

DISPOSICIONES Y ESTIPULACIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD: EL DERECHO ALEMÁN

CHRISTIAN HERTEL*



EL AUMENTO EN LA ESPERANZA DE vida aunado a la mejora en los cuidados médicos han provocado que aumente el número de personas mayores que ya no pueden ocuparse por sí mismas de sus asuntos personales y patrimoniales. Asimismo, tras la desaparición de la familia numerosa y con el aumento de la individualización de la sociedad, las personas mayores a menudo carecen de personas de su confianza que puedan representarlas en los caminos legales. Por otro lado, la preocupación por sus propiedades se hace más importante para estas personas, pues ellas



* Christian Hertel, Notario del Würzburg, Alemania, Director Suplente del Deutsches Notarinstitut.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Suarez', with a large, stylized flourish below it.

pueden ahorrar o acumular más propiedades que también deben ser administradas. En el año 1990 había en Alemania del Oeste unas 250,000 personas en régimen de tutela (*Vormundschaft*) o de curatela a los enfermos (*Gebrechlichkeitspflege*). Aunque hoy es considerablemente más bajo el régimen de asistencia.

Ante estos hechos, las instituciones jurídicas para la tutela a los mayores de edad y para la curatela a los enfermos del derecho alemán anterior se consideraron insuficientes. Así, con la *Ley de asistencia de 1990* que entró en vigor el 1 de enero de 1992 el legislador hizo una reglamentación más actual. Sin embargo la nueva ley se ha mostrado en algunos de sus puntos como insuficiente y necesitada de reformas. Sus principales problemas son el gran número de procedimientos y su complejidad, que han concluido en una acumulación de procesos, al tiempo que ha encarecido a estos procedimientos.

Como respuesta a esta situación, muchas personas prefieren tomar las medidas necesarias a través de reglas convenidas para afrontar su incapacidad para la gestión y para la acción (poder de previsión para la vejez o poder de previsión: *Vorsorgevollmacht*). Por su parte, los medios de comunicación y los consultores jurídicos también aconsejan la consecución de un

poder de previsión. Aquí se muestra la desconfianza que se tiene para nombrar un tutor a través del tribunal, y además se muestra el desconocimiento de la regulación jurídica.



EL DERECHO QUE ESTUVO EN VIGOR HASTA EL FINAL DE 1991 diferenciaba dos institutos jurídicos: Por un lado estaba la tutela (*Vormundschaft*) que necesitaba de una declaración de incapacidad (*Entmündigung*). Por otro lado estaba la curatela a los enfermos físicos o psíquicos (*Gebrechlichkeitspflege*) que podía ser decretada también a una persona capacitada para la administración pero discapacitada físicamente.

EL DERECHO ANTERIOR



SEGÚN EL DERECHO ANTERIOR SE PODÍA INCAPACITAR a mayores de edad por enfermedad mental, subnormalidad, malgasto de

INCAPACITACIÓN Y TUTELA¹

¹ El Código Civil Alemán —llamado Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)— está dividido en párrafos. Dado que las leyes de los países iberoamericanos se dividen en ar-



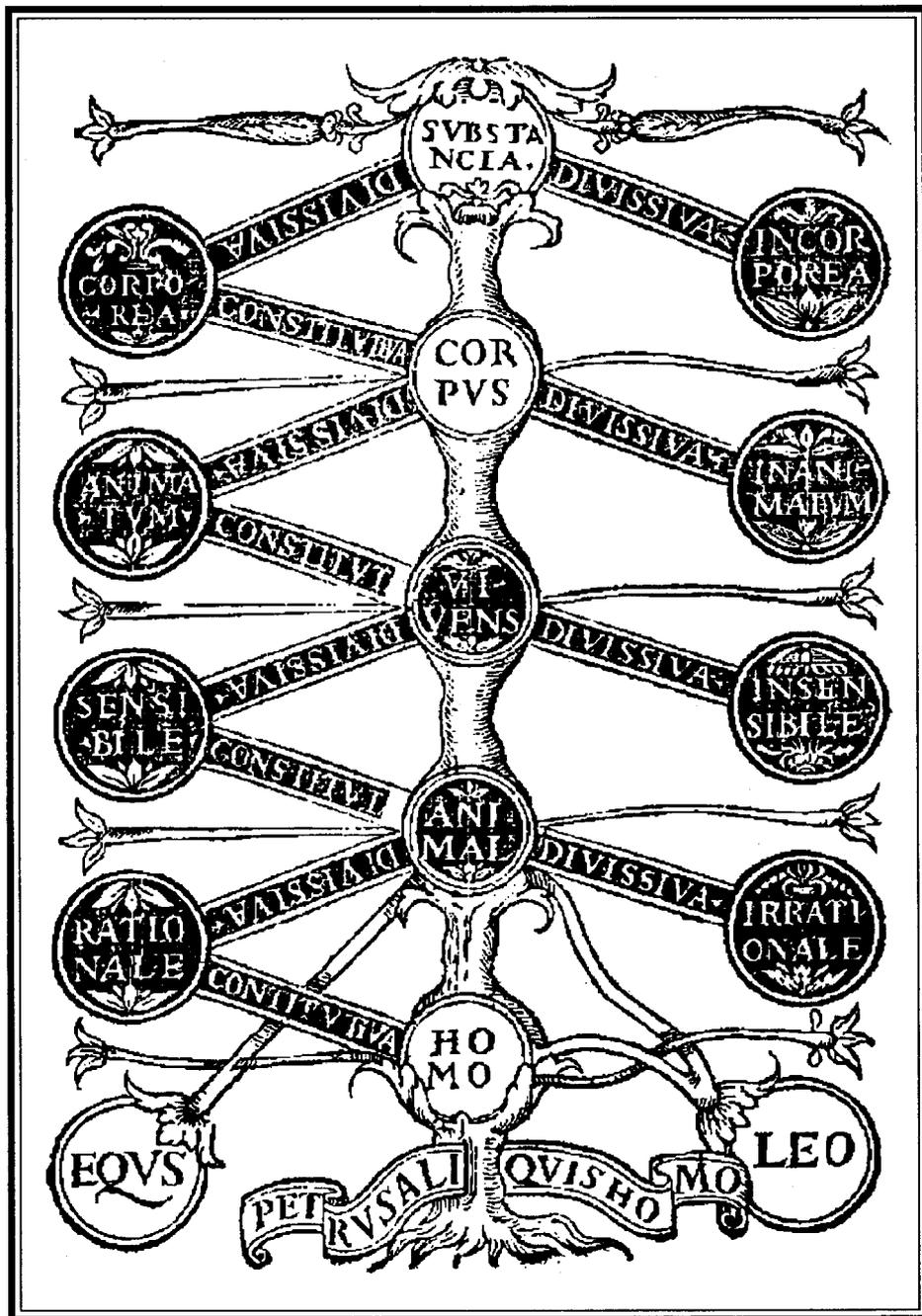
dinero, alcoholismo y drogadicción (*Entmündigung*—art. 6 BGB, r.a.). Si se incapacitaba al afectado a causa de enfermedad mental, se convertía en incapacitado (*geschäftsunfähig*—art. 104, no. 3, BGB), aunque por otras causas sólo se volvía relativamente capaz (*beschränkt geschäftsfähig*), como un menor de edad de entre 7 y 18 años.

La representación de incapacitado se realizaba a través de un tutor (*Vormund*) nombrado por el tribunal de tutelas después de la incapacitación (art. 1896-1908, BGB r.a.). El tutor era el representante legal del incapacitado tanto para el cuidado de los bienes (arts. 1897, 1793, 1626 y 1629, BGB r.a.) como para el cuidado personal (art. 1897, 1800, 1631-1633 y 1901, BGB r.a.). Asimismo, para determinados negocios el tutor necesitaba una autorización del tribunal de tutelas, sobre todo para disposiciones de inmuebles, de una empresa o una herencia (art. 1821 y 1822, BGB). Tampoco podía hacer regalos con los bienes del tutelado (art. 1804, BGG).



títulos, opté por la traducción de "artículo". Los artículos de la redacción anterior (en vigor hasta 1991) los

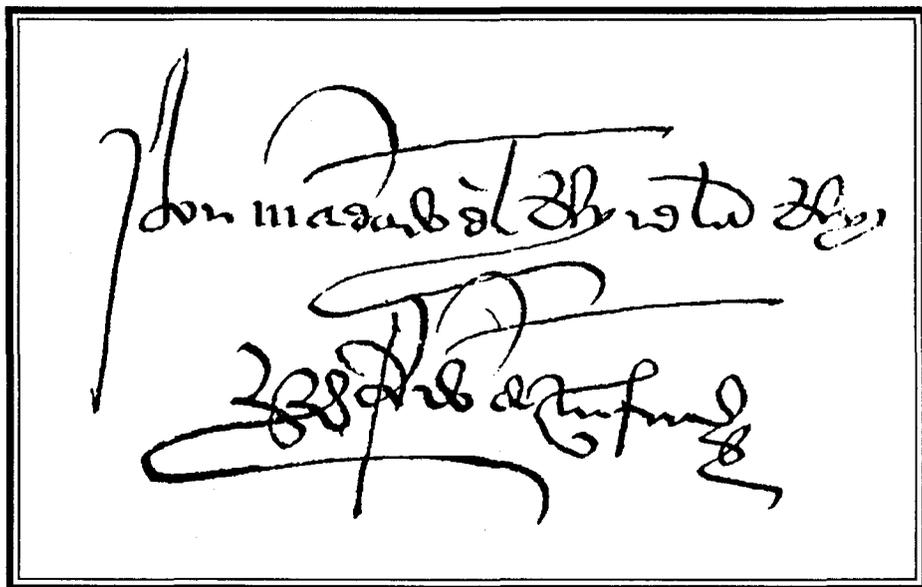




SI NO EXISTÍAN LAS CONDICIONES PARA LA INCAPACITACIÓN, pero el mayor de edad no podía resolver sus asuntos o determinados deberes a causa de una enfermedad, o un defecto físico o mental, el tribunal de tutela podía decretar un régimen de curatela a los enfermos (*Gebrechlichkeitspflegschaft*—art. 1910, BGB, r.a.). De esta forma se ocupaba la curatela a los enfermos de casos menos graves en comparación con la incapacitación. La curatela a los enfermos sólo podía decretarse con el consentimiento del afectado, excepto en el caso de que no fue-

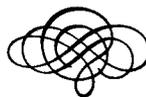
CURATELA DE LOS ENFERMOS

he marcado como BGB r.a. Para el derecho anterior véanse las redacciones anteriores de los comentarios: p.e. Palandt/Diederichsen, 48 edit. art. 1896 y ss, BGB, r.a.



se posible un entendimiento con él o que el afectado estuviese incapacitado parcial o totalmente (art. 1910, inc. 3º, BGB r.a.)

El curador de los enfermos podía representar al afectado en sus negocios jurídicos. Sin embargo, mientras estuviera capacitado para la administración, el afectado podía también cerrar negocios solo. Así pues el curador sólo podía ser considerado el representante legal si el enfermo estaba incapacitado para la administración. Por lo demás, la opinión mayoritaria le consideraba un apoderado nombrado por el Estado.



LA NUEVA LEY DE ASISTENCIA

NUEVA REGLAMENTACIÓN A TRAVÉS DE LA LEY DE Asistencia. Según el derecho anterior de tutelas, la incapacitación se consideraba para el afectado como degradante. Pero también se consideraba necesaria una nueva reglamentación debido a la partición y rigidez del derecho anterior. Después de largas sesiones de trabajo se promulgó la nueva *Ley de Asistencia (Betreuungsgesetz)* el 12 de septiembre de 1990 (*Gaceta Legislativa Federal* BGBl. 1190 I, p. 2002) que entró en vigor el 1 de enero de 1992. Está acogida en el *Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch*



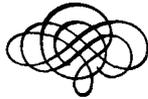
artículos 1896 y siguientes) y substituye a los artículos hasta entonces vigentes sobre la tutela a los mayores de edad.

Principios del Derecho Actual. Según el derecho anterior se necesitaban dos procedimientos diferentes para la tutela: Primero la decisión sobre la declaración de incapacidad; y segundo, el nombramiento del tutor, con lo que estaban encargados dos tribunales diferentes. Hoy, el decreto de asistencia y el nombramiento del asistente se deciden en decisión conjunta del tribunal de tutelas (principio de decisión única).

También en el derecho material el único instituto jurídico de asistencia reemplaza a los institutos anteriormente separados de la tutela y de la curatela de los enfermos. Ahora ya no hay que distinguir entre la incapacidad de contratar o la simple incapacidad física. Las opciones al alcance del tribunal de tutelas son más flexibles: Las posibles medidas van desde una asistencia en algunos casos individuales hasta una asistencia más amplia y finalmente también al decreto de la necesidad de consentimiento del asistente a los negocios jurídicos del asistido (*Einwilligungsvorbehalt*). Dentro de este abanico es posible una transición continua.

El derecho actual otorga mayor autonomía a la persona asistida. La asistencia sólo puede ser decretada cuando sea necesaria. Si ya existe un poder de previsión (*Vorsorgevollmacht*) no es necesaria la asistencia. Tanto el juez, cuando elige al asistente, como el asistente mismo deben tener en cuenta los deseos del asistido siempre que sea posible. El afectado puede hacer saber previamente sus deseos en una disposición de asistencia (*Betreuungsverfügung*) para el caso en que sea necesaria una asistencia. Finalmente, la ley establece la asistencia personal. La posibilidad que existía antes de nombrar como tutor a una autoridad o una asociación se ve bastante limitada.





EL TÉRMINO DE ASISTENCIA DEBERÍA SONARNOS más positivo que el de la tutela o de la curatela. Pero este término ha sido elegido con mala fortuna. Esencialmente se trata de una representación legal. Sin embargo, bajo el término asistencia el uso lingüístico general entiende los cuidados de hecho para con una persona y no los negocios jurídicos. Asimismo, el término asistencia se entiende de manera diversa en las diferentes leyes.

Para vergüenza del legislador se muestran las nuevas leyes como insuficientes, incluso tras su inmediata entrada en vigor. La gran crítica desde la práctica llevó a la elaboración de una primera reforma del derecho de asistencia, para la cual existe el proyecto gubernamental de una ley de modificación.²

La reforma precisa sobre todo las reglamentaciones sobre el pago al asistente. Apoyándose en los principios de la ayuda social (*Sozialhilfe*) regula en qué medida de-

LA INMINENTE REFORMA DEL DERECHO DE ASISTENCIA

² Para el texto de la ley propuesta hace unos cuantos años, véase el *Boletín de la Asamblea Federal* del 11 de marzo de 1997 (BT-DRUCKS 13/7158, 11.3.97).

be hacerse cargo de los costes un asistido de limitados recursos. Además regula explícitamente que un poder de previsión también puede autorizar a un consentimiento de medidas médicas y a un internamiento. En casos importantes el ejercicio de tal poder tendrá que ser primero autorizado por el tribunal de tutela.



**LA LEY DE
ASISTENCIA DE
1990**

I. Procedimiento

1. Inicio del procedimiento: A petición o de Oficio (art. 1896, inc. 1º, BGB). Si existe una discapacidad física, el nombramiento de un asistente puede realizarse sólo a petición del afectado (art. 1896, inc. 1º, f. 2º, BGB). Y si no, es decir, si sufre una enfermedad psíquica o una discapacidad mental o psíquica, el tribunal de tutelas puede nombrar al asistente también de oficio (art. 1896, inc. 1º, f. 1º, BGB). El nombramiento de un tutor contra la voluntad de la persona afectada sólo puede realizarse si esta persona no puede determinar libremente su voluntad dentro de las determinadas esferas de competencia del asistente.³

³ BayObLG FamRZ 1996, p. 897.

BayObLG FamRZ 1996, p. 1370.

2. *Procedimiento (art. 65 sig., FGG)*. El procedimiento para nombrar un asistente está regulado en los artículos 65 y siguientes de la *Ley sobre los Asuntos de la Jurisdicción Voluntaria (Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit—FGG)*. Objetivamente competente es el tribunal de primera instancia (*Amtsgericht*) como tribunal de tutelas (*Vormundschaftsgericht*). La competencia local se determina según la residencia habitual del afectado (art. 65, inc. 1º, FGG).

BayObLG NJW-RR 1997, p. 834.
FamRZ 1997, p. 388. Rpfleger 1997, p.162.
OLG Frankfurt BtPrax 1997, p. 123.
OLG Hamm DA Vorm 1997, p. 135.



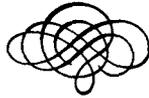
Durante el procedimiento el juez tiene que escuchar al afectado personalmente y tiene que hacerse una idea del mismo antes de nombrar al tutor o de decretar la necesidad de consentimiento (art. 68, inc. 1º, FGG). Además se necesita el examen de un psiquiatra; basta con un certificado médico cuando la persona asistida ha pedido la asistencia (art. 68 b, inc. 1º, FGG). Finalmente, la autoridad de asistencia (*Betreuungsbehörde*) debe tener oportunidad para expresar su opinión (en el llamado "informe social" - *Sozialbericht* - art. 68 a, FGG).

El procedimiento es criticado por ser demasiado complicado. Sobre todo sería superfluo el nombramiento de un curador del procedimiento (*Verfahrenspfleger*) para la representación del asistido en el procedimiento para el nombramiento de un asistente (art. 67, FGG). También se considera superfluo en muchos casos la necesidad del informe social (art. 68 a, FGG) y del certificado psicológico (art. 68 b, FGG). Para la simplificación del procedimiento legal se pide realizar una primera audiencia principalmente de la que pueda tomarse una decisión final en el 80 al 90 por ciento de los casos.⁴



⁴ Véase a este respecto, entre otras, la obra de Coeppicus, *Zur ersten Reform des Beterungsgesetzes, Rpfleger*, 1996, p. 425 ss.

En la bibliografía que se presenta al final de este



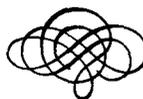
LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE TUTELAS SOBRE EL decreto de una asistencia debe especificar, además de la persona del afectado y del asistente, la esfera de competencias del asistente y la esfera de declaraciones de voluntad del asistido, mismas que necesitan del consentimiento del asistente para su validez (art. 69, inc. 1º, FGG). Además tiene que nombrar esta decisión el momento en el que el tribunal debe decidir sobre la supresión o el alargamiento de esta medida. Esta fecha no puede ir más allá de los cinco años después de aprobarse la decisión. Cuando se nombra a una asociación o a una autoridad como asistente no pueden pasar más de dos años para controlar si en vez de éstos puede nombrarse a una persona natural como representante (art. 69 c, FGG).

El asistente recibe un certificado de nombramiento como tutor en el que están escritos la esfera de su competencia y el alcance de una necesidad del consentimiento-

DECRETO DE LA ASISTENCIA

trabajo, se muestran algunas otras obras relacionadas con esta importantísima cuestión notarial dentro del derecho alemán.

to (art. 69 b, FGG). La limitación temporal para el control del tribunal no está escrita en el certificado de nombramiento. Este también es prueba plena de su nombramiento y del poder de representación como por ejemplo en el tribunal, ante autoridades y notarios.



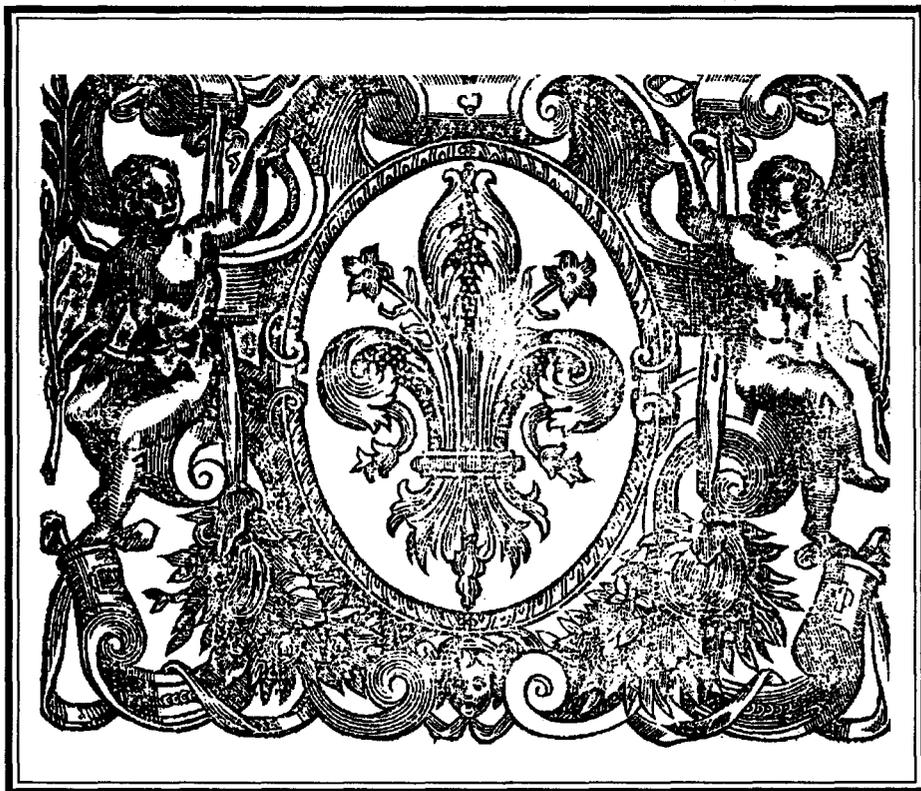
**CONDICIONES
PARA UNA
ASISTENCIA**

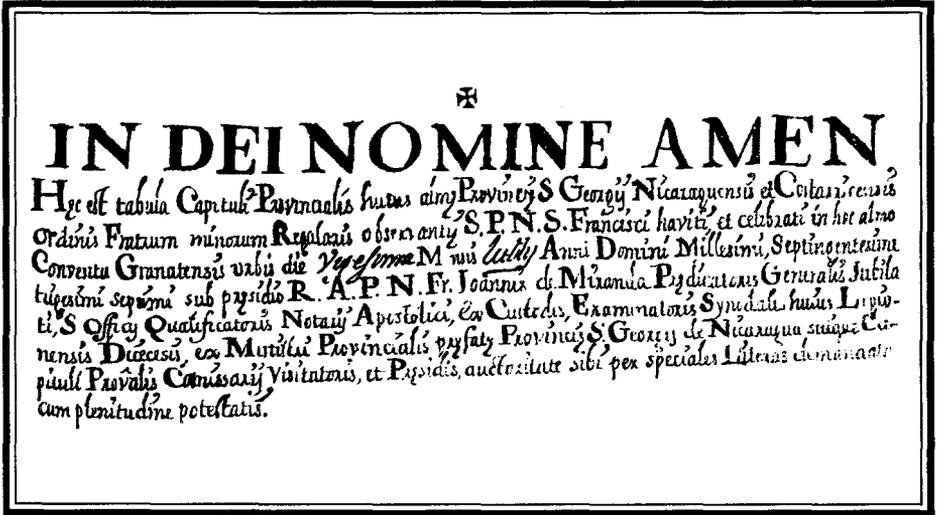
1. *ALCANCE: PARA MAYORES DE EDAD (ART. 1896, inc. 1º, BGB)*. El derecho de asistencia sólo se puede utilizar con los mayores de edad. Según la ley, los niños de hasta siete años son incapaces para la administración (*geschäftsunfähig*—art, 104, n° 1º, BGB). Los menores de 7 hasta 18 años son capaces solamente con límites (*beschränkt geschäftsfähig*—art. 106 sig., BGB). En asuntos legales serán representados a través de sus padres como representantes legales (art. 1629, BGB) y si no a través de un tutor (art. 1773 y 1793 sig., BGB) o de un curador complementario (*Ergänzungspfleger*—art. 1909, BGB).

Excepcionalmente pueden tomarse medidas preventivas con una persona de 17 años, las cuales se hacen efectivas al cumplir los 18 (art. 1908 a, BGB). Así se puede posibilitar una transacción sin dificultades

de la representación paterna a la de un asistente.

2. *Incapacidad de Resolver sus Propios Asuntos* (art. 1896, inc. 1º, f. 1º, BGB). Una asistencia sólo puede decretarse si el afectado es completa o parcialmente incapaz de resolver sus propios asuntos (art. 1896, inc. 1º, f. 1º BGB). No importa que su incapacidad se deba a una enfermedad psíquica, a una minusvalía física, mental o psíquica. Los





proprios asuntos son aquellos que un mayor de edad sano podría resolver por sí mismo. No se necesita una asistencia cuando una persona sana se asista de una especialista, como un abogado, un notario o un asesor de impuestos.

La ley repite este requisito también en otros verbos: siempre que el afectado a pesar de su enfermedad o de su minusvalía pueda todavía asistirse por sí mismo, no hace falta decretar la asistencia (principio de la necesidad—art. 1896, inc. 2º, f. 1º, BGB).

3. Necesidad de una Asistencia (art. 1896, inc. 2º, BGB). La asistencia también es subsidiaria. Si el afectado ya ha nombrado un apoderado o hay otro tipo de ayudas que cu-

bren los campos necesarios y uno y otros cumplen sus deberes, tampoco hace falta una asistencia (art. 1896, inc. 2º, f. 2º, BGB).⁵ Así establece la ley que la asistencia decretada por el tribunal se produzca después de la autorización en un poder de previsión. Sin embargo el tribunal puede nombrar a un asistente de control cuyos deberes se limiten al control de las acciones del apoderado (art. 1896, inc. 3º, BGB).



1. *ESFERA DE COMPETENCIAS DEL ASISTENTE* (ART. 1896, inc. 2º, BGB). Con el nombramiento de un asistente hay que aclarar cuál es su esfera de competencia, tanto en la decisión del tribunal como en el certificado de nombramiento (art. 69, inc. 1º/art. 69 b, FGG). El decreto limita la competencia del asistente a lo que sea necesaria a la asistencia (art. 1896, inc. 2º, BGB).

NOMBRAMIENTO DE UN ASISTENTE

La esfera de competencia puede resumirse con clasificaciones tipificadas. Referente a la terminología del cuidado pa-

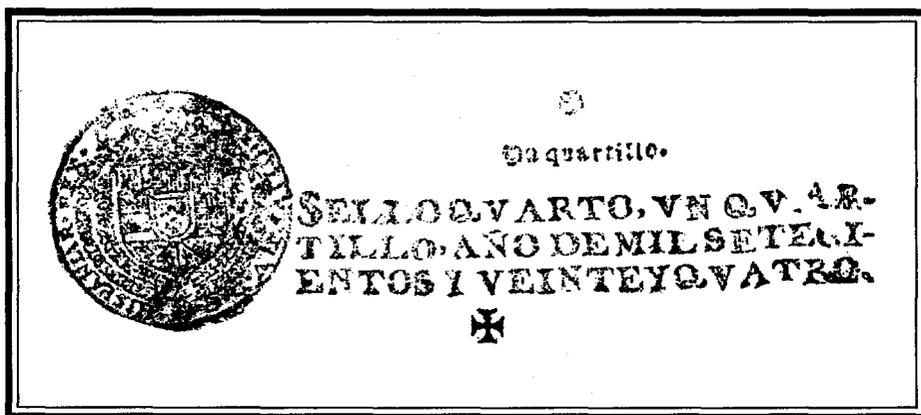
⁵ A este respecto pueden verse:

LG Frankfurt/Main, FamRZ 1994, p. 125.

LG Wiesbaden FamRZ 1994, p. 778.

terno (*elterliche Sorge*—art. 1626, inc. 1º, BGB) se distinguen las competencias para el cuidado de los bienes (*Vermögenssorge*) por un lado y de otro el cuidado a la persona (*Personensorge*). Dentro del cuidado a la persona se pueden distinguir tres esferas especiales, primero el cuidado de salud o de medidas médicas (*Gesundheitssorge*), a veces incluyendo el tratamiento contra la voluntad del afectado (*Zuführung zu ärztlicher Behandlung*), segundo la determinación de residencia («*Aufenthaltsbestimmung*» *Verlegung des Wohnsitzes*)⁶, tercero el consentimiento a medidas privativas de la libertad (*Zustimmung zu freiheitsbeschränkenden Maßnahmen*). Por lo general, estas tres partes del cuidado a la persona vienen mencionadas separada y explícitamente.

⁶ Coeppecus, FamRZ 1992, p. 741.



Así, la asistencia se puede decretar ampliamente como “asistencia para la persona y los bienes del asistido” o como “asistencia de todos los asuntos del asistido”, lo que significa una asistencia total. Dentro del cuidado de los bienes también se puede limitar la asistencia al cuidado para los bienes muebles o a la representación en un negocio dado; pero generalmente el cuidado de los bienes no se decreta con otras especificaciones. Finalmente, si no fuese necesaria en otros asuntos, la asistencia también puede limitarse a un asunto particular, por ejemplo a la asistencia “en el procedimiento de jubilación por incapacidad de trabajo”⁷ o al “cuidado para la salud en el terreno de un tratamiento neurológico.”⁸



2. *La Persona del Asistente (art. 1897 y 1900, BGB)*. Por principio sólo puede nombrarse a una persona natural como asistente (art. 1897, inc. 1º, BGB). El nombramiento de una asociación (*Vereinsbetreuer*) o una institución como asistente (*Behördenbetreuer*) sólo es posible excepcionalmente (art. 1900, BGB). Esto es diferente de como era antes en el derecho de tutela. Sin embargo se pue-

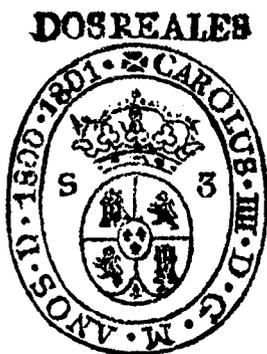
⁷ OLG Stuttgart FamRZ 1993, p. 1365. En la bibliografía también se presentan otras obras a este respecto.

⁸ BayObLG FamRZ 1994, pp. 1059, 1060. En la bibliografía también se presentan otras obras a este respecto.

den nombrar a los trabajadores de asociaciones de asistencia o autoridades de asistencia como asistentes, siempre que la asociación o la institución consienta (art. 1897, inc. 2º, BGB). Con esto quería lograrse que frente al asistido se presentase una persona determinada. En la práctica esto se ha mostrado como más complicado frente al derecho de hasta ahora, ya que cuando se produce un cambio de personal dentro de la asociación o de la autoridad es necesaria una nueva decisión del tribunal de tutelas.⁹

Es excluido como asistente quien trabaja en una residencia o en una clínica en la que vive el necesitado de asistencia o que tiene una relación de dependencia o cualquier otra relación estrecha con la misma (art. 1897, inc. 3º, BGB).

El tribunal cuando elige a la persona de asistente tiene en cuenta las propuestas del necesitado de la asistencia en lo que se refiere a nombrar o no a determinadas personas como asistentes siempre que no vayan contra los intereses del asistido. El afectado puede hacer estas propuestas durante o antes del procedimiento de asistencia, incluso por una disposición de asistencia (art. 1897, inc. 4º, BGB).



Si falta una propuesta del asistido, el tribunal debe tener en cuenta primeramente los lazos familiares o personales del afectado. Aquí deben tenerse en cuenta los posibles conflictos de intereses del asistente (art. 1897, inc. 5º, BGB). Pero los posibles herederos familiares no están necesariamente excluidos como asistentes.



1. *DEBERES DEL ASISTENTE (ART. 1901, BGB)*. EL criterio más importante para el asistente es el bienestar del asistido. El bienestar del asistido comprende la posibilidad de formar su propia vida según sus deseos e ideas dentro de sus posibilidades (art. 1900, inc. 1º, f. 1º, BGB). El asistente tiene que atender a los deseos del asistido siempre que éstos no vayan en contra de su bien y se puedan exigir al asistente (art. 1901, inc. 2º, f. 1º, BGB).

La asistencia sirve para que el asistido pueda mantener su anterior forma de vida acostumbrada.¹⁰ Los bienes del asistido deben ser usados, sobre todo, para fa-

RELACIONES ENTRE ASISTENTE Y ASISTIDO

¹⁰ Véase a este respecto: BayObLG, NJW 1991, p. 432. Asimismo, véase la bibliografía de este trabajo.



cilitar su situación y para que pueda mantener su nivel de vida anterior.¹¹

El asistente puede representar al asistido en los negocios jurídicos siempre que estén en su esfera de competencias. Pero si él actúa contra los intereses o contra el bien del asistido, los actos del asistente siguen siendo vigentes contra el asistido, ya que se trata según el artículo 1901 del BGB de una limitación puramente interna. Sin embargo el tribunal de tutelas puede intervenir a causa de su control (art.1908 con 1837, BGB). También se puede responsabilizar al asistente a compensar al asistido por los daños causados (art. 1908 con 1833, BGB).

2. *Pago del Asistente (art.1835 sig., BGB)*. El asistente siempre puede exigir una indemnización por sus gastos (art. 1908, inc. 1°, f. 1°, y 1835 BGB). Principalmente se hace la asistencia sin ser pagada (art. 1836, inc. 1°, f. 1°, BGB). Entonces el asistente solamente recibe una pequeña suma por gastos de representación (art.1836 a, BGB). Esto es así sobre todo para el caso en el que sean nombrados familiares u otros asistentes honorarios. Pero si al asistente se le imponen deberes de tales proporciones que sólo

¹¹ Véase a este respecto: BayObLG, FamRZ 1992, p.106. Asimismo, véase la bibliografía de este trabajo.

pueda realizarlos de una manera profesional, entonces el tribunal de tutelas tiene que permitirle un salario correspondiente (art. 1908 i, inc. 1º, f. 1º y 1837, inc. 2º, f. 1º, BGB). Para los asistentes profesionales el salario es aquel que recibirían de otra manera diversa a la asistencia. Lo relativo al pago del asistente tiene más decisiones judiciales que los relativos a problemas jurídicos materiales de la asistencia. Por eso las reglamentaciones sobre el salario deben ser precisadas y están tarifadas por la inminente reforma dentro de los artículos 1836 al 1836 e, BGB.

El asistido tiene que pagar al asistente el salario y la indemnización de los gastos. Sólo cuando el asistido no tiene medios suficientes, entonces paga el Estado (art. 1835, inc. 4º, y 1836, inc. 2º, F. 4º, y 1836 a, f. 4º, BGB). La inminente reforma del derecho de asistencia fija para el futuro los principios del salario que debe pagar el Estado por falta de medios del asistido. Además, también regula esta ley en qué medida el asistido debe pagar de sus propios bienes al asistente.

3. *Control a través del Tribunal de Tutelas.* Toda la actividad del asistente está supervisada por el tribunal de tutelas (art. 1908 i, inc. 1º, f. 1º y 1837, BGB). El asistente sólo puede gestionar determinados negocios si



primero ha recibido la autorización del tribunal de tutelas. El tribunal no sólo controla al asistente, sino que también lo aconseja en su gestión.



**REPRESENTACIÓN
DEL ASISTIDO
Y NECESIDAD
DE CONSENTI-
MIENTO**

1. *REPRESENTACIÓN POR EL ASISTENTE (ART. 1902, BGB)*. La consecuencia legal más importante del decreto de una asistencia es el poder de representación del asistente para el asistido dentro de su esfera de competencias, tanto en los tribunales como de mutuo acuerdo (art.1902, BGB). Por eso el término de "asistente" es confuso. Esencialmente se trata de una representación, es decir, de negocios jurídicos, y no solamente de actos materiales; esto es lo que se entiende por el término de asistencia en el contexto lingüístico general. El poder de representación está limitado por la esfera de competencias que se decreta al asistente por el tribunal.

La obligación de cuidar el bienestar del asistido (art.1901, BGB) no limita el poder de representación en relación a terceros sino que sólo limita al asistente en su relación interna con el asistido.

2. *Capacidad del Asistido. Necesidad de Consentimiento (Einwilligungsvorbehalt, art.*

1903, BGB). Al asistido no se declarará por incapacitado a través del decreto de una asistencia, como ocurría con la incapacitación según el derecho anterior. El puede seguir resolviendo sus asuntos y gestionar negocios jurídicos él solo mientras posea la necesaria capacidad de administración. El decreto de asistencia da al asistente sólo un poder de representación adicional sin enmendar el derecho del asistido a actuar por sí sólo.

PETRI DE MARCA

ARCHIEPISCOPI PARISIENSIS

DISSERTATIONUM
DE CONCORDIA
SACERDOTII ET IMPERII,

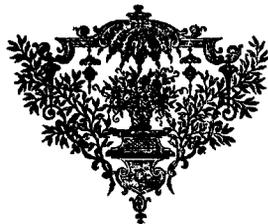
S E U

DE LIBERTATIBUS
ECCLESIAE GALLICANÆ,

Libri Octo.

QUIBUS ACCESSERUNT EJUSDEM AUCTORIS

DISSERTATIONES ECCLESIASTICÆ
VARIJ ARGUMENTI.



ROBORETI,
CUMPTIBUS SOCIETATIS.
ANNO MDCCXLII.



Sólo hay una excepción, cuando se decreta una necesidad de consentimiento del asistente (*Einwilligungsvorbehalt*-art. 1903, BGB). Entonces los actos jurídicos del asistido no valen si no hay consentimiento de su asistente. Sólo puede decretar esto el tribunal si es necesario para evitar grandes peligros a la persona o a los bienes del asistido, por ejemplo, si el asistido contrae deudas inútiles a causa de un malgasto de dinero.

El decreto de asistencia no hace incapacitado al asistido. Pero si el asistido es incapaz (*geschäftsunfähig*), la declaración de esto, hace nulos sus actos jurídicos (art. 105, inc. 1º, BGB), independientemente de que sea decretada una asistencia o una necesidad de consentimiento o no. Incluso cuando la otra parte contratante no sabe nada de la incapacidad, el acto es nulo, porque el derecho alemán no protege la buena fe en materia de capacidad.

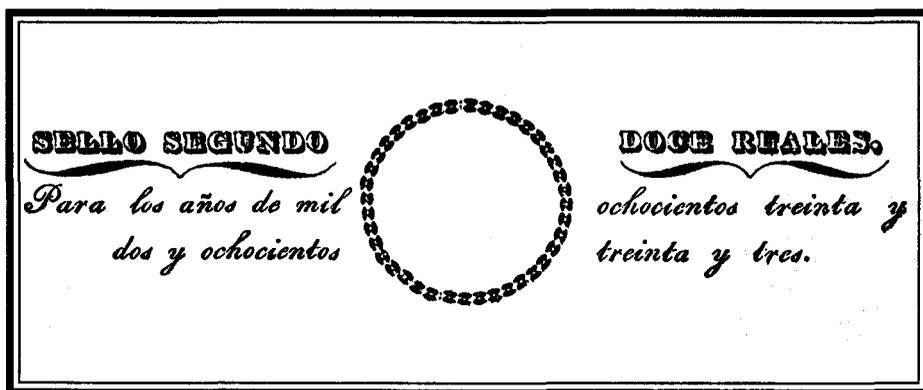
Si el asistido es incapaz, tampoco el consentimiento del asistente hace válido un acto del asistido, según la opinión mayoritaria, porque la nulidad se realiza por el artículo 105, BGB, y no por el artículo 1903, BGB. Si el asistido es incapaz, los asuntos del asistido sólo podrían ser ejecutados por el asistente. Según la opinión mayoritaria, el consentimiento según el artículo 1903, BGB, no puede ser entendido como

una ejecución de los asuntos por el asistente, ya que la ejecución propia va más lejos que el consentimiento.¹²

De otra forma que antes con la incapacitación, el decreto de una asistencia no tiene ninguna consecuencia para la capacidad matrimonial (*Ehefähigkeit*) o la capacidad de testar del asistido (*Testierfähigkeit*). Estas se determinan según las reglas generales.

3. *Necesidad de Autorización del Tribunal de Tutelas para el Cuidado de los Bienes (Vermögenssorge-vormundschaftsgerichtliche Genehmigung- art. 1820 y 1821, BGB)*. Para determinados actos que se refieren al cuidado de los bienes necesita el asistente una autorización del tribunal de tutelas. Sin esta autorización los actos ejecutados por el asis-

¹² Véase el comentario de Palandt/Diederichsen, art. 1903, BGB, nota 19.



tente están suspendidos de todo efecto (*schwebend unwirksam*) hasta que se proclama la autorización.

En el derecho de asistencia se ha previsto una necesidad de autorización para el aviso de desalojamiento de la habitación alquilada del asistido (art.1907, BGB). Porque el asistido debe tener la posibilidad de seguir viviendo en su medio acostumbrado. Igual que el tutor también necesita el asistente (art. 1908 i, BGB) una autorización judicial para disponer de un inmueble (art. 1821, BGB), de una empresa o de una herencia del asistido (art. 1822, BGB).

Generalmente tampoco puede el asistente hacer regalos que provengan de los bienes del asistido, como tampoco podría el tutor (art. 1908, inc. 1º, con art. 1804, BGB). Puede hacer regalos triviales si corresponden a los deseos y al nivel de vida del asistido (art. 1908, inc. 1º, BGB). Esta diferencia con la tutela también sirve para que el asistido pueda mantener su autonomía y continuar con su estilo de vida cuando sea posible.

Además el cuidado de los bienes está sujeto sólo al control general del tribunal de tutelas (art. 1837, BGB) que también puede decretar medidas específicas al asistente. Al menos cada año el asistente tiene que rendir cuentas al tribunal de tutelas (art. 1849, BGB).



VINCENTII
DE JUSTIS

NOBILIS LUCENSIS
TRACTATUS

DE DISPENSATIONIBUS
MATRIMONIALIBUS

IN TRES LIBROS DIGESTUS.

IN QUIBUS QUID, QUOMODO, AC QUANDO, TUM IN JURE DIVINO,
tum in Ecclesiastico, ex recepiſſimis Doctorum Sententiis, & Curiae Romanae Stylo
quoad Matrimonium Dispensari poſſit, accuratiſſime declaratur;

OPUS EPISCOPIſ, VICARIIS, CURATIS, CAETERISQUE IN UTROQUE
FORO VERSANTIBUS PERUTILE, AC NECESSARIUM,

Cui accesseſſerunt in caeter Operis nonnullae Annotationes, & quamplures recentiſſimi Caſu
à SACRA CONGREGATIONE CONCILII reſoluti:

CUM INDICE LOCUPLETISSIMO.



VENETIIS, MDCCXXXIX.

4. Alcance posible del Cuidado a la Persona (Personensorge). Dentro del cuidado a la persona el poder de representación del asistente está más limitado según la ley. En lo que se refiere a asuntos médicos se necesita el consentimiento del asistido siempre que éste siga siendo capaz de consentimiento.¹³ Pa-

¹³ Véase a este respecto: LG Kassel, FamRZ 1996, p. 1501; Palandt/Diederichsen, ad. art. 1903, BGB, nota 1.



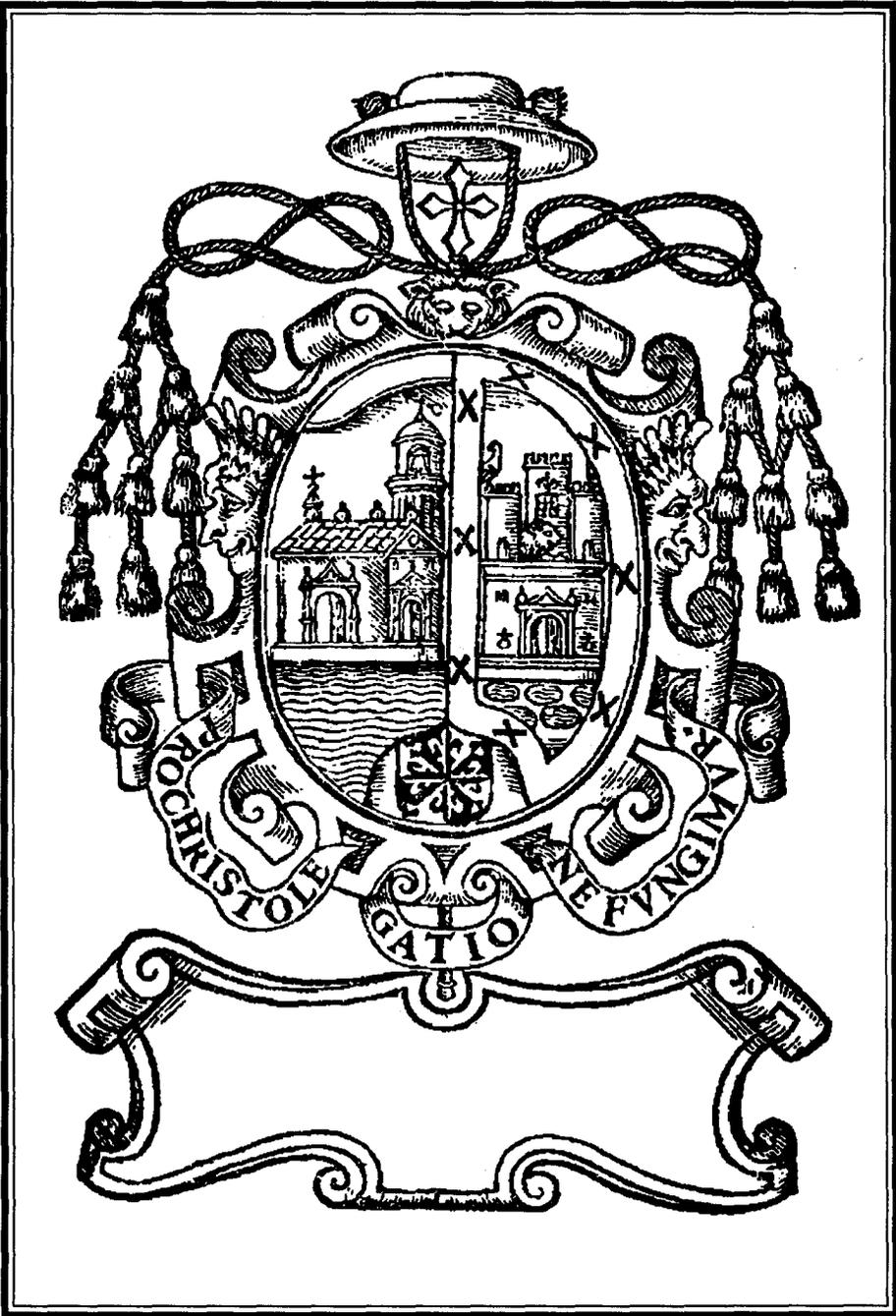
ra esto sólo es condición la capacidad de comprensión natural en el significado y en los efectos de la medida médica concreta conveniente (*natürliche Einsichtsfähigkeit*), pero no la capacidad de administración jurídica.¹⁴

Sólo cuando el asistido no es capaz de consentimiento, el asistente puede decidir sobre el tratamiento médico por él. Aquí necesita el asistente la autorización del tribunal de tutelas, cuando existe un peligro fundado de que el asistido a causa de esta medida pueda morir o sufrir daños de salud graves y durante largo tiempo (art. 1904, BGB). Un tratamiento médico urgente está excluido de esta regla. A la esterilización del asistido el asistente sólo puede consentir bajo condiciones muy estrictas; sobre todo debe ser el asistido durante largo tiempo incapaz de consentimiento para la esterilización (art. 1905, BGB).

Por lo demás el asistente también está sujeto al control general del tribunal de tutelas (art. 1837, BGB).

El asistente también necesita una autorización del tribunal de tutelas para el consentimiento a un internamiento del asistido, que deriva en una privación de la libertad (art. 1906, inc. 2°, BGB). El inter-

¹⁴ Véase a este respecto: OLG Hamm, FGPrax 1997, p. 64. Asimismo, véase la bibliografía de este ensayo.





namiento sólo está permitido siempre que sea necesario para el bienestar del asistido (art. 1906, inc. 1º, BGB).

6. Modificación o Terminación de la Asistencia.
La ley regula también explícitamente las modificaciones en la asistencia y en la persona del asistente. Un asistente incapaz debe ser despedido (art. 1908 b, BGB). En lugar de un asistente fallecido ha de nombrarse un nuevo asistente (art. 1908 c, BGB).

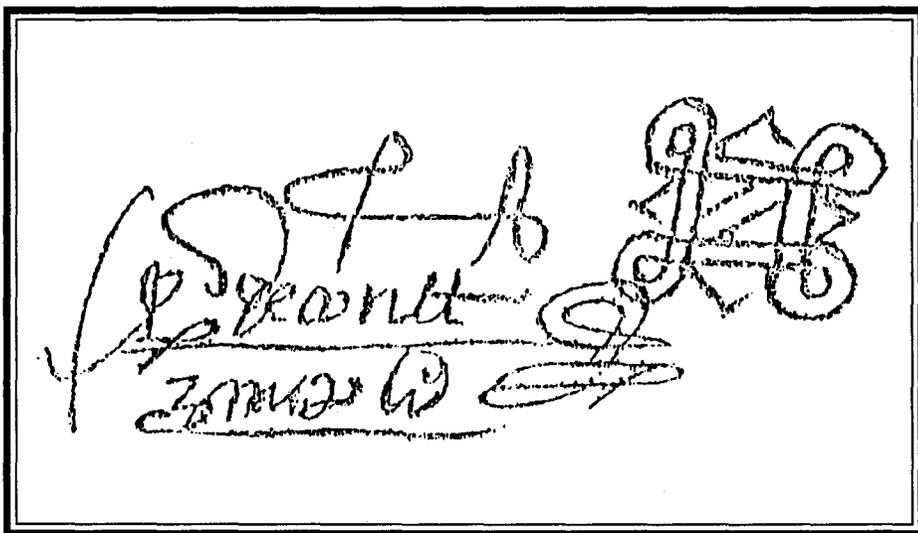
La asistencia ha de ser suprimida completamente cuando la necesidad para ella ya no existe. También ha de limitarse en caso de que deje de ser necesaria la esfera decretada de competencias del asistente o la necesidad de consentimiento (art. 1908 d, BGB). Así el decreto de asistencia fija una fecha no mayor de cinco años después del decreto para controlar si la asistencia decretada sigue siendo necesaria (art. 69, inc. 1º, no. 5º, FGG).



I. Fundamento Legal

1. Términos. El derecho alemán distingue dos disposiciones para el caso de la propia incapacidad: Primera, el afectado puede

DISPOSICIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD



hacer disposiciones para el caso de que se decrete una asistencia. Puede elegir a un futuro asistente o puede expresar deseos sobre la gestión del asistente. El tribunal y el asistente deben tener en cuenta estos deseos del asistido. Estas disposiciones se llaman disposición de asistencia (*Betreuungsverfügung*).

Por poder de previsión (*Vorsorgevollmacht*) también llamado poder de previsión para la vejez (*Altersvorsorgevollmacht*) según un artículo fundamental de Müller-Freienfels¹⁵ se entiende el otorgamiento de

¹⁵ Véase a este respecto: Müller-Freienfels, *Die Altersvorsorge-Vollmacht*, en: FS für H. Coing, 1982, p. 395-422. Asimismo, véanse los libros y artículos que a este respecto se mencionan en la bibliografía.

un poder a un apoderado, disposición que puede hacer innecesaria una asistencia decretada.

Los términos: disposición del paciente, testamento del paciente o testamento vital (*Patientenverfügung* o *Patiententestament*) designan especiales disposiciones para la ejecución de actos médicos en el caso de que falte la propia capacidad de consentimiento, es decir el deseo del paciente de recibir o de evitar ciertas medidas que alarguen la vida después de haber sufrido daños irreparables.¹⁶

A menudo el mismo instrumento contiene un poder de previsión así como una disposición de asistencia y una disposición del paciente.

2. *Disposición de Asistencia (Betreuungsverfügung)*. La disposición de asistencia está prevista varias veces explícitamente en la ley alemana. Así, el artículo 1901 a, BGB, obliga a cualquiera a que se entregue un documento "en el que alguien haya expresado para el caso de su asistencia propuestas para la elección del asistente o deseos para la gestión del asistente." Los artículos 1897, inc. 4°, f. 3°, y 1901, inc. 2°, f. 2°, BGB, obligan

¹⁶ Para la legalidad y los efectos de un tal deseo, véase BGHSt 40, p. 257; Unlenbruck, *Der Patientenbrief-die privatautonome Gestaltung des Rechts auf einen menschenwürdigen Tod*, NJW 1978, p. 566.

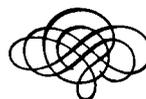




al tribunal de tutelas en la elección del asistente y al asistente para su gestión a tener en cuenta respectivamente las propuestas o los deseos del asistido, incluso los que ha hecho el asistido antes del procedimiento de la asistencia, siempre que no sepan que mientras el asistido ha cambiado sus propuestas o deseos.

3. *Poder de Previsión (Vorsorgevollmacht)*. El poder de previsión está previsto indirectamente en la ley de asistencia, cuando el artículo 1896, inc. 2º, f. 2º, BGB, decreta que por la existencia de un poder otorgado del afectado no es todavía necesario decretar una asistencia.

Además la ley alemana hasta ahora no controla una regulación legal especial del poder de previsión. Así el fundamento legal del poder de previsión son hasta aquí los artículos generales sobre el otorgamiento de un poder (art. 164 sig., BGB). A través de la reforma planeada se incluye en la ley un fundamento jurídico explícito para la autorización del consentimiento para una actuación médica y para un internamiento privativo de libertad (artículos planeados 1904, inc. 2º, y art. 1906, inc. 5º, BGB)



1. FORMA DE LA DISPOSICIÓN DE ASISTENCIA. PARA FORMA Y CUSTODIA
la disposición de la asistencia el legislador no ha prescrito una forma. Así las propuestas y los deseos del afectado sobre la elección de su asistente y para la gestión de la asistencia son válidos aunque sean expresados oralmente. Pero para la seguridad jurídica y para la propia seguridad del afectado es mejor si la disposición de asistencia ha quedado escrita al menos en un documento privado.

2. Forma del Poder de Previsión. Tampoco hay hasta ahora ninguna prescripción legal de forma para el poder de previsión. Según los principios generales del Derecho alemán la concesión del poder no requiere





una forma especial para su validez, incluso cuando el negocio para el cual se autoriza necesita una forma especial (art. 166, inc. 2º, BGB). Por ejemplo: Aunque la compraventa de un inmueble necesita un acto notarial (art. 313, f 1º, BGB), también es válido conceder el poder para la compraventa sin un acto notarial.

La reforma planeada de la ley de asistencia introducirá dos excepciones: Exigirá el art. 1904, inc. 2º, f 2º, BGB una forma escrita para la autorización del consentimiento para acciones médicas; igualmente el artículo 1906, inc. 5º, BGB para autorización de consentimiento de una medida que limite la libertad del autorizante.

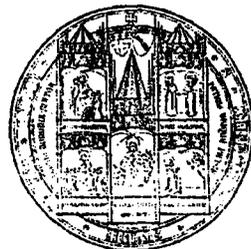
En parte también las reglas del procedimiento requieren una prueba de la autorización de una forma determinada. Así exige el art. 29 GBO (*Grundbuchordnung*-Decreto del registro de la Propiedad Inmueble) para su registro en el Registro de la Propiedad Inmueble una prueba a través de un instrumento público, es decir de una certificación notarial o de una escritura notarial.

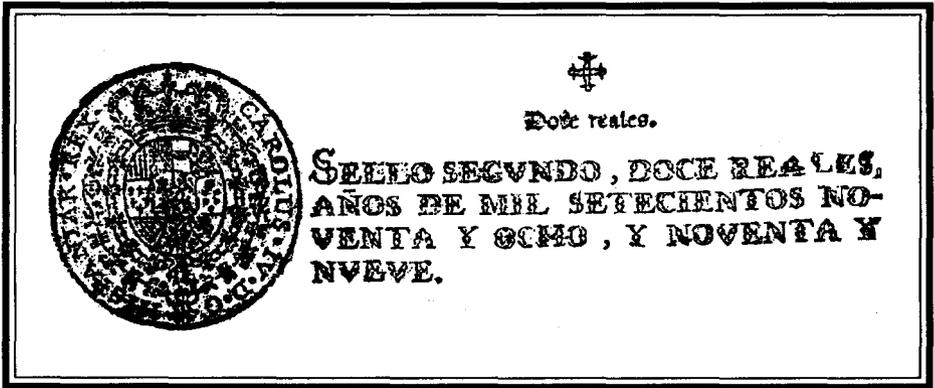
No necesito decirles a ustedes, estimados colegas, que la mayoría de las veces se recomienda una escritura notarial (*notarielle Beurkundung/Niederschrift*) incluso cuando no está prescrita por la ley. La escritura notarial garantiza al otorgante del po-

der una amplia consulta legal y lo asegura contra la afirmación posterior de que el otorgante del poder estuviera incapaz durante el tiempo en el que se concedió el poder. Ya que según la *Ley de Actas Notariales* el notario debe rechazar el acto siempre que la persona considerada carezca de la capacidad necesaria para el acto. Debe hacer anotar en el documento sus posibles dudas a este respecto (art. 11. *BeurkG-Beurkundungsgesetz*). Incluso cuando la ley prescribe una constatación positiva sobre la capacidad del otorgante sólo con un testamento (art. 28, *BeurkG*), se recomienda siempre incluirse constataciones explícitas para la capacidad del otorgante en el acta para el poder de previsión, si el otorgante del poder está enfermo o es muy viejo.

Una simple firma autorizada (*Unterschriftsbeglaubigung*) asegura sólo contra posibles acusaciones de falsificación. Pero el notario también puede hacer constataciones adicionales en su certificado sobre la capacidad del firmante, como confirmación de sus observaciones.

En la práctica notarial alemana, la gente viene a menudo para hacer una escritura o una firma autorizada de un poder de previsión. Pero aunque no hay estadísticas, creo que la gran mayoría de los poderes de previsión probablemente se otorgan como documento privado, porque los





formularios distribuidos por las autoridades de asistencia y por unas asociaciones generalmente ni siquiera recomiendan una firma autorizada.

3. *Custodia.* La custodia de disposiciones de asistencia está regulada en algunos estados federales según leyes estatales.¹⁷ Esta custodia no es posible para un poder de previsión, a excepción de los otorgados en un documento justo con una disposición de asistencia.

Un notario puede tener en custodia un poder de previsión según las normas generales de la custodia notarial (art. 24 B-NotO - *Bundesnotarordnung* - Reglamento Notarial). Sin embargo, el notario no está obligado a aceptar tales custodias. Sobre

¹⁷ P.e. Bavaria, Hesse Sajonia- para una sinópsis, véase a Perau, *MittRhNotk* 1996, p. 285.

todo es difícil formular las condiciones precisas para la entrega del documento de la custodia notarial. Así la custodia notarial de poderes de previsión no es significativa en la práctica. Para disposiciones de asistencia escritas prevé el artículo 1901 a, BGB, una obligación de entrega a las autoridades tan pronto como el procedimiento de asistencia se inicie. Se carece de una norma correspondiente para los poderes de previsión, y no puede haberla a causa de la falta del procedimiento correspondiente.



1. *CAPACIDAD PARA OTORGAR EL PODER O LA Disposición.* Un poder de previsión sólo puede concederlo aquel que todavía es capaz de gestión (*geschäftsfähig*). Sin embargo, las propuestas y los deseos para su asistencia también puede expresarlos el incapaz.¹⁸

CAPACIDAD DEL OTORGANTE DEL PODER

2. *La Incapacitación del Mandante no hace caducar el Poder (art. 672, BGB).* Si el otorgante del poder se vuelve incapaz después de conceder el poder, esto no disminuye la efectividad del mandato, siempre que el

¹⁸ Paland/Diederichsen, Ad Art. 1901, BGB, nota 7.

mandato no prevea otra consecuencia (art. 672, f. 1º, BGB). Así tampoco la efectividad del poder caduca (art. 168, f. 1º, BGB), al contrario de lo que regula el *Código Civil Español* y casi todos los códigos de los países latinoamericanos.



**ENTRADA EN
VIGOR DEL
PODER DE
PREVISIÓN**

CON UN PODER DE PREVISIÓN QUIERE EL OTORGANTE del poder asegurar su representación para el caso en el que alguna vez más tarde sea incapaz y ya no pueda administrar nunca más. Así quiere otorgar el poder lo más pronto posible. Pero en general no quiere que el apoderado haga uso antes de que el otorgante del poder se vuelva incapacitado. Combinar ambos intereses contrarios coloca a la jurisprudencia ante un dilema.¹⁹

1. Simple Obligación del Apoderado. Si se concede el poder ilimitado en relación externa y si el apoderado recibe inmediatamente el documento del poder, está asegurado que el apoderado pueda usar y pro-

¹⁹ Por lo demás, véase Muller, *Altersvorsorgevollmacht-Gestaltung ihres Inkrafttretens*, DNotZ 1997, p. 100.

bar su poder si fuera necesario. El otorgante también puede obligar al apoderado a no hacer uso del poder antes de que se vuelva incapaz el otorgante. Pero esta obligación no limita los poderes del apoderado para administrar negocios válidos contra el otorgante. Por miedo al abuso, el otorgante del poder sólo estará dispuesto a otorgar un poder ilimitado si confía en el apoderado, por ejemplo si el apoderado es un familiar de relación muy estrecha.

2. Concesión del Poder Condicionada. Según el derecho alemán también puede otorgarse el poder de forma condicionada. El otorgante del poder puede por ejemplo determinar que el poder sólo sea efectivo cuando el mismo se vuelva incapaz. Según una opinión, el simple título de "poder de previsión" imputa esta condición al poder.²⁰ La opinión mayoritaria rechaza esta interpretación.²¹ Se puede decir para la disposición de asistencia, pero no para el poder de previsión.

Si el poder es condicionado, el apoderado tiene problemas para probar su poder, porque tiene que probar al mismo tiem-

²⁰ Palandt/Diederichsen, Introducción ad art. 1896, BGB, nota 8.

²¹ Véase a Muller, DNotZ 1997, p. 100, 103.





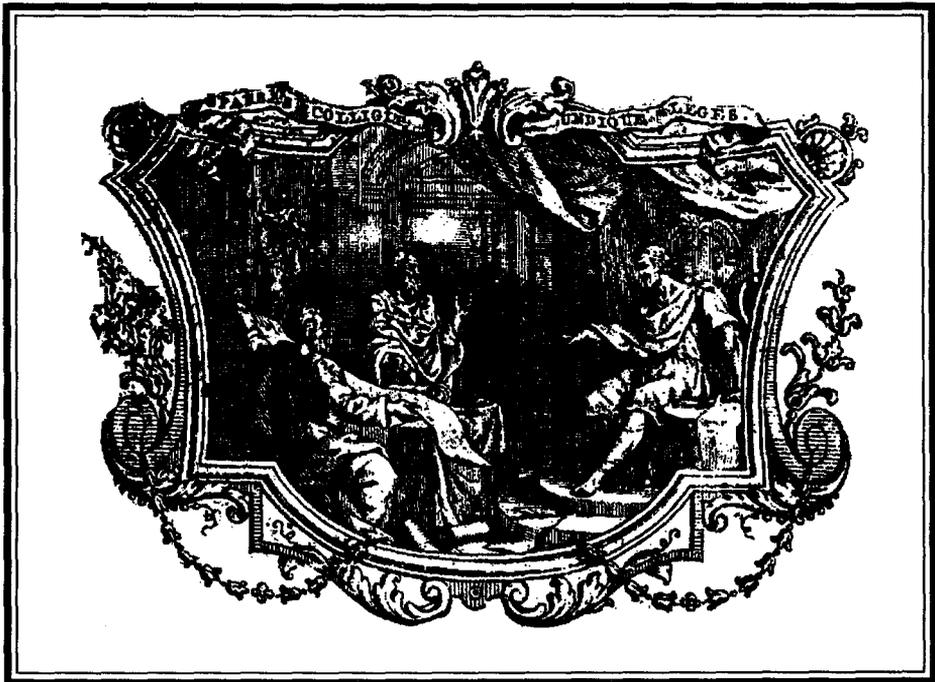
po el cumplimiento de la condición. Esto no es posible en muchos casos, sobre todo cuando sólo se permiten determinadas pruebas formalizadas, como por ejemplo en los procedimientos del registro de propiedad inmueble según el artículo 29 GBO. Así los contratantes de un negocio pedirán pruebas del cumplimiento de la condición.

3. *Condiciones para la Entrega del Instrumento de Poder.* La tercera posibilidad sería conceder el poder de forma inmediata, pero sin dar al apoderado ninguna copia autorizada del instrumento del poder. Así no puede probar frente terceros su poder y está impedido prácticamente para hacer abuso del poder. Recibe una copia autorizada solamente después de que el otorgante se vuelva enfermo o incapaz.

Esta solución toca primero con el problema práctico de cómo puede asegurarse que el instrumento llegue realmente al apoderado cuando se cumple la condición. El otorgante del poder quizás olvida o no puede entregarlo o causa de su incapacidad o su enfermedad. Si custodia el instrumento una tercera persona neutral, por ejemplo un notario, ha de pedir criterios claros de cuándo ha de entregarse el instrumento o la copia al apoderado. El notario se negaría a juzgar por sí mismo si el otor-

gante del poder todavía es capaz. Por eso pedirá un certificado médico.

Tampoco es cierto, si el poder es efectivo. Para hacerse efectivo, el poder como una declaración de voluntad necesita ser recibido por el apoderado (*empfangsbedürftige Willenserklärung* - art. 130, inc. 1º, f. 1º, BGB). En general, no importa si el declarante se vuelve incapaz después de entregar la declaración y antes de que ésta sea recibida (art. 130, inc. 2º, BGB), siempre que el declarante haya hecho todo lo necesario de su parte para la recepción. Esto se puede poner en duda, si el otorgante del poder



lo retiene hasta su incapacidad. Pero probablemente es efectivo el poder si el apoderado está presente en el acto notarial o si recibe una copia simple del instrumento aunque todavía no reciba ninguna copia autorizada. También le puede dar una copia autorizada que devuelva inmediatamente después.



**CONTENIDO
POSIBLE DE UN
PODER DE
PREVISIÓN**

1. *ASUNTOS PATRIMONIALES.* CONCEDER UN PODER DE previsión para la representación en todos o determinados asuntos patrimoniales, no difiere de conceder un poder ordinario, según el artículo 164 del BGB.

2. *Asuntos Personales, sobre todo de la Salud.* Hasta ahora, no hay consenso sobre si un poder de previsión también podría autorizar al apoderado al consentimiento para un tratamiento médico o al consentimiento para medidas privativas de libertad (como por ejemplo el internamiento en una clínica mental). Según la opinión mayoritaria,²² el consentimiento para tales ac-

²² Véase Buhler, BWNotZ 1990, I; Cypionka DnotZ 1991, p. 573; Damrau/Zimmermann, Betreuungsgesetz, 2^o edit, 1995, ad art, 1896, nota 24 bb; Erman/Holzhauser, BGB, 9^o edit. 1993, ad. 1896, BGB, nota 39 f; Klüsener/Rausch

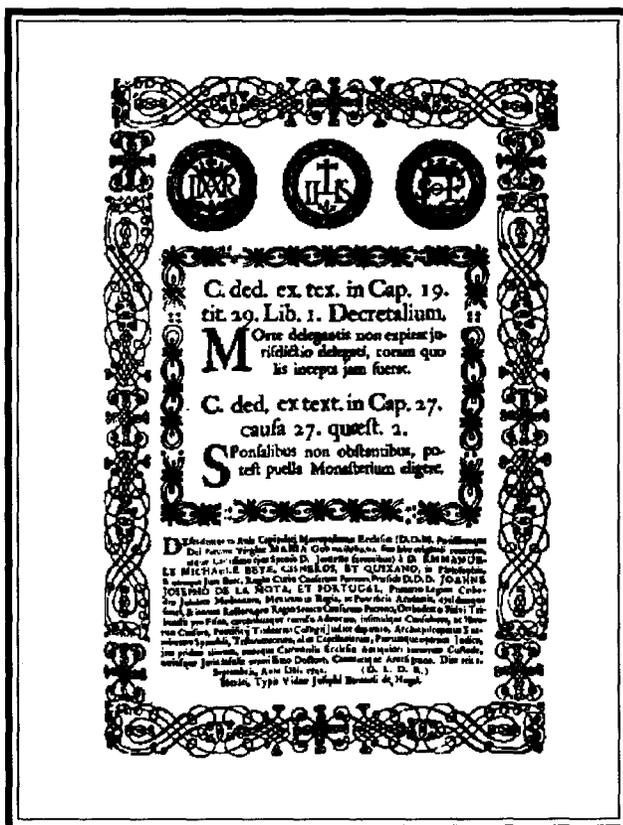
ciones es un acto personal, para la cual una representación según los artículos 164 y siguientes del BGB no es posible.²³ La opinión contraria muestra a los artículos 1904 y 1906 del BGB, según los cuales el tribunal de tutelas puede decretar a un asistente el poder de decidir sobre esos asuntos personales en vez del asistido. ¿Por qué, preguntan, no puede autorizar el afectado mismo a un apoderado, si el tribunal puede autorizar a un asistente?



No obstante esta discusión en la jurisprudencia, la mayoría de los formularios para poderes de previsión ya contienen una autorización a un tratamiento médico, a la determinación de estancia, etc.

NJW, 1993, p. 618, Palandt Heinrichs, BGB, 57, 1998, introducción ad art, 164, BGB, nota 4, schwab FamRz 1992, p. 495; Schwab, en Festchrift für Gernhuber, 1993, p. 819; Stolz FamRZ, 1993, p. 643; Weise NJW, 1996. 2418.

²³ Para la opinión que puede autorizar al apoderado para medidas médicas, véanse Füllmich, NJW, 1990, p. 2302; Langenfeld, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung and Patiententestament nach dem neuen Betreuungsrecht, 1994, p. 105; sig. Müller DNotZ 1997, p.100, 101, nota 8; Perau MittRhNortK 1996, p. 292, Uhlenbruck MedR 1992, p. 141; Unlenbruck NJW, 1996, p. 1583. Para la opinión que se puede autorizar también para medidas privativas de la libertad, véase OLG Stuttgart, OLGZ 1994, p. 430, FamRZ, 1994, p. 1417, LG Stuttgart, Rpfleger, 1994, p. 209, 210, Langenfeld/Langefeld, ZEV 1996, p. 340, Palandt/Diederichsen, BGB, 57º edit. 1998, introducción ad art. 1896, sig. BGB, Nota 8; Schmidt/Bocker, Betreuungsrecht, 2º edit., 1993, nota 21.

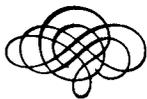


Este conflicto desaparecerá cuando la reforma prevista del derecho de asistencia entre en vigor. La misma permite explícitamente una autorización por el afectado mismo al apoderado para el consentimiento a medidas médicas (art. 1094, inc. 2º, BGB) o a un internamiento privativo de la libertad (art. 1906, inc. 5º, de la ley propuesta). La autorización se debe conceder por escrito y debe autorizar explícitamente también al consentimiento para medidas mé-

dicas y para un internamiento privativo de la libertad.

La autorización vale solamente en caso de que el afectado no pueda decidir por sí mismo sobre el determinado asunto personal, a diferencia de un poder para la representación en los asuntos patrimoniales.

Igual que con un asistente nombrado por el tribunal, también necesita el apoderado la autorización del tribunal de tutelas para aprobar el internamiento, y lo mismo para una actuación médica si existe un peligro fundado de que durante esta actuación el otorgante del poder muera o que por ello sufra graves y duraderos daños para su salud. Así, según el contenido de sus competencias, no hay ninguna diferencia entre el asistente nombrado para el cuidado de la salud y un apoderado. La única diferencia consta en el acto que transfiere estas competencias.

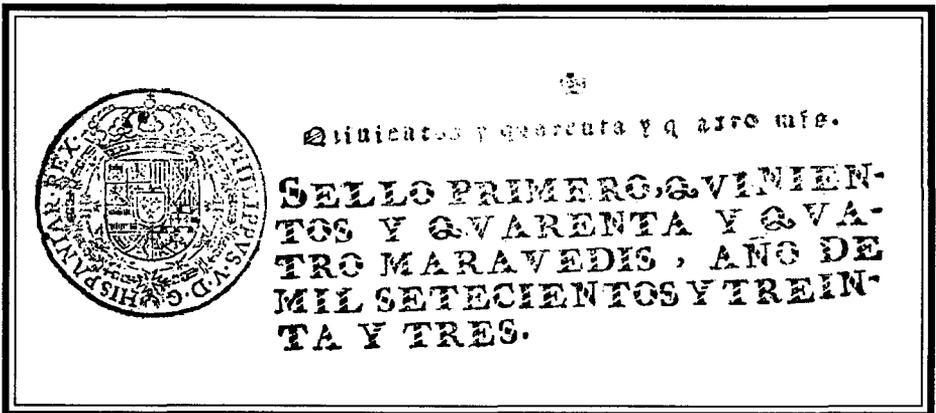


EN LOS LIBROS DE FORMULARIOS NOTARIALES PUE-
den encontrarse ya modelos de poderes de
previsión. Además, la mayoría de las auto-
ridades de asistencia reparte estos formula-
rios con la recomendación de hacer una re-
glamentación preventiva.

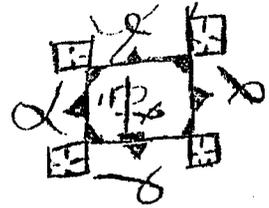
MODELOS DE PODERES DE PREVISIÓN

La mayoría de los modelos publicados en los libros jurídicos recomiendan una escritura notarial, mientras que los formularios repartidos por las autoridades de asistencia se conforman normalmente con una forma escrita y no recomiendan ni una escritura ni una certificación notarial de la firma. Los formularios publicados en los libros jurídicos prevén en parte en el preámbulo del acta una verificación explícita del notario sobre la capacidad administrativa del otorgante del poder.

Todos los formularios contienen un poder amplio en asuntos patrimoniales y además una autorización para el cuidado de la persona que explícitamente señala los campos del cuidado de la salud o medidas médicas, de la determinación de la estancia y del consentimiento para medidas privativas de libertad. En parte se decreta, para el caso de que sea ineficaz la autoriza-

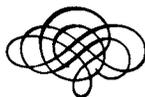


ción, una disposición de asistencia substitutiva por la que se propone al apoderado como asistente para el cuidado de la persona. Algunos modelos también contienen propuestas para el nombramiento de un asistente de control para vigilar al apoderado. En parte está unido a la autorización para el cuidado de la salud también un "testamento de paciente" sobre medidas relativas al alargamiento de la vida.



Con el poder se establecen respectivamente las reglamentaciones para un representante substituto, la permisión de un subrepresentante, la derogación y la revocación o el término del poder y la dispensa al representante de las limitaciones del artículo 181 BGB (según el cual el representante en un contrato no puede estar al mismo tiempo con las dos cualidades, por un lado como representante y por otro como persona particular). Además, se regula la relación interna entre el otorgante del poder y el apoderado, sobre todo también si el apoderado puede exigir un pago.

Finalmente se encuentran instrucciones para el notario de cuándo deben ser entregadas al apoderado copias del acta.



LA GRAN POPULARIDAD QUE HOY EN DÍA TIENE

APRECIACIÓN CRÍTICA

el poder de previsión también hay que verla de forma crítica. Se conceden muchos poderes sin que el otorgante haya reflexionado lo suficiente sobre el alcance, las consecuencias jurídicas y los riesgos económicos. Esto vale sobre todo para los poderes que reparten las autoridades de asistencia y diferentes asociaciones que se completan marcando con cruces y una simple firma sin ningún otro tipo de asesoramiento jurídico. Este uso común está apoyado por las mismas autoridades de asistencia que con ello quieren evitar una carga de trabajo debido a la gran cantidad de procedimientos y también los grandes costos que éstos representan para el Estado.

El que el poder de asistencia sea tan apreciado tiene que ver en parte con un desconocimiento o un mal cálculo de la reglamentación legal sobre la asistencia. Los contratantes no quieren tener nada que ver sobre todo con un control del tribunal de tutelas, que se considera muy lento y minucioso. Así en muchos casos no se tiene en cuenta que el control sirve para proteger al asistido. Una concesión de poder demasiado generosa puede por ello provocar daños considerables para la salud y los bienes del otorgante del poder. Aquí es cuando puede actuar el tribunal de tutelas poniendo un asistente de control que pueda derogar el poder a causa de un mal

uso por parte del apoderado en lugar del otorgante del poder. También es decisivo respecto de un poder de previsión cómo se utiliza éste. Si se usa correctamente puede ayudar a que se realicen los deseos y necesidades del asistido incluso después de la propia incapacidad. Para esto, sin embargo es necesario, antes de conceder el poder, consultar a un especialista. Esta consulta se puede realizar junto con una consulta sobre el testamento. Justo para este consejo especializado está destinado el Notario. Sin embargo, la población debe todavía concientizarse de que debe dejarse aconsejar por un especialista antes de conceder un poder de previsión. Esta toma de conciencia también es un deber de los notarios.*

* La Unión Internacional del Notariado Latino, al respecto, ha propuesto lo siguiente:

Toda persona capaz puede adoptar medidas que tiendan a su autoprotección para el supuesto de su eventual incapacidad. La autoprotección, como derecho derivado de la libertad y dignidad humanas, y como manifestación de la autonomía de su voluntad, es una necesidad nueva, a la que las legislaciones de los países que acogen el sistema del Notariado Latino, deben dar tratamiento justo mediante las reformas que fueren necesarias en sus disposiciones legales.

El notario latino es el instrumentador idóneo para formalizar las disposiciones y estipulaciones para la





BIBLIOGRAFÍA

1. Comentarios a la Ley de Asistencia

Bienwald, *Betreuungsrecht*, 2º edit. 1994.

Damrau/Zimmermann, *Betreuung und Vormundschaft*, 2º edit. 1995.

Jürgens, *Betreuungsrecht*, 1995.

Schwab, en: *Münchener Kommentar zum BGB*, 3º edit. 1992.

Diederichsen, en: *Palandt, Bürgerliches*

propia incapacidad, mediante el documento público pertinente y causalizado que debe ser suficiente en sí mismo.

Para proteger los intereses del otorgante, se recomienda que éste establezca en el documento de autoprotección, un mecanismo de control. El incapaz deberá conservar el derecho de hacer propuestas y dar directrices a su representante, quien deberá observarlas si son en beneficio del primero.

Es conveniente la adopción de un Protocolo de Uniformidad para reconocer la validez y equivalencia de formas, de las disposiciones de autoprotección, en todos los países miembros. A éstos se recomienda la creación de los registros necesarios para la debida publicidad de las disposiciones de autoprotección, que convendría estuvieran a cargo de los colegios de notarios, preferentemente. (N. del E.)

Gesetzbuch, 57° edit. 1998.

Bienwald, en: Staudinger, BGB, 12° edit.
1995.

2. Artículos sobre la Ley de Asistencia

Birmanns, Praktische Erfahrungen mit dem neuen Betreuungsrecht, NWB 1994.

Coepicus, Zur ersten Reform des Betreuungsgesetzes, Rpfleger 1996.

Dodegge, Weitere Entwicklungen des Betreuungsrechts, NJW 1994.

Dodegge, Die Entwicklung des Betreuungsrechts bis Ende Mai 1996, NJW 1996.

Dodegge, Die Entwicklung des Betreuungsrechts bis Anfang Juni 1997.

Genz, Das Betreuungsänderungsgesetz, FamRZ 1996.

Kayser, Rechtsprechungsübersicht zum Betreuungsrecht, FGPrax 1995.

Sonnenfeld, Die Rechtsprechung zum Betreuungsrecht- Übersicht 1992-1996-, FamRZ 1997.

Tschepe, Aktuelle Probleme des Betreu-



ungsrechts im Notariat, AnwBl 1993.

Veit, Das Betreuungsverhältnis zwischen gesetzlicher und rechtsgeschäftlicher Vertretung, FamRZ 1996.

3. Artículos sobre el Poder de Previsión

Baumann, Zwei grundsätzliche Fragen, NJW 1996.

Birmanns, Di Vorsorgevollmacht, NWB 1997.

Bühler, Vorsorgevollmacht zur Vermeidung einer Gebrechlichkeitspflegschaft oder Betreuung, BWNotZ 1990.

Eisenbart, Die Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, MedR 1997.

Peter, Betreuung volljähriger Personen, en: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 20^o edit. 1994.



Langenfeld, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patiententestament nach dem neuen Betreuungsrecht, 1994.

Langenfeld/Langenfeld, Die Vorsorgevollmacht in der notariellen Praxis, ZEV 1996.





Müller, Altersvorsorgevollmacht- Gestaltung ihres Inkrafttretens, DNotZ, 1997.

Müller-Freienfels, Die Altersvorsorge-Vollmacht, en: FS für H. Coing, 1982.

Müller-Freienfels/Forstmoser/Heini/Giger/Schluop, Privatvorsorge und Staatfürsorge im Altenrecht, en: FS für Max Keller, 1989.

Perau, Betreuungsverfügung und Vorsorgevollmacht, MittRhNotK 1996.

Schwab, Betreuung und private Fürsorge, en: FS für Joachim Gernhuber, 1993.

Uhlenbruck, Die Altersvorsorge-Vollmacht als Alternative zum Patiententestament und zur Betreuungsverfügung, NJW 1996.

Weise, Altersvorsorge-Vollmacht in höchstpersönlichen Angelegenheiten, NJW 1996.

