

XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

“DIRECTIVAS ANTICIPADAS, PODER PREVENTIVO Y DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”

Tema I:

“Persona Humana. Capacidad Jurídica. Principios Generales. Capacidad de Ejercicio y de Derecho. Restricciones a la Capacidad Jurídica. Sistemas de apoyo al ejercicio de la Capacidad Jurídica. Sentencia. Efectos. Registración. Menor de Edad y Adolescente. Tutela y Curatela.”.

Coordinador: Néstor Lamber

Autora: Maritel M. Brandi Taiana

maritelbrandi@escribaniabrandi.com.ar

Teléfonos: 43744223 / 1544088903

INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial ha introducido importantes cambios en la regulación de nuestros derechos y obligaciones en sociedad. En algunos casos ha supuesto un avance, en otros un retroceso y en otros no se ha animado a terminar de postular los nuevos paradigmas. Como toda obra humana tiene virtudes y falencias que seguramente el tiempo, la jurisprudencia, la doctrina y la vida misma, irán aprovechando, mejorando y puliendo para alcanzar un deseable equilibrio.

En cuanto a la regulación de la capacidad y sus grados, ha logrado un trascendente avance al incorporar, en su mayor parte, la más reciente legislación internacional al respecto. No obstante, en algunos aspectos, pareciera ser que no se animó a terminar la tarea iniciada y se quedó en normas “*claroscuras*” que no solucionan ni afianzan las respuestas brindadas por el texto legal.

No obstante, en esta temática en particular, es justo aclarar que tanto las normas dictadas como las que decidieron omitirse tienen su razón de ser, seguramente, en las dificultades que le son inherentes. Nada es tan absoluto ni definitivo en esta materia porque la realidad misma se modifica no sólo de sujeto en sujeto sino de circunstancia en circunstancia. Es un traje difícil de confeccionar para una realidad que muta permanentemente y que no tiene una única forma de ser mirada.

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 60 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El artículo 60 del Código Civil y Comercial parece regular las Directivas médicas Anticipadas. Decimos “parece” porque en realidad, si analizamos con alguna profundidad su texto, es posible que concluyamos que tiene alguna extensión mayor.

Establece el artículo:

*“Directivas médicas anticipadas: La **persona plenamente capaz** puede anticipar directivas y conferir **mandato** respecto de su **salud y en previsión de su propia incapacidad**. Puede **también designar** a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los **actos médicos** y para ejercer su **curatela**. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas se tienen por no escritas.*

*Esta declaración de voluntad puede ser **libremente revocada** en todo momento.”*

Nos hemos permitido destacar palabras que consideramos clave en la norma y que iremos analizando ordenadamente.

1. CAPACIDAD PLENA

Como primer elemento a tener en cuenta, el artículo se refiere a las personas plenamente capaces. Esto dejaría fuera en principio a toda persona con capacidad restringida y evidentemente a las personas incapaces.

Se entiende por capacidad la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos y la posibilidad de ejercerlos (capacidad de derecho y de ejercicio, artículos 22 y 23 del Código Civil y Comercial).

Por el contrario, el discernimiento es, según Cifuentes *“la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias.”*¹ En el Código Civil y Comercial Comentado dirigido por el Dr. Jorge H. Alterini se sostiene que *“el discernimiento supone aptitud natural para comprender, racionalizar la información, su proyección y sus consecuencias”*²

Tal vez esta decisión legislativa de exigir la plena capacidad pretenda soslayar la influencia que la disminución de capacidad pueda tener sobre las decisiones

¹ CIFUENTES, Santos citado por Luis R. Llorens en su artículo “La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad?” LA LEY 14 de septiembre de 2007

² CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL **** pagina 633

volcadas en las Directivas. Lo cierto es que a nuestro criterio y según nuestra experiencia, no existe un parámetro objetivo que pueda asegurar la absoluta libertad y conciencia al momento de su otorgamiento. Las Directivas versan sobre situaciones que en algunos momentos son conocidas o intuitas por una persona y en otros no. Cuando se otorgan ante la noticia de una enfermedad cierta y vigente, es posible que la capacidad o el discernimiento se vean alterados aunque de forma imperceptible para el operador jurídico y para el mismo disponente. Por el contrario, cuando se otorgan ante el completo desconocimiento de una situación futura, es muy probable que la persona, al adoptar decisiones “a ciegas”, no alcance a tener el cabal entendimiento de la situación respecto de las que finalmente se aplicarán esas Directivas.

La voluntad legislativa que exige la plena capacidad para su otorgamiento parte de una ficción legal que, a estas alturas de la realidad, hubiera sido interesante superar: solo tiene restringida su capacidad la persona a quien un juez ha declarado en esa situación o a quien la ley de fondo califica como no plenamente capaz como es el caso de los menores. En el último tema que abordaremos en este trabajo, analizaremos si el Código ha sido claro o no en este punto. No obstante, cuando la norma legisla sobre la capacidad y sus eventuales restricciones, no amalgama los conceptos y supuestos con el alcance del discernimiento y la validez de los actos jurídicos que ello conlleva.

Ante esta solución casi de laboratorio que regula la ley, quien ha sido diagnosticado de Alzheimer o demencia senil podrá libremente otorgar sus Directivas hasta que la privación del discernimiento se lo impida. Lo mismo sucederá con una persona aquejada de bipolaridad o de esquizofrenia, debidamente medicada. Todo ello mientras un juez no restrinja su capacidad, situación que en definitiva, es la más común porque a los familiares podría llegar a resultarles emocionalmente difícil la judicialización de estos temas. Sin embargo, un menor que no alcance los 16 años, que se enfrenta a tratamientos cruentos ante una enfermedad terminal, si bien eventualmente tendría derecho a rechazar determinadas prácticas en razón de lo dispuesto en el artículo 59 del Código Civil y Comercial respecto del consentimiento informado, no podría comunicar su voluntad de forma anticipada.

En cuanto a los menores de edad adultos que han alcanzado los 16 años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del Código Civil y Comercial, entendemos que podrán otorgar Directivas anticipadas sin limitaciones por cuanto en esta materia serán plenamente capaces.

Consideramos que **el artículo 60 debería haber establecido el límite para el otorgamiento en el discernimiento, no en la capacidad.** De esta manera se hubiera acercado un poco más a la realidad y hubiera dejado de alimentar falacias que no colaboran en el ejercicio de los derechos personalísimos que busca aparentemente reconocer.

Cosa distinta es que discutamos si las Directivas anticipadas tienen o no razón de ser y si son un instrumento virtualmente seguro como expresión de la voluntad en especial en el ámbito médico.

Dice el Dr. José Tobías en su artículo *“Las directivas anticipadas”*³: *“Una primera cuestión –relevante– se relaciona con la falta de actualidad (mayor o menor) de la directiva respecto del momento en que se hace necesaria o conveniente la ejecución del tratamiento médico. La directiva alude a la aceptación o negativa relativa a una situación futura y a veces abstracta, en la que, en ocasiones, no es posible afirmar, con la necesaria certeza, la correspondencia entre la voluntad expresada en las directivas y aquello que el paciente habría expresado en el momento del procedimiento concreto. ... y luego añade “... si se considera que la validez de un asentimiento o rechazo “actual” al procedimiento propuesto –por el consentimiento informado (art. 59 CCC)– requiere de la previa información (y persuasión) del profesional ¿Es del caso requerirlo, también, cuando se trata de una declaración de voluntad “inactual”? La esencia de la cuestión es básicamente la misma: se trata de decisiones vinculadas con la salud y la vida del declarante en temas en que es un profano y en donde, como se dijo, la información previa del profesional es la principal fuente de comprensión de la persona”*

³ TOBÍAS, José W. LA LEY 6 de mayo de 2016.

Personalmente adherimos a sus críticas y preocupaciones.

En muy pocos casos se puede realmente prever lo que cada uno va a sentir o pensar ante situaciones desconocidas, no actuales. Incluso si una persona decide otorgar sus Directivas ante un diagnóstico determinado, es posible que la vivencia de la enfermedad diagnosticada le haga cambiar de opinión muchas veces. Esto es una realidad. Tan real como que la capacidad no puede ser el punto de inflexión para admitir el otorgamiento de Directivas anticipadas sino que, por el contrario, todo pasa por el discernimiento por cuanto ante una situación extrema todos los presuntamente capaces tendemos a sufrir una disminución en nuestras capacidades.

Entonces, ¿para qué todo esto? ¿para qué las Directivas?

Consideramos que la intervención notarial es muy importante a la hora de concientizar a los otorgantes que requieren nuestra función. Es esencial que informemos a nuestros requirentes acerca de todos estos aspectos para que puedan, en libertad, otorgar Directivas eficaces que realmente funcionen en su beneficio cuando deban ser utilizadas. Lo más trascendente al momento de otorgar las Directivas anticipadas es dar algunas pautas sobre las convicciones vitales del disponente y, fundamentalmente, designar a la persona de confianza que nos representará teniendo en cuenta esas pautas si no podemos manifestar nuestra voluntad personalmente. Sobre este punto volveremos más adelante.

A partir de allí cada persona podrá volcar en sus Directivas su opinión sobre tratamientos o cuestiones de cuidados sanitarios que darán el marco de actuación e informarán a quienes deban intervenir sobre el pensamiento del otorgante en el momento puntual de suscribirlas. No obstante, lo vinculante debe ser la designación del representante. Estamos convencidos de que un menor, por el hecho de serlo, no carece necesariamente del discernimiento suficiente para exponer lo que siente y cree y al menos sugerir la designación de alguien para que decida por él. Entendemos que en el caso de menores de

16 años, su manifestación no será vinculante pero es necesario permitir que la otorguen más allá de que finalmente sean sus padres o quienes en definitiva ejerzan la responsabilidad parental quienes adopten la decisión final.

En definitiva, en cuanto a la exigencia de la “*plena capacidad*” a la que hace referencia el artículo 60 del Código Civil y Comercial reafirmando el criterio que ya había establecido la Ley 26.742 respecto de los derechos del paciente, consideramos un error haber establecido el eje en la capacidad en lugar de centrarlo en el discernimiento. **No obstante, las Directivas podrán ser otorgadas mientras exista discernimiento por cuanto responden al derecho personalísimo e inalienable de todo ser humano a ser escuchado y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta. Si el otorgante carece de capacidad plena, no serán vinculantes, pero ello no significa que puedan ser ignoradas.**

2. PODER PREVENTIVO:

“...puede ... conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela”

Este párrafo tiene muchos conceptos para analizar. Comenzaremos por el análisis del tema de la representación.

¿Cuál es el alcance del término “mandato” en este artículo? Hay quienes entendieron que se refería a que la persona puede otorgar un contrato de mandato en previsión de su propia incapacidad que no se extinga por el acaecimiento de ésta. Es decir, una excepción a lo dispuesto en el artículo 1329 inciso e) del Código Civil y Comercial.

La idea de suprimir esta causal de extinción del contrato de mandato para permitir su vigencia aún después de la incapacidad sobrevenida no es nueva. Fue expuesta ya por los primeros en estudiar el tema que nos ocupa, los

escribanos Nelly Alicia Taiana y Luis Rogelio Llorens en su libro “Disposiciones y Estipulaciones para la propia incapacidad”⁴ en el año 1996 al sugerir, *de lege ferenda*, “*Dar andamio –a las directivas anticipadas- por medio de la designación del mandatario, apoderado o no. El comienzo del mandato será: 1) actual, para que el mandatario acompañe al mandante en sus negocios desde el otorgamiento; 2) para que funcione sólo una vez declarada la incapacidad, o 3) para que empiece a tener vigencia luego de la pérdida de la aptitud del mandante y antes de su declaración judicial, cuando esa carencia fuese comprobada por dos médicos o en la forma prevista por el mandante. Será obligación del mandatario iniciar de inmediato la apertura del proceso de incapacidad*”.

Los mismos escribanos en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1995, propusieron precisamente que, *de lege ferenda*, **se permitiera el ejercicio de la representación aún después de la incapacidad del mandante cuando el mandato ha sido dado en previsión de la propia incapacidad o para subsistir a ella**. La ponencia mereció aceptación unánime.

También en el trabajo presentado en la XV Jornada Notarial Iberoamericana de Madrid (28 al 31 de mayo de 2012), los escribanos Llorens y Rajmil renovaron la propuesta originariamente postulada en 1996 y sostuvieron que incluso, *de lege lata*, “... *una interpretación armónica de las disposiciones de nuestro código civil y la consideración de las normas constitucionales, de la más reciente legislación argentina y de los tratados internacionales aprobados por nuestro país, nos permiten afirmar, en determinadas circunstancias, la vigencia y eficacia de mandatos y poderes ante la “incapacidad” sobreviviente del otorgante.*”⁵

Ante los antecedentes doctrinarios expuestos que bregaban por este reconocimiento en el nuevo Código, algunos entendieron que el término

⁴ TAIANA DE BRANDI, Nelly A. y LLORENS, Luis Rogelio. “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”. Ed. Astrea. Buenos Aires 1996

⁵ RAJMIL, Alicia Beatriz y LLORENS, Luis Rogelio. Op. Cit. pág. 5

“mandato” en este artículo suponía la incorporación de esta propuesta. Así, en el Código Civil y Comercial comentado coordinado por Eduardo Clusellas, se expone *“Subsistencia del mandato frente a la incapacidad del mandante. El artículo en comentario configura una excepción al artículo 380 inciso h, que establece la extinción del poder por la pérdida de la capacidad exigida en el representado, toda vez que autoriza expresamente a conferir mandatos en previsión de la pérdida no sólo del discernimiento sino también de la capacidad”*⁶

Más adelante analizaremos el alcance concreto del artículo 380 inciso h, pero por el momento, nos limitamos a exponer que, **a nuestro criterio, la palabra “mandato” en el contexto que analizamos, no tiene el alcance jurídico de referir al contrato de mandato sino que simplemente supone “encargo”.**

Esto es así porque se refiere al propio otorgamiento de las Directivas y no a la manifestación de la voluntad por parte de un tercero.

Las Directivas anticipadas son una de las herramientas que el individuo puede utilizar dentro del campo más amplio del Derecho de Autoprotección. La persona puede disponer qué desea y qué no desea que hagan con ella en el caso de que en el futuro no pueda expresar personalmente su voluntad por estar imposibilitada de hacerlo de manera permanente o momentánea y encargar a un tercero que las ponga en conocimiento de quienes resulte pertinente. Pero también puede designar a un representante que, con base en las convicciones del disponente, tomará las decisiones llegado el momento. La primera parte del párrafo que analizamos se refiere al propio otorgamiento de las disposiciones por parte de la persona por cuanto luego añade *“puede también designar a la persona... que han de expresar el consentimiento”*. **Si puede “también” es porque el supuesto anterior no se refería a la designación de la persona que la podrá representar frente a los terceros sino al propio encargo, a las Directivas en sí mismas otorgadas por el disponente.**

⁶ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO. Coordinado por Eduardo Clusellas. Página 238.

En el ya mencionado Código Civil y Comercial comentado dirigido por el Dr. Alterini y, específicamente en esta materia por el Dr. José Tobías, se expone⁷: *“La lectura del precepto permite advertir que reconoce, bajo el ropaje de esta figura, por lo menos dos modalidades: a) el llamado equívocamente “testamento vital” (living Hill) por el que su autor da instrucciones sobre su salud, para cumplirse en un eventual futuro por el médico o equipo médico que actúe, y b) el de instituir un “representante por subrogación” (health care Proxy del derecho norteamericano) a quien se le asigna la potestad de decidir sobre el cuidado de la salud del emisor en circunstancias en que éste se encuentre imposibilitado de expresar su voluntad en tiempo presente”.*

Sigue señalando el autor del comentario⁸: *“Lo dicho implica, a nuestro entender, que –independientemente de la utilización del término “mandato”- se trataría de dos escenarios distintos: uno se daría con la encomienda a un tercero de adoptar todas las decisiones futuras sobre la salud del disponente, cuando éste esté imposibilitado de hacerlo personalmente, y otro se configuraría cuando el emisor de la directiva decide en tiempo presente las instrucciones sobre futuras intervenciones en su salud, pero designa a un tercero para que éste, como otorgante de los respectivos actos decisorios dispuestos con anterioridad, exteriorice dicha voluntad cuando se den las circunstancias que la tornan eficaces”*

En igual sentido, en el artículo que ya hemos citado del Dr. Tobías el autor sostiene que la utilización de la palabra “mandato” en el artículo comentado es un equívoco porque *“éste alude a una figura contractual y, por ende, de naturaleza patrimonial, cuya regulación es incompatible con actos relacionados con la propia salud, hay que entender que la expresión alude a la llamada “procura sanitaria”* ⁹. Agrega el autor: *“A mi juicio la diferencia entre ambas figuras está dada por la extensión de las facultades del tercero: en el primer caso el emisor expresa en tiempo presente las directivas sobre futuros*

⁷ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO. Dirigido por Jorge H. Alterini. Página 628

⁸ Op cit, página 628

⁹ TOBIAS, José W. Op cit

procedimientos y designa a un tercero para que exteriorice aquella voluntad cuando las circunstancias las tornen eficaces. En el segundo, se encomienda al tercero la adopción de decisiones futuras concernientes a la salud del disponente cuando éste se encuentra imposibilitado de hacerlo; en este caso, estrictamente, solo de modo forzado la procura puede comprenderse en la noción de directivas anticipadas. Lo descarta expresamente la ley 52 de Québec de junio de 2014 y ello resulta de la circunstancia de que no hay instrucciones relativas a la propia salud, sino amplitud de facultades a un tercero para que éste actúe en su nombre. Se prescinde, por ello, de considerar los inquietantes interrogantes que suscita la “procura sanitaria” otorgada en términos generales, el no menor de los cuales se relaciona con su validez misma (al menos cuando no está admitida legalmente) atendiendo a que por versar sobre derechos personalísimos como la salud o la vida, son inherentes a la persona y en principio su ejercicio es insusceptible de ejercerse por representación.”

Cabe destacar que el artículo 11 del Código de Québec citado por el mismo autor no rechaza la facultad de que una persona designe un representante para otorgar su consentimiento sino que, por el contrario, prevé expresamente que éste pueda ser otorgado por el mandatario designado al efecto¹⁰. Asimismo, respecto a la representación y su validez, el propio Dr. Tobías en el Código Civil y Comentado citado señala que en nuestra legislación se prevé que el representante legal de una persona afectada en su salud mental otorgue Directivas por su representado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 26.659 y en el último párrafo del artículo 59 del Código Civil y Comercial. No obstante, nosotros entendemos que más allá de que el representante legal esté facultado al efecto, es perfectamente viable la representación voluntaria que no sustituye la voluntad del disponente sino que la ejecuta por él. En definitiva, si la ley habilita al representante legal de una persona con capacidad restringida a sustituir la voluntad del paciente, con más

¹⁰ Código de Québec: artículo 11 “... if the person concerned is incapable of giving or refusing his consent to care, a person authorized by law or by mandate given in anticipation of his incapacity may do so in his place”. Artículo 12 “A person who gives his consent to or refuses care for another person is bound to act in the sole interest of this person, taking into account, as far as possible, any wishes the latter may have expressed”.

razón es posible que en ejercicio del Derecho de Autoprotección, que supone el derecho a la autodeterminación, cada individuo designe al representante que de acuerdo con sus principios y deseos adoptará las decisiones correspondientes en cada caso.

En efecto, coincidimos con el criterio del Dr. Tobías respecto a que el término “mandato” contenido en el artículo 60 no remite al contrato de mandato. Es más, si el artículo hubiera pretendido establecer una excepción al contrato de mandato lo hubiera consignado claramente más aún teniendo en cuenta que la causal de extinción del mismo por la incapacidad sobrevenida del mandante es un elemento tradicional de dicho contrato que data de sus orígenes.

Más allá del análisis concreto de la norma y sus previsiones en la redacción introducida por el Código Civil y Comercial, personalmente seguimos manteniendo la postura que venimos esbozando desde el año 2002¹¹ y que hemos seguido analizando e investigando en distintas oportunidades¹²: no se trata de modificar las causales de extinción del contrato de mandato y forzar el encuadre de una figura patrimonial dentro del ámbito de los derechos personalísimos, se trata de insistir en la **diferencia conceptual entre contrato de mandato y poder que determina que como negocio subyacente del poder pueda existir, además del contrato de mandato, otros actos o negocios jurídicos que le den causa: en la materia que estamos analizando, se trataría del Derecho de Autoprotección.**

El Dr. Tobías destaca en su exposición del tema que hay dos supuestos diferentes: el primer caso en el que el individuo adopta personalmente las decisiones y designa a otro para que las exprese y el segundo caso en el que el tercero designado es quien decide y considera que esto último sólo es

¹¹ BRANDI TAIANA, Maritel. “Algunos apuntes sobre los conceptos de capacidad e incapacidad en el Derecho español y argentino”, pag. 66. Trabajo presentado en el marco de la Beca otorgada por el Consejo General del Notariado español, que recibió el I Premio de Investigación Jurídica en la Prevención, Rehabilitación, Integración Social o Promoción de las Personas con Discapacidad, Personas Mayores, Inmigrantes y Refugiados, otorgado por la Fundación Aequitas de España el 19 de diciembre de 2002.

¹² BRANDI TAIANA, Maritel “El poder al servicio del Derecho de Autoprotección”. Revista del Notariado 921 (julio-septiembre 2015)

posible en nuestra legislación porque está expresamente permitido en la Ley de Salud Mental y en el artículo 59, respecto de los representantes legales.

Lo cierto es que el “poder preventivo”, -que estamos convencidos que puede otorgarse en ejercicio del Derecho de Autoprotección y al que hemos bautizado así por tratarse de un sucedáneo del “mandato preventivo”¹³ contemplado por el derecho español en donde el legislador decidió modificar las causales de extinción del mandato para admitir su otorgamiento en previsión de la propia incapacidad¹⁴-, es la herramienta de representación que tiene el tercero para ejecutar la voluntad del poderdante.

Le preocupa a Tobías, al igual que a nosotros, el otorgamiento de Directivas anticipadas que contemplen situaciones no previstas por el disponente por haberlas otorgado en un momento distinto a aquél en que deben ser ejecutadas. Como señalábamos al principio, es muy difícil adoptar decisiones acertadas sobre circunstancias desconocidas.

El poder preventivo subsana ese inconveniente. La persona en sus Directivas expone su criterio y sus deseos designando al tercero que, en cumplimiento de esos mismos deseos y principios, expresará en el momento puntual y determinado, las disposiciones específicas a adoptar. **La designación de ese apoderado, es en sí misma una decisión propia del otorgante de las Directivas que le permite que su voluntad sea cumplida en el momento oportuno, por una persona que conoce sus principios, creencias y deseos y deberá hacerlos cumplir. Esto es propiamente el ejercicio del Derecho de Autoprotección.**

Poder y no contrato de mandato¹⁵ porque se trata de dos institutos

¹³ La Ley 41/2003 “de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad”

¹⁴ Cierto es que la decisión adoptada por el Derecho español ha sido muy criticada por doctrinarios por cuanto consideran que se fuerza una figura contractual que no es la adecuada para esta materia con los problemas que además acarrea la aplicación de las disposiciones del mandato para su revocación o renuncia.

¹⁵ NEGRI PISANO, Luis E. “La Representación Voluntaria. El poder y el mandato”. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires. Año 1985

profundamente diferentes. El poder, como vehículo, tiene causa, en este caso puntual en el Derecho de Autoprotección que no constituye un negocio jurídico patrimonial y que por tanto se rige por sus propias reglas, diferentes del contrato de mandato.

El poder, a diferencia del contrato de mandato, no se extingue, de acuerdo al Código Civil y Comercial por la incapacidad sobrevenida. De hecho, el nuevo Código, evidentemente, ha querido darle una regulación independiente al poder y al contrato de mandato.

En la regulación de la representación voluntaria, **el artículo 364 CCC establece que “el representado debe tener capacidad para otorgar el acto al momento del apoderamiento”** y en las causales de extinción del poder, el artículo 380 CCC establece en el inciso h) que éste se extingue **“por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado”**.

La capacidad que se exige para el otorgamiento de los poderes preventivos es la de la persona al momento de disponer sus Directivas anticipadas y designar apoderado. Consecuentemente, la pérdida de capacidad sobrevenida del disponente no extingue el poder porque no es la “capacidad exigida” al momento en que el apoderado lo representa ya que el acto que da causa al apoderamiento es un acto de autoprotección que entra en vigor, jurídicamente, al momento de la pérdida de la capacidad del disponente.

Hay quienes sostienen que la interpretación que exponemos es forzada. Sin embargo, en nuestro criterio, lo que resulta forzado es encontrar en la redacción del artículo 60 una excepción al contrato de mandato cuando **el artículo 1329 CCC es claro y contundente al establecer, a diferencia de lo que se indica en el artículo 380 CCC que el mandato se extingue por la incapacidad del mandante.** Se trata de una lectura diferente, a la que tal vez no estamos acostumbrados, pero que se basa exclusivamente en el texto de la norma y resulta coherente con la incorporación de los nuevos paradigmas al Código Civil y Comercial.

Es más, **reconocer la diferencia sustancial existente entre mandato y poder nos permite afirmar también que no le son aplicables al poder preventivo las mismas reglas de revocación y renuncia del mandato así como de rendición de cuentas.** Dentro del ámbito del Derecho de Autoprotección, como expusimos con anterioridad, *“una persona puede disponer que la revocación del poder que otorga sea decidida en el futuro por otras personas de su confianza o que ante la renuncia del apoderado, asuma la responsabilidad de su representación otra persona previamente designada y todo ello con la necesaria consulta previa al interesado disponente. También podrá acordar la persona o personas encargadas de verificar, controlar y aprobar las cuentas”*.¹⁶

Es importante, como forma y garantía del ejercicio del Derecho de Autoprotección, prever que el poder preventivo pueda ser revocado o renunciado y que el apoderado deba rendir cuentas de su actuación. No obstante, en este sentido, pueden preverse otras formas de revocación y renuncia distintas a las establecidas por el artículo 11 de la Ley 26.742 que establece que la revocación sea otorgada por el propio disponente. Puede preverse, por ejemplo, que la revocación del poder respecto de uno de los apoderados, pueda ser dispuesta por decisión unánime de los restantes y de una tercera persona que el disponente, al momento del otorgamiento del poder, considera suficientemente confiable y sensata. Esto dependerá, por supuesto, del caso específico de que se trate, pero hay diferentes formas de instrumentarlo.

Seguramente parezca una idea que linda con lo extravagante. Sin embargo, debemos tener en cuenta que se trata de un apoderamiento diferente al que normalmente estamos acostumbrados a analizar.

También se critica en muchas oportunidades la solución que acercamos por la eventual desprotección en la que podría encontrarse el disponente. En este

¹⁶ BRANDI TAIANA, Maritel op. Cit “El poder al servicio del Derecho de Autoprotección”. Revista del Notariado 921 (julio-septiembre 2015)

sentido, consideramos que la protección no la garantiza la intervención judicial y, por el contrario, hace al derecho inalienable a la libertad y a la autodeterminación, la posibilidad de decidir en quién queremos confiar para nuestros cuidados. El respeto a la propia intimidad y a los deseos y voluntades que cada quien conserva en lo más profundo de su Ser difícilmente pueda interpretarlo acabadamente un juez, largamente preparado en el arte del Derecho pero escasamente conocedor del alma y las intrigas de cada individuo.

La renuncia del poder preventivo es, si se quiere, aún más sencilla. En las Directivas anticipadas es conveniente designar sustitutos para el caso de que quien se ha designado no pueda o no quiera, oportunamente, asumir la encomienda. En ese caso, puede preverse que la renuncia se presente ante el sustituto. Para el caso de que no se hubiera previsto un sustituto, entendemos que la renuncia deberá presentarse ante el juez de primera instancia competente sin perjuicio de que el renunciante deba adoptar las medidas urgentes necesarias para velar por el cuidado del disponente hasta tanto el juez interviniente lo sustituya.

Igual criterio podrá seguirse para la rendición de cuentas. Es perfectamente posible establecer que el apoderado deberá rendir cuentas de su actuación ante otras personas indicadas por el poderdante quien, eventualmente, también podría liberar al apoderado de rendir cuentas, lo que no significa que, ante una estafa del apoderado, éste no pueda ser denunciado judicialmente.

3. MATERIA ALCANZADA POR LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS EN LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 60 CCC.

Otro tema a analizar es si las Directivas a las que se refiere el artículo 60 se refieren, exclusivamente, al ámbito de la salud.

Entendemos que del propio texto de la norma que establece que éstas podrán otorgarse *“respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad”*, resulta evidente que **podrán abarcar, además de disposiciones sobre la**

salud, toda previsión que el otorgante estime conveniente a los fines de vivir, de la mejor manera posible, una eventual futura incapacidad o restricción a su capacidad que limite la posibilidad de manifestar su voluntad personalmente. Esta idea se refuerza en el párrafo siguiente que dispone que puede designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento *“para actos médicos y para ejercer su curatela”*.

En igual sentido se pronuncia el Código Civil y Comercial comentado dirigido por Clusellas *“En virtud de lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución Nacional, Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y demás normas concordantes en materia de derechos humanos, debe considerarse que el derecho de las personas a dictar directivas para el supuesto de perder la facultad de autogobernarse excede el ámbito de la salud. En efecto, a pesar del título, el artículo autoriza la designación de las personas que han de ejercer la curatela, aspecto éste que excede el ámbito de la salud...”*¹⁷

El inconveniente que observamos en la disposición aludida es que en todo momento se refiere a disposiciones respecto de una **incapacidad futura** y el término *“incapacidad”* en el Código Civil y Comercial, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 32, se reserva para el **exclusivo caso en el que la persona no puede, de ninguna manera, expresar su voluntad por sí misma**. De hecho el Código establece que para este supuesto se designará **curador**, mientras que ante una restricción a la capacidad, la persona será asistida por un apoyo. **Es decir, el artículo 60 regula el supuesto de incapacidad y curatela, no de restricción a la capacidad y designación de apoyos.** ¿Podemos entender que estos dos últimos supuestos están incluidos de todos modos en la previsión normativa?

Cierto es que tanto en la Ley de Salud Mental como en la Ley del Paciente y en los artículos 26, 59 y concordantes del Código Civil y Comercial, así como en la Convención de los Derechos del Niño, la Ley de Protección Integral de los

¹⁷ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO dirigido por el Dr. Clusellas. Op. Cit. página 237.

Derechos de las niñas, niños y adolescentes, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otras normas de alcance nacional e internacional, se recepta el principio de que tanto los menores de edad –de acuerdo con su grado de madurez- como las personas que tienen restringida su capacidad, judicial o extrajudicialmente, tienen el derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta.

La interpretación literal de la norma que excluya los supuestos de capacidad restringida y la designación de apoyos sería contraria a la interpretación finalista de la misma, de acuerdo con *leyes análogas, las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos* a los que se refiere el artículo 2 del Código Civil y Comercial.

En efecto, no parece razonable que una persona plenamente capaz se encuentre impedida de designar su apoyo o no pueda otorgar disposiciones respecto a la forma en que desea vivir su vejez si sufre una disminución de sus facultades intelectuales. Entendemos que el artículo 60 fue redactado sin atender al resto de los artículos que sobre la materia introdujeron los conceptos de capacidad restringida pero que en todo caso se aplica tanto para los supuestos de incapacidad y designación de curador, como para los de capacidad restringida y designación de apoyos.

4. REVOCACIÓN DE LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS.

Hay otra disposición del artículo analizado que habitualmente pasa casi inadvertida y nos parece de especial trascendencia: *“Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento”*. Una previsión similar ya la había incorporado la Ley 26.742 que reformó la Ley 26.529 de los Derechos del Paciente, y que sigue vigente, aunque con mayor detalle: *“Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento **por quien la manifestó**”*. La exigencia de que sea revocada por la misma persona que las otorgó, no es menor, como veremos más adelante.

¿Qué significa que puede ser revocada *“en todo momento”*? ¿Es posible

revocarla cuando el disponente perdió la capacidad plena? Aparentemente “*en todo momento*” no guarda limitación alguna a diferencia de la exigencia expresa de la plena capacidad para su otorgamiento. Es decir, si una persona plenamente capaz otorgó Directivas anticipadas en las que solicitaba que se extremaran las medidas para mantenerla con vida en caso de que tuviera alguna enfermedad grave y con el tiempo, tras desarrollar un Alzheimer e incluso tener una sentencia que restringe su capacidad, le indica al médico que la está tratando por un cáncer que no quiere que se la someta al encarnizamiento terapéutico ni que se le extienda la vida con soportes artificiales, y que por tanto revoca su decisión anterior, la nueva manifestación ¿es válida como revocación? De alguna manera, ¿revocar una Directiva anterior no supone otorgar una nueva Directiva contraria a lo anterior? **Desde este punto de vista, aceptar la revocación de las Directivas en todo momento, es permitir, a contrario sensu, el otorgamiento de nuevas Directivas sin la exigencia de la plena capacidad.** Podríamos sostener por tanto que en realidad el requisito de la plena capacidad que se exige al comienzo del artículo no es más que una sugerencia.

Nosotros estamos de acuerdo en que las Directivas anticipadas puedan ser revocadas por el disponente “en todo momento” entendiendo este requisito sin limitación alguna. Consideramos que si una persona siendo plenamente capaz, con desconocimiento actual de lo que significa la vivencia de una enfermedad terminal, otorga Directivas anticipadas que, con posterioridad, ya en situación de enfermedad, a pesar de padecer además una demencia senil, quiere modificarlas, debe ser escuchada y atendida su voluntad revocatoria.

No obstante, desde el punto de vista médico y jurídico nos parece especialmente peligroso. Tan peligroso que quita el sentido a la protección que se pretende otorgar a través de las Directivas anticipadas. Es muy posible que una persona en pleno brote psicótico y paranoide (circunstancia que, desde el exterior, no es tan fácil siempre de detectar) pretenda modificar una decisión tomada con anterioridad y cierto es que, al amparo del artículo 12 de la Convención de las personas con discapacidad y de la letra del artículo 31 y concordantes del Código Civil y Comercial, desde el punto de vista teórico

debería reconocerse en la persona la facultad de instrumentar esta modificación más allá del descalabro jurídico que ello pueda ocasionar.

Una cosa es intercambiar opiniones doctrinarias acerca de la pérdida de capacidad y otra cosa muy distinta es experimentar los infinitos supuestos que pueden darse en la realidad.

Por todo lo anterior, y retomando la idea que comentamos previamente respecto del poder preventivo, en nuestra opinión éste es el único instrumento que apuntala las Directivas anticipadas de manera tal de permitirles una operatividad cierta y razonablemente segura que dé viabilidad al ejercicio del Derecho de Autoprotección sin necesidad de requerir a un Juez que interprete y/o reinterprete una voluntad que, en definitiva, al momento de actuar puede desconocer completamente. **El apoderado, persona de especial confianza del disponente, con conocimiento de sus valores y principios, podrá modificar o adecuar esas Directivas teniendo en cuenta aquéllos, aún cuando el disponente haya perdido la capacidad plena sin someter a médicos y terceros a un sismo jurídico.**

CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

A la luz de lo dispuesto en los artículos 31 y 32 del Código Civil y Comercial, toda restricción de la capacidad jurídica compete al ámbito judicial. Es el juez el que *“puede restringir la capacidad para determinados casos”*. No obstante, como comentamos al principio de nuestro trabajo, la pérdida de capacidad y de discernimiento es una cuestión de hecho y reducirla a una disposición judicial no es más que seguir alimentando una falacia.

Lo extraño es que el Código, en otros artículos y sin establecer relación alguna con los conceptos de restricción a la capacidad ni supeditarla a una decisión judicial, se refiere a la “discapacidad” y hasta la define como una cuestión de hecho.

El artículo 48 que se refiere a los pródigos, dispone:

*“Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. **A estos fines, se considera persona con discapacidad a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral**”*

El artículo 2448 regula el supuesto de mejora a favor de heredero con discapacidad y en el segundo párrafo lo define:

*“**A estos efectos, se considera persona con discapacidad a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral**”*

Como podemos apreciar, no es menor la trascendencia del concepto de discapacidad en el Código porque incluso puede afectar la legítima de los herederos.

El artículo 808 del Código Civil español, tiene una norma similar respecto de la mejora para el caso de incapacidad de ascendientes o descendientes pero esa mejora funciona en tanto exista una sentencia que reconozca la incapacidad.

“Artículo 808: ...

Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.”

Si bien insistimos en que la capacidad no se pierde en vía judicial sino en la vida misma, llama la atención que el Código no guarde coherencia respecto al reconocimiento jurídico de la pérdida de capacidad y en un ámbito tan sensible como el del derecho sucesorio, introduzca un criterio diferente y completamente antagónico que no se encuentre sujeto a ningún tipo de control

ni siquiera de hecho, más allá de la subjetividad propia del disponente.

Evidentemente, para el legislador, capacidad restringida, incapacidad y discapacidad responden a conceptos diferentes. Podríamos haber sostenido que la discapacidad es el género y la restricción a la capacidad y la incapacidad son situaciones específicas dentro de esa mayor concepción. Sin embargo esta explicación no nos resulta satisfactoria porque la existencia de la restricción a la capacidad surge con la sentencia y sin ella no existe. Un concepto mayor no puede contener como específico a un concepto inexistente. Es decir, no puede sostenerse que hay discapacidad ante la alteración física o mental sin necesidad de mayor acreditación (entendida esta bajo parámetros subjetivos) y, al mismo tiempo sostener que una persona con una grave alteración mental que no ha sido judicializada es capaz y por tanto no forma parte del concepto general. Evidentemente hay un cortocircuito conceptual que debería repararse.

Consideramos que estos conceptos deben lograr amalgamarse y mantener un criterio de conexión lógico y coherente.

A nuestro entender es necesario, en cuanto a las enfermedades o trastornos de índole mental, hacer foco en el discernimiento y repensar la regulación del sistema alrededor de los conceptos de incapacidad y capacidad restringida para situar en sus justos términos la intervención judicial. Ello conllevará, además, la necesaria reestructuración del régimen de nulidades relativo a los actos otorgados por personas con capacidad restringida con el fin de protegerlos sin conmovir la seguridad jurídica de la sociedad en su conjunto. No es una tarea sencilla pero es necesaria.

CONCLUSIÓN

El Código Civil y Comercial de la Nación dio cabida a una nueva concepción de la capacidad que había sido reconocida con anterioridad tanto en tratados y convenciones internacionales como en leyes especiales.

No obstante aún hay mucho camino por recorrer si queremos alcanzar un ordenamiento jurídico coherente, eficaz y seguro. La regulación jurídica no puede divorciarse de la realidad y en esta materia el legislador tiene tendencia a querer encuadrar dentro de parámetros definidos situaciones que, por su esencia, no lo permiten. La única salida, a nuestro entender, es admitir la realidad tal y como es y tratar de convivir con ella dentro de un marco sustentable de seguridad jurídica. Por mucho que aspiremos a encasillar la capacidad en esquemas preestablecidos, es el discernimiento el que opera en nuestra convivencia y el eje debe situarse en él.

Una vez que el sistema jurídico decidió reconocer en el ámbito de los derechos personalísimos el derecho a la libertad y a la autodeterminación de los individuos alcanzados por su regulación, evidentemente, y como consecuencia propia de esa libertad, los esquemas rígidos que la contenían van a quebrarse. Es como decidir abrir una compuerta en un dique. La libertad fluye y las herramientas para consolidarla se propagan, admitiendo en este caso las Directivas anticipadas, los poderes preventivos y otros instrumentos que seguramente se irán consolidando en el futuro. Ahora tenemos que ver cómo hacemos lugar a la nueva realidad sin comprometer los pilares del Derecho garantizando el respeto y la seguridad jurídica de la sociedad como un todo.

|

PONENCIA.Tema I. Autor: Maritel M. Brandi Taiana

- 1.-** El Código Civil y Comercial de la Nación exige la plena capacidad para el otorgamiento de Directivas anticipadas lo que supone la legitimación de una falacia que, a los fines de estructurar jurídicamente el supuesto, desconoce la realidad que regula.
- 2.-** De lege ferenda, la validez de las Directivas anticipadas debe establecerse en base al discernimiento del otorgante y no a su capacidad.
- 3.-** Los menores de edad que alcancen los 16 años, deben ser considerados como plenamente capaces a los efectos del otorgamiento de Directivas anticipadas, a la luz de lo dispuesto por el artículo 26 del Código Civil y Comercial
- 4.-** Toda persona que haya visto restringida su capacidad o sea menor de 16 años podrá otorgar Directivas anticipadas en ejercicio del derecho a la libertad y a la autodeterminación las que no serán vinculantes pero deberán ser tenidas en cuenta.
- 5.-** El término “mandato” contenido en el artículo 60 del Código Civil y Comercial, no refiere al contrato de mandato como negocio jurídico sino a un simple encargo y, por lo tanto, no supone una excepción a las causales de extinción del contrato de mandato.
- 6.-** Es esencial distinguir entre contrato de mandato y poder. Este último puede tener causa en el Derecho de Autoprotección y no sólo en un contrato de mandato. Por lo tanto, su validez y extinción se rigen por las normas propias del Derecho de Autoprotección.
- 7.-** El contrato de mandado se extingue ante la incapacidad sobrevenida del mandante, sin embargo, el poder preventivo, entendido como aquél en el que subyace un acto de autoprotección, sólo requiere capacidad al momento de su otorgamiento y no se extingue ante la pérdida sobrevenida (arts. 364 y 380 h CCC)
- 8.-** Las Directivas anticipadas del artículo 60 del Código Civil y Comercial no se limitan exclusivamente al ámbito de la salud sino que alcanzan a toda previsión que el otorgante estime conveniente a los fines de vivir una eventual futura incapacidad o restricción a su capacidad que limite la posibilidad de manifestar su voluntad personalmente.
- 9.-** La revocación de las Directivas anticipadas por parte de su otorgante “en todo momento” supone, a contrario sensu, la posibilidad de otorgar directivas anticipadas aún cuando no se tenga plena capacidad y provoca una grieta en la estructura jurídica que el mismo artículo pretende consolidar.
- 10.-** El apoderado designado en un poder preventivo, en tanto así esté previsto, puede revocar directivas anticipadas de su poderdante sin que ello produzca un

cisma jurídico que comprometa la lógica del sistema.

11.- El concepto de discapacidad definido en los artículos 48 y 2448 del Código Civil y Comercial difiere de los conceptos de capacidad restringida e incapacidad contenidos en los artículos 31, 32 y concordantes del mismo cuerpo legal y en algún aspecto alteran injustificadamente el equilibrio de la normativa. Es necesario que una reforma legislativa compatibilice el alcance de ambos para evitar inseguridad jurídica y fomentar situaciones cercanas al fraude y la injusticia.