

Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado

Por Jorge Nicolás Lafferriere¹ y Carlos Muñiz²

Publicado en La Ley, Revista DFyP 2015 (junio), p. 147-165, AR/DOC/1411/2015.

1. Introducción

Entre las novedades que incluye el Código Civil y Comercial Unificado (CCyCU) aprobado por ley 26994 (B.O. 8/10/2014) se encuentra la posibilidad de dictar "directivas anticipadas" en relación a la "propia incapacidad". Se trata de una potestad incluida en el artículo 60 en relación a los actos vinculados con la salud, siguiendo a grandes líneas lo dispuesto por el artículo 11 de la ley 26529 de derechos del paciente con las modificaciones introducidas por la ley 26742 y su decreto reglamentario. Igualmente, en el artículo 139 del CCyCU se contempla la posibilidad de designar un curador en previsión de la propia incapacidad. Estas dos normas introducen la planificación anticipada de la capacidad y posibilidad de designación de representantes y apoyos, lo que constituye una novedad en el ordenamiento jurídico civil de Argentina. Así, en el presente comentario³ nos proponemos partir de presentar los principios generales implicados en la materia, a saber: la dignidad de la persona humana, la preservación de la autonomía y el de intervención del interesado en el proceso relativo a la capacidad. Posteriormente, analizaremos los alcances del citado artículo 60 referido a las "directivas anticipadas" en relación a la salud y luego las disposiciones referentes a la propuesta de designación de un curador en previsión de la propia incapacidad (art. 139), que se vincula con la posibilidad de designar apoyos en casos de capacidad restringida (art. 43 CCyC). Tendremos en cuenta las disposiciones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) aprobada por ley 26378 y que desde diciembre de 2014 cuenta con jerarquía constitucional (ley 27044) y en especial la Observación General nro. 1 (2014), del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU que se refiere al derecho a planificar anticipadamente el ejercicio de la capacidad jurídica⁴.

En este sentido, corresponde plantearse algunas cuestiones. En un primer análisis se observa una relación entre las disposiciones de los artículos 60 y 139, al menos en la común terminología de "directivas anticipadas", aunque resta determinar si se trata de dos facetas de un mismo instituto o bien se trata de normas que aunque admitan una vinculación conceptual y sistémica, se encuentran destinadas a reglar diferentes

¹ Profesor Regular Adjunto, Elementos de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Director proyecto DECYT 1617 "La aplicación del modelo de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación" Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Profesor Titular Ordinario, Pontificia Universidad Católica Argentina.

² Jefe de Trabajos Prácticos, Elementos de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Investigador formado proyecto DECYT 1617 "La aplicación del modelo de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación" Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Profesor Adjunto, Pontificia Universidad Católica Argentina

³ El presente artículo se realizó en el marco del Proyecto de Investigación DECYT 1418 aprobado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación general N° 1 (2014) (CRPD/C/GC/1), n. 17.

aspectos de la situación jurídica de la persona que sufre una limitación en la aptitud para ejercer sus derechos. En este último supuesto debe determinarse claramente cuál es la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de cada una de estos institutos. Por otra parte, con respecto al art. 139, en virtud de la necesaria intervención judicial que resulta de sus propios términos, corresponde interrogarse sobre la fuerza ejecutoria de estos actos ante los jueces y la extensión de su margen de apreciación para su control. Finalmente, también en el contexto de este esquema de “apoyos voluntarios”, cabe preguntarse sobre su vinculación con los mandatos que puedan haberse celebrado con anterioridad y su validez luego de la constatación de la existencia de un padecimiento mental.

2. Los principios en la materia: dignidad de la persona humana, preservación de la autonomía, capacidad, y derecho a la participación del interesado en el proceso

El punto de partida de nuestra reflexión son los principios jurídicos aplicables en la materia. Ante todo, la dignidad de la persona humana. Luego, la preservación de su autonomía y el principio de capacidad. Finalmente, el derecho a la participación del interesado en el proceso. A continuación realizamos un sintético desarrollo de los mismos en vistas a nuestro tema de estudio.

a) Dignidad de la persona humana

La dignidad se presenta como uno de los principios fundamentales de la CRPD. El Preámbulo comienza recordando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (a). En el inciso h del preámbulo se reconoce que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano. El artículo 1º ya señala como propósito de la CRPD "*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*"⁵. Por su parte, el artículo 3º señala a la dignidad como primer principio: "*a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas*".

En el campo del derecho civil, la dignidad humana se presenta como uno de los principios axiológicos fundamentales del nuevo código Civil y Comercial (ley 26994). Ello surge del artículo 51: "*Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*".

En el plano de los principios, dos grandes posturas se enfrentan en torno a la noción misma de dignidad de la persona humana. Para una postura, la dignidad se deriva de la autonomía personal y por tanto está condicionada al ejercicio de la autonomía. Para otra postura, la dignidad deriva del mismo hecho de ser humano, es ontológica, y por tanto se reconoce a todo ser humano, ya sea que pueda ejercer o no una autonomía personal. La visión que identifica dignidad con autonomía corre el riesgo de reducir la dignidad a las personas con autonomía. Este riesgo se vuelve más actual en el caso de las personas

⁵ El artículo 1º de la CRPD es consistente con la resolución 56/168, del 19 de diciembre de 2001, por la que se decidió establecer un comité especial, abierto a la participación de todos los Estados Miembros y observadores de las Naciones Unidas para avanzar en la redacción de una convención internacional y que tenga como finalidad "promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad".

con discapacidad intelectual, en las que podría haber alguna circunstancia que afecte por completo la autonomía y la disminuya o condicione. Al respecto, José Chávez-Fernández Postigo considera que la discusión entre la dignidad como autonomía y la dignidad como condición ontológica se supera desde la idea de dignidad como libertad ontológica, evitando caer en una concepción meramente estática de la dignidad ontológica e incorporando el elemento dinámico de la libertad, sin incurrir en los problemas que encierra la visión absolutiva de la autonomía⁶.

En síntesis, la dignidad expresa esa excelencia o perfección en el ser y la centralidad de la persona humana. La dignidad refiere a la inviolabilidad y sacralidad de la persona que exige respeto y reverencia de parte de todos, y que ha de traducirse en normas de derecho positivo que la resguarden, garanticen y promuevan.

b) Preservación de la autonomía individual

Fundada en la dignidad humana de la persona y fuertemente asociado a ella, surge la necesidad de protección de la autonomía individual, que implica “poder estar a cargo de la propia vida y tener la libertad de tomar decisiones.”⁷ Esta libertad, consagrada positivamente en el artículo 3 inc. a de la CRPD, y entendida como un fin en sí mismo que debe ser preservado en la máxima medida posible, implica en el contexto de los cambios legislativos en la materia un principio rector a los fines de su hermenéutica.

La idea de autonomía se incorpora expresamente en nuestro ordenamiento jurídico positivo en primer término con la incorporación del artículo 152 *ter* (texto según Ley 26.657) al Código Civil. En forma previa a la aprobación y en pleno proceso de discusión del CCyCU, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se pronunció con respecto a la situación de Argentina en el siguiente sentido: “*El Comité urge al Estado parte a la inmediata revisión de toda la legislación vigente que, basada en la sustitución de la toma de decisiones, priva a la persona con discapacidad de su capacidad jurídica. Al mismo tiempo, lo insta a que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplace el régimen de sustitución en la adopción de decisiones por el apoyo en la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona*”⁸. La influencia de las recomendaciones del Comité sobre el proyecto de Código, especialmente en cuanto se refiere a la protección de los adultos que sufren de padecimientos mentales, no puede ser desconocida y constituye un antecedente insoslayable para la lectura de sus actuales disposiciones. En el CCyCU podemos constatar a título ejemplificativo que este criterio se encuentra presente en los artículos 32, 38 y 43. Por otra parte, específicamente en cuanto se refiere a la realización de actos médicos, el artículo 59 en su último párrafo establece que la voluntad de la persona para los mismos solamente puede ser sustituida en el caso de la absoluta imposibilidad de expresarla, y únicamente en el caso que no la hubiera expresado anteriormente, resultando en este sentido una norma que se presenta como “más respetuosa del derecho-deber a la autonomía de la voluntad y dar primacía al ejercicio

⁶ Chávez-Fernández Postigo, José, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano*, Lima, Palestra, 2012, p. 92.

⁷ Kraut, Alfredo J. Diana, Nicolás, “Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria”, LA LEY 08/06/2011, 08/06/2011, 1

⁸ ONU - Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012)”, 19 de octubre de 2012

de la autonomía prospectiva por sobre la decisión de un tercero.”⁹

Entonces, podemos sostener que el CCyCU establece como principio rector la protección de la autonomía de la persona, lo que en términos concretos implica evitar la instrumentación de cualquier mecanismo de sustitución de la voluntad, los cuales solamente quedan reservados para casos extremos en los cuales resulta imposible su manifestación por parte de la persona, y ella no la hubiera manifestado con anterioridad, dejando un amplio margen abierto para la formulación de directivas anticipadas.

c) El principio de capacidad

En cuanto se refiere a la idea de capacidad y los principios asociados a ella, debemos en primer término tener en consideración que las fronteras semánticas del concepto son más estrechas, encontrándose vinculado principalmente a la celebración de actos jurídicos, y resultando ajeno a la realización de simples actos lícitos, para los cuales sólo basta para su existencia como tales el discernimiento como elemento interno del acto voluntario.¹⁰ De todas formas, la ampliación del ámbito de la autonomía ha repercutido también en forma inmediata en términos de capacidad civil. A partir de la ley 26.657, que en su artículo 3 consagra expresamente el principio de capacidad como rector en la materia, las personas que padecen alguna enfermedad mental deben ser, en principio, consideradas como plenamente capaces, y las restricciones a dicha capacidad civil deberán ser establecidas e interpretadas con criterio estricto¹¹. En cuanto a las implicaciones de este principio en la materia propia de este trabajo, debe señalarse que el supuesto fáctico que da lugar a la aplicación operativa de las directivas anticipadas en materia de capacidad no puede ser presumido sólo por el hecho de constatarse la existencia de un padecimiento o discapacidad mental.

d) El derecho del interesado a participar en el proceso

Finalmente, la posibilidad de dictar directivas anticipadas respecto a la propia incapacidad hay que entenderla en el marco del principio general que señala que el interesado tiene derecho a participar en el proceso relativo a su capacidad. Este principio, debe ser leído en concordancia con el artículo 13 de la CRPD que exige un acceso efectivo y en igualdad de condiciones a la justicia para las personas con discapacidad, y con las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad¹². El acceso a la justicia implica entre otros aspectos el establecimiento de garantías procesales que permitan hacer efectivos los derechos de fondo reconocidos, permitiendo una razonable relación de tiempos y recursos económicos para ello¹³. En nuestra normativa civil, en primer lugar, estas pautas se hacen concretas en artículo 31 del nuevo CCyCU que señala:

⁹ Frisicale, María L. - Girotti Blanco, Sofía, “Decisiones por sustitución en la relación médico-paciente. Apostillas sobre la Ley 26.529, el Decreto 1089/12 y el Nuevo Código Civil y Comercial. Segunda parte”, MJ-DOC-7009-AR | MJD7009, 18/12/2014

¹⁰ Quirno, Diego Norberto, “El sistema de protección de los incapaces e inhabilitados frente a la Ley de Salud Mental”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, n° 7, Agosto de 2014, pág. 154.

¹¹ Lafferriere, Jorge N. y Muñoz, Carlos, “La nueva Ley de Salud Mental. Implicaciones y deudas pendientes en torno a la capacidad”, ED, [241] - (22/02/2011, nro. 12.697)

¹² La Corte Suprema de Justicia de la Nación adhirió a ellas por acordada 5/09 (24/02/2009) http://www.cpacf.org.ar/files/acordadas/ac_csjn_0509.pdf

¹³ Martínez Alcorta, Julio A., “Los ajustes razonables para la intervención de las personas con discapacidad en el proceso judicial”, en Zito Fontán, Otilia del Carmen (coord...), *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014.

ARTÍCULO 31.- Reglas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: ...e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios...".

Como aplicación de este principio, en el nuevo Código se establece que "el propio interesado" está legitimado para "solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida" (art. 33 inc. a). Concordantemente, el artículo 40 dispone que "la revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado".

Asimismo, el artículo 36 precisa cómo se realiza la intervención del interesado durante el proceso:

ARTICULO 36.- Intervención del interesado en el proceso. Competencia. La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa.

Interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad ante el juez correspondiente a su domicilio o del lugar de su internación, si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio.

La persona que solicitó la declaración puede aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados.

Las normas transcriptas, entre otras, permiten advertir la relevancia procesal que ha tomado la persona implicada en el proceso y la posibilidad de su activa participación.

3. Las directivas anticipadas en materia de salud. Ámbito de aplicación de las normas relativas a las previsiones sobre la propia incapacidad (artículo 60 del CCyCU)

Los principios antes mencionados permiten comprender mejor el marco en el que se inserta la propuesta del Código Civil referida a las directivas anticipadas. Igualmente, es necesario tener presente que el instituto de las "directivas anticipadas" en salud había sido introducido en el artículo 11 de la ley 26529 de Derechos del Paciente (B.O. 20/11/2009). Este texto a su vez había sufrido una modificación en 2012 con ocasión del debate de la ley 26742 (B.O. 24/5/2012) precisando la forma en que debían plasmarse las "directivas".

Consecuentemente, a fin de analizar nuestro instituto de las directivas anticipadas referidas a la capacidad procederemos de la siguiente forma:

- a) comenzaremos con una breve referencia a la noción de directivas anticipadas;
- b) compararemos el artículo 60 del CCyC con el artículo 11 de la ley 26529 modificada por ley 26742 y que se refería a las directivas anticipadas;
- c) analizaremos la capacidad requerida para otorgar directivas anticipadas en los términos del artículo 60 CCyC;
- d) consideraremos los supuestos en los que son se tornan aplicables las directivas anticipadas según el artículo 60 y si se requiere una incapacidad jurídica o una imposibilidad absoluta de hecho;
- e) responderemos a la pregunta sobre qué alcance tiene la expresión "conferir mandato" en el artículo 60;
- f) analizaremos las directivas anticipadas para designar representante para futuros consentimientos contemplados en el artículo 60;

- g) nos referiremos al contenido de las directivas anticipadas y su carácter vinculante para el médico;
- h) formularemos algunas conclusiones sobre el artículo 60 y si permite anticipar directivas sobre incapacidad para actos jurídicos en general;
- i) finalmente haremos algunas reflexiones sobre la forma de las directivas anticipadas.

a) Sobre las directivas anticipadas

Sin entrar en el debate de fondo sobre la naturaleza jurídica de las directivas anticipadas, consignamos que se ha señalado que “las Directivas Anticipadas son instrucciones precisas que toda persona capaz deja por escrito sobre qué tipo de cuidados desea recibir o no, cuando no pueda tomar decisiones o expresar su voluntad; esta práctica de la autonomía pone en conflicto la relación con el médico si éste pretende retomar el esquema paternalista e imponer su voluntad sobre la del enfermo. El advenimiento de las Directivas Anticipadas aparece entonces como una consecuencia necesaria para garantizar la autonomía del individuo y hace visible el cambio de paradigma en la relación médico-paciente”¹⁴. Por su parte, Ricardo Rabinovich-Berkman ubica a las directivas anticipadas como subgrupo dentro de las "Declaraciones Vitales de Voluntad" y las caracteriza como "manifestaciones que involucran una orden terapéutica, para ser cumplida en un escenario futuro en caso de hallarse su otorgante privado de la posibilidad de emitir una decisión jurídicamente respetable"¹⁵. En la redacción del nuevo Código Civil y Comercial, parece claro que las directivas anticipadas son "declaraciones de voluntad" (cf. art. 60) y que se requiere para su realización ser "plenamente capaz" (cf. art. 60).

b) Comparación del artículo 60 del CCyC con el artículo 11 de la ley 26529 modificada por ley 26742

Para comprender los alcances de este artículo 60 del CCyC -ubicado en el capítulo 3 dedicado a los "Derechos y actos personalísimos" del Título I del Libro I- nos parece oportuno comenzar comparando su redacción con el artículo 11 de la ley 26529 (texto conforme a la ley 26742) según se puede ver a continuación:

<p>Artículo 11 Ley 26529 modificada por la ley 26742¹⁶:</p> <p><i>Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos,</i></p>	<p>Artículo 60 Código Civil y Comercial (Ley 26994):</p> <p><i>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</i></p>
---	---

¹⁴ Ferrari, Ma. Laura et al., “Directivas anticipadas: un progreso legislativo”, Pensar en Derecho, Facultad de Derecho UBA, n° 3, 2013, pág. 285.

¹⁵ Rabinovich-Berkman, Ricardo, *Actos jurídicos y documentos biomédicos*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 345. Entre quienes trataron el tema se ver también la postura de Taiana de Brandi, Nelly A. y Llorens, Luis Rogelio, "El consentimiento informado y la declaración previa del paciente", en AA.VV., *Bioética y bioderecho. Cuestiones actuales*, Blanco, Luis Guillermo (compilador), Buenos Aires, Editorial; Universidad, 2002, p. 117-134; Sambrizzi, Eduardo A. "Voluntades anticipadas, su valor legal" [en línea]. *Vida y Ética*. 11.2 (2010). Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/voluntades-anticipadas-valor-legal-sambrizzi.pdf> [Fecha de consulta: 31/3/2015]; PERAZZO, Gerardo, "Voluntades anticipadas y su estatus bioético", *Vida y Ética*, año 11, n° 1, Buenos Aires, (junio, 2010).

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/voluntades-anticipadas-estatus-bioetico.pdf>; Aizenberg, Marisa y Reyes, Romina D., "El reconocimiento del derecho a la Autodeterminación en el Ordenamiento Jurídico Argentino: La consagración de las Directivas Médicas Anticipadas en la Ley 26.529", 14-feb-2011, *Microjuris.com.ar*, MJ-DOC-5222-AR | MJD5222; Hollmann, Diego Ariel y Pierri, Paola Julieta, "Voluntad anticipada. Testamento vital. Autocuratela. Autoprotección", ED 236 – 665, 2010.

¹⁶ Habrá que tener en cuenta también la reglamentación de este artículo por el artículo 11 del Decreto 1089/2012 y al que haremos referencia a lo largo del trabajo.

<p><i>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. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.</i></p>	<p><i>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 eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.</i></p>
--	---

En la comparación de ambos textos, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- En el nuevo Código se mantiene la denominación "directivas anticipadas" y se las identifica como "declaraciones de voluntad" en ambos textos.
- Mientras que la redacción del artículo 11 de la ley 26529 ubicaba como un único acto las directivas anticipadas y el consentimiento o rechazo de actos médicos, en la redacción del artículo 60 del CCyC se hace una expresa distinción de tres actos: i) "anticipar directivas" referidas a actos médicos; ii) conferir mandato respecto de la salud y en previsión de la propia incapacidad; iii) "designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela"¹⁷.
- En el artículo 60 se omite la referencia a la forma en que deben plasmarse las directivas anticipadas, que fue expresamente incorporada por la ley 26742 al reformar el artículo 11 de la ley 26529 y, sobre todo, que se encontraba regulada en el artículo 11 del Decreto reglamentario 1089/2012.
- En el artículo 60 se omite la referencia a la mayoría de edad y se habilita a realizar directivas a persona "plenamente capaz".
- Se quita la frase que establecía que "las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo".
- Se mantuvo la prohibición de las prácticas eutanásicas.

Esta comparación nos permite ver la complejidad del tema y arroja algunas dudas interpretativas. Con todo, en el presente comentario nos ceñiremos al análisis del artículo 60 del CCyC aunque haremos oportunas y necesarias referencias a la ley 26529 de derechos del paciente.

c) Capacidad para otorgar directivas anticipadas en los términos del artículo 60 CCyC

La redacción del artículo 60 del CCyC señala que las directivas anticipadas podrán ser otorgadas por "persona plenamente capaz". Ello abre una cuestión interpretativa, que

¹⁷ Si bien la ley 26529 de derechos del paciente no mencionaba esta posibilidad de designar anticipadamente un representante, el decreto reglamentario 1089/2012 de la ley de derechos del paciente contemplaba la posibilidad de designar un "interlocutor": "El paciente puede incluso designar un interlocutor para que llegado el momento procure el cumplimiento de sus instrucciones" (art. 11 Decreto 1089/2012).

también refiere a si para este acto se requiere simple discernimiento o capacidad. Entendemos que ha de tomarse literalmente la exigencia del artículo 60 y considerarse como necesaria la "plena capacidad".

Considerando los distintos casos, podemos formular algunas sintéticas reflexiones:

- La norma incluye a la persona mayor de edad que no tiene ninguna restricción a la capacidad.
- Respecto a las personas menores de edad, parece que habrá que tener en cuenta los alcances del artículo 26 del nuevo CCyC¹⁸.
- Respecto a las personas mayores de edad con capacidad restringida, cabe preguntarse si la redacción del artículo 60 las excluye pues ellas no son en sentido estricto "plenamente capaces", sino que cuentan con "capacidad restringida". Al respecto, pareciera que habrá que estar a la sentencia de restricción de capacidad y analizar si en la misma se ha limitado a la persona lo relativo al ejercicio de la capacidad para actos médicos y si se le ha asignado algún apoyo (cf. arts. 32, 43 y 102)
- Las personas mayores de edad "incapaces" en los términos del artículo 32 *in fine* no podrían otorgar directivas anticipadas.

Respecto a la capacidad de la persona para otorgar las directivas anticipadas, es interesante señalar que el artículo 11 del Decreto 1089/2012 reglamentario de la ley de derechos del paciente establecía lo siguiente: "*Los testigos, cualquiera sea el medio por el cual se extiendan, en el mismo texto de las Directivas Anticipadas deben pronunciarse sobre su conocimiento acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente al momento de emitirlas, y rubricarlas, sin perjuicio del deber del propio paciente otorgante de manifestar también esa circunstancia, además de que es una persona capaz y mayor de edad*". Habrá que ver si estas disposiciones continúan vigentes luego de la entrada en vigencia del artículo 60 CCyC.

d) Supuestos en los que son se tornan aplicables las directivas anticipadas según el artículo 60: ¿incapacidad jurídica o imposibilidad absoluta?

Existe acuerdo en que las directivas anticipadas se formulan en previsión de una situación en que la persona no podrá tomar decisiones por sí en relación a su salud. Al respecto, el artículo 60 del CCyC indica que estas directivas se formulan "en previsión de la propia incapacidad". Así, la expresión "incapacidad" despierta cuestiones interpretativas. Podemos esbozar dos posturas:

- Una primera postura sostendría que la expresión "incapacidad" del artículo 60 se refiere al estricto supuesto descrito por el artículo 32 *in fine*: "*Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la*

¹⁸ Comentando la ley 26529, Tobías sostuvo: "La aptitud para asentir requiere de la capacidad de obrar para el acto, sin perjuicio de la facultad de los menores de edad con la suficiente madurez de ser oídos en los términos de la citada ley" Tobías, José W., "El asentimiento del paciente y la ley 26529", Acad. Nac. de Derecho, 2010 (septiembre), 20/01/2011, 5 – DFyP, 171. Por su parte, el decreto reglamentario de la ley 26529 dispuso en el artículo 11: "*...No se tendrán por válidas las Directivas Anticipadas otorgadas por menores o personas incapaces al momento de su otorgamiento, como así tampoco, aquellas que resulten contrarias al ordenamiento jurídico o no se correspondan con el supuesto que haya previsto el paciente al momento de exteriorizarlas...*"

incapacidad y designar un curador". Es decir, las directivas anticipadas sólo entrarían en vigor y serían aplicables en caso de una persona "incapaz", es decir, que ha sido declarada tal por una sentencia judicial en los términos del artículo 32 *in fine*. Si se siguiera esta línea interpretativa, subsiste asimismo la duda si se pueden tomar directivas anticipadas para el caso de una persona que no sufrirá una "incapacidad" sino simplemente una restricción de capacidad por padecer "una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad" (art. 32). Circunscribir la expresión "incapacidad" a su significado estricto bajo el artículo 32 *in fine* supondría limitar enormemente su campo de aplicación.

- Para la segunda postura, la referencia hecha por el legislador en el artículo 60 se refiere a la situación de hecho en la cual una persona al momento en el cual debe pronunciarse sobre la realización de actos personalísimos sobre el propio cuerpo, consentir o rechazar tratamientos, se encuentra incapacitada fácticamente para hacerlo. Se trata del caso de "incapacidad" al que refiere el artículo 59 *in fine* del propio CCyC: "*...Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente*". Allí se afirma expresamente que la aplicación de la norma está condicionada al hecho de que la persona no se haya expresado anticipadamente, lo que remite al artículo 60.

Nos inclinamos por esta segunda interpretación, a partir de la ubicación metodológica del artículo 60, por su fuente y por el análisis del resto del articulado del nuevo Código. Además, la literatura bioética y de bioderecho que estudia las directivas anticipadas señala que ellas se refieren a las situaciones en que la persona no puede expresar por sí su voluntad ante la inminencia de actos médicos urgentes. En consecuencia, las directivas anticipadas a las que se refiere el artículo 60 se refieren a los actos médicos y a la situación de imposibilidad absoluta prevista en el artículo 59 del CCyC.

e) ¿Permite el artículo 60 anticipar directivas sobre incapacidad para actos jurídicos en general?

Junto con lo dicho en el apartado anterior sobre la aplicación del artículo 60, corresponde considerar otra cuestión conexas. En efecto, en la redacción del artículo 60 CCyC se habla de que la persona otorga directivas anticipadas "respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad". Al respecto, la motivación primera del artículo está referida a situaciones de salud, como queda en evidencia por la fuente del artículo 60 que es la ley 26529 de derechos del paciente y por la redacción del artículo 59 *in fine*. Sin embargo, la frase "-y en previsión de su propia incapacidad"- no se encontraba en la ley de derechos del paciente y fue agregada por el Código Civil y Comercial. Ello plantea una cuestión adicional en el sentido de si las directivas anticipadas del artículo 60 sólo se refieren a actos médicos o si pueden incluir otros temas, como lo patrimonial y los actos jurídicos en general. Es decir, nos preguntamos si bajo el artículo 60 se podrían dar directivas para otros actos de la vida civil y patrimonial.

En este sentido, y sobre la base del método del CCyCU, la pregunta que cabe realizar es si la conjunción "y" del artículo 60 tiene que ver específicamente con la posibilidad de otorgar un mandato de protección futura referido al ejercicio de la capacidad; o simplemente significa que la persona puede en previsión de su propia incapacidad disponer los medios tendientes al ejercicio de sus derechos como paciente para disponer sobre su propio cuerpo. El contexto que nos otorga el capítulo específico en el que se encuentra esta norma y la redacción del artículo 59 en su última parte, permite sostener que más allá de la posibilidad de ambos sentidos en términos literales, es la segunda alternativa la que parece responder a la intención del legislador. Asimismo, en términos del sistema, la otra interpretación implicaría una superposición innecesaria con la norma que surge del artículo 139 CCyCU, que analizaremos luego.

f) ¿Qué alcance tiene la expresión "conferir mandato" en el artículo 60?

La redacción del artículo 60 del CCyC distingue las directivas anticipadas del acto de "conferir mandato". Al respecto, podemos proponer las siguientes reflexiones:

- Por lo pronto, el artículo 60 se refiere al "mandato", lo que torna aplicables las normas referidas a ese contrato y la necesidad de aceptación por parte del mandatario.
- Por su ubicación metodológica, el mandato al que aquí se refiere concierne a los actos médicos de la persona y está sujeto a la condición de que la persona quede absolutamente imposibilitada de actuar (cf. artículo 59 *in fine*).
- En cuanto se refiere a la extensión de la duración del mandato se ha señalado que si bien conforme el artículo 1329 inc. e) del Código el mandato se extingue por "incapacidad" del mandante o mandatario, dicha causal no es aplicable a estas directivas anticipadas por cuanto implicarían la frustración de la finalidad del instituto¹⁹. No obstante, se plantea la cuestión sobre la subsistencia de estos mandatos y la posibilidad de su revisión judicial ulterior en el supuesto que la situación fáctica que da lugar a su aplicación se prolongue y se constate el mal desempeño del mandatario debido a un conflicto de intereses. En términos del texto positivo, no parece actualmente planteada la posibilidad de revocación o revisión.

g) Directiva anticipada de designación de representante para futuros consentimientos

El artículo 60 permite igualmente "designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer la curatela". Ello nos remite al problema del "consentimiento por representación", que había sido tratado ya en el artículo 6 de la ley 26529 y su reforma por la ley 26742 y en su decreto reglamentario. En efecto, esas personas que se designan "anticipadamente", tendrán a su cargo otorgar un consentimiento en el caso que la persona esté imposibilitada absolutamente para dar por sí el consentimiento. Al respecto, resulta decisivo determinar las condiciones para que pueda tornarse operativa tal designación y en tal sentido, complementando lo dicho anteriormente, es bueno comparar el artículo 6 de la ley 26529 luego de la reforma

¹⁹ Rivera, Julio César, "Derechos y actos personalísimos en el proyecto de Código Civil y Comercial", *Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho UBA, n° 0, 2012, pág. 161.

26742 con el artículo 59 *in fine* del CCyC que refiere a los casos en que procede el consentimiento por representación:

<p><i>Artículo 6 de la ley 26529 modificado por ley 26742</i></p> <p><i>Artículo 6° — Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente.</i></p> <p><i>En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.</i></p> <p><i>Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.</i></p>	<p><i>Artículo 59 Código Civil y Comercial (ley 26994)</i></p> <p><i>(...)Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.</i></p> <p><i>Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.</i></p>
--	---

Comparando ambas normas podemos decir:

- Mientras que el artículo 6 de la ley 26529 contemplaba dos supuestos (incapacidad civil o imposibilidad fáctica), el artículo 59 sólo contempla el caso de "imposibilidad fáctica absoluta".
- Mientras que el artículo 6 habla del caso de "incapacidad del paciente"²⁰, en una referencia al concepto "civil" de capacidad, en la redacción final del artículo 59 se omite ese supuesto. También se omite lo referido a la participación del paciente en la medida de las posibilidades, porque ello es un principio general y se presume siempre su capacidad.
- El artículo 59 parte del principio de que toda persona interviene por sí para dar el consentimiento, y aclara que el consentimiento por representación sólo opera en el caso en que la persona se encuentra "absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica" y "medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para la vida o la salud".
- Mientras que el artículo 6 contiene una precisa referencia al orden de prelación de la ley de derechos del paciente, el artículo 59 omite ese orden de prelación.

²⁰ El artículo 5 del Decreto 1089/2012 Reglamentario de la ley de Derechos del Paciente reitera que operará el consentimiento por representación también "en el caso de los pacientes incapacitados legalmente", y aclara que "cuando los mismos puedan comprender tales alcances [de la práctica a realizar], se escuchará su opinión sin perjuicio de suministrarse la información a las personas legalmente habilitadas, para la toma de decisión correspondiente". La decisión resulta una reglamentación del ya citado artículo 6 de la ley 26529, sin agregar ningún elemento nuevo.

- El artículo 59 contempla el caso de una designación anticipada de la persona o personas que expresarán el consentimiento, mientras que el artículo 6 no contemplaba esa posibilidad.
- Resta determinar cómo será la aplicación de estas normas y si se considera que el nuevo Código Civil y Comercial ha derogado las disposiciones del artículo 6 de la ley 26529.
- En relación al segundo supuesto que menciona el artículo 6 de la ley 26529 (la "imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico"), la redacción del artículo 59 también es más estricta, pues habla de una imposibilidad "absoluta". Nuevamente aquí queda claro que el consentimiento por representación se vincula con la urgencia de la situación, que impide conocer la voluntad de una persona que habitualmente es plenamente capaz, pero que por alguna razón de salud inesperada ha quedado imposibilitada de tomar decisiones.
- El artículo 5 del Decreto 1089/2012 Reglamentario de la ley de derechos del paciente precisa cómo se interpreta la "imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico" (art. 6 ley 26529) y remite al criterio del profesional tratante pues dispone que habrá consentimiento por representación *"cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación"*. En el artículo 59 el criterio médico no es mencionado para ponderar la "imposibilidad absoluta", pero sí para prescindir del consentimiento en caso de urgencia.
- El mismo artículo 5 del Decreto 1089/2012 adicionaba un recaudo referido a los criterios a tener en cuenta para el "consentimiento por representación". Dice en su parte pertinente: *"...Para este consentimiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender, a favor del paciente, respetando su dignidad personal, y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo de ese proceso, según su competencia y discernimiento"*. Al respecto, el nuevo CCyC no aclara bajo qué criterios habrá de obrar el representante.

Recapitulando, luego del nuevo CCyC el consentimiento por representación sólo tiene lugar *"si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica"* y *"siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida y su salud"* (cf. art. 59).

Ahora bien, y retomando nuestro tema de las directivas anticipadas, el consentimiento por representación puede tener lugar por dos vías:

i) por designación anticipada formulada en los términos del artículo 60 CCyC. Esta designación anticipada ha de interpretarse conforme a las reglas generales de "representación" que establece el nuevo Código (arts. 100 a 103 y 358 y siguientes). En tal sentido, resulta errónea la expresión "ejercer su curatela" incluida en el artículo 60, pues esa posibilidad está regulada expresamente por el artículo 139 CCyC y supone una intervención judicial. Fuera del caso de "curador", por aplicación del artículo 60 la persona sí puede designar a quién lo represente para dar el consentimiento para los actos médicos a los que refiere el artículo 59. El artículo 60 no dice nada sobre la necesidad de "aceptación" del representante designado en las directivas anticipadas. El tema había sido previsto en el artículo 11 del Decreto 1089/2012 que expresamente dispone que si el paciente habilita a otras personas a actuar en su representación, *"debe designarlas en*

dicho instrumento, y éstas deben con su firma documentar que consienten representarlo". Entendemos que la norma del artículo 11 del Decreto 1089/2012 continúa vigente, máxime si se trata de un "mandato".

ii) por el orden de prelación determinado en la ley. Al respecto, la redacción del artículo 59 *in fine* del CCyC y su comparación con la ley de derechos del paciente abre algunas dudas interpretativas, sobre todo porque el artículo 59 incorpora una enunciación de personas que pueden dar el consentimiento por representación sin indicar un orden (representante legal, apoyo, cónyuge, conviviente, pariente o allegado que acompañe al paciente). En tal sentido, esta redacción parece un cierto retroceso a la situación que se había planteado luego de sancionada la ley 26529²¹. La ley 26742 había aclarado el punto, modificando el artículo 6 de la ley 26529 y remitiendo al orden de prelación de la ley 24193 de ablación e implante de órganos. Esta decisión legislativa fue seguida en el decreto 1089/2012. Al parecer, la redacción final del CCyC no tuvo en cuenta la ley 26742. Pero este tema excede lo referido a las directivas anticipadas y nos limitamos a dejarlo señalado para eventualmente retomarlo en futuros trabajos.

h) El contenido de las directivas anticipadas y su carácter vinculante

En el artículo 60 del Código Civil y Comercial se quita la frase del artículo 11 de la ley 26529 que establecía que "*las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo*". Ello genera una cuestión de interpretación en torno a la posibilidad del médico de negarse a aplicar las directivas.

El artículo 11 del Decreto 1089/2012 era muy preciso en relación a este tema de la obligación de aceptación por parte del médico y del establecimiento asistencial:

"Artículo 11...Los profesionales de la salud deberán respetar la manifestación de voluntad autónoma del paciente. Cuando el médico a cargo considere que la misma implica desarrollar prácticas eutanasicas, previa consulta al Comité de ética de la institución respectiva y, si no lo hubiera, de otro establecimiento, podrá invocar la imposibilidad legal de cumplir con tales Directivas Anticipadas.

Todos los establecimientos asistenciales deben garantizar el respeto de las Directivas Anticipadas, siendo obligación de cada institución el contar con profesionales sanitarios, en las condiciones y modo que fije la autoridad de aplicación que garanticen la realización de los tratamientos en concordancia con la voluntad del paciente.

Al respecto, habrá que tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte que mencionamos en este trabajo. Nos preguntamos si la omisión del artículo 60 quiere evitar situaciones en las que las directivas anticipadas pudieran plantearse como contraindicadas en relación a su saber médico. Entendemos que esa fue la intención del nuevo Código y habrá que tener en cuenta como valoración del criterio médico. En este sentido, Sambrizzi se refiere a los problemas que encierra este proceso de verificación de si se cumplen o no las circunstancias que tornan aplicables las directivas anticipadas²².

²¹ Ver Tobías, José W., "El asentimiento del paciente y la ley 26529", Acad. Nac. de Derecho, 2010 (septiembre), 20/01/2011, 5 – DFyP, 171.

²² Sambrizzi, Eduardo A. "Voluntades anticipadas, su valor legal" [en línea]. Vida y Ética. 11.2 (2010). Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/voluntades-anticipadas-valor-legal-sambrizzi.pdf> [Fecha de consulta: 31/3/2015]

Por otra parte, si las directivas anticipadas refieren a prácticas eutanásicas, las mismas no deben ser cumplidas y se tienen por no escritas (art. 60). Ello significa que el médico debe hacer una apreciación del contenido de las directivas anticipadas. En el mismo sentido, hay que tener presente que el artículo 59 señala el deber de actuar si media "situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud" y de "evitar un mal grave al paciente".

Un caso particular se refiere al rechazo de un tratamiento en una enfermedad terminal y sin perspectivas de mejoría, sin que se haya dado indicación sobre cuidados paliativos. El tema es tratado por el artículo 11 del Decreto 1089/2012 que dispone: "*...Cuando el paciente rechace mediante Directivas Anticipadas determinados tratamientos y decisiones relativas a su salud, y se encuentre en los supuestos previstos por el artículo 2° inciso e) tercer párrafo de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, el profesional interviniente mantendrá los cuidados paliativos tendientes a evitar el sufrimiento. En este supuesto, se entiende por cuidado paliativo la atención multidisciplinaria del enfermo terminal destinada a garantizar higiene y confort, incluyendo procedimientos farmacológicos o de otro tipo para el control del dolor y el sufrimiento*".

i) Sobre la forma de las directivas anticipadas

Inicialmente, el artículo 11 de la ley 26529 no indicaba una forma para las directivas anticipadas. En 2012, con la ley 26742²³, se agregó un párrafo al artículo 11 que dispone:

"La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó".

Este texto fue reglamentado por el artículo 11 del Decreto 1089/2012 que desarrolló extensamente las prescripciones formales a cumplir para instrumentar y registrar las directivas anticipadas. Según este artículo 11, y en lo que concierne a la forma de las directivas anticipadas:

- Las directivas anticipadas se deben agregar a la historia clínica y en la Historia Clínica debe dejarse constancia de las anotaciones vinculadas con estas previsiones.
- La revocación debe constar por escrito, con la misma modalidad con que se otorgaron las directivas habilitadas o con las demás modalidades habilitadas por las Leyes
- En caso que el paciente no tuviera disponible esas modalidades al momento de decidir la revocación, por encontrarse en una situación de urgencia o internado, se documentará su decisión revocatoria verbal, con la presencia de al menos DOS (2) testigos y sus respectivas rúbricas en la historia clínica, además de la firma del profesional tratante.

²³ Para Laura Belli e Ignacio Maglio "la exigencia de formalizar el pedido a través de un escribano parece ir en contra del espíritu mismo de las directivas anticipadas: este requisito se puede convertir fácilmente en un obstáculo para hacer efectivos la voluntad y los derechos del sujeto dado que implica cuestiones económicas y logísticas difíciles de saldar por todos los ciudadanos. Y lo mismo puede decirse de la introducción de modificaciones al pedido precedente" (Belli, L. Maglio, I, "Alcances de la nueva legislación sobre muerte digna", Rev. Am Med Resp 2013; 4: 212-216).

- "El paciente debe arbitrar los recaudos para que sus Directivas Anticipadas estén redactadas en un único documento, haciendo constar en el mismo que deja sin efecto las anteriores emitidas si las hubiera, así como para ponerlas en conocimiento de los profesionales tratantes".
- "Las Directivas Anticipadas emitidas con intervención de UN (1) escribano público deben al menos contar con la certificación de firmas del paciente y de DOS (2) testigos, o en su caso de la o las personas que éste autorice a representarlo en el futuro, y que aceptan la misma. Sin perjuicio de ello, el paciente tendrá disponible la alternativa de suscribirlas por escritura pública, siempre con la rúbrica de los testigos y en su caso de las personas que aceptan representarlo".
- "Los escribanos, a través de sus entidades representativas y las autoridades judiciales a través de las instancias competentes podrán acordar modalidades tendientes a registrar tales directivas, si no hubiere otra modalidad de registro prevista localmente".

La omisión del artículo 60 del CCyC de referirse a la forma de las directivas anticipadas, plantea la cuestión de la vigencia del artículo 11 de la ley 26529 y su reglamentación por el Decreto 1089/2012. Nos inclinamos por sostener la vigencia de esas normas sobre forma de las directivas anticipadas.

4. Discernimiento de la curatela y apoyos. La designación a pedido del interesado en el contexto de una directiva anticipada (art. 139 del CCyCU)

a) Las directivas anticipadas y la CRPD

El artículo 12 de la CRPD no contiene una mención expresa a la cuestión de las directivas anticipadas.

Sin embargo, en el marco de la Observación General nro. 1 (2014), el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, comentando el artículo 12 párrafo 3 de la CRPD, sostiene:

"Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás. Todas las personas con discapacidad tienen el derecho de planificar anticipadamente, y se les debe dar la oportunidad de hacerlo en condiciones de igualdad con las demás. Los Estados partes pueden ofrecer diversas formas de mecanismos de planificación anticipada para tener en cuenta las distintas preferencias, pero todas las opciones deben estar exentas de discriminación. Debe prestarse apoyo a la persona que así lo desee para llevar a cabo un proceso de planificación anticipada. El momento en que una directiva dada por anticipado entra en vigor (y deja de tener efecto) debe ser decidido por la persona e indicado en el texto de la directiva; no debe basarse en una evaluación de que la persona carece de capacidad mental"²⁴.

En consecuencia, el organismo que interpreta la CRPD brinda pautas precisas sobre estas "directivas anticipadas en materia de capacidad", que podríamos resumir así:

a) La planificación anticipada "es una forma de apoyo" y también un "derecho" que se debe garantizar "en igualdad con las demás" personas.

²⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación general N° 1 (2014) (CRPD/C/GC/1), n. 17.

b) El supuesto en juego es que exista "imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás"

c) Los Estados tienen un margen para ofrecer diversas formas de planificación anticipadas, pero deben ser sin discriminación.

d) Se debe garantizar "apoyo" para el proceso mismo de planificación anticipada.

En este contexto, en nuestro país, con respecto a la situación previa a la entrada en vigencia del CCyCU, la cuestión sobre directivas anticipadas aparecía vinculada a la salud, aunque no se advertían argumentos de peso que impidieran la proyección de este medio técnico en otros ámbitos²⁵. En materia de salud mental, la planificación de las medidas de apoyo puede ser una herramienta de gran utilidad en todos los casos en los cuales en función de la naturaleza del padecimiento pueda anticiparse en alguna medida la evolución del proceso de deterioro de ciertas aptitudes cognitivas. A modo de ejemplo, en el caso de los adultos mayores, las características de las patologías que suelen presentarse con frecuencia en personas de edad avanzada en muchos casos implican un proceso de deterioro cuyas características y evolución puede en cierta medida anticiparse²⁶.

b) Las directivas anticipadas en el marco del CCyCU

Dentro de la temática de las directivas anticipadas, corresponde que analicemos el artículo 139 que se refiere a la posibilidad de designar a quien ha de ejercer la curatela. Al respecto, nos proponemos analizar si estamos ante una directiva anticipada en su sentido propio o qué modalidad ha adoptado el nuevo CCyC. En efecto, el citado artículo dispone:

ARTÍCULO 139.- Personas que pueden ser curadores. La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela.

Los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores.

Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente.

A falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica.

Analizando la norma podemos decir:

a) Se utiliza la expresión "designar" al curador:

²⁵ Fama, María Victoria, Pagano, Luz María, "La salud mental desde la óptica de la ley 26.657", en addenda de actualización a Azpiri, Jorge O. (dir.), Instituciones del derecho de familia y sucesiones, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, pág. 39, con cita a Llorens - Rajmil, *Derecho de autoprotección. Previsiones para la eventual pérdida del discernimiento*.

²⁶ Juanes, Norma H.; Plovovich, María Cristina, "La problemática del adulto mayor en orden a sus posibilidades de autodeterminación en el ejercicio de sus derechos. Experiencia local y extranjera", La Ley, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, diciembre de 2011, p. 151. 14 - Karp, Naomi, "Protecting Older Investors: The Challenge of Diminished Capacity", *Generations – Journal of the American Society on Aging*, vol. 36, no. 2, 2012, p. 33-38- Triebel, K. L.; Martin, R.; Griffith, H. R.; Marceaux, J.; Okonkwo, O. C.; Harrell, L.; Clark, D.; Brockington, J.; Bartolucci, A.; Marson, D. C.; "Declining financial capacity in mild cognitive impairment: A 1-year longitudinal study", *Neurology*, 2009, Sep 22, 73(12), p. 928-34 - Muñiz, Carlos, "La capacidad civil y la problemática de los adultos mayores. El constante dilema entre autonomía y protección, a la luz de la ley de salud mental.", *Cuaderno Jurídico Familia EDFa*, 51, 5.

La expresión "designar" implica según su sentido ordinario el destinar a alguien para un fin. En tal sentido, del texto surge indudablemente la potestad de una persona capaz de indicar a una persona para que cumpla el rol de curador si por alguna causa futura se viera privado de su capacidad de ejercicio. Sin perjuicio del reconocimiento de esta potestad, el propio artículo establece un primer límite a la autonomía de la voluntad, requiriendo en todos los casos la aprobación judicial.

La redacción del artículo es defectuosa, en cuanto puede conducir a equívocos por no hacer referencia en este supuesto a la posibilidad de designar apoyos, mientras que sí efectúa dicha distinción cuando se refiere a la facultad con la que cuentan los padres respecto de sus hijos menores de edad. Sin embargo, si se interpreta el texto en forma armónica con lo dispuesto por el artículo 43, y aplicando los principios en la materia en el sentido del respeto a la autonomía de la persona, no podría desconocerse la facultad de designar también a personas para que ejerzan un rol de apoyo a través de una directiva anticipada, previendo posibles restricciones a la capacidad.

b) Cuál es el margen de actuación del juez. Límites: discernimiento de hecho; conflicto de intereses e influencia indebida.

En todos los casos en los que nos encontremos con una directiva anticipada en materia de capacidad podemos anticipar como una posible fuente de litigios la discusión sobre el discernimiento para la celebración de este mandato de protección futura. Al respecto, como ya hemos consignado, para el Comité de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad "el momento en que una directiva dada por anticipado entra en vigor (y deja de tener efecto) debe ser decidido por la persona e indicado en el texto de la directiva; no debe basarse en una evaluación de que la persona carece de capacidad mental"²⁷. Sin embargo, como veremos, habrá que tener en cuenta los parámetros que surgen del artículo 12 apartado 4 de la CRPD referidos al conflicto de intereses y la influencia indebida.

Por nuestra parte, entendemos que el establecimiento en la sentencia de la fecha en la cual se manifestaron las consecuencias del padecimiento mental previstas en el inc. b del artículo 37 CCyCU tendrá un rol clave, dado que el margen de apreciación del juez en cuanto se refiere a la posibilidad de validar la propuesta será distinto en un caso o en otro. De esta forma, parece prudente afirmar que en el caso de la designación efectuada cuando indudablemente la persona actuaba en pleno ejercicio de sus facultades mentales el juez solamente podrá apartarse de la designación cuando resultara claro el conflicto de intereses, siendo dudosa la posibilidad de invalidar esta propuesta en virtud de una influencia indebida, sin que ella pueda ser *a priori* presumida por las circunstancias. En cambio, en el caso contrario el juez contará con un amplio margen de apreciación para valorar estas situaciones.

Como señalamos previamente, el juez es quien debe finalmente aprobar toda designación anticipada de un curador en el caso de la incapacidad o de los apoyos en el caso de las restricciones a la capacidad. En tal sentido, la clave para la interpretación de las atribuciones del juez puede encontrarse en el artículo 43.

En la sección 3ra. de restricciones a la capacidad del capítulo 2do. del libro I, encontramos una norma que se vincula con los alcances de las directivas anticipadas. Nos referimos al artículo 43 que dispone:

²⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación general Nº 1 (2014) (CRPD/C/GC/1), n. 17.

ARTÍCULO 43.- Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Esta norma establece una pauta general para comprender los alcances de las potestades del juez. Ante una propuesta del interesado (que puede darse en el marco del proceso o previamente a partir de una directiva anticipada) el juez debe valorar la ausencia de "conflictos de intereses" o de "influencia indebida".

La pregunta a responder inmediatamente es si el margen de apreciación de la propuesta del juez es idéntico en todos los casos, o si varía dependiendo de su origen. Es decir, ¿se encuentra el juez más limitado frente a una directiva anticipada del artículo 139 que ante una proposición formulada en el marco del proceso?

En principio, para dar una respuesta entendemos que el juez debe en todos los casos valorar la inexistencia de conflicto de intereses y de influencia indebida, pero que cada uno de los conceptos implica diferencias prácticas a la hora de valorar cada una de las situaciones. De todas formas, en principio el juez debe actuar respetando en la mayor medida posible la autonomía del interesado, siempre que ello no implique un menoscabo a sus propios intereses.

Estos dos parámetros surgen de la CRPD que dispone en el artículo 12 párrafo 4:

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Es interesante advertir que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la Observación General Nro. 1, se detiene a precisar la noción de influencia indebida en salud mental pero no dice nada sobre el "conflicto de intereses".

Influencia indebida: En efecto, en la Observación General Nro. 1 se afirma: "Aunque todas las personas pueden ser objeto de "influencia indebida", este riesgo puede verse

exacerbado en el caso de aquellas que dependen del apoyo de otros para adoptar decisiones. Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores.”²⁸.

Es decir: 1. Todas las personas pueden ser objeto de influencia indebida, en consecuencia el juez tiene facultad de controlar en todos los casos la inexistencia de dicha influencia; 2. El riesgo de influencia indebida se ve exacerbado en aquellas personas que dependen del apoyo.

Esto genera la necesidad de plantear que el riesgo de un aprovechamiento de esta influencia indebida es mayor cuando la persona se encuentra en una situación de vulnerabilidad en razón de un padecimiento mental. Por ello, el escrutinio judicial sobre la decisión manifestada en una directiva anticipada debe ser más estricto cuando la directiva fue formulada con posterioridad a la manifestación de la situación que da origen a la restricción de capacidad. En cambio, solamente en un caso en el que la existencia de la influencia indebida resulte claramente de la prueba podrá apartarse de la voluntad manifestada por una persona en ejercicio pleno de sus facultades.

Conflicto de intereses: En la Observación General nro. 1 (2014) del Comité de la ONU no encontramos una definición de "conflicto de intereses" ni siquiera una mención a tal concepto. Sólo encontramos una mención a la necesidad de prevenir "abusos" en el número 20 cuando dispone: "El objetivo principal de esas salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Para lograrlo, las salvaguardias deben proporcionar protección contra los abusos, en igualdad de condiciones con las demás personas".

Por otra parte, la noción de "conflictos de intereses" presupone la ponderación del "interés" de la persona con algún padecimiento mental. Sin embargo, en relación a la cuestión del "interés superior", en la Observación General Nro. 1 (2014) ya citada no sólo no se precisa qué es un "conflicto de intereses", sino que se pone en duda la noción. Misma de "interés" al afirmarse: "Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias". Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del "interés superior" no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de "la voluntad y las preferencias" debe reemplazar al del "interés superior" para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás”²⁹.

Entendemos que la noción de "conflicto de intereses" remite a parámetros objetivos de ponderación y resulta en tal sentido menos conflictiva que la noción de "influencia

²⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación general N° 1 (2014) (CRPD/C/GC/1), n. 22.

²⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación general N° 1 (2014) (CRPD/C/GC/1), n. 21.

indebida". Así, podemos decir que "conflicto de intereses" es toda aquella situación en la cual una persona que ejerce una función de representación o asesoramiento se encuentra en una posición en la cual el ejercicio de dicha función es susceptible de beneficiar su propio interés, en detrimento de la persona física o moral representada o asistida.³⁰

Hay que aclarar que la situación puede variar desde el momento de la directiva anticipada y el juez debe verificar al momento de la designación que no existan conflictos de intereses. Este control debe ser hecho en todos los casos con igual rigor.

Estamos en condiciones de afirmar que el relativo margen de ambigüedad que surge de los conceptos de "conflicto de intereses" e "influencia indebida" otorga al juez un amplio margen de apreciación a la hora de pronunciarse sobre la aprobación o el rechazo de la designación efectuada, además de las cuestiones que puedan hacer a la validez formal del documento. En este contexto, es legítimo preguntarnos si estamos frente a una verdadera "directiva anticipada" al modo de aquellas reguladas por ley 26.529 y el artículo 60 y cc. del nuevo CCyCU, y cuya fuerza ejecutoria fuera reconocida por la Corte Suprema en "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias"³¹, o bien frente a una suerte de directiva "blanda" sujeta a un amplio margen de apreciación judicial para su puesta en funcionamiento, que cuesta diferenciar sustancialmente en términos prácticos de otros modos de participación en el proceso de la persona con un padecimiento mental.

La cuestión sobre la "idoneidad moral y económica": En el artículo 139 *in fine* se hace referencia a la valoración sobre la idoneidad moral y económica como criterio para discernimiento de la curatela. Es legítimo preguntarse si este estándar es aplicable para la revisión judicial de las designaciones cuando ellas fueran efectuadas mediante una directiva anticipada. Sobre este punto, entendemos que corresponde pronunciarse por la negativa por las siguientes razones: 1. El último párrafo del artículo 139, en el cual se

³⁰ El concepto ha sido ampliamente desarrollado en materia de políticas públicas, especialmente en cuanto se refiere a políticas internacionales de lucha contra la corrupción. En esta materia rige la ley 25.188 de Ética en el ejercicio de la Función Pública. Sobre esta regulación se ha señalado que "En términos genéricos, puede decirse que existe una situación de "conflicto de intereses" cuando el interés personal de quien ejerce una función pública colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña. Implica una confrontación entre el deber público y los intereses privados del funcionario, es decir, éste tiene intereses personales que podrían influenciar negativamente sobre el desempeño de sus deberes y responsabilidades." (Argentina, Oficina Anticorrupción, *Herramientas para la Transparencia en la Gestión – Conflictos de Intereses* - <http://www.anticorruptcion.gov.ar/documentos/Confl%20de%20intereses%20Guidelines%20%281%29.pdf>, 24/02/15)

La cuestión también se presenta en materia de ética de investigación. Por ejemplo, en la Resolución 1480/2011 del Ministerio de Salud de la Nación que aprueba la Guía para Investigaciones con Seres Humanos se define expresamente "conflicto de intereses": "Definición: Se considera un conflicto o competencia de intereses en la investigación cuando el juicio profesional relacionado con un interés o deber primario del investigador, tales como el bienestar de los participantes o la validez de la investigación, puede ser influido por un interés secundario, por ejemplo, la obtención de fondos o el reconocimiento profesional. El interés de proteger a los participantes y obtener un conocimiento válido debe siempre prevalecer sobre cualquier otro interés. En muchos casos puede ser realmente difícil determinar cuándo hay un verdadero conflicto de intereses debido a que el interés que compite no es siempre financiero y puede estar solapado. Los Comités de Ética en la Investigación deben prestar atención al riesgo de conflicto de intereses y no aprobar propuestas en las que haya evidencia de que el juicio profesional de los investigadores pueda ser afectado por una incompatibilidad de intereses" (apartado A.7).

ver también Demski, Joel S., "Corporate conflicts of Interests" *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 17, No. 2 (Spring, 2003), pp. 51-72

³¹ CSJN, 01/06/2012, fallos 335:799

encuentra previsto el criterio, establece que su aplicación tendrá lugar “a falta de estas previsiones”, es decir en el caso que la persona no hubiera realizado una directiva anticipada; 2. El criterio de idoneidad moral y económica no aparece dentro de los aspectos a valorar por parte del juez para la designación de curadores y apoyos en el artículo 43 CCyCU; y 3. El estándar no aparece mencionado en el artículo 12.4 de la CRPD, resultando dudosa la validez de restricciones de dicha naturaleza a la voluntad de la persona en términos de un eventual control de convencionalidad.

b) Vinculación de la directiva anticipada en materia de capacidad con otros mandatos vigentes

Más allá de la configuración jurídica que ha tomado el nuevo Código y en torno a la cual formularemos luego un balance, esta posibilidad de establecer de forma planificada medios para suplir las futuras limitaciones en materia de capacidad, entra en relación con la calificación y validez de los mandatos que la persona pueda haber otorgado con anterioridad a la decisión judicial de restricción a la capacidad. La extinción de estos mandatos no puede ser automática en ausencia de una norma específica que lo disponga en razón de una aparente incompatibilidad de regímenes. En este sentido el nuevo CCyCU prevé en su artículo 1329: “*Extinción del mandato. El mandato se extingue: (...) e. por la muerte o incapacidad del mandante o del mandatario*”. La cuestión se plantea inmediatamente: ¿puede considerarse extinguido el mandato por cualquier restricción a la capacidad o bien resulta necesaria una declaración de incapacidad en el extremo del último párrafo del art. 32? Podemos afirmar con seguridad ante una declaración de incapacidad se extinguen todos los mandatos otorgados con anterioridad. Con respecto a la situación que se presenta ante una restricción a la capacidad se vislumbran tres posibles posiciones:

1. Tesis restrictiva: debe interpretarse la referencia al concepto de incapacidad del artículo 1329 del nuevo CCyC en sentido restrictivo y por lo tanto una declaración de restricción a la capacidad, en cuanto la persona continúa siendo un sujeto en principio capaz, no implicaría la extinción de los mandatos otorgados con anterioridad. La excepción podría ser el caso en que la designación de un "apoyo" restringiendo la capacidad se haga con la expresa indicación de que el apoyo actuará con facultades de "representación para determinados actos", a tenor de lo dispuesto por el artículo 101 inciso c. Ello comprendería los actos limitados por sentencia y en los cuales hubiera designación de un apoyo con facultades de representación, o bien, cuando el acto de otorgar mandato deba ser ejercido a través de dicha representación.
2. Tesis amplia: se interpreta el concepto de incapacidad en sentido amplio y por lo tanto en la inteligencia que tanto la declaración de incapacidad como una restricción a la capacidad tienen como consecuencia la extinción de todos los mandatos otorgados por la persona.
3. Tesis intermedia: es posible sostener que la extinción de los mandatos en estos supuestos se producirá en forma proporcionada a la medida de la restricción de la capacidad que sufra la persona. En concreto, se extinguirían los mandatos que fueron otorgados para la celebración de actos para los cuales la sentencia judicial ha establecido una restricción a la capacidad.

Entre estas tres posibles posiciones, independientemente de su oportunidad, en una primera lectura de las nuevas normas, entendemos que de *lege lata* que sería aplicable a

la cuestión el criterio restrictivo. Las tesis amplia e intermedia parecen contradecir los términos del artículo 3 de la Ley 26.657 conforme el cual se debe partir de la presunción de capacidad de las personas y en consecuencia vedando la posibilidad a cualquier interpretación extensiva del concepto y resultando claro que la incapacidad tal como es concebida en el nuevo CCyCU es un supuesto excepcional y limitado al supuesto fáctico previsto en el último párrafo del artículo 32. Será decisiva la práctica judicial en torno a la forma de plasmar en las sentencias las limitaciones a la capacidad y los márgenes de actuación de los apoyos (cfr. artículos 101 y 102). Debe tenerse también en consideración que en estos casos, la persona puede por sí misma o bien con la asistencia de sus apoyos revocar por su propia voluntad los mandatos otorgados con anterioridad, y en este sentido la tesis restrictiva se presenta como la más respetuosa de la autonomía individual. Esta solución encuentra precedentes en el derecho comparado. A título de ejemplo puede citarse el sistema francés, en el cual la *sauvegarde de justice* (mayor no sujeto a nuestra curatela, es decir en principio capaz con restricciones al modo del nuevo CCyCU) no tiene por efecto inmediato la extinción de los mandatos por los cuales la persona sujeta a la medida de protección hubiera designado a otra para la administración de sus bienes³². De hecho, aún luego de la medida de protección conserva la posibilidad de establecer “mandatos de protección futura”³³.

c) Síntesis sobre las directivas anticipadas en materia de capacidad civil en el nuevo CCyCU

Corresponde en este punto hacer una síntesis sobre la naturaleza y características del nuevo instituto previsto en el artículo 139 CCyCU. Podemos afirmar que dicho artículo establece la norma general en materia de “directivas anticipadas” con relación a los regímenes de apoyo y representación que se dispongan en razón de una incapacidad o restricción a la capacidad en el marco de las disposiciones de la Sección 3, Capítulo 2, Libro primero del CCyCU. Dichas directivas están en todos los casos sujetas a revisión judicial. Las pautas para la interpretación de los alcances de las facultades judiciales de revisión surgen del artículo 43 y deben ser interpretadas en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho vinculadas con la manifestación del padecimiento mental, y con la naturaleza de la causal invocada para el apartamiento de la voluntad manifestada por el interesado.

Sin embargo, y como hemos dicho, no puede pasarse por alto que en cuanto a su ámbito de aplicación, margen de apreciación judicial en su revisión, y naturaleza jurídica, estas “directivas anticipadas” en materia de capacidad difieren significativamente de las previstas en el artículo 60 para los actos médicos. Con respecto al ámbito de aplicación, mientras que las directivas del artículo 60 se refieren específicamente a actos médicos y resultan aplicables en el supuesto fáctico previsto en el artículo 59 *in fine*, las directivas del artículo 139 refieren al supuesto genérico de incapacidad o restricción de capacidad siendo aplicables cuando se presentaran las condiciones previstas en el artículo 32. En cuanto se refiere al margen de apreciación judicial, se observa que tal como lo establece el propio Código todas las “designaciones” que se efectúen por aplicación del artículo 139 deben ser objeto de aprobación judicial y por lo tanto de revisión sobre la base de los estándares de ausencia de conflicto de intereses y de influencia indebida. En consecuencia el margen de apreciación judicial es significativamente más amplio en el

³² Marchadier, Fabien, “Majeurs protégés” en *Répertoire Civil Dalloz*, Paris, Dalloz, julio de 2014.

³³ Boudjemai, Michel, *Guide de la Protection Juridique des Majeurs*, éditions ASH, Rueil-Malmaison, 2013.

caso de las directivas del artículo 139 que en las del 60, con respecto a las cuales el margen hipotético de revisión parece ser *a priori* sumamente restringido.

Ello nos lleva a la última cuestión relativa a la naturaleza jurídica: ¿son las directivas anticipadas en materia de capacidad mencionadas en el artículo 139 un acto jurídico? En virtud de las particularidades descritas precedentemente la respuesta a esta pregunta parece ser negativa, encontrándonos en presencia de un simple acto lícito consistente en una manifestación unilateral de voluntad que es eventualmente susceptible de producir efectos jurídicos en cuanto resultan aplicables estas normas que reflejan el principio de respeto a la autonomía prospectiva de la persona y del derecho a la participación de la persona que sufre un padecimiento mental en el proceso. Por otra parte, estas directivas anticipadas en materia de capacidad no son un mandato, a diferencia de las que pueden surgir del artículo 60, como hemos visto.

Por todas estas razones, es posible cuestionar la referencia del artículo 139 CCyCU al concepto de “directiva anticipada” para el instituto bajo análisis, dado que su uso para un instituto de características tan diversas a aquel en el que tuvo origen puede conducir a equívocos sobre su verdadera naturaleza y efectos jurídicos.

4. Conclusiones

Recapitulando lo desarrollado en el presente trabajo, podemos ofrecer algunas conclusiones iniciales:

- El nuevo Código Civil y Comercial incluye, con distintos alcances, las directivas anticipadas.
- El artículo 60 CCyCU establece una norma específica referida a las directivas anticipadas sobre actos personalísimos sobre el propio cuerpo previendo una imposibilidad fáctica para la toma de dichas decisiones en el futuro, limitada estrictamente a actos de dicha naturaleza, y en el contexto de la normativa sobre derechos del paciente.
- Las directivas anticipadas contempladas en el artículo 60 refieren únicamente a los actos médicos y por tanto no pueden extenderse a otros actos de la vida civil, reconociendo como antecedente y complemento las normas de la ley 26529 de derechos del paciente según la reforma de la ley 26742.
- Las directivas anticipadas contempladas en el artículo 60 del CCyC pueden incluir tres actos: i) "anticipar directivas" referidas a actos médicos; ii) conferir mandato respecto de la salud y en previsión de la propia incapacidad; iii) designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos.
- La incapacidad a la que refiere el artículo 60 para que se tornen operativas las "directivas anticipadas" es la que refiere el artículo 59 *in fine* del propio CCyC y corresponde al caso en que la persona se encuentra "absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica" y "medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para la vida o la salud".

- En cuanto a la determinación de la situación de imposibilidad absoluta de manifestación de la voluntad a la que refiere el artículo 59, la reglamentación de la ley de derechos del paciente remite al criterio médico, mientras que el nuevo CCyC no brinda orientación sobre el punto.
- El artículo 60 del Código Civil y Comercial eliminó la frase del artículo 11 de la ley 26529 que establecía que "*las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo*" y al respecto, habrá que estar a la jurisprudencia de la Corte y a las normas generales sobre la actuación médica, sobre todo teniendo en cuenta que se tienen por no escritas las directivas que impliquen prácticas eutanásicas.
- Si bien conforme el artículo 1329 inc. e) del Código el mandato se extingue por "incapacidad" del mandante o mandatario, dicha causal no es aplicable a las directivas anticipadas del artículo 60 por cuanto implicarían la frustración de la finalidad del instituto.
- La designación anticipada de un representante prevista en el artículo 60 CCyC ha de interpretarse conforme a las reglas generales de "representación" que establece el nuevo Código (arts. 100 a 103 y 358 y siguientes), o bien bajo la figura del mandato, según se haya expresado en las directivas anticipadas.
- El nuevo CCyC no aclara bajo qué criterios habrá de obrar el representante designado anticipadamente al momento de ponderar cómo decidir el consentimiento por representación si no recibió directivas previas en tal sentido.
- El artículo 60 no dice nada sobre la necesidad de "aceptación" del representante designado en las directivas anticipadas y habrá que estar a lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 1089/2012.
- Si bien el artículo 60 del CCyC omite referirse a la forma prescripta para la instrumentación y registración de las directivas anticipadas, continúan vigentes las disposiciones de la ley 26529 reformada por la ley 26742 y el Decreto 1089/2012.
- Si bien recurre a la expresión "directivas anticipadas" sobre capacidad, el artículo 139 tiene alcances limitados en relación a lo sugerido sobre este instituto por el Comité de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Respecto a la expresión utilizada por el artículo 139 CCyC en el sentido que la persona "designa" al curador, corresponde señalar que de una lectura completa del texto y de las restantes normas concordantes hay que interpretar tal acto como una propuesta de designación.
- La posibilidad de proponer la designación de un curador prevista en el artículo 139 se refiere al supuesto contemplado en el artículo 32 *in fine* de incapacidad decretada por sentencia judicial en caso de absoluta imposibilidad de manifestar la voluntad.

- Aunque no aparece mencionado explícitamente en el artículo 139, así como se pueden formular directivas anticipadas para proponer la designación de un curador, se puede proponer la designación de apoyos para el supuesto de restricción a la capacidad, que serán designados en la sentencia a tenor de lo dispuesto por los artículos 43, 101 y 102 del CCyC.
- En todos los casos de propuesta de designación de curador o apoyos, es necesaria la revisión judicial. Por regla, las directivas médicas anticipadas deben ser cumplidas sin necesidad de intervención judicial (art. 60), mientras que la propuesta de designación de curador y apoyos del artículo 139 requiere aprobación judicial.
- En cuanto a la actuación judicial ante tales propuestas de designación, el nuevo Código le concede un margen amplio de apreciación al juez, quien –a tenor de lo dispuesto en la CRPD- deberá evaluar que no exista conflicto de intereses o influencia indebida.
- Es posible concluir que el artículo 139 CCyC no establece una directiva anticipada en sentido propio y que la utilización de tal terminología puede resultar excesiva y equívoca, pues existen distinta naturaleza jurídica, distinto ámbito de aplicación y distinto margen de apreciación judicial entre el instituto de las directivas anticipadas y la propuesta de designación de curador o apoyos del artículo 139.
- En cuanto a la incidencia que tienen las sentencias de incapacidad y restricción a la capacidad respecto a los mandatos otorgados por la persona, sostenemos una tesis restrictiva que considera que la disposición del artículo 1329 refiere a los casos de incapacidad decretados a tenor del artículo 32 *in fine*, o bien de restricción a la capacidad con designación de apoyo con funciones de representación (art. 101 inc. c).