

39 JORNADA NOTARIAL BONAERENSE

CONCLUSIONES

TEMA 5 – PERSONAS HUMANAS

De un régimen basado en la sustitución de la voluntad y la interdicción para las personas con discapacidad, vigente en el código derogado, se pasa a un sistema de apoyos para asistirles en la toma de decisiones y el ejercicio de sus derechos, en condiciones de igualdad.

La capacidad jurídica se presume. Toda restricción constituye una excepción, y debe estar impuesta expresamente por la ley o por sentencia judicial.

La incapacidad de ejercicio, tratándose de menores de edad y personas con capacidad restringida, es siempre una cuestión de grados, un concepto flexible. La *adicción* y la *alteración mental* pueden ser motivo de la restricción de la capacidad de ejercicio.

El o **los apoyos** designados por el juez en la sentencia que restringe la capacidad jurídica, tienen solo función de asistencia a la persona en la toma de decisiones por sí misma. No reemplazan la voluntad del interesado. Solo por excepción, tienen facultades de representación, en casos determinados conforme la evaluación judicial y respecto de actos concretos.

La declaración de incapacidad queda reservada a casos excepcionales, cuando la persona no pueda exteriorizar de ninguna manera su voluntad, ni interactuar con su entorno. Sólo en estos casos el juez puede designar un “*curador*”, con facultades de representación. En todos los casos, la sentencia judicial debe determinar la extensión y los alcances de las restricciones al ejercicio de la capacidad y especificar los actos y funciones que se limitan. El plazo de tres años para la revisión de la sentencia declarativa de la restricción de la capacidad o incapacidad, no es un plazo de caducidad. Es un derecho del interesado solicitar en cualquier momento su revisión y una obligación del juez hacerlo como mínimo en dicho plazo.

Inscripción de la sentencia. El código establece la obligación de su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, mediante nota marginal en el acta de nacimiento (art. 39). Son efectos de la inscripción: 1. *La oponibilidad de la sentencia contra los terceros, a partir de la fecha de la inscripción.* 2. *La nulidad* de los actos posteriores a la inscripción que contraríen lo dispuesto en la sentencia (art. 44). La nulidad es relativa, y solo puede declararse a instancia de la persona en cuyo beneficio se estableció la sanción. Excepcionalmente, puede invocarla la otra parte si es de buena fe, y tuvo un perjuicio importante, como podría ser un desplazamiento patrimonial injustificado. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto “*no puede alegarla si obró con dolo*” (art. 388). Entiéndase *dolo* como vicio de la voluntad. Incluye la acción y la omisión dolosa (art. 271).

Adherimos a las Conclusiones de la XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, octubre 2015... “Es necesario estructurar un sistema de registros públicos que integren una red interconectada a nivel nacional donde consten las incapacidades o restricciones a la capacidad de ejercicio a fin de brindar seguridad jurídica”. La aplicación e interpretación de la sanción impuesta en el art. 44, deben partir del principio que establece el mismo código: la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume. Lo contrario pone en peligro la seguridad jurídica como base fundamental del ordenamiento, que debe brindar certeza en el otorgamiento de todos los actos jurídicos, sin perjuicio de la protección de los derechos de las personas con discapacidad que puedan verse amenazados por la actuación de terceros de mala fe. Para la efectiva protección de los bienes de los incapaces y de las personas con capacidad restringida, el juez debe ordenar, y el representante legal efectuar las anotaciones de la sentencia de incapacidad o capacidad restringida en los registros de bienes como ordena el Código Procesal.

DISCERNIMIENTO Y CAPACIDAD JURÍDICA. Discernimiento como integrativo del consentimiento negocial válido, es la *aptitud intelectual* de la persona humana para comprender y valorar un acto determinado y decidir en consecuencia. La *capacidad jurídica* en cambio, es la *aptitud legal* para ser titular de derechos y ejercitarlos. El notario debe, como lo ha hecho en la vigencia del Código de Vélez llegar a la convicción de la aptitud intelectual del otorgante y evaluar su capacidad jurídica para el acto, conforme lo establece el ordenamiento jurídico.

MENORES DE EDAD: El principio de capacidad de ejercicio respecto de los menores de edad, está basado en el nuevo ordenamiento en la autonomía progresiva, el derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta en los temas que le competan, conforme su edad y grado de madurez. Si bien la regla general es el ejercicio de sus derechos a través de sus representantes legales, el nuevo régimen establece excepciones basadas en la edad y grado de madurez, en determinados casos, y presume su aptitud (discernimiento o competencia bioética) para tomar decisiones sobre el cuidado de su salud y el propio cuerpo, conforme a pautas etarias. **Emancipación:** la emancipación solo procede por matrimonio, antes de cumplidos los 18 años. **Menor y adolescente con título habilitante:** quedan comprendidas actividades que impliquen especial preparación profesional u oficios. El título habilitante debe ser acreditado por el menor de edad en sede notarial, para el otorgamiento de actos de adquisición, administración o disposición de bienes, para los cuales no necesita autorización. El art. 30 no establece edad mínima para el ejercicio de profesión u oficio sin previa autorización. No obstante, por aplicación de los arts. 681, 683 y las leyes laborales que regulan el trabajo de los menores de edad, los menores de 16 años necesitan autorización de sus representantes legales para ejercer oficio, profesión o industria.

DERECHOS Y ACTOS PERSONALÍSIMOS. Con su incorporación al nuevo ordenamiento se reconoce expresamente que la persona humana es inviolable, en su integridad física y espiritual, tiene derecho

al reconocimiento de su dignidad inherente, y a su tutela jurídica. **Derecho a la integridad espiritual: intimidad, imagen, honor, honra y reputación. Integridad física:** derecho a la vida, a la salud. Incluye el derecho a la autodeterminación a tomar todas las decisiones autorreferentes e inclusive a las exequias y disposición del cadáver (art. 19 CN), mientras no afecten el derecho de otras personas.

CONSENTIMIENTO INFORMADO. Art. 59. El nuevo Código ratificó la obligatoriedad del consentimiento previo e informado del paciente, para todos los actos médicos e investigaciones en salud. Es un derecho personalísimo y como tal debe ser otorgado por su titular o por la persona por él designada al efecto. La representación constituye una excepción. La disposición de los derechos personalísimos es de interpretación restrictiva y libremente revocable.

DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS. Art. 60. Manifestación de voluntad anticipada en materia de salud, para la eventual pérdida transitoria o permanente del propio discernimiento, que impida al otorgante decidir por sí mismo en el momento oportuno. La ley especial establece que “toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”. Capacidad. El art. 60 establece que el otorgante “*debe ser plenamente capaz*”. 1.- Persona menor de edad. El art. 26 establece la presunción de competencia de los menores de edad respecto al cuidado de su salud y su cuerpo, conforme pautas etarias (13 a 16 años). Esta aptitud no debe asimilarse a la capacidad legal para el otorgamiento de directivas anticipadas, sin perjuicio de la obligación de ser oídos y su opinión tenida en cuenta, conforme lo determinan la Convención sobre los derechos del niño, y la ley 26.061, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez. De la misma manera, no están facultados en la norma, para otorgar mandato o designar al propio curador. 2.- Persona con capacidad restringida o declarada incapaz. La aptitud de las personas con capacidad restringida debe evaluarse conforme el contenido de la sentencia respectiva.

La aplicación de las directivas anticipadas de salud no requiere judicialización o autorización judicial previa. Quedan a salvo las prácticas eutanásicas y el suministro de los cuidados paliativos.

Mandato preventivo. 1. Puede incluir directivas relacionadas con todos los aspectos de la vida del mandante, la designación del propio curador, y el o los apoyos que lo asistan ante una eventual situación de vulnerabilidad que le impida decidir por sí mismo. 2. El mandante puede establecer el momento en que debe tener efectos el mandato: desde su otorgamiento, y continuar luego de la declaración de restricción de su capacidad, o bien que el inicio del mandato esté sujeto a la condición suspensiva de la pérdida de aptitud del mandante, evaluada conforme éste lo haya determinado de manera precisa. La representación otorgada en los términos del artículo 60, en previsión de una futura incapacidad, no se extingue por incapacidad sobreviniente del poderdante (art. 380). Caso

contrario perdería sentido jurídico la norma cuyo principal objeto es la protección frente a una posible incapacidad futura.

Los actos de autoprotección, como declaración de voluntad donde se plasman las decisiones y directivas sobre todos los aspectos, personales y patrimoniales, para el futuro, ante una eventual pérdida o disminución del discernimiento, han quedado incorporados en la normativa del nuevo Código Civil y Comercial, como un derecho personalísimo sobre el derecho a decidir sobre la propia vida. Asimismo, está incluido el amplio contenido del derecho de autoprotección.

TUTELA: La tutela y curatela puede ser ejercida por más de una persona. El “guardador” puede ser designado tutor.

CURATELA. La designación del propio curador o apoyos para la toma de decisiones, ante la eventual pérdida de la capacidad, debe instrumentarse por escritura pública.

DOCUMENTO NOTARIAL. Los documentos notariales son herramientas jurídicas idóneas para plasmar la voluntad sobre derechos personalísimos y decisiones autorreferentes, sobre el propio cuerpo, sobre el cadáver, consentimientos informados, directivas anticipadas de salud, poderes preventivos, actos de autoprotección y convenios reguladores de derechos extrapatrimoniales. El artículo 561 CCyCN establece una nueva incumbencia notarial: “la protocolización ante escribano público” de los consentimientos médicos previos, informados y libres para la utilización de técnicas de reproducción humana asistida -TRHA- y manifestación de la voluntad procreacional.