

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA DECLARACIÓN PREVIA DEL PACIENTE*

SESIÓN ORDINARIA DE CONSEJO ACADÉMICO DEL 22 DE OCTUBRE DE 2001

Por **Nelly Alicia Taiana de Brandi** y **Luis Rogelio Llorens**

“No sólo hay que recordar que cada día vivido es un día menos, *sino que no está garantizado si nuestra inteligencia nos acompañará hasta el final*. Sin ella nuestro cuerpo continuará respirando, comiendo, etc., pero el hombre no podrá disponer de sí, atender sus deberes, analizar las apariencias, saber si ha llegado el momento de morir y otras cosas parecidas, porque estas capacidades se extinguen antes. No te demores, cada instante nos acerca a la muerte y *nuestra inteligencia tiene una vida aún más corta*”.

MARCO AURELIO (121-180 – Enseñanzas para una conducta moral)

SUMARIO

- I.- La problemática que nos ocupa
- II.- Antecedentes
- III.- Su denominación
- IV.- Antecedentes nacionales
- V.- Antecedentes extranjeros
 - V.1. Legislación alemana
 - V.2. Legislación de la provincia canadiense de Quebec
 - V.3. Legislación catalana

* Trabajo que mereció el 1º Premio en Ciencia Jurídica en las IV Jornadas de Reingeniería en Salud Mental, y II Jornadas de Salud Mental y Derecho, organizadas por la Federación Argentina de Cámaras y Asociaciones Psiquiátricas los días 27 y 28 de noviembre de 2000.

- V.4. Antecedentes internacionales de trascendencia en el derecho interno argentino
- VI. Posibilidad actual de estipular y disponer para la propia eventual incapacidad
 - VI.1. Legislación civil y comercial
 - VI.2. Constitución Nacional
 - a) Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23849)
 - b) Declaración Universal de los Derechos Humanos
 - c) Derechos implícitos
 - d) Conclusión
- VII. Reforma legislativa
 - VII. 1. Nuestra propuesta
 - VII. 2. Nueva normativa propuesta
 - VII. 3. Previsión en el Proyecto de Código Civil (Comisión creada por decreto 685/95)
- VIII. La registración
- IX. Conclusión

Introducción

Si el fin de la persona física es la muerte, **el mayor de edad incapaz de hecho es persona.**

Como tal es titular de derechos e intereses personalísimos, entre ellos, el de negarse a recibir tratamientos médicos y sufrir intervenciones quirúrgicas que no podrán serle practicadas en contra de su voluntad. El “**encarnizamiento terapéutico**” no puede serle impuesto a ningún ser humano.

Antes de acudir al “consentimiento informado” de su curador, familiar, allegado, o de suplirlo por la voluntad del médico, es legítimo escuchar y respetar, en primer término, la voluntad del propio incapaz manifestada cuando aún era capaz en forma fehaciente e indubitable.

Estas manifestaciones constituyen un capítulo dentro de “las disposiciones y estipulaciones para la propia eventual incapacidad” o el “derecho de auto-protección”. Hablamos de “estipular” o “disponer” porque es posible que ellas se vuelquen en: a) actos unilaterales; o b) convenciones a las que concurra el médico de cabecera o un familiar del disponente.

En este último supuesto se trata de una encomienda por la que ese tercero aceptante se obliga a: a) hacer cumplir instrucciones que recibe del hoy capaz para ser observadas en caso de enfermedad, senectud o accidente que impidan al agente la expresión de su voluntad o ejercer sus derechos; o b) la aceptación de la misión de prestar el “consentimiento informado” en su nombre y de su cuenta.

La forma más apta y conveniente para instrumentar estas disposiciones es la escritura pública. La actuación del notario junto al médico de cabecera asegura al otorgante el asesoramiento adecuado en cuanto al contenido del acto, su validez y eficacia. Además, la intervención notarial confiere al documento

fecha cierta indubitable y porta la calificación sobre la competencia del disponente.

Si bien el notario no es profesional médico para medir la competencia del manifestante, uno de sus deberes funcionales es asegurarse de que éste está en condiciones de otorgar un acto jurídico, o sea, un acto voluntario, con discernimiento, intención y libertad. Para lograr ese juicio, esa convicción, el notario deberá realizar todas las audiencias que sean necesarias para cerciorarse de que el otorgante tiene conciencia de lo que hace, de los fines que persigue y las consecuencias de su acto. A tal efecto, exigirá todas las certificaciones y el asesoramiento médico que crea necesarios.

I. La problemática que nos ocupa

Extrañamente, por una parte, todos nuestros filósofos, bioéticos, médicos y juristas se preocupan por el respeto hacia la voluntad del paciente competente y argumentan en favor del consentimiento asistido y, por otra parte, buscan afanosamente al tercero hábil que lo otorgue por el incapaz¹. No hemos leído que, ante la ineptitud del enfermo, se pregunten por la voluntad de éste, por sus preferencias manifestadas anticipadamente, cuando era capaz, para darle andamio al momento de producida la incompetencia.

Tampoco hemos asistido a lo que debería ser una verdadera campaña en aras del respeto de tal voluntad como expresión primera del ejercicio de los derechos personalísimos. Tampoco hay una actividad docente destinada a lograr que la población vuelque espontáneamente esas preferencias, su voluntad actual, como persona hábil, en ejercicio del derecho a la vida y del derecho de propiedad, en moldes o instrumentos en cuya conformación cuenten con correcto asesoramiento profesional, que le aseguren una manifestación válida y eficaz por la idoneidad del medio instrumental elegido y, una vez producida aquélla, su segura conservación.

Llenar este vacío y hacerlo sentir como tal por la comunidad científica es el *leit motiv* que nos convoca en este intento.

II. Antecedentes

A fines del año 1994, el entonces presidente de la hoy Academia Nacional del Notariado, escribano Eduardo Bautista Pondé, nos convocó para estudiar la inquietud que comenzaba a manifestarse en la comunidad, tendiente a dar respuesta al requerimiento recibido por algunos colegas de parte de personas quienes, en pleno uso de sus facultades intelectivas y volitivas, en ejercicio de sus más elementales derechos deseaban disponer, para la eventualidad de su propia incapacidad, respecto de su persona, su patrimonio o ambas cuestiones.

Desde mediados del siglo XX asistimos a avances de la medicina, la farma-

(1) Ver: "M., A. S." Sentencia del Juzgado Criminal y Correccional de Transición N° 1 de Mar del Plata, del 11/05/1999 en *La Ley*, Buenos Aires, 2000, pág. 417, con nota de Germán J. Bidart Campos, en el que se atiende, por ejemplo, a la voluntad del concubino ante la ineptitud del enfermo.

cología y la ingeniería que, alineados en una lucha común contra el sufrimiento, la vejez y la muerte, han logrado la prolongación cuantitativa de la vida, no siempre acompañada de calidad. Nos enfrentamos así a personas que, psíquica o físicamente impedidas, no pueden ejercer los derechos e intereses de los que son titulares. No obstante, la previsión de esa situación es cada vez más asumida y hoy cada uno de nosotros sufre con preocupación y angustia la posibilidad de la propia futura incapacidad, deseando disponer o estipular, mientras es capaz, la forma en que “personalmente” ha de vivirla.

Si bien el contenido de tales manifestaciones debe ser resuelto por disciplinas metajurídicas, y en ello están la religión, la filosofía y la bioética, el mayor vacío ha estado dado por la falta de herramientas o moldes en los cuales volcar válidamente esa manifestación de la voluntad.

Por una parte, el testamento, desde el derecho romano hasta nuestros días, tiene por objeto las previsiones para la muerte²; de allí que no resulte instrumento válido a nuestros fines. En el otro extremo, el mandato, en principio, se extingue por la incapacidad del mandante³.

III. Su denominación

Conocimos, en ese momento, el uso del giro “testamento para la vida”. Descartamos su empleo por cuanto el problema que nos inquieta es una cuestión de vida y no de muerte⁴. Propusimos entonces el título “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”⁵.

Posteriormente, en la VIII Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Veracruz (México) en febrero de 1998, asistimos, con satisfacción, al nacimiento de una denominación muy significativa propuesta por el delegado español, notario Juan José Rivas Martínez: “El Derecho de Autoprotección”.

IV. Antecedentes nacionales

En ocasión de nuestra primera aproximación al tema, allá por el año 1994, comprobamos que los antecedentes nacionales en la materia eran muy escasos; se limitaban, generalmente, a imaginar la constitución de un fideicomiso en protección del propio estipulante a fin de proveer los medios económicos necesarios para atender sus eventuales necesidades. Obviamente, este instrumento resultaba y resulta insuficiente para abarcar las disposiciones atinentes

(2) Art. 947 Código Civil: “Los actos jurídicos cuya eficacia no depende del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se llaman en este código ‘actos entre vivos’, como son los contratos. Cuando no deben producir efecto sino después del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se denominan ‘disposiciones de última voluntad’, como son los testamentos”.

(3) Art. 1963, inciso 4, Código Civil: “El mandato se acaba... 4º. Por incapacidad sobreviniente al mandante o al mandatario”.

(4) El uso de las expresiones “testamento para la vida”, “testamento vital” o “living-will” proviene del derecho anglosajón. En nuestro país fue utilizado por los colegas Gerardo RUBIO y Rubén A. LAMBER en la Jornada Notarial Argentina de Rosario (1991). Acerca de lo impropio de esa terminología ver: MARTINEAU, “L’insoutenable légèreté d’une appellation”. *Revue du Notariat*, vol. 20, págs. 556 a 559.

(5) Ver, de los autores, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995.

al cuidado de la propia persona y su salud. La solución anotada atiende a la provisión de medios y su administración, pero se desentiende de las necesidades y requerimientos personales.

V. Antecedentes extranjeros

Esta búsqueda resultó fructífera. A continuación hacemos una reseña de los antecedentes más importantes en los que campea el carácter vinculante de las declaraciones unilaterales de voluntad y el respeto a la autonomía de la voluntad los que, de alguna manera, marcaron nuestra propia investigación.

V.1. Legislación alemana

Se trata de la “reforma del derecho de tutela y curatela para mayores de edad”, sancionada el 12 de septiembre de 1990, modificatoria del Código Civil, vigente a partir del día 1° de enero de 1992.

Esta legislación reconoce el “poder de previsión de asistencia para la vejez” (*Altersvorsorgevollmacht*) y regula la designación del propio curador o “disposición de asistencia”, procedimiento subsidiario que queda excluido en caso de existir el primero.

Si bien en esa normativa no es vinculante para el juez la persona designada por el hoy necesitado de asistencia, que no requiere formalidad, sí lo es el rechazo de persona determinada, disposición a la que se encuentra comprometido el juez en respeto a la autonomía de la voluntad del afectado.

Es importante señalar que, en la legislación que comentamos, la resolución de asistencia es independiente de la declaración judicial de incapacidad, la una no requiere de la otra y los efectos son muy diferentes. La primera puede originarse en razones psíquicas o físicas, éstas últimas cuando impiden la comunicación de la voluntad. La solicitud de asistencia en el último caso debe ser pedida por la propia persona “débil”.

V.2. Legislación de la provincia canadiense de Quebec

Su Código Civil, vigente desde el 1° de enero de 1994, regula ampliamente, a diferencia de la ley alemana, el “*mandato otorgado en previsión de la propia incapacidad*”. Ese mandato subsiste durante toda la sustanciación del proceso de incapacidad y, como en la legislación aludida, si es suficiente para atender al cuidado de la persona y de los bienes excluye la apertura de los otros regímenes de protección del mayor incapaz: curatela, tutela y consejero del mayor. En caso de cubrir un solo aspecto de la persona del incapaz, corresponderá la designación del curador; pero la actividad del que atiende a los bienes quedará subordinada a quien actúe por la persona.

Su redacción es muy importante; no deben quedar dudas de que ha sido otorgado para ser ejercido en una época en que el mandante no podrá vigilar su ejecución. En cuanto a su contenido, si se otorga para la “plena administración”, deberá entenderse que comprende también los actos de disposición. Regulado como contrato, la norma prevé la aceptación del mandatario quien, a

su vez, se compromete a solicitar la homologación del mandato, producida la incapacidad.

V.3. Legislación catalana

El aporte de la delegación española a la mencionada Jornada Iberoamericana incluyó en su ponencia un importante estudio sobre la legislación catalana en la materia.

Señala su relator, el notario Juan José Rivas Martínez, que “la primera disposición en esta materia de autoprotección es la ley catalana del 29 de julio de 1996, que modifica los artículos 4 y 5 de la ley de 30 de diciembre de 1991 y añade una disposición adicional, la Tercera”.

El Preámbulo de dicha ley explica que “Las modificaciones introducidas por la presente ley están inspiradas en el respeto a la autonomía de la voluntad y en la protección y respeto de la persona en todas aquellas circunstancias que impiden que ésta se gobierne por sí misma”.

El párrafo 1º del artículo 5 de la ley de 1996 dice: “Cualquier persona, en previsión del caso de ser declarada incapaz, puede nombrar en escritura pública uno o más de un tutor, protutores y curadores y designar a sustitutos de todos ellos u ordenar que una persona o más de una sean excluidas de dichos cargos, así como nombrar cualquier otro organismo tutelar establecido por la presente ley. El nombramiento puede ser impulsado por las personas llamadas por ley a ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las circunstancias explicitadas o que presuntamente hayan sido tenidas en cuenta al efectuarse la designación que pueda perjudicar el interés tutelado. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior”.

Previendo la importancia capital de la adecuada publicidad de estas disposiciones, la ley que venimos comentando añadió la disposición “Tercera” a la ley 30/1991, la que literalmente dice:

“1. Se establece el Registro de Tutelas y Autotutelas, en el que se inscriben las delaciones de las que han sido otorgadas en uso de la facultad prevista en el artículo 5.

2. A fin de poder inscribir las delaciones y a los efectos de designación de tutor, los notarios que autoricen escrituras en las que se procede a la designación o revocación de tutor, protutor o curador, establecida en el artículo 5, habrán de dirigir un oficio al Registro de Tutelas y Autotutelas, indicando el nombre, apellidos, domicilio y Documento de Identidad del otorgante y el lugar y fecha de la autorización y que en la misma se ha procedido a la citada designación o revocación, pero sin indicar la identidad de los designados. El juez competente ha de solicitar una certificación de las inscripciones que puedan constar en el Registro de Tutelas y Autotutelas con carácter previo a la constitución del correspondiente oficio protector y ha de dar cuenta de la misma al Ministerio Fiscal y a las otras partes que hayan comparecido.

3. Reglamentariamente se establecerán las normas relativas a la organización, funcionamiento y publicidad del Registro de Tutelas y Autotutelas”.

El decreto 360/1996 consagra la reglamentación de la ley y establece la organización, funcionamiento y publicidad del Registro de Tutelas y Autotutelas, el que queda adscripto a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas⁶.

V.4. Antecedentes internacionales de trascendencia en el derecho interno argentino

A lo largo de nuestro estudio consideramos de importancia capital abreviar sobre el tema en los tratados internacionales a los que nuestro país ha adherido y que tienen hoy jerarquía constitucional por el artículo 75 inc. 22 de la Carta Magna, a partir de su reforma sancionada en 1994:

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 – ley 23849

Dicha normativa resulta aplicable a la cuestión que nos ocupa en razón de la remisión que efectúa nuestro codificador civil en materia de incapacidad de los mayores a la incapacidad de los menores (artículo 475 del Código Civil)⁷.

Declaración Universal de los Derechos Humanos y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ambas de 1948

Las disposiciones de estos tratados son derecho vigente argentino. De su simple lectura surge nuestro convencimiento indubitable de que el derecho a disponer para la propia eventual incapacidad, tanto en los aspectos personales como en los patrimoniales, tiene sólida raigambre constitucional.

VI. Posibilidad actual de estipular y disponer para la propia eventual incapacidad

Creemos que el derecho vigente reconoce a toda persona capaz su derecho a **disponer** o **pactar** libremente para el supuesto de su futura eventual incapacidad, con fuerza vinculante para los terceros, incluido el juez.

Fundamos el aserto en:

1.- Legislación civil y comercial

En primer lugar, corresponde considerar que el artículo 480 del Código 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, Código Civil)⁸ para la eventualidad de su fallecimiento y, si acep-

(6) En una reciente visita al Colegio de Escribanos de la provincia de Mendoza (Tercera Circunscripción, San Martín) tuvimos la grata sorpresa de que el doctor León Víctor Chade anunciara públicamente, en su carácter de integrante de la comisión que tiene a su cargo la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de esa provincia, que iba a proponer la sanción de una norma que obligará al juez interviniente en toda insania a que, previo a su declaración, se oficie al Colegio Notarial del domicilio del presunto insano para conocer de la existencia de disposiciones o estipulaciones de autoprotección.

(7) Art. 475 del Código Civil: “Los declarados incapaces son considerados como los menores de edad en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces”.

(8) Art. 383 del Código Civil: “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

tamos que esa designación debe ser tenida en cuenta también para el caso de interdicción, disminución de facultades del progenitor, debemos concluir, por aplicación de la norma transcripta, 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 está facultado por esta interpretación para designar el propio curador, esa facultad debe serle reconocida también a quien no tiene hijos incapaces. No hay argumento lógico posible que lleve a desconocer esa facultad en ninguno de ambos.

En segundo lugar, si el artículo 383 de nuestro Código Civil permite a los padres nombrar “tutor a sus hijos que estén bajo la patria potestad”, y el 479 del mismo Código dispone: “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”, ¿cómo admitir que una persona, durante su salud, no pueda hacer lo propio consigo misma?

En tercer lugar, corresponde tener en cuenta que los artículos 2613, 2715 y 3431 del Código Civil y el artículo 51 de la ley 14394 permiten al testador imponer ciertas restricciones en la disposición de los bienes aun a los herederos forzosos para *después de la muerte del testador*. ¿Cómo impedir que alguien lo haga para su propia incapacidad?

En cuarto lugar corresponde enunciar el artículo 144 del Código de Comercio. Su interpretación integrativa, funcional y teleológica admite la subsistencia de la actuación del factor, producida la incapacidad del principal, con lo que éste tendrá asegurada la continuidad de la explotación por la persona querida e idónea según su criterio⁹.

2. Constitución Nacional

a) Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23849)

Ya sostuvimos que es aplicable en la materia a tenor de la remisión que efectúa el codificador civil en el régimen de la incapacidad del mayor a la incapacidad del menor (Art. 475 del Código Civil).

a sus hijos que estén bajo la patria potestad. Pueden también nombrarlo por escritura pública para que tenga efecto después de su fallecimiento”.

(9) En las Jornadas de Derecho Societario en homenaje al escribano Max Mauricio Sandler (Buenos Aires, 3 y 4 de julio de 1997) y en el Congreso Argentino de Derecho Societario y Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 17 a 19 de septiembre de 1998) sostuvimos la posibilidad de que el empresario unipersonal pueda prever en la designación del factor que éste continuará desempeñándose en el supuesto de la eventual incapacidad del primero, sobre la base del artículo 144 del Código de Comercio, que establece: “La personería de un factor no se interrumpe por la muerte del propietario, mientras no se le revoquen los poderes...”, extremo que los comercialistas extienden a la incapacidad. Ver: Fernández, Raymundo L., *Código de Comercio de la República Argentina comentado*, Buenos Aires, 1951, pág. 189. Segovia, Lisandro, *Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina*, Buenos Aires, 1892, tomo I, pág. 172. Siburú, Juan B., *Comentario del Código de Comercio argentino*, Buenos Aires, 1923, 2ª edición, tomo III, págs. 138/9. Omeba, *Código de Comercio y leyes complementarias comentados y concordados*. Coordinadores: Anaya, Jaime L. y Podetti, Humberto A., Bibliográfica Omeba, tomo III, pág. 36.

De esta Convención destacamos, en primer lugar, su artículo 3 que establece que es prioritario el interés del menor. ¿Cómo no generalizar y admitir que en materia de incapacidad es prioritario el interés del inhábil? ¿Cómo no atender sus deseos y preferencias enunciados durante su salud?

El artículo 7º de esa Convención establece que el niño tiene derecho a ser cuidado por sus padres. ¿Cómo no admitir, igualmente, que el incapaz mayor tiene derecho a ser cuidado por aquella persona en quien él tiene puestos sus afectos o depositada su confianza y que él mismo designó durante su salud?

También puede invocarse el artículo 12: “1) Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, en función de la edad y madurez del niño. 2) Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”. Entre otros artículos pueden mencionarse el 14, 16, 18 y 20.

b) Declaración Universal de los Derechos Humanos

El artículo 1º señala que “Todos los seres humanos nacen libres...” Esa libertad debe ser respetada, y si bien debemos admitir que “las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes” (Art. 141, Código Civil) necesitan de alguien que sustituya esa incapacidad de hecho para ejercer su libertad (artículo 468, Código Civil), no es menos cierto que, en ese caso, debemos respetar acabadamente la voluntad que el actual insano ha exteriorizado durante su salud, en tanto y en cuanto no varíen las circunstancias a las cuales esa declaración ha de ser aplicada.

El artículo 3º de esta Declaración establece que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Si tenemos en cuenta también que el artículo 25, apartado 1, 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”, podemos concluir que el derecho de toda persona capaz a dictar disposiciones y a estipular para su incapacidad tiene raigambre constitucional, reconocida en los artículos 33 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

c) Derechos implícitos

Refiriéndose al artículo 33 de la Constitución Nacional, Lemon sostiene que ha de tomarse en cuenta todo el repertorio de aquellos derechos denominados implícitos, entre los que enumera “los que proporciona el deber ser ideal del valor justicia... los que proporciona la ideología de la Constitución... los que proporciona el artículo 33 (base formal)... los que proporcionan los

tratados internacionales sobre derechos humanos, y los que proporcionan las valoraciones sociales progresivas”¹⁰.

d) Conclusión

Creemos que todas las normas invocadas precedentemente justifican que afirmemos enfáticamente que el régimen previsto en el artículo 626 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que impone la intervención de un abogado de la matrícula como curador *ad litem* durante la sustanciación del proceso de insania, está modificado implícitamente, y que el juez se encuentra impedido de nombrarlo cuando el propio denunciado, durante períodos insospechados de capacidad, ha exteriorizado su voluntad de que ese cargo lo ejerza determinada persona de su confianza¹¹.

VII. Reforma legislativa

VII. 1. Nuestra propuesta

En “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad” propusimos un proyecto de ley que transcribimos a continuación, con algunas correcciones de forma introducidas a posteriori de la publicación.

Previmos la facultad de toda persona capaz de designar al propio curador o mandatario, éste último para actuar de inmediato y continuar a la incompetencia o para comenzar su desempeño, producida la incapacidad.

Respetando la economía de nuestro Código velezano, el mandatario se desempeñaría dentro del régimen de insania controlado jurisdiccionalmente por el curador, ya que el primer procedimiento no excluiría el segundo en lo que se aparta de la legislación extranjera.

(10) LEMON, “El amplio espectro de interpretación de la Constitución Nacional”, *La Ley Actualidad*, 11/5/1995.

(11) Cciv1ªCap., 24/8/1950, “Motta, Rafael”, *La Ley* 61-788. La Cámara aceptó el criterio extensivo de la aplicación del artículo 383 del Código Civil, siguiendo la opinión favorable del entonces asesor de menores de Cámara, doctor Héctor Madariaga. El caso era el de un español que envió a sus tres hijos a nuestro país, en épocas en que aquí se ofrecía un evidente futuro promisorio para sus habitantes. En una escritura pública, otorgada en España, había solicitado que se confiriera a su hermano, por ende, tío de los menores, la tutela de aquéllos. El asesor de menores sostuvo: “El cuidador de los menores, Rafael Motta, con el objeto de obtener la tutela de los tres menores... tutela también deseada por éstos últimos y delegada por el padre de mis representados según escritura, renuncia al crédito que tenía contra dichos menores. Cesa así el impedimento que señalé en mi dictamen y que V. E. tuvo en cuenta para confirmar el auto en recurso. En mi aludido dictamen insinuaba una solución favorable a los intereses de mis representados, apoyándome en la opinión de un autorizado tratadista, el doctor Busso. En efecto, este autor, al comentar el artículo 383 del Código Civil, en la nota 14, entiende que cuando la tutela debe abrirse en vida del padre que la ha deferido y cuando la cesación o pérdida de la patria potestad no se ha producido por hechos imputables al progenitor, la tutela puede ser ejercida por la persona designada por el padre en escritura pública (*Código Civil anotado*, t. 2, pág. 931). Y añade que ello es así, aunque el texto sólo se refiere al efecto *post mortem*, porque el legislador sólo se ha colocado en el supuesto de nombramiento de tutor por fallecimiento del padre sobreviviente. Pero al ocurrir otros casos de cesación inculpable de la patria potestad, no habría razón para privar de eficacia a la voluntad paterna debidamente manifestada”.

En nuestra propuesta, la diferencia entre curador y mandatario radica sustancialmente en el momento en el que se produce el control: en el primero, éste es anterior al acto mientras que en el segundo es posterior, con lo que la gestión en este último supuesto se agiliza.

En oportunidad de la celebración de la XV Jornada Nacional de Derecho Civil realizada en Mar del Plata en 1995, presentamos como ponencia en el tema I una propuesta que fue aprobada por unanimidad, destinada a propiciar: “*de lege ferenda* debe permitirse el ejercicio de la representación aun después de la incapacidad del mandante cuando el mismo ha sido dado en previsión a la propia incapacidad o para subsistir a ella”.

En ocasión de la celebración del XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, llevado a cabo en Buenos Aires los días 27 de septiembre al 2 de octubre de 1998, fue valorada la actuación del notario en la autorregulación de antemano de la vida del posterior incapaz¹².

VII. 2. Nueva normativa propuesta

Artículo 1º – Incorpórase como artículo 475 bis del Código Civil el siguiente:

“**Artículo 475 bis** – En previsión de su propia incapacidad, los mayores de edad pueden designar su curador y sus sustitutos o un procedimiento judicial de elección.

Salvo que se dispusiere lo contrario, la misma persona se desempeñará en cualquiera de los cargos a que se refieren los artículos 147 y 471 de este Código.

La designación del propio curador hecha durante la capacidad es imperativa para el juez, salvo que concurra alguna de las causales previstas para su posterior remoción.

Sólo serán llamados a desempeñar el cargo de curador las personas previstas en los artículos siguientes, cuando no quisiese o no pudiese aceptar la persona designada por el propio incapaz, durante su capacidad, o cuando no esté previsto por el otorgante un procedimiento de elección eficaz.

Quien conociese su designación en los términos del presente artículo y tuviese conocimiento de la falta de aptitud del otorgante para administrar sus bienes o gobernar su persona queda obligado a iniciar el proceso de incapacidad dentro de los treinta días de tal conocimiento.

Los mayores de edad pueden, también, dictar directivas y disposiciones sobre su sobrevida y la atención de su salud y/o para la administración de sus bienes para el momento de su eventual incapacidad. Éstas serán obligatorias para quienes deban aplicarlas, mientras que circunstancias posteriores no varían las condiciones en que deban hacerlo.

(12) Ponencia aprobada por el XXII Congreso Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires, 27 de septiembre al 2 de octubre de 1998): “La autorregulación de la incapacidad del hombre, la decisión sobre el mantenimiento de la vida mediante mecanismos artificiales y la dignidad en el momento de la muerte, que son también derechos humanos, puedan organizarse de antemano con la intervención de un notario”.

En todos los casos, los actos deberán otorgarse por escritura pública como forma *ad solemnitatem*”.

Artículo 2º – Incorpórase como artículo 1963 bis del Código Civil el siguiente:

“**Artículo 1963 bis** – No se producirá la extinción del mandato por la incapacidad del mandante cuando éste ha sido otorgado para continuar luego de la propia incapacidad o en previsión de ella. En el último caso, el mandatario sólo podrá actuar luego de que quede firme la sentencia que declare la incapacidad, salvo que el mandante hubiese previsto su comienzo por la sola comprobación de su ineptitud por dos médicos o la concurrencia de otros recaudos. El mandatario así designado que tuviese conocimiento de tal designación y la hubiese aceptado queda obligado a iniciar el proceso judicial de protección en el plazo máximo de treinta días, desde que tuviese conocimiento de la ineptitud del mandante.

Los mandatos de este artículo no podrán prever la realización de los actos prohibidos al tutor en el artículo 450 de este Código, salvo previsión expresa de negocios singulares, a favor de persona determinada, incluso del mandatario, o determinable.

El mandatario deberá rendir cuentas de su gestión al curador con la periodicidad que indique la sentencia judicial que, a su vez, tendrá en cuenta las previsiones del mandante. En todos los casos deberá dar cuenta inmediata de la realización de alguno de los actos previstos por el artículo 443 de este Código, en el supuesto de que esté expresamente facultado para ejecutarlos.

Además de ejercer el control de la gestión del mandatario, el curador se desempeñará en todas las cuestiones que hagan al incapaz con exclusión de las previstas en el mandato.

El curador sólo podrá revocar el mandato por causa justificada, con autorización judicial, previa intervención del ministerio pupilar.

Estos mandatos sólo podrán ser otorgados mediante escritura pública como forma *ad solemnitatem*”.

Artículo 3º – Sustitúyese el artículo 152 bis del Código Civil por el siguiente:

“**Artículo 152 bis** – Podrá inhabilitarse judicialmente:

1º) A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio.

2º) A los disminuidos en sus facultades cuando, sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.

3º) 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.

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

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.

En el supuesto del inc. 2º de este artículo, el juez deberá tener en cuenta para la designación del curador la voluntad expresada por el protegido antes de la disminución de sus facultades, en la forma prevista en el artículo 475 bis de este Código. Igualmente ha de procederse en el caso del inc. 1º de este artículo, cuando esté demostrado que esa declaración fue hecha antes de la embriaguez habitual o uso de estupefacientes por el protegido”.

Artículo 4º – Sustitúyese el artículo 384 del Código Civil por el siguiente:

“**Artículo 384** – El nombramiento de tutor puede ser hecho por los padres, bajo cualquier cláusula o condición no prohibida.

Podrán también los padres disponer las pautas a las que deberá someterse el tutor en su función, tanto en lo atinente a la persona del menor, como en lo que concierne a sus bienes. Éstas serán obligatorias mientras que circunstancias posteriores no varíen las condiciones en que ellas deban aplicarse”.

Artículo 5º – (De forma).

VII.3. Previsión en el Proyecto de Código Civil (Comisión creada por decreto 685/95)

a) La lectura del Proyecto nos permitió advertir que campea en el mismo un muy elogiado reconocimiento de la dignidad humana y de la autonomía de la voluntad, muy especialmente de la primera en el libro segundo “De la parte general”, en el capítulo VI “Derechos de la personalidad”, al legislar en el Título I “De la persona humana”.

El artículo 112 consagra la necesidad del “consentimiento del paciente” previo a “exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos, cualquiera que sea su naturaleza”.

El artículo 114 del Proyecto regula el “consentimiento informado” al que hoy obliga localmente la ley de ejercicio de la medicina. Esto es, el derecho a recibir información razonable y completa como condición para prestar el aludido consentimiento, ya sea que lo preste el paciente directamente o por su representante.

No obstante, nos llamó la atención que, pese a citar entre sus fuentes el Código Civil de Quebec, producida la incapacidad del paciente para prestar el consentimiento, en el artículo 113 recurre al tercero: representante, allegado o

médico; no prevé que el hoy incapaz pueda haber dispuesto sobre la cuestión cuando aún era capaz¹³.

Inmediatamente tomamos contacto con los autores del Proyecto, en especial con el doctor Julio César Rivera, quien nos expresó su pesar por el olvido así como su interés por el tema.

Poco tiempo después nos comunicó que la Comisión había propuesto los siguientes agregados al Proyecto que comentamos:

b) Ampliación de previsión en el Proyecto de Código Civil:

“Artículo 83. 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”.

“Artículo 113. 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”.

“Artículo 1252. Extinción del mandato. *Son causales especiales de extinción del mandato:*

- a) *La revocación del mandante.*
- b) *La renuncia del mandatario.*
- c) *La muerte o incapacidad del mandante o del mandatario.*

No se produce la extinción del mandato por la incapacidad del mandante o en previsión de ella. El mandato así concebido no puede otorgar al mandatario mayores facultades que las que la ley acuerda al curador”.

(13) La falta del Proyecto fue advertida también por José W. TOBÍAS en *La Ley* del 12/4/2000. El doctor Tobías allí también hace referencia a las modificaciones propuestas por el doctor Julio César Rivera y transcritas a continuación.

VIII. La registración

En nuestro país los registros más importantes nacieron y crecieron a la vera de la legislación.

Para sostener esta afirmación recordamos que los inmobiliarios fueron creados en nuestras provincias a pesar de que el Código velezano sólo ordenaba la inscripción de las hipotecas. Conocida es la opinión contraria del codificador al registro inmobiliario, que desarrolla en su nota al artículo 3198.

Algo semejante ocurrió con los registros de testamentos, que fueron creación de nuestros colegios notariales. Hoy se encuentran respaldados por las normas procesales que obligan en los procesos sucesorios a oficiar a ellos para conocer de la existencia o no de testamento otorgado por el causante.

Recientemente, a instancias del Consejo Federal del Notariado Argentino, se creó el “Centro Nacional de Registros de Actos de Última Voluntad” cuyo fin “será reunir la información existente en cada Registro de Actos de Última Voluntad local” (artículo primero).

Aplaudimos la iniciativa, no sin advertir que, lamentablemente, se perdió la oportunidad de abrir un anexo a ese registro para registrar en él los actos de autoprotección anotados en los registros locales.

IX. Conclusión

Creemos que hemos desarrollado la problemática y su solución desde un enfoque lógico, y reseñando antecedentes nacionales y extranjeros suficientes que nos habilitan a defender el legítimo derecho de cada ser humano a disponer o estipular con anticipación para su propia eventual incapacidad así como su derecho a exigir de los terceros, incluso los jueces, la observancia de tales manifestaciones, salvo que circunstancias sobrevinientes justifiquen su modificación en aras del interés exclusivo del afectado.