

Comisión nº 1, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”

DIRECTIVAS ANTICIPADAS EN MATERIA DE CAPACIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO

Autores: Lafferriere, Jorge Nicolás¹ y Carlos Muñiz²

Resumen:

El Código Civil y Comercial incluye normas sobre "directivas anticipadas" en los artículos 60 y 139. Sostenemos que el art. 60 se circunscribe a los actos médicos y se trata de directivas que no requieren revisión judicial. Por su parte, el artículo 139 incorpora la posibilidad de proponer la designación de un curador en previsión de la propia incapacidad y el art. 43 permite proponer apoyos en casos de capacidad restringida. En estos dos casos, la propuesta de designación debe ser apreciada judicialmente para evitar “conflicto de intereses” o “influencia indebida”, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26378 y ley 27044). Finalmente, consideramos la problemática generada por el artículo 1329 CCyC referido a la extinción del mandato.

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 la presente ponencia³ presentamos algunas conclusiones sobre 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 (CDPD) aprobada por ley 26378 y que desde diciembre de 2014 cuenta con jerarquía

¹ Profesor Adjunto de Elementos de Derecho Civil (UBA), Director del proyecto DECYT 14148 (UBA).
Profesor Titular Ordinario de Principios de Derecho Privado e Instituciones de Derecho Civil (UCA),

² Profesor Adjunto de Principios de Derecho Privado e Instituciones de Derecho Civil (UCA), Docente de Elementos de Derecho Civil (UBA), Investigador formado del proyecto DECYT 14148 (UBA).

³ La presente ponencia se realiza en el marco del Proyecto de Investigación DECYT 1418 aprobado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

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.

Las disposiciones de los artículos 60 y 139 recurren a la común terminología de "directivas anticipadas" y por tanto admiten una vinculación conceptual y sistémica. Sin embargo, entendemos que se encuentran destinadas a reglar diferentes aspectos de la situación jurídica de la persona que sufre una limitación en la aptitud para ejercer sus derechos.

2. Las directivas anticipadas en materia de salud y la capacidad (artículo 60 del CCyCU)

2.1. Comparación entre el artículo 60 CCyC y el artículo 11 de la Ley 26529

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".

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 26742⁵:</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, 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.</i></p> <p><i>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>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 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.</i></p> <p><i>Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.</i></p>
---	---

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.

⁵ Hay que tener en cuenta también la reglamentación de este artículo por el artículo 11 del Decreto 1089/2012.

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"⁶.
- 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.

2.2. Alcances de la expresión “en previsión de la propia incapacidad”

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 incapacidad y designar un curador*".
- 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*

⁶ 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).

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.

2.3. El artículo 60 y las directivas anticipadas sobre incapacidad para actos jurídicos en general

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. 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, corresponde interpretar que la persona puede en previsión de su propia incapacidad disponer los medios tendientes al ejercicio de sus derechos como paciente. El artículo 60 por tanto se refiere a los actos médicos.

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 instituto⁷.

2.4. 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 26742⁸, 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.

⁷ 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.

⁸ 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).

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.

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

3.1. Las directivas anticipadas en la CDPD

El artículo 12 de la CDPD 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 CDPD, sostiene⁹ que:

- a) La planificación anticipada "es una forma de apoyo" y también un "derecho" que se debe garantizar "en igualdad con las demás" personas.
- 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 ámbitos¹⁰. 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 cognitivas¹¹.

3.2. El artículo 139 del CCyC y las directivas anticipadas

Dentro de la temática de las directivas anticipadas, corresponde que analicemos el artículo 139 que se refiere se refiere a la posibilidad de designar a quien ha de ejercer la curatela y dispone:

⁹ 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.

¹⁰ 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*.

¹¹ Juanes, Norma H.; Plovanich, María Cristina, "La problemática del adulto mayor en orden asus 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 - Muñoz, 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.

ARTICULO 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.

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.

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, habrá que tener en cuenta los parámetros que surgen del artículo 12 apartado 4 de la CDPD referidos al conflicto de intereses y la influencia indebida.

A su vez, 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.

La clave para la interpretación de las atribuciones del juez puede encontrarse en el artículo 43 que dispone:

ARTICULO 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".

Respecto a la influencia indebida, en la citada 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."¹².

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 n. 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". 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 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 aquel de la persona física o moral representada o asistida.

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" otorgan 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

¹² 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.

reconocida por la Corte Suprema en "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias"¹³, 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 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 CDPD, resultando dudosa la validez de restricciones de dicha naturaleza a la voluntad de la persona en términos de un eventual control de convencionalidad.

4. Vinculación de la directiva anticipada en materia de capacidad con otros mandatos vigentes.

La posibilidad de establecer de forma planificada medios para suplir las futuras limitaciones en materia de capacidad debe ser ponderada 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.

¹³ CSJN, 01/06/2012, fallos 335:799

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 bienes¹⁴. De hecho, aún luego de la medida de protección conserva la posibilidad de establecer “mandatos de protección futura”¹⁵.

Conclusiones

1. El artículo 60 del CCyC 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 médicos, y en el contexto de la normativa sobre derechos del paciente.
2. 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".
3. 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

¹⁴ Marchadier, Fabien, “Majeurs protégés” en *Répertoire Civil Dalloz*, Paris, Dalloz, julio de 2014.

¹⁵ Boudjemaï, Michel, *Guide de la Protection Juridique des Majeurs*, éditions ASH, Rueil-Malmaison, 2013.

directivas anticipadas del artículo 60 por cuanto implicarían la frustración de la finalidad del instituto.

4. Respecto 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.
5. El artículo 139 del CCyC recepta las directivas anticipadas en relación a la propia incapacidad, aunque con alcances limitados en relación a lo sugerido sobre este instituto por el Comité de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.
6. 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.
7. Bajo el nuevo Código, la persona 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.
8. 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, que deberá evaluar que no exista conflicto de intereses o influencia indebida, a tenor del artículo 12 de la CDPD.
9. Respecto a la incidencia que tienen las sentencias de incapacidad y restricción de la capacidad respecto a la vigencia de los mandatos otorgados por la persona, la disposición del artículo 1329 del CCyC referida a la extinción del mandato debe ser interpretada como aplicable 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 para el acto específico que esté contemplado en el mandato (art. 101 inc. c).