</sup> Taiana de Brandi - Llorens, *El derecho de autoprotección*, en "Temas de actualización jurídica", p. 53.

Continúa señalando Martínez García: “en definitiva, considero que, en caso de incapacidad natural no declarada, la regla general debe ser precisamente la validez de lo actuado por el apoderado, con la única excepción de que no haya redundado en utilidad de su poderdante, y ello con independencia de que la falta de capacidad natural sea conocida por el representante”<sup>74</sup>. Esto es lo que se prevé para el guardador de hecho.

No obstante, el notario que citamos sostiene que sería conveniente regular expresamente esta materia de apoderamientos preventivos a fin de garantizar la seguridad jurídica y evitar discusiones doctrinales y jurisprudenciales al respecto.

Al analizar la naturaleza de la representación de esta clase de apoderados, Martínez García señala que se trataría de una representación *sui generis*, por encontrarse “entre la pura representación voluntaria y la representación legal: el interesado adoptaría su propia (en este caso se aproxima a la representación voluntaria) ‘medida cautelar’ (y en esto a la representación legal) para la fase previa a la incapacitación judicial, supliendo la previsión del art. 299 *bis* del Cód. Civil”<sup>75</sup>.

La “causa subyacente” de un apoderamiento de esta índole sería el desempeño de “funciones tuitivas o tutelares”<sup>76</sup> a las que Garrido Melero considera “cuasitutelares” y esta idea es la que consideramos aplicable tanto al ordenamiento jurídico español cuanto al argentino.

Seguidamente mencionaremos cuáles son los elementos que la regulación de esta figura debería contemplar teniendo como referencia la propuesta de Martínez García:

1) La capacidad del poderdante debe considerarse al momento de otorgar el poder.

2) “En cuanto al apoderado, podrá serlo cualquier persona física o jurídica. En este sentido, sólo es necesario señalar la necesidad de una especial relación de confianza, más acentuada aún, si cabe, que la que se aprecia en un poder común. De ahí la gran importancia de la familia y de las instituciones y organizaciones, tanto públicas como no gubernamentales, como posibles destinatarios de este tipo de poderes”<sup>77</sup>. En definitiva entendemos que la idea sería que se designara apoderado a quien, según la ley, puede desempeñar el cargo de tutor. En la mayoría de los casos, este apoderado seguramente coincidirá con la persona a la que el poderdante designe como tutor<sup>78</sup>.

3) Con relación a la forma, se sugiere la escritura pública por todas las ventajas que ello conlleva para la seguridad jurídica: juicio de capacidad, asesoramiento, fe-

<sup>74</sup> Martínez García, *Apoderamientos preventivos y autotutela*, p. 143.

<sup>75</sup> Art. 299 *bis* del Cód. Civil español: “Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el juez podrá designar un administrador de los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida”. Martínez García, *Apoderamientos preventivos y autotutela*, p. 144.

<sup>76</sup> Martínez García, *Apoderamientos preventivos y autotutela*, p. 144.

<sup>77</sup> Martínez García, *Apoderamientos preventivos y autotutela*, p. 145.

<sup>78</sup> Entendemos que en caso de reglamentarse expresamente esta clase de apoderamientos, ello irá de la mano con la regulación de la autotutela.

cha cierta, autenticidad, fe de conocimiento o fe de identidad (según se trate del ordenamiento jurídico argentino o español), etcétera.

4) Respecto de las disposiciones que deba contener este tipo de apoderamiento, ello estará sujeto a la autonomía de la voluntad, no obstante, probablemente se contemplarán temas “tales como el internamiento o el consentimiento a determinados actos médicos”, y, en principio, la orden de iniciar el juicio de incapacitación. Podría aún en este apoderamiento disponer el poderdante su voluntad en cuanto a la donación de órganos, y al destino del propio cuerpo en caso de fallecimiento.

5) Este tipo de apoderamientos, como hemos visto, puede tener básicamente dos modalidades en cuanto al momento en que comienza a producir efectos: a) desde el otorgamiento, y b) desde que opera la condición suspensiva a la que se encuentra sometido. En el primer caso no existen, aparentemente, inconvenientes. En el segundo, debe regularse prolijamente en cada caso la forma en que se constate el acaecimiento de la condición. Ello en principio estará supeditado a dictámenes médicos, como sugeríamos conjuntamente con Llorens, o, eventualmente, a la concurrencia de estos dictámenes y de la valoración de un Consejo de Familia, como proponía Rodríguez Prieto.

6) Con respecto al tiempo de vigencia de este apoderamiento, Martínez García sostiene: “con relación a la duración de este tipo de poderes, parece conveniente que se establezca (sin perjuicio de que el interesado pueda fijar un plazo más corto) un período máximo de vigencia. La necesidad de la renovación del poder transcurrido un lapso de tiempo permitiría comprobar, a través del control notarial en el otorgamiento, si el interesado sigue siendo capaz y, por tanto, la medida cautelar puede continuar vigente, o si, por el contrario, es ya incapaz y se precisa recurrir a la vía judicial”<sup>79</sup>.

En este punto entendemos que esta clase de apoderamientos debería incluir siempre el cargo que el apoderado iniciase en un tiempo prudencial, por ejemplo treinta días, el juicio de incapacitación respectivo, salvo que los dictámenes médicos expresamente indicaran que la disminución en la capacidad natural del poderdante es claramente pasajera y no se extenderá en el tiempo más allá del mencionado plazo. Este último supuesto difícilmente operará en la práctica pero, no obstante, podría preverse.

*La necesidad de iniciar el juicio de incapacitación sostenemos que hace al correcto ejercicio de las funciones del apoderado y a evitar que, por esta vía, se evadan los mecanismos de control y protección que la ley expresamente prevé en beneficio del devenido incapaz.*

Sin perjuicio de lo expuesto, creemos que sería conveniente *incorporar en ambos ordenamientos la posibilidad que exista un Consejo de Familia* regulado a semejanza de la ley catalana, a fin de aliviar la tarea judicial y facilitar el ejercicio de la tutela sin tener que recurrir para cualquier acto específico a la autorización o venia judicial. Este Consejo de Familia podría ser propuesto por el incapaz cuando aún es capaz, dentro de las disposiciones y estipulaciones para su propia incapacidad y, en el caso de existir apoderamientos preventivos, sería el encargado directo de vigilar el correcto cumplimiento de las obligaciones a cargo del apoderado.

<sup>79</sup> Martínez García, *Apoderamientos preventivos y autotutela*, p. 146.

En estos términos, creemos que no es necesario que el apoderamiento esté sujeto a un plazo determinado y, eventualmente, será el juez quien disponga, de oficio o a instancia del tutor designado en el juicio de incapacitación, la conveniencia o no de revocar dicho apoderamiento.

7) Con relación a las medidas de control específicas de la actuación del apoderado, Martínez García entiende que deben ser dejadas a discreción del poderdante. Adherimos a esta propuesta, sin perjuicio que consideramos que una reforma íntegra del régimen de incapacidad debería prever la posibilidad del nombramiento del Consejo de Familia al que nos hemos referido en el punto anterior. Ello no sería obligatorio para el poderdante pero, eventualmente, consistiría en una alternativa más. Dice Martínez García que “quizá debiera establecerse un recurso subsidiario a la autoridad judicial para la rendición de las cuentas, a falta de previsión del poderdante, o, al menos, establecer un sistema de depósito obligatorio, que facilitara su control *a posteriori*”<sup>80</sup>.

8) “Por lo que toca a la publicidad de este tipo de poderes, he de señalar que sería más que deseable, pero que la solución de este tema debe incardinarse en la cuestión más amplia de la publicidad de los poderes en general, insuficientemente contemplada en nuestro ordenamiento”.

En este aspecto nos extenderemos en el último tema que trataremos en nuestro trabajo, sin perjuicio de lo cual, adelantamos que, en nuestra opinión, más allá de encuadrar la publicidad de este tipo de apoderamientos dentro del tema de la publicidad de los poderes en general, creemos que debe encuadrarse dentro de la publicidad de las disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad que constituyen en sí mismas una materia independiente.

9) En lo atinente a la extinción de estos apoderamientos, nosotros entendemos, como hemos adelantado, que no resultan de aplicación los supuestos previstos para la extinción del mandato, por cuanto la causa subyacente al poder difiere radicalmente de aquél. Martínez García sugiere que “debe derivarse, salvo excepción justificada que el propio juez considere, de la sentencia de incapacitación, siempre que la consecuencia de la misma sea la atribución, con carácter general, de la representación legal del incapacitado a un organismo de guarda. No nos olvidemos de que esta figura se propone con un carácter cautelar y no sustitutivo de la representación legal, al modo alemán o griego”<sup>81</sup>. Sin perjuicio de la opinión del citado autor, nosotros consideramos que *el apoderamiento podría coexistir* con el nombramiento judicial del tutor siempre y cuando el apoderado rindiera cuentas a éste de su actuación. No obstante, en muchos casos, el tutor designado por el incapaz cuando aún era capaz, coincidirá con la persona de este apoderado, razón por la cual la coexistencia de ambas funciones podría perder interés y, en ese caso, el juez seguramente considerará la conveniencia de la extinción del poder, sin perjuicio que circunstancias particulares de cada caso pudieran indicar lo contrario.

En definitiva, respecto de esta figura, coincidimos básicamente con la idea formulada por Martínez García con algunas diferencias que hemos ido señalando durante el desarrollo de esta exposición.

<sup>80</sup> Martínez García, *Apoderamientos preventivos y autotutela*, p. 146.

<sup>81</sup> Martínez García, *Apoderamientos preventivos y autotutela*, p. 147.

De todas maneras debemos destacar que, desde nuestro punto de vista y en base a los argumentos expuestos en este apartado, *el otorgamiento de esta clase de apoderamientos es viable aún sin existir una regulación legal expresa que los admita.*

Como último comentario, pero no por ello menos importante, transcribiremos la propuesta que respecto de los poderes preventivos contempla el Proyecto de ley de patrimonio especialmente protegido en sus disposiciones finales, al que ya hemos hecho referencia: “Igualmente, toda persona mayor de edad o emancipada, podrá otorgar en escritura pública un poder preventivo a favor de uno o varios apoderados para el caso de que el poderdante, por el deterioro progresivo de sus facultades físicas o psíquicas, llegue a encontrarse en una situación que le impida valerse por sí mismo o, incluso, determine su incapacidad judicial. En la escritura pública se especificarán las facultades del apoderado así como, si fueran varios, su régimen de actuación, mancomunado o solidario. Salvo manifestación en contra del poderdante, si éste fuera incapacitado judicialmente se entenderá que el apoderado ha sido designado como tutor y se aplicará lo dispuesto para el caso de autotutela, completado, en su caso, por las determinaciones que establezca el juez en la declaración de incapacidad. El juez que conozca de la incapacidad podrá dejar sin efecto el nombramiento de tutor o de apoderado atendidas las circunstancias del caso y proceder al nombramiento de un nuevo tutor”.

Como adelantáramos, la regulación que el Proyecto prevé para este supuesto es tal vez un tanto insuficiente. Sin embargo, es un avance importantísimo su reconocimiento aún pre-legislativo.

### **c) Patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad**

El parlamento español actualmente tiene a estudio un Proyecto de ley que dispone la regulación de un patrimonio especialmente protegido para las personas con discapacidad<sup>82</sup>.

Es evidente que el tema que tratamos en este trabajo preocupa seriamente a España y por lo tanto hay mucha gente calificada que se está ocupando de encontrar una solución a la problemática.

En razón que la Constitución española prohíbe la formación de fundaciones con fines distintos al interés general, al igual que el Código Civil argentino, se ha decidido proponer la formación de un patrimonio de afectación protegido en lugar de buscar una alternativa en la utilización de entidades de bien común.

El Proyecto español es muy ambicioso por cuanto procura cuidar los intereses de “aquellas personas que estando o no legalmente incapacitadas no puedan valerse por sí mismas”. Como veremos, hace lugar al concepto de capacidad natural más que jurídica.

En la memoria que acompaña el Proyecto de ley se señala: “las enfermedades propias de las sociedades con una prolongada esperanza de vida y otras causas inesperadas, como puede ser los accidentes de circulación en los países avanzados,

---

<sup>82</sup> A la fecha de esta entrega el Proyecto se ha convertido en ley 41/03 y el texto adoptado coincide con el Proyecto que hacemos referencia.

llevan a un número de personas, cada vez mayor, a situaciones de incapacidad sobrevinida para las que también es preciso acomodar el ordenamiento, de manera que el propio afectado pueda anticipar y organizar su futuro vital y patrimonial cuando aún se halla en pleno uso de sus facultades”.

Las ideas que hemos ido desarrollando a lo largo de nuestro estudio, están siendo consideradas más allá de la doctrina. Se trata de un problema de vida al que hay que ofrecer una solución rápida y eficaz.

En este apartado nos ocuparemos de comentar brevemente algunas de las previsiones del Proyecto. Tiene, básicamente, tres pilares fundamentales: 1) por un lado la regulación jurídica propiamente dicha de este patrimonio especialmente protegido. “Fórmula jurídica que se configura así como la respuesta idónea a esta creciente demanda social, estando impregnada de los valores de la justicia social y del respeto a la autonomía de la voluntad en el marco de la iniciativa familiar. Se trata de una figura que aprovecha el concepto tradicional de patrimonio separado, con abundantes precedentes en la legislación española”; 2) por otro lado, los beneficios fiscales que determina: “no siempre es posible que los poderes públicos aporten directamente los fondos que la atención a las personas con discapacidad requiere, pero sí disponen aquéllos de un instrumento de primer orden, a través del tratamiento fiscal, para que, al menos, no se detraigan fondos requeridos para atender a las necesidades personales y excepcionales del discapacitado”, y 3) por último, un régimen de supervisión pública e inscripción registral. A estas tres ideas podríamos agregar la reglamentación que se prevé en las disposiciones finales respecto de la autotutela y los poderes preventivos, que hemos comentado previamente.

La ley está estructurada de la siguiente forma: 1) un título primero, dividido en dos capítulos, el primero de ellos subdividido en dos secciones: a) disposiciones generales, y b) administración del patrimonio protegido. El segundo capítulo trata del Registro y supervisión de los patrimonios protegidos; 2) un título segundo que se ocupa exclusivamente del régimen tributario, y 3) las disposiciones finales. En total son doce artículos y siete disposiciones finales.

En el art. 1º la ley aclara que su finalidad es coadyuvar a las necesidades de índole patrimonial de los discapacitados. Es importante destacar este aspecto porque el Consejo o la entidad sin fines de lucro que tendrán a cargo, como veremos, la administración del patrimonio, no están, en principio, a cargo de la persona del discapacitado. Es decir, tenemos aquí *un caso de función tutelar dividida*. Cuando estudiamos el derecho vigente en España respecto de la tutela, vimos que el tutor tiene a su cargo tanto el patrimonio como la persona del incapaz. En este caso, de utilizarse la figura del patrimonio protegido, la función se encontrará desdoblada.

1) *Características del patrimonio protegido*. En los primeros artículos la ley enuncia las características fundamentales de este patrimonio, a saber:

a) Bienes que lo constituyen: Estará integrado por los bienes que “se adscriben a la satisfacción de las necesidades económicas de una persona discapacitada”. La ley en el art. 3º determina que los aportes serán bienes<sup>83</sup> y derechos con el único

---

<sup>83</sup> El Código Civil español no contiene una norma semejante a los arts. 2311 y 2312 del Cód. Civil argentino, en los que se especifica y diferencia el concepto de bienes y cosas, art. 2311: “Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor”; art. 2312: “Los

límite de no exceder la cuantía necesaria para satisfacer las necesidades del discapaz. Ello así por cuanto, como esta norma prevé serias ventajas de tipo impositivo, se procura evitar su utilización a los fines de evasión o elusión fiscal. En el caso de aportación de herencias o legados, éstos siempre se entenderán aceptados con beneficio de inventario<sup>84</sup>.

b) Forma de constitución y modificación: Tanto la constitución como la modificación, de encontrarse esta última autorizada, deberán hacerse por escritura pública. Respecto a la constitución se especifica que podrá ser por acto entre vivos o *mortis causa*<sup>85</sup>.

c) Normas aplicables: El patrimonio se regirá por las disposiciones de la ley, del reglamento, de la escritura de constitución y de los estatutos que a ella se acompañen.

d) Inscripción: la constitución y su eventual modificación deberán inscribirse en el Registro de Patrimonios Protegidos que se creará al efecto. El art. 2.1. establece que dicha inscripción será de carácter constitutivo. No obstante, la ley cuando se refiere a la escritura pública en la que se formalizará, lo hace como “escritura de constitución”. Deducimos que en este caso la formación del patrimonio estará sujeta a un “*iter* constitutivo” que se extenderá desde el otorgamiento de la escritura hasta la efectiva inscripción. Eventualmente, la doctrina deberá definir qué lugar jurídico ocupan los bienes aportados en el intervalo de tiempo intermedio.

La inscripción del patrimonio protegido en este Registro no excluye la registración que corresponda en cada caso según el carácter y naturaleza de los bienes y derechos aportados.

e) Carácter jurídico: Se declara en forma expresa en el art. 2.4 que el patrimonio protegido carece de personalidad jurídica.

f) Constituyente del patrimonio: Se reconoce con facultad para constituir el patrimonio a toda persona con *capacidad natural de querer y entender*. Como hemos visto, este concepto de “capacidad natural” es muy rico y encuentra como única limitación en la ley, la exigencia que el que pretende constituir el patrimonio no se encuentre incapacitado judicialmente. Vale la aclaración por cuanto una persona jurídicamente incapaz puede, por momentos, tener capacidad natural y se plantearía, tal vez un conflicto respecto al camino a seguir en un caso en que dada la incapacitación judicial, el requirente goce, a juicio del notario interviniente al momento de emitir el juicio de capacidad al que está obligado, de capacidad natural suficiente para la constitución del patrimonio.

El inconveniente que vemos en esta forma de constituir el patrimonio especialmente protegido es que, en principio, la adscripción de los bienes debe hacerse de

---

objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman *bienes*. El conjunto de los bienes de una persona constituye su *patrimonio*”.

<sup>84</sup> La aclaración que hace la ley es muy importante por cuanto en el derecho español no existe la presunción que establece el Código argentino respecto a que, si nada se dice, se entiende que la aceptación de la herencia lo es con beneficio de inventario.

<sup>85</sup> En el apartado siguiente intentaremos establecer algunas diferencias y semejanzas entre el patrimonio protegido y el fideicomiso argentino. No obstante, es importante reparar a esta altura que la constitución del patrimonio *mortis causa* se asemeja mucho al fideicomiso de tipo testamentario argentino.

manera efectiva en el momento en que el titular decide conformarlo y no puede su-  
peditarse al acaecimiento de una condición suspensiva, por caso, la propia incapaci-  
dad del otorgante. De esta manera una persona que quiera tomar previsiones para  
su propia incapacidad, se ve privada, cuando aún tiene plena capacidad, de ejercer  
el poder dispositivo directo y absoluto sobre una parte de su patrimonio. Veremos  
que, en el derecho argentino, esta alternativa tiene una solución diferente.

g) Beneficiarios del patrimonio protegido: Lo dispuesto por el Proyecto a este  
respecto es de suma importancia por cuanto reconoce beneficiarios no sólo a aque-  
llos a quienes la ley jurídicamente determina incapaces sino que *toma como criterio  
rector la discapacidad natural o disminución de la capacidad natural* y en razón de  
ello señala como beneficiarios a: a) las personas afectadas por una minusvalía psí-  
quica igual o superior al 33%; b) aquellas personas afectadas por una minusvalía  
física o sensorial igual o superior al 65%, y c) a toda persona declarada judicialmen-  
te incapaz. Recoge la ley la idea que contiene el régimen de tutela del Código espa-  
ñol cuando considera la incapacidad no sólo psíquica sino también física. Sobre este  
precepto hay dos elementos más a tomar en cuenta: por un lado, para los casos en  
que el beneficiario no sea una persona declarada jurídicamente incapaz, la ley remi-  
te a organizaciones de tipo administrativo para que determinen el grado de minusva-  
lía; por otro lado, se determina que cada patrimonio tendrá un sólo beneficiario, sal-  
vo para el caso que se trate de hermanos.

La última previsión creemos que puede llegar a ser demasiado limitativa en la  
práctica puesto que podría darse el caso siguiente: una persona capaz decide cons-  
tituir un patrimonio protegido en beneficio de un hijo incapaz pero, en la escritura de  
constitución, desea prever además que, para el supuesto en que ella misma deven-  
gue incapaz, es su voluntad ser beneficiaria también de ese patrimonio. En este ca-  
so podría ser conveniente que un mismo patrimonio tuviera más de un beneficiario y,  
entre sí, no se trataría de hermanos.

h) Administración: La administración de este patrimonio podrá ser *familiar* o *ins-  
titucional*. En este último caso lo será a través de una entidad sin fines de lucro. En  
caso de ser una administración de tipo familiar, ésta se realizará a través de un Con-  
sejo de Gobierno integrado por un mínimo de tres miembros. Se admite que el cons-  
tituyente establezca las personas que quiere formen parte de ese Consejo y las que  
quiere excluir. Se prohíbe la delegación de sus facultades en terceros, por cuanto se  
trata de un cargo personalísimo, con la única excepción de aquellas tareas de carác-  
ter eminentemente técnico que requieran de terceros expertos. Los miembros del  
Consejo sólo tienen derecho a que les sean reembolsados sus gastos.

En la regulación de este aspecto puede observarse la tendencia a volver a un  
régimen de tutela de tipo familiar y, como hemos destacado oportunamente, el dere-  
cho español admite la posibilidad que personas jurídicas desempeñen cargos tuiti-  
vos, a diferencia de lo que dispone el sistema jurídico argentino.

i) Disposición o gravamen de los bienes del patrimonio: Para estos supuestos  
se trata de evitar la necesidad de recurrir a la autorización judicial. Por ello se deter-  
mina que las facultades dispositivas o de gravamen de bienes y derechos estará su-  
jeta a lo dispuesto por el aportante, en su defecto a lo establecido en los estatutos y,  
en defecto de ello, al consentimiento prestado por “los dos parientes más próximos

del titular del patrimonio protegido, que no formen parte del Consejo de Gobierno” La ley especifica a quiénes considera parientes “más próximos”.

j) Extinción del patrimonio: El art. 4° indica los supuestos de extinción del patrimonio protegido y prevé que, una vez acaecida alguna de las circunstancias que enumera, el Consejo o la entidad sin fines de lucro, deberán proceder a su liquidación. Aquí se ve con claridad la diferencia existente entre un régimen de fundaciones y esta clase de patrimonios por cuanto el remanente, de existir, deberá reembolsarse a los aportantes en proporción a las cantidades aportadas.

k) Supervisión de los patrimonios: A fin de asegurar el cumplimiento de los requisitos legales y el normal desarrollo de la gestión de los administradores, se crea una Fundación Patrimonial de la Discapacidad que actuará como agente fiscalizador.

2) *Régimen tributario de los patrimonios protegidos.* A este respecto, por tratarse de una materia de carácter exclusivamente local nos limitaremos a señalar que éste es tal vez el punto fundamental que garantizará, de alguna manera, la utilización de este tipo de institutos, para el supuesto que finalmente alcance la categoría de ley.

3) *Disposiciones finales.* Se prevé, además de la regulación de la autotutela y los poderes preventivos, algunas medidas que afectan el régimen sucesorio, en especial la que establece una excepción al régimen de legítimas permitiendo la exclusión a herederos forzosos o la imposición de gravámenes, condiciones y sustituciones “sobre la legítima no excluida en beneficio del discapacitado”, por parte del testador ascendiente de éste. Esta disposición se apoya en lo dispuesto en el art. 813 del Cód. Civil español: “El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo”.

En estas previsiones también se exige a las personas discapacitadas beneficiarias de estos patrimonios de la obligación de prestar alimentos, salvo que su situación lo permita.

#### **d) Nuestra propuesta: Fideicomiso para la propia incapacidad**

Desde el año 1995, se encuentra regulado en Argentina el instituto del fideicomiso y, entre las distintas variantes que ofrece, se encuentra expresamente contemplado el fideicomiso testamentario.

Cuando empezamos a estudiar el tema que presentamos en este trabajo, nos comenzó a rondar la idea de profundizar en el fideicomiso testamentario y ver si existía alguna veta en esta figura, *de lege lata* o *de lege ferenda*, que pudiera ser de utilidad en la materia. Al tomar conocimiento de la existencia del Proyecto de ley de “Patrimonio especialmente protegido” en España, advertimos que nuestra idea no era nueva y justamente la propuesta recogida en el mencionado Proyecto, adaptada a las particularidades del fideicomiso en Argentina, nos ha resultado sumamente importante al momento de tener que definir el esquema que proponemos.

1) *El fideicomiso en Argentina.* En nuestro país, el fideicomiso es muy diferente a lo que se entiende en España por fideicomiso y tampoco coincide exactamente con el tan conocido *trust* anglosajón por cuanto ha debido adaptarse a la estructura jurídica de nuestro sistema latino.

a) Fideicomiso en España: En España la figura opera, fundamentalmente, en el campo sucesorio mediante la *sustitución fideicomisaria*, institución expresamente prohibida en el Código Civil argentino en los arts. 3723, 3724, 3730 y 3732<sup>86</sup>. La única sustitución admitida en el derecho argentino es la vulgar. Es de destacar la notable utilidad que se da en España a la sustitución fideicomisaria y creemos que es un tema que merecería tal vez una revisión en nuestro ordenamiento jurídico, aunque, como resulta evidente, su estudio excede el propósito de este trabajo.

Por otra parte, el derecho español, cuando hace referencia a los negocios fiduciarios se refiere exclusivamente a los negocios “de confianza” en forma genérica y sin pautas específicas que los regule como instituto separado.

b) Particularidades del fideicomiso en Argentina: Este instituto se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico a través de la ley 24.441.

El art. 1° de la mencionada ley dice: “Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo a cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

El fideicomiso es “un contrato consensual, que se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades, rodeado de las formas que fueren menester en cada caso”<sup>87</sup>. La entrega del bien es requisito para el nacimiento de la *propiedad fiduciaria*.

c) Algunos elementos importantes a destacar:

1) Según lo define el art. 1° el fideicomiso recae sobre *bienes*. En el derecho argentino, la definición de bienes está contemplada en el art. 2312 del Cód. Civil y hace referencia a *cosas materiales y derechos*. Es por ello que la ley habla de propiedad fiduciaria y no de dominio fiduciario como se contemplaba en el anteproyecto por cuanto en el derecho argentino vigente, los derechos reales sólo pueden recaer sobre cosas. Así lo explica el notario argentino Orelle en su estudio sobre esta materia: “Se ha cambiado la expresión “dominio fiduciario” por “propiedad fiduciaria”, y el cambio es trascendente, porque la expresión propiedad en el vocabulario técnico de los derechos reales, tiene una connotación más amplia que dominio, pues abarca no sólo las cosas, sino toda clase de derechos”<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> Art. 3723: “El derecho de instituir un heredero no importa el derecho de dar a éste un sucesor”. Art. 3724: “El testador puede subrogar alguno al heredero nombrado en el testamento, para cuando este heredero no quiera o no pueda aceptar la herencia. Sólo esta clase de sustitución es permitida en los testamentos”. Art. 3730: “La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica la validez de la institución del heredero, ni los derechos del llamado antes.” Art. 3732: “Son de ningún valor las disposiciones del testador, por las que llame a un tercero al todo o parte de lo que reste de la herencia, al morir el heredero instituido, y por las que declare inenajenable el todo o parte de la herencia”.

<sup>87</sup> Orelle, José M. R. y otros, *Financiamiento de la vivienda y de la construcción. Ley 24.441*, t. I, segunda parte, “Fideicomiso: contractual y financiero, Bs. As., Ad-Hoc, 1995, p. 85.

<sup>88</sup> Orelle, *Financiamiento de la vivienda y de la construcción. Ley 24.441*, p. 138.

Sin perjuicio de lo expuesto, en el Proyecto de reforma del Código Civil argentino, contempla en algunos supuestos la posibilidad que los derechos reales recaigan sobre derechos.

2) El contrato de fideicomiso es consensual con lo que, al perfeccionarse por el simple consentimiento de los contratantes, la transmisión efectiva de los bienes en propiedad fiduciaria puede prorrogarse en el tiempo. Esta es una diferencia notoria respecto de la propuesta española de “patrimonio especialmente protegido”.

3) Es importante identificar con claridad los cuatro sujetos que forman parte del contrato: a) el fiduciante, que es el que transmite el bien en fideicomiso y que podrá coincidir con la persona del beneficiario y/o fideicomisario; b) el fiduciario, que es el que debe cumplir con las obligaciones que impone el contrato y que, según el art. 7° de la ley, está sujeto a un estricto control de gestión: “El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales ni de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos. En todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un año”; c) el beneficiario que es el sujeto que recibe, precisamente, los beneficios que emanan de la gestión del fiduciario respecto de los bienes fideicomitidos, y d) el fideicomisario, que será quien en última instancia reciba para sí los bienes, una vez concluido el fideicomiso. El fideicomisario podrá coincidir con la persona del beneficiario y/o del fiduciante pero en ningún caso con la del fiduciario, en razón de la prohibición del art. 7°.

4) La propiedad fiduciaria constituye un “dominio”, entendido éste en los términos que hemos especificado en el inc. a, imperfecto por cuanto está sujeto a un tiempo determinado. El art. 4°, inc. d, de la ley, establece: “El contrato también deberá contener... el plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta años desde su constitución, *salvo que el beneficiario fuere un incapaz*, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad.

Este artículo es muy importante para nuestra exposición porque constituye, en algunos casos, hasta una excepción a la legítima cuando el fideicomiso se constituye por testamento.

5) Respecto a los efectos del fideicomiso, debemos destacar que allí reside uno de los atractivos más importantes de esta figura. Dice el art. 14 de la ley: “Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art. 1113 del Cód. Civil<sup>89</sup> se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”.

---

<sup>89</sup> Art. 1113 del Cód. Civil argentino: “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”.

El art. 15 continúa diciendo: “Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos”.

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

6) La ley 24.441 determina la obligación de inscripción de la propiedad fiduciaria de los bienes en los registros respectivos, según su naturaleza, a los efectos de su oponibilidad a terceros.

d) Fideicomiso testamentario: El art. 3° de la ley 24.441 prevé expresamente la posibilidad de constituir fideicomiso por testamento: “El fideicomiso podrá constituirse por testamento, extendido en alguna de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el art. 4°. En caso de que el fiduciario designado por testamento no aceptarse se aplicará lo dispuesto en el art. 10 de la presente ley”.

El art. 4° de la ley prevé que el contrato de fideicomiso deberá individualizar los bienes que se transmitirán fiduciariamente y, en caso que ellos no puedan determinarse al momento del contrato, deberán indicarse los elementos necesarios para su determinación futura. Asimismo el contrato especificará la forma en que podrán incorporarse otros bienes, su destino a la finalización del fideicomiso y los derechos y obligaciones del fiduciario y modo de su sustitución.

El art. 10 prevé que “producida una causa de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hubiere o no aceptare, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el art. 19. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario”<sup>90</sup>.

2) *Utilización del fideicomiso para el caso de incapacidad.* A la luz de las disposiciones que establece la ley que hemos anotado, teniendo en cuenta la posibilidad temporal que ofrece el instituto para el caso de incapacidad que hemos señalado precedentemente y utilizando criterios semejantes a los contemplados al regular el fideicomiso testamentario, pensamos que sería posible establecer un fideicomiso en el que la transmisión de los bienes al fiduciario designado en el contrato, estuviera sujeta a la condición suspensiva que el fiduciante deviniera incapaz.

Volvemos a encontrarnos aquí con el problema de tener que determinar a qué tipo de incapacidad nos referimos. Nos remitimos al respecto a las consideraciones

<sup>90</sup> El art. 19 de la ley 24.441 hace referencia a “entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero”.

que ya hemos formulado y entendemos que podría tratarse perfectamente de la disminución en la capacidad natural del fiduciante.

A fin de determinar el acaecimiento de la condición suspensiva, deberíamos munirnos de los dictámenes médicos y, hasta del consentimiento de un determinado Consejo de Familia, en los mismos términos que consideramos al estudiar los apoderamientos preventivos.

El otro problema a determinar es ¿cómo efectivizar la transmisión de los bienes? En efecto, la ventaja que tendría un sistema como el que proponemos respecto de las demás clases de fideicomiso es que el fiduciante no se desprende de la titularidad de sus bienes sino hasta que acaece su incapacidad, y sea esta jurídica o natural, al momento de presentarse en la notaría a otorgar los actos transmisivos, le será imposible al notario emitir el juicio de capacidad correspondiente puesto que justamente la ausencia de ésta será la que determinará el traspaso de los bienes. ¿Cómo solucionar este problema *de lege lata*?

El art. 1977 del Cód. Civil argentino prevé el otorgamiento de poderes especiales irrevocables. A través de ellos creemos que podríamos instrumentar este tipo de fideicomisos.

El esquema se estructuraría de la siguiente forma: se celebraría un contrato de fideicomiso en el que el fiduciante y el fiduciario convendrían todas las cláusulas que consideraran convenientes. El beneficiario sería el mismo fiduciante y el fideicomisario sería aquél a quien el fiduciante designase, como en un fideicomiso habitual. La transmisión de los bienes al fideicomiso operaría, como hemos dicho, una vez acaecida la incapacidad del fiduciante y se acompañaría al contrato de fideicomiso el otorgamiento de un poder especial irrevocable sujeto también a la misma condición suspensiva que la transmisión de los bienes. El apoderado sería el fiduciario quien, oportunamente, concurriría al acto escriturario en su doble carácter de apoderado y fiduciario, como transmitente y adquirente de los bienes en propiedad fiduciaria.

Hemos expuesto ya nuestra opinión acerca del momento en el que se requiere la capacidad del poderdante en esta clase de poderes con lo que consideramos que la alternativa es viable.

Sin perjuicio que consideramos que sería interesante contar en el futuro con una reglamentación expresa de un procedimiento como el que hemos expuesto, entendemos que, *de lege lata*, teniendo en cuenta todos los argumentos desarrollados a lo largo de este trabajo, no existen inconvenientes para admitir esta figura.

En definitiva, las ventajas de nuestra propuesta serían: a) permitir al fiduciante el disfrute de los bienes de los que es titular durante su capacidad; b) constituir para el momento de su incapacidad un patrimonio de afectación con los beneficios que para él prevé la ley argentina, según lo hemos expuesto, y que coinciden con los fines perseguidos por el proyecto español relacionado; c) obligar al fiduciario a cumplir diligentemente su gestión en razón de la responsabilidad agravada que se establece para el caso de incumplimiento de los deberes a su cargo (art. 7º, ley 24.441), y d) eventualmente, el fiduciante podrá asimismo otorgar disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad en la que nombrará su propio tutor, el que podrá coincidir con el fiduciario, quien, en ese caso, tendrá a su cargo la doble tarea de *tutelar* los bienes y la persona del fiduciante y, en caso que se prevea la transmisión

de los bienes ante la disminución en la capacidad natural del fiduciante, el inicio del juicio de incapacitación correspondiente.

3) *Un tema conflictivo*. La transmisión de los bienes del fiduciario originario al sustituto. Como hemos visto, el art. 10 de la ley 24.441 que hemos transcrito, en su última parte dice: “Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario”.

El inconveniente sobrevino en razón que la ley no especifica cómo se transmiten esos bienes.

Tomemos por ejemplo el caso de un fiduciario que tiene la propiedad fiduciaria de un inmueble en su cabeza, debidamente transmitida e inscripta. El contrato de fideicomiso, causa de dicha transmisión fiduciaria, establece con claridad quién será su sustituto para el caso de su fallecimiento. Esta situación efectivamente acaece y los bienes cuya propiedad fiduciaria se encontraban en cabeza del causante deben ser transmitidos al nuevo fiduciario. ¿Cómo opera ello en la práctica?, ¿quién otorga la respectiva escritura co-traslativa del dominio?<sup>91</sup>, ¿se trata de una adquisición derivativa u originaria en cabeza del sustituto?

Estos interrogantes han dado lugar a discusiones doctrinarias muy profundas en Argentina y, a la fecha, no se ha dado una solución definitiva al conflicto.

En razón de ello, y sin pretender estudiar en este trabajo la naturaleza jurídica de dicha transmisión, *a fin de garantizar la seguridad jurídica del negocio y evitar que en razón de asumir una determinada posición doctrinaria, el requirente que concurre a nuestra notaría pueda verse de alguna manera perjudicado por considerarse su título observable*, proponemos que, en el título de adquisición de la propiedad fiduciaria por el fiduciario originario, éste establezca una *estipulación a favor de tercero* sujeta a la condición suspensiva de su propio fallecimiento. El tercero sería, precisamente el fiduciario sustituto, quien, acreditando el fallecimiento del fiduciario originario adquirirá la propiedad fiduciaria aceptando la estipulación constituida a su favor.

## **e) Registración**

La necesidad de dar publicidad a las disposiciones y estipulaciones de las que hemos tratado a lo largo de todo este trabajo, es admitida actualmente por la generalidad de la doctrina. Así lo sostenemos Martínez Díe, Martínez García, Llorens y la gran mayoría del resto de los autores que hemos citado. Sin ir más lejos, Martínez García propone: “Puede pensarse en la organización de la llevanza de dicho registro a través de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, en forma similar al Registro General de Actos de Última Voluntad, o a través de los propios

---

<sup>91</sup> Esta terminología la sostienen en la doctrina argentina, juristas como Alterini y tiene su origen en que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho español, la escritura pública en el sistema jurídico argentino en ningún caso puede por sí misma transmitir el dominio. Tenemos un sistema en que la transmisión opera por título y modo. La escritura pública es el título suficiente y el modo es la tradición. En eso coincidimos con el ordenamiento jurídico español, sin embargo, la tradición en el derecho argentino debe realizarse por actos materiales, mientras que el Código Civil español, en su art. 1462 dispone: “Se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”.

Colegios Notariales, existiendo, en este sentido, una interesante propuesta por parte del Ilustre Colegio Notarial de Valencia para la creación de un “archivo de tutelas” en el que se tomaría razón de los testamentos y escrituras de designación de tutela por los padres, y de las escrituras de autodelación de la tutela, si bien dejando a la voluntad de los otorgantes la práctica de la comunicación”<sup>92</sup>.

El problema en esta materia reside en la elección de la mejor forma de llevarlo a la práctica. En este sentido, el Consejo General del Notariado Español ha estado elaborando un informe en el que, a nuestro entender, se toman en cuenta los elementos esenciales en este aspecto y el que incorporaremos como anexo a este trabajo.

El registro a implementar debería permitir el acceso a la información correspondiente sin poner en peligro el debido respeto al derecho a la intimidad pero contemplando, sobre todo en lo que respecta a las disposiciones sanitarias, la necesidad de acceder a éstas y su contenido con la inmediatez que la situación requiere.

En esta época, tomando en cuenta los avances en el campo informático, es evidente que la posibilidad de crear una base de datos que contenga la información necesaria es un objetivo alcanzable. No obstante debemos tener en cuenta los peligros que la divulgación de cierta información puede acarrear.

Hay varios modelos de registro en marcha y proyectados. Sin ir más lejos, España cuenta actualmente con el Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios catalán. En Argentina, también elaboramos con Llorens un proyecto de registro tomando como referencia el Registro de Últimas Voluntades.

Lo ideal sería contar con un sistema de registración que permitiera: *a)* conocer la existencia de este tipo de estipulaciones y su vigencia; *b)* permitir el acceso a su contenido únicamente a los interesados que, en principio serían, los tutores designados, los jueces y los médicos intervinientes, según el tipo de disposición otorgada, con la inmediatez necesaria en cada caso. En el caso de las disposiciones sanitarias o que tengan por objeto las medidas a tomar respecto del propio cuerpo para el caso de fallecimiento: donación de órganos, cremación, etc., es en donde nos encontramos con mayores problemas, por cuanto lograr un sistema óptimo en este campo implicaría un trabajo interdisciplinario que tuviera como protagonistas, no sólo a los organismos notariales, que son los que hoy por hoy más se ocupan de la cuestión, sino a los centros de salud; *c)* acceder a esta información desde cualquier sitio en el que los interesados, en cada oportunidad, se encuentren, es decir, elaborar un registro que pueda ser consultado fuera del lugar del otorgamiento del acto, y *d)* garantizar la seguridad y confiabilidad de la información.

En el proyecto elaborado por el Consejo General del Notariado Español que fuera coordinado por Rodríguez Prieto, se procura poner en marcha un Archivo de Voluntades Anticipadas a partir de la información que los notarios puedan proporcionar. De esta manera, la concreción de la propuesta resulta posible en un período de tiempo relativamente breve. Si se decidiera supeditar la creación del Archivo a un acuerdo con los servicios de salud a nivel nacional, probablemente todo quedaría en una expresión de deseos.

---

<sup>92</sup> Martínez García, *Apoderamientos preventivos y autotutela*, p. 135.

**f) La situación de las personas incapacitadas que manifiestan una voluntad distinta a la que expresaron cuando aún eran capaces.  
Caso de la “capacidad de los incapaces”**

A partir del intercambio de ideas con médicos psiquiatras, especialmente en las IV Jornadas de Reingeniería en Salud Mental y II Jornadas de Salud Mental y Derecho que tuvieron lugar en la Ciudad de Buenos Aires en noviembre de 2000, comenzó a tomar forma una nueva problemática en el ámbito médico y legal.

Tomemos el caso en que una persona siendo capaz otorga sus disposiciones y estipulaciones para el caso en que devenga incapaz, entre las que *manifiesta su voluntad respecto de las medidas sanitarias que desea recibir en un futuro estableciendo, por ejemplo, que no quiere verse sometida a un encarnizamiento terapéutico*, en los términos en que lo hemos definido.

Con el transcurso del tiempo este otorgante, efectivamente, deviene incapaz, se declara judicialmente su incapacidad de hecho absoluta y contrae cáncer. Puede éste parecer un caso un tanto atípico pero pensemos por un momento en las enfermedades que puede contraer una persona internada en un hospital neuropsiquiátrico.

En estas circunstancias, la persona que tiene a su cargo el cuidado del incapaz hace entrega al médico oncólogo que atiende al enfermo del instrumento en el que consta la voluntad del paciente. No obstante, el médico, *durante el tratamiento, recibe la manifestación del propio enfermo que le pide que tome todas las medidas que considere convenientes a fin de prolongar su vida bajo cualquier condición, aun sometiéndolo a tratamientos cruentos*. El médico, más allá de la enfermedad mental de su paciente la que no ponemos en tela de juicio, se persuade que, desde su demencia, por ejemplo, *el enfermo comprende su estado de salud y la manifestación de su voluntad es sincera y coherente*. ¿Qué hace el médico en esta situación? ¿Cuál de las manifestaciones de voluntad está obligado a atender y respetar?

Nos encontramos actualmente desarrollando un trabajo de campo, interdisciplinario, subvencionado por la Federación Argentina de Cámaras y Asociaciones Psiquiátricas para tratar de encontrar una respuesta a esta pregunta, con el mayor basamento técnico posible.

En el marco de esta realidad se plantea como una de las hipótesis posibles la necesidad de reelaborar los conceptos jurídicos de capacidad y de incapacidad.

Como dijimos al comienzo de estas páginas, hay muchas circunstancias que pueden llevar a que una persona capaz, entendiéndose ello como plena capacidad jurídica, se encuentre en algunos momentos o situaciones con su capacidad natural disminuida y, por el contrario, hay circunstancias en las que personas con incapacidad jurídica absoluta, pueden ver ampliado su ámbito de capacidad natural. A ello debemos agregar que, muchas veces, cuando somos “capaces” y vemos el supuesto de “incapacidad” lejano y tan improbable en el tiempo, miramos determinadas situaciones desde una óptica distinta a la que tenemos en el momento en que la eventualidad futura se hace presente.

Creemos que estos elementos que nos aporta la realidad deben ser considerados tanto por médicos como por juristas, sociólogos, bioéticos, etc. a fin de estable-

cer un régimen jurídico que realmente bregue por el “bien común” que nuestro orden público pretende proteger.

## 5. Conclusiones

Hemos alcanzado el último punto de este trabajo y, en razón de su extensión hemos ido exponiendo nuestras opiniones a medida que desarrollamos los distintos temas, por lo que en este último apartado nos limitaremos a efectuar una recapitulación de los puntos que hemos abarcado.

La primera conclusión a la que hemos arribado es que, aunque los sistemas normativos español y argentino tienen un mismo origen jurídico, las definiciones de los distintos términos técnicos difieren en uno y otro.

En segundo lugar, el ordenamiento español recepta en sus normas positivas con mayor extensión la idea de graduación de incapacidad. Celebramos también que tanto desde la doctrina española como desde los proyectos de ley, por ejemplo el de “patrimonio especialmente protegido”, comienza a receptarse el concepto de capacidad natural como situación a tener en cuenta más allá de los dictámenes jurídicos específicos.

Por otra parte, entendemos que la noción de orden público debe considerarse desde una óptica distinta a la clásica y esta nueva noción permite afirmar, sin lugar a dudas, la posibilidad que una persona, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, otorgue disposiciones y estipulaciones en previsión de su propia eventual futura incapacidad.

En este sentido, tanto el derecho positivo español cuanto el argentino admiten, *de lege lata*, el otorgamiento de este tipo de actos, los que, a fin de preservar la seguridad jurídica, el debido asesoramiento, la perdurabilidad y el juicio de capacidad, entre otros elementos trascendentes, determinan que el medio más idóneo para receptar estas voluntades sea la escritura pública.

Es muy importante, asimismo, prever la forma en que van a actuar las personas que temen ver su capacidad natural disminuida en el tiempo en el que no se ha dictado su incapacitación judicial. Para ello proponemos, como herramientas *de lege lata*, la utilización de los apoderamientos preventivos y la ampliación del ámbito de aplicación del fideicomiso en los términos que lo regula la ley argentina. Nos parece, *de lege ferenda*, un gran avance dentro del derecho español el proyecto de patrimonio especialmente protegido elaborado por la legislatura y que actualmente se encuentra pendiente de aprobación, sin perjuicio de lo cual nos parece que sería conveniente, quizás, analizar la posibilidad de prever que la transmisión de los bienes pueda someterse a plazo o condición suspensiva cuando lo es en previsión de la propia incapacidad. También consideramos importante la incorporación al derecho positivo de ambos países de un sistema tutelar de tipo familiar. Dentro del ámbito del sistema argentino sería muy provechoso incorporar la posibilidad de graduación de la incapacidad y la previsión que la curatela sea ejercida no sólo por personas físicas sino también por personas jurídicas.

Por último, creemos que el siguiente paso en la materia que estudiamos, teniendo en cuenta el análisis que hemos realizado y las distintas circunstancias que

la realidad nos presenta, es la reelaboración de los conceptos de capacidad e incapacidad.

Tal vez como el estudio de esta problemática es tarea de quienes somos considerados “capaces” por el ordenamiento jurídico, muchas veces nos vemos superados por las urgencias de cada momento y consideramos que, después de todo, no es éste un tema que merezca ser regulado prioritariamente por el derecho positivo de cada país.

Normalmente cada uno de nosotros ve la “incapacidad” lejana y especialmente, ajena. Sin embargo, si el sentimiento de solidaridad no es suficiente para movilizar los medios necesarios para dar una respuesta a esta angustiada situación de muchos, tal vez sea bueno recordar que lo que hoy le pasa a otros, mañana nos puede pasar a nosotros. Esperemos que cuando así lo entendamos, no sea demasiado tarde.

© Editorial Astrea, 2004. Todos los derechos reservados.

