

I. EL DERECHO DE AUTOPROTECCION. UNA INCUMBENCIA NOTARIAL INDELEGABLE.

Comisión de Derechos Humanos y Autoprotección

Nos referimos a las previsiones de quien se encuentra en uso de su discernimiento, para la eventualidad en el futuro de hallarse privado de él. El notariado ha sido gran protagonista en la evolución jurídica de este tema.

Hoy nos encontramos ante un nuevo escenario jurídico, instalado a partir de la vigencia del CCCN, que, de manera limitada quizás, con lagunas y errores, recepta este tópico en su normativa¹.

Los actos de autoprotección importan el ejercicio del derecho de todo ser humano a decidir acerca de las materias autorreferentes a su persona y a su patrimonio para el futuro, ante una eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno. El acto de autoprotección entonces es aquel en el cual una persona deja plasmada su voluntad en ese sentido, de manera fehaciente, mientras cuenta con aptitudes suficientes para ello, para que sea respetada en el futuro.

Se trata del respeto a la voluntad de las personas aún en circunstancias de extrema vulnerabilidad, en aras a los principios de igualdad, dignidad y libertad, inherentes a todo ser humano.

La trascendencia de las directivas contenidas en un acto de autoprotección es de tal magnitud en la vida del otorgante, que deben gozar de las máximas seguridades. Por ello, todo documento en el cual el sujeto deje plasmada su voluntad en el sentido señalado debe ser fehaciente y estar rodeado de las garantías que aseguren, al momento de ser ejecutado, que expresa su auténtica y bien deliberada voluntad, el pleno discernimiento, la intención y la libertad con fue otorgado. Sin dudas la escritura pública es el instrumento idóneo. Además de sus reconocidas ventajas (autenticidad y matricidad, plena fe de las declaraciones que contiene, fecha cierta, asesoramiento), la escritura pública es el instrumento adecuado para brindarle seguridad a la persona que debe ejecutar las directivas impartidas. Muchas veces la situación requerirá también que el acto de autoprotección sea acompañado con otros instrumentos que lo complementan y fortalecen, como testamentos, contratos de renta vitalicia, poderes de administración, poderes preventivos, fideicomisos, donaciones.

Cada escribano debe llevar a cabo una importante tarea de difusión de esta incumbencia notarial, e informar de su trascendencia y beneficios a sus requirentes.

II. ALGUNAS PAUTAS DE TRABAJO

1) El CCCN regula en el artículo 60 las “Directivas médicas anticipadas”, y en el 139 se refiere a las “Personas que pueden ser curadores”. La redacción de ambas normas resulta limitativa y poco clara. El derecho a otorgar estos actos no se circunscribe a las cuestiones de salud y al nombramiento de curador, sino que abarca, y de hecho así ocurre en la práctica notarial, otros ámbitos de la vida de la persona. Una interpretación armónica de las normas del código, en el marco de los principios constitucionales y convencionales (arts. 1 y 2 CCCN) que sostienen la dignidad y la libertad del ser humano en sus actos autorreferentes, no deja dudas al respecto.

¹ Aprobado por ley 26994, sancionada por el Congreso de la Nación el 1/10/14.

2) Se plasmará en la escritura la fehaciente voluntad del otorgante, de la manera más clara posible. Se recomienda para ello incluir en el documento diferentes cláusulas que den cuenta de las directivas otorgadas en las diversas materias que abarca. Así, el contenido y orden de las cláusulas deberán siempre servir a una exposición clara y precisa de las disposiciones otorgadas y su sentido.

3) La exposición detallada de la situación personal del otorgante, de sus relaciones familiares, de sus sentimientos con respecto a las personas designadas o excluidas para ejercer alguna función, de sus preocupaciones y los motivos que lo llevan a otorgar el acto, permitirán interpretar con fidelidad la voluntad del otorgante cuando deban ejecutarse las disposiciones establecidas.

4) En materia de salud, el acto deberá formalizarse con la presencia de dos testigos (ley 26472). El Decreto 1089/12, reglamentario de la ley 26529, modificada por ley 26742, dispone que los testigos deben pronunciarse sobre su conocimiento acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente. En los restantes casos el escribano evaluará su conveniencia.

5) Si el documento contiene disposiciones sobre salud es conveniente consignarlas claramente y en título o ítem separado. Por ejemplo, en la provincia de Santa Fe se dejará constancia en el formulario de inscripción y, mediando autorización del requirente, se transcribirá en formulario anexo.

6) Si bien se han asimilado las directivas anticipadas en materia de salud con un consentimiento informado anticipado, cabe señalar sus diferencias. Por empezar, las primeras suelen contener disposiciones más amplias. Así, el documento podrá expresar no sólo la aceptación o rechazo a un determinado tratamiento médico, sino también opciones y preferencias en cuanto a lugares de internación, médicos tratantes, obra social, empresas de emergencias médicas, personas autorizadas a prestar el consentimiento informado en su representación y a actuar como interlocutores con el equipo de salud. Cuando el paciente se encuentra absolutamente imposibilitado de prestar el consentimiento informado, el art. 59 del CCCN habilita la actuación de otras personas solo en el caso de no haber expresado aquel su voluntad anticipadamente. Se respetará pues la designación de la persona elegida con antelación por el paciente. Por otro lado, las decisiones asumidas en un acto de autoprotección, que contiene directivas anticipadas en salud, permiten un proceso de información, asesoramiento y meditación, para arribar finalmente a una decisión fundamentada del paciente.

7) Resulta aconsejable, que las personas designadas para cumplir las directivas del otorgante, comparezcan al acto a fin de imponerse de su contenido y dejar plasmado su compromiso. La reglamentación de la ley 26472 (Decreto 1089/12) así lo determina para las directivas en salud.

8) Tienen especial trascendencia las audiencias previas a la instrumentación del acto notarial, quizás más que en cualquier otro. En esas etapas, el profesional fedatario podrá desentrañar e interpretar la auténtica voluntad de los interesados y volcarla al protocolo con la mayor precisión posible.

9) Si la situación lo amerita, se podrán realizar consultas interdisciplinarias con otros profesionales (psicólogo, médico de cabecera) o allegados (familiares, amigos), siempre mediando acuerdo previo del interesado.

10) A diferencia de los testamentos, el otorgamiento de estos actos en forma conjunta por varios requirentes no se encuentra prohibido. Todo dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, como por ejemplo en el de los cónyuges que proyectan su futuro con el anhelo de transitarlo juntos, bajo las mismas condiciones y cuidados.

11) Aunque no es necesario fundamentar la decisión en las normas legales, resulta conveniente hasta tanto se generalice el otorgamiento de estos actos.

12) Nada obsta a que se designen diferentes personas para ejercer funciones específicas, ni el nombramiento de más de una persona para que actúen conjuntamente, o una en sustitución de otra.

Los artículos 105, 106 y 138 del CCCN autorizan el nombramiento de una o más personas para ejercer la curatela.

13) Se recomienda, de ser posible y de acuerdo al caso, el otorgamiento conjunto de un poder general de administración a favor de las mismas personas designadas para hacer cumplir las directivas. Esto permitirá la actuación inmediata de los apoderados, llegado el caso.

Consideramos que se debe propiciar e implementar el otorgamiento de poderes preventivos. Si bien no está contemplado específicamente en el articulado del CCCN, es receptado por la doctrina en la materia. Según las conclusiones de la comisión número I de la XXXII Jornada Notarial Argentina “ El poder preventivo es un acto unilateral que reconoce como causa el Derecho de Autoprotección. Consecuentemente no se extingue por la incapacidad sobrevenida del poderdante. Es esencialmente revocable.”

14) En cuanto a la designación de apoyos o curadores, se deben considerar los artículos 31, 43 y concordantes del CCCN. Asimismo, por la remisión del art. 138 es necesario tener presente lo dispuesto por el art. 110 en cuanto a las personas que no pueden ser tutores. Resaltamos la importancia de la designación de “apoyos” en los términos del artículo 43 del CCCN, que deben constituir la regla general como lo debe ser la restricción a la capacidad de ejercicio, mientras que la declaración de incapacidad, con el consiguiente nombramiento de curador, debe constituir la excepción, de acuerdo al artículo 32 del CCCN.

5) Si bien los actos de autoprotección no comprenden directivas para ser cumplidas luego del fallecimiento de la persona, por razones de inmediatez y urgencia, y conforme con las disposiciones del artículo 61 del CCCN, excepcionalmente pueden abarcar disposiciones sobre las exequias, velorio, lugar de entierro, cremación, etc.

16) Una planificación realista de las directivas, favorecerá el respeto a la voluntad del otorgante y evitará que se tornen en el futuro de cumplimiento imposible. A tal fin es conveniente determinar los bienes y recursos que se aplicarán para ello.

17) Si bien las normas reglamentarias locales disponen en general la inscripción de estos actos, y en casi todos los Colegios Notariales del país se crearon Registros especiales para su publicidad, al no estar impuesta su registración por la legislación de fondo es conveniente dejar constancia de la autorización otorgada por el requirente al escribano para que cumpla dicho trámite.

18) Es importante autorizar en la escritura a las personas que podrán pedir informes al Registro de Actos de Autoprotección. En general los reglamentos de los Registros disponen que las certificaciones, informes y consultas a sus asientos solamente podrán extenderse a solicitud de: a) los escribanos que hubieran intervenido en el otorgamiento del acto, sus reemplazantes o miembros del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos; b) el otorgante del acto por sí o a través de apoderado con facultades expresas conferidas a esos fines en el instrumento público respectivo; c) las personas designadas por el otorgante en el texto de la escritura a los fines del cumplimiento de las directivas; d) Juez competente; e) funcionarios del ministerio público; f) representantes de los centros de salud. En el formulario de inscripción deberá agregarse teléfono, mail, dirección o algún dato para localizar en forma rápida a las personas designadas para ejecutar la voluntad del otorgante y habilitadas para solicitar informes al Registro.

II) Cláusulas escriturarias sugeridas.

Nº ACTO DE AUTOPROTECCION. ESCRITURA NUMERO En ..., a ... días del mes ... del año ...,

ante mí, escribana autorizante, comparece ... (Datos y justificación de identidad conforme arts. 305 y 306 del CCyC) Y EXPONE: I) Situación personal y familiar, convicciones y sentimientos. 1. Que se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales. 2. Que es viuda, no tiene hijos y sus sobrinos Florentina y Claudio Blanco constituyen su familia más cercana. 3. Que con sus hermanos, ... y ..., sus relaciones son distantes por antiguas discusiones familiares. Que con sus sobrinos, ... y ..., mantiene poco contacto y sólo los ve en esporádicas reuniones familiares. Que no tiene otros familiares cercanos, aunque si dos amigas, ...y ..., a quienes la une un gran afecto, pero se encuentran en situación similar a la suya.. 4. Que hasta el presente vive sola y a pesar de su avanzada edad, atiende sin dificultades sus necesidades diarias y sus cuestiones personales y patrimoniales. 5. Que sus sobrinos Florentina y Claudio la visitan semanalmente, la acompañan en sus trámites y gestiones, en sus controles médicos, y en todo cuanto requiera. Que son las personas más cercanas en el afecto y en quienes confía plenamente. II. Supuesto de aplicación. Que viene por el presente acto a otorgar disposiciones para el caso de que, en el futuro, por una ineptitud psíquica o física, permanente o transitoria, por enfermedad, accidente o simplemente por vejez, se encuentre imposibilitada de dirigir su persona o administrar sus bienes. III. Fundamentación: Que fundamenta el derecho a efectuar las siguientes disposiciones en el pleno ejercicio de la autonomía de su voluntad y de sus derechos personalísimos, reconocidos por los principios generales del Derecho, por nuestra Constitución Nacional, los tratados y convenciones internacionales a ella incorporados (art. 33 y 75 inciso 22 C.N.), la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por nuestro país por ley 26.378, con rango constitucional a partir de la ley 27044, los artículos 1, 2, 60, 61 y 139 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, la ley 26.529 (modificada por ley 26742), y la ley 26.657. IV. Disposiciones. Que es su deseo y voluntad lo siguiente: **PRIMERO:** Designación de las personas en quienes deposita su confianza para que la representen y hagan cumplir su voluntad aquí expresada. Que, para el supuesto de encontrarse imposibilitada de decidir por sí misma y de expresar su voluntad por alguna de las razones señaladas y sea necesario tomar decisiones con respecto a su persona, atinentes a internaciones transitorias o permanentes, tratamientos médicos o alternativos o a cualquier tema de salud u otra cuestión relativa a su situación personal y/o sobre la administración de su patrimonio, es su voluntad que dichas decisiones sean tomadas por su sobrina **FLORENTINA BLANCO** (*datos personales*) quien es la persona que está siempre a su lado, la acompaña con afecto, se ocupa de sus necesidades cotidianas y en ella deposita toda su confianza. Que para el caso de que Florentina Blanco no pueda asumir dichas funciones, designa para ello a su sobrino **CLAUDIO BLANCO** (*datos*). Al efecto los faculta para representarla ante las autoridades administrativas y judiciales competentes, en defensa de su voluntad aquí expresada, y para ejercer todos y cada uno de los actos procesales a que tenga derecho según la ley. Deja constancia de que en la fecha ha otorgado a favor de sus sobrinos aquí designados, **un poder de administración** a fin de que colaboren con ella en la administración de sus bienes, pago de impuestos, cobro de alquileres y haberes previsionales, y demás gestiones administrativas. Que si bien, hasta el presente, realiza estas tareas por sí misma, cada vez le resulta más dificultosa y sin duda la colaboración de sus sobrinos será para ella un alivio. **Que es su voluntad que dicho poder subsista aún ante la pérdida de sus aptitudes de autogobierno, y así lo solicita a las autoridades y funcionarios que deban intervenir.** **SEGUNDO:** Residencia y vida cotidiana: Que, llegado el caso de que no pueda atenderse a sí misma y requiera cuidados y apoyo continuo en su vida cotidiana, es su voluntad continuar habitando, mientras sea posible, en su domicilio sito en calle, de esta ciudad, atendida y cuidada por una persona contratada a esos efectos por sus sobrinos Florentina y Claudio Blanco y retribuida con el dinero devengado de sus rentas. **TERCERO:** Nombramiento de curador o apoyo: Que en el supuesto de que se le inicie algún tipo de proceso judicial

tendiente a restringir su capacidad, cualquiera fuera la causa, designa como apoyo, o curadora de ser necesario, a **Florentina Blanco**, cuyos datos obran ut supra, cuyo nombramiento solicita desde ya a las autoridades judiciales que deban decidir en dicho proceso. Si esto último no es posible, designa en esas funciones a **Claudio Blanco**, cuyos datos obran ut supra. **CUARTO: Disposiciones sobre salud.** Que, para el caso de sufrir una enfermedad terminal, irreversible e incurable, o haya sufrido lesiones que la coloquen en igual situación, es su deseo no ser sometida a tratamientos invasivos y a permanencia y que se evite a ultranza el encarnizamiento terapéutico. Que designa a **Florentina Blanco** o, de no ser ello posible, a **Claudio Blanco**, cuyos datos obran ut supra, para que la representen y actúen como interlocutores ante los equipos médicos, consientan o rechacen tratamientos quirúrgicos, clínicos y de cualquier otra especie, a fin de hacer respetar de manera irrestricta su voluntad aquí expresada, y para que adopten toda decisión atinente a su salud que deba tomarse. **QUINTO Disposiciones para después de su fallecimiento:** Que tras su fallecimiento no desea ser velada ni expuesta a la vista de nadie, sino cremada de inmediato. **SEXTO Disposiciones patrimoniales:** Que es propietaria de dos inmuebles sitios en calle..., que se encuentran locados y que desea que continúen en alquiler mientras viva. Que es beneficiaria de una jubilación ... y de una pensión Que dispone que las rentas de los alquileres y sus haberes previsionales sean utilizados para solventar los gastos de su cuidado y manutención en el futuro. Es su voluntad que dichos fondos sean administrados al efecto por **Florentina Blanco** de no ser ello posible, por **Claudio Blanco**, cuyos datos obran ut supra, por lo cual los autoriza a realizar las gestiones necesarias para cobrarlos en su nombre y representación, y para aplicarlos a solventar los gastos generados por el cumplimiento de estas disposiciones, así como los necesarios para su subsistencia y salud. **SÉPTIMO: Publicidad:** Que a efectos de garantizar el conocimiento oportuno del presente otorgamiento y la eficacia de sus disposiciones, solicita a la escribana autorizante: a) Que se inscriba en el Registro de Actos de Autoprotección creado por el Colegio de Escribanos de y autoriza expresamente que se publiciten las disposiciones relacionadas con su salud. b) Que, además de la primera copia que le corresponde de la presente escritura, se expida otra primera copia para ser entregada a Florentina y Claudio Blanco. c) Que autoriza a Florentina y Claudio Blanco a requerir informes al Registro de Actos de Autoprotección y a solicitar la expedición de segundas o ulteriores copias de la presente, cuando lo consideren conveniente. Se encuentran **PRESENTES** en este acto, **Florentina y Claudio Blanco**, los cuales ratifican sus datos personales que obran ut supra, manifiestan que conocen la voluntad de la compareciente aquí plasmada y las instrucciones que esta ha impartido, y declaran su total aceptación y conformidad. Se encuentran **PRESENTES** en este acto, en calidad de testigos... En su testimonio, previa lectura y ratificación, así la otorgan y firman los comparecientes como acostumbran a hacerlo habitualmente, todo ante mí, escribana autorizante, de lo que doy fe.