

XXXI ENCUENTRO NACIONAL DEL NOTARIADO NOVEL

TEMA I: Derechos de las familias y Derechos Humanos, su relación con la actividad notarial en el C. C. y C. N.

SUB TEMA: Actos de autoprotección

“Defensa e importancia de los Actos de AutoProtección”

Autoras: ROBIN GARRIDO Nabila Anahí.-

GUERET María Eugenia.-

PONENCIAS:

* Resulta de imperiosa necesidad dar a conocer a la población en general los beneficios que traen aparejados los actos de autoprotección, su instrumentación y registración.

* Las ventajas de la publicidad registral además de constituirse en una modalidad de reconocimiento frente a terceros se erigen como una garantía de cumplimiento de la voluntad del disponente.

* De lege ferenda: en virtud de la función social del escribano como profesional del derecho, deberá instarse a los Colegios Notariales a considerar y establecer una tarifa u honorarios diferenciales para aquellos requirentes que carezcan de los medios económicos suficientes para hacer frente a las erogaciones propias del otorgamiento y registración de los actos de autoprotección en pos del reconocimiento de los derechos y garantías constitucionales que así lo amparan.

1. CONCEPTOS BÁSICOS

* A modo de una breve introducción habrá de ponderarse el origen del instituto de los actos de autoprotección, cuál es su objetivo y contenido y la forma en la que deben instrumentarse.

A partir de las VIII Jornadas Notariales Iberoamericanas desarrolladas en la ciudad de Veracruz, México en el año 1998 se da nacimiento a la expresión de “autoprotección” entro del Notariado de tipo Latino para referirse a las previsiones ante la eventual pérdida del discernimiento.¹

Previamente a ello, en el derecho anglosajón, cerca de finales de la década del 60 comienza a tomar fuerza esta figura bajo la denominación de “*living will*” (testamento de vida o testamento vital)², “*medical treatment advance directive*” (directivas anticipadas para tratamiento médico), “*health care durable power of attorney*” (apoderado o representante permanente en cuestiones de salud), “*advance health care documents*” (documentos anticipado para el cuidado de la salud); “*health care values oriental history*” (historia clínica orientada a valores) u otras análogas.

Las denominaciones sinónimas de esta clase de documentos infieren la expresión de voluntad de una persona, respecto de situaciones de futuro, ya sean éstas previsibles o simplemente hipotéticas, relacionadas con su propia salud. De modo particular se refiere a los tipos de tratamientos o intervenciones médicas que cada persona considera compatibles con su derecho inalienable de vivir y de morir con dignidad, designando a una persona capaz para ejecutar su voluntad de caso de no

¹ Cerniello, Romina Ivana y Goicoechea, Néstor Daniel (2014) “Derecho de autoprotección” Revista del Notariado N° 915 página 79

² https://es.wikipedia.org/wiki/Testamento_vital

poder hacerlo por sus propio medios y destacando la importancia y necesidad de contar con un registro público que asegure su cumplimiento y por tanto su eficacia.

Entiéndase que dos son los elementos indispensables o factores sine quanon con los que se debe contar para el otorgamiento de un acto de autoprotección y estos son: capacidad³ del otorgante, que debe conocer a ciencia cierta en el “ahora” cuál será su situación futura aunque sea remotamente probable y la expresión de voluntad de que su disposición habrá de ser ejecutada en dicho futuro sin su posible anuencia, pudiendo abarcar temas no solo relacionados a la salud sino también con aquellas cuestiones cotidianas como ser los cuidados personales, compañías, lugar de residencia⁴, además de la designación de curadores y los actos de administración, determinación de sus exequias y otras disposiciones que se requieran para llevar a cabo el cumplimiento de sus directivas.

Si bien el derecho de fondo no impone la obligatoriedad de una registración de estos actos de autoprotección, resulta conveniente se proceda a su anotación y para ello los distintos Colegios Notariales de la gran mayoría de las demarcaciones del país han dispuesto la creación de los Registros de Actos de autoprotección lo que genera no solo la tranquilidad al requirente de dar publicidad a sus deseos y necesidades sino que tal publicidad implica una garantía de cumplimiento.

* Merece especial atención y debe darse inicio al análisis y estudio por parte de los operadores del derecho el comenzar a indagar sobre el término médico de la “bioética” como rama de la ética que establece los principios para la conducta correcta del ser humano respecto a la vida, sea esta humana, animal o vegetal, así como el propio medio ambiente, su relación con el derecho y su consecuente inclusión en normas de conducta; ya que en la actual medicina e interrelacionado al actuar notarial se observa este conjunto de situaciones ante los cuales podrían debatirse cuestiones íntimamente relacionadas a la vida o la muerte del otorgante.

Es por ello que las decisiones médicas guiadas en el principio bioético central de la beneficencia deben respetar también otros valores junto con el de la vida. La vida y la libertad, la identidad la integridad, la salud y el bienestar constituyen valores integran la fundamentación de una bioética apoyada en los derechos humanos. “*La obligatoriedad ética de no dañar es anterior y más importante que la exigencia de promover el bien (“primun non nocere”) y ha sido reconocido como principio bioético (no maleficencia)”*⁵.

Y es allí cuando estos principios médicos bioéticos estrechan la mano al derecho y se conjugan para actuar en un todo coordinado y armónico en beneficio del

³ Proyecto de Ley (S-3564/18) (2018) file:///D:/Users/usuario/Desktop/S3564_18PL%20(1).pdf

⁴ <https://www.colescba.org.ar/portal/comunidad/159-autoprotección.html>

⁵ Análisis médico y bioético del Dr. Carlos “Permiso para morir en la justicia Argentina” <https://www.intramed.net/contenidover.asp?contenido=50875>

paciente/requirente, donde la técnica disponible aplicada a la medicina y el soporte legal deben procurar el bienestar y la integridad del ser humano.

2. FUNDAMENTOS - PLANTEO

* El disparador de la presente ponencia halla su fundamento ante los siguientes interrogantes: ¿saben las personas que cuentan con esta invaluable herramienta para planificar el destino de su vida pautando cuestiones respecto de su salud y su patrimonio? ¿Cómo se materializa la defensa de un acto de autoprotección frente a terceros? ¿Es suficiente la promulgación de una ley para que ésta sea realmente efectiva?

Ese desafío es el planteado. La primera de las respuestas y que habrá de reiterarse constantemente radica en la falta de conocimiento que tienen las personas, el cuerpo médico en general, los funcionarios públicos e incluso los propios agentes del derecho que como operadores carecen de información para dar difusión e importancia a los actos de autoprotección.

Frente a esa carencia, es la sociedad la que se ve perjudicada dado que una innumerable cantidad de personas –requirentes- jamás llegan a expresar su libre voluntad de qué hacer con sus bienes y/o cómo ser asistidos en su salud ante una eventual transitoria o permanente disminución de su capacidad, no respetando así los principios de la autonomía de la voluntad, de la dignidad humana y los nuevos principios bioéticos de la muerte digna.

La difusión necesaria de estos actos debe partir necesariamente no solo del asesoramiento privado en las notarías sino también en el acceso al conocimiento del público en general mediante distintos medios de comunicación masiva y redes sociales, las que en virtud de la pandemia Covid 19, ha generado un mayor auge y desarrollo de dichas tecnologías en todos los colegios notariales, por lo que institucionalmente podrá abarcarse un mayor número de destinatarios a dicho conocimiento e información.

Asimismo, como porta estandartes de esta misión el cuerpo notarial debe asumir la responsabilidad de instruir, capacitar, no solo a sus colegiados sino también a los demás partícipes de estas directivas, por cuanto también se verán afectados y deberán intervenir en las cuestiones tanto médicas, económicas e incluso judiciales.

En relación a la difusión y puesta en conocimiento de los requirentes de la figura del acto de autoprotección la Comisión de Derechos Humanos y Autoprotección del Consejo Federal del Notariado Argentino ha emitido un dictamen que refiere a la labor “docente” de cada profesional del rubro a los fines de lograr el cometido de su función y para ello, sugiere que “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”⁶.

Tal pareciera que el asesoramiento profesional, especialmente el notarial, a veces olvida que este requirente, esta persona que tiene frente así es un sujeto de derechos y como tal debe ser respetada su voluntad, cuanto más aún cuando se trata de su propia vida, el futuro y la administración de su patrimonio. El respeto en estas circunstancias se vuelve un mandamiento señero de la diligencia profesional por cuanto frente al notario hay una persona que confía sus más íntimos temores, su dolencia, el miedo al sufrimiento a ser dejado de lado o abandonado, por lo que la tarea receptiva debe ser de lo más humana y sensible, debiendo el escribano comportarse con la mayor empatía posible.

Partiendo desde los principios más básicos contenidos y establecidos en la Constitución Nacional (artículos 14, 19, 75 inc. 22, etc.). los tratados y convenciones internacionales reconocidos e incorporados al plexo normativo vigente, los principios general del derecho, el ser humano halla la posibilidad de dirigir su vida presente y futura respecto de determinados aspectos (salud, dignidad, autonomía de la voluntad, vida, muerte digna) que deberán ser respetados.

En ese orden de ideas la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –Ley 26.378 – refiere a la inviolabilidad y sacralidad de la persona, exigiendo respeto y reverencia, persiguiendo la protección de aquellos más vulnerables.

* Ante el segundo interrogante, es dable remarcar lo que la Jurisprudencia Nacional y de muchas provincias han destacado en cuanto a la importancia de contar con el otorgamiento en concreto y específico de un acto de autoprotección, plasmado a través de una escritura pública debidamente registrada, donde se encuentran la voluntad y deseos del otorgante lo que garantiza la seguridad jurídica del cumplimiento de los mismos.

Es entonces la escritura pública el instrumento por excelencia que brinda la confianza para que la planificación futura, el deseo vertido en sede notarial tenga un destino viable, resguardando y satisfaciendo plenamente la autonomía del disponente.

Tal es así que inicialmente en el señero caso “Bahamondez” de la CSJN se halla el análisis respecto de la autodeterminación y la disposición de la persona sobre su propio cuerpo, sobre el cual se ejerce una relación de señorío que debe primar especialmente frente a los deseos de los seres cercanos e incluso sobre el consejo médico.

⁶ Comisión de Derechos Humanos y Autoprotección “El derecho de autoprotección. Una incumbencia notarial indelegable” Pág. 1

Ese criterio se fue replicando también en otros fallos jurisprudenciales que resaltan además de la decisión propia del ser humano sobre su cuerpo y los posibles tratamientos la notable importancia de contar con el instrumento notarial que contenga y consigne tales decisiones o expresiones de voluntad, para lo cual resultan de especial importancia dos resoluciones judiciales previas al dictado de la Ley 26.529 que efectúan un profundo análisis respecto del significado de las directivas o actos de autoprotección y cómo resultarían los casos traídos a debate judicial en caso de existir éstas o no⁷, así se sostuvo que “*Resulta por ende razonable inferir que otra habría sido la decisión de haber existido las varias veces mencionadas directivas anticipadas o actos de autoprotección, o en la terminología anglosajona living will, o al menos prueba fehaciente o inequívoca respecto de la voluntad de la paciente*”⁸.

En todo caso las reseñas aquí vertidas han implicado que el juez interviniente pudiera entrevistar al afectado, pero bien ¿qué pasaría entonces en el caso de no poder contar con la expresión de su voluntad durante el juicio en virtud de que se vea impedido su autogobierno por un padecimiento sea transitorio o permanente? La respuesta aquí es por demás clara y radica en la existencia del acto de autoprotección, el que otorgado mediante las disposiciones legales vigentes hace plena fe y prueba lo que el otorgante deseó y desea para sí mismo, tal como lo resolviera la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Albarracini, Nieves Jorge W en el año 2012, que ante la inconciencia del paciente para conocer su deseo y voluntad, los ministros estuvieron a su expresión previa otorgada ante escribano público.

Así también lo expresan distintas normas como ser la Ley Nacional de Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado N° 26.529, su modificatoria Ley N° 26.742 y el decreto reglamentario N° 1089/2012 que contienen dentro de sus articulados la manda que permite a los destinatarios de tales preceptos expresar su voluntad mediante estas directivas.

* Finalmente dentro de la visión de la presente ponencia resulta importante la crítica realizada por una Defensora Oficial quien expresó reiteradamente “*su preocupación, en el sentido que sería deseable poder contar con una vía más sencilla para poder plasmar voluntades anticipadas para personas que no disponen de recursos económicos*”⁹.

Al respecto es intención exhortar al cuerpo notarial en general para que se considere dicha circunstancia de la misma manera que se extienden exenciones o excepciones

⁷ Fallo: S.MdC, SC Buenos Aires, 09/02/2005

⁸ Fallo: Directivas anticipadas. El caso «M» – Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 De Mar Del Plata (Buenos Aires) – 25/07/2005

⁹ Fallo: Juzgado en lo Correccional Nro. 4 de Mar del Plata. R. R. T. • 05/07/2012. — Mar del Plata, 5 de julio de 2012.

pecuniarias a distintos estratos sociales o a aquellos sectores más carenciados que deben ser puestos en un pie de igualdad para poder ejercer también sus derechos inalienables sobre todo cuando de su salud se trata.

Debe considerarse que precisamente los grupos más vulnerables y empobrecidos de la sociedad son generalmente los más atacados y sufridos en relación a la atención médica y patrimonial, por lo que es más necesaria e imperiosa la participación del profesionalismo notarial para asegurar el cumplimiento de las garantías constitucionales, cuando sea la ausencia del estado la causa de las mayores desigualdades.

En ese orden, para no perder la incumbencia notarial y considerando que existe el reconocimiento a nuestros grandes héroes ex combatientes de la Guerra de Malvinas, los diversos convenios celebrados entre los Colegios Notariales de todo el país y las instituciones de creación o construcción de viviendas sociales que reducen los costos a sus adjudicatarios, es que podría determinarse una línea de trabajo general que ofrezca honorarios sociales o reducidos a todos aquellos requirentes que acrediten no contar con los medios económicos suficientes para poder verter y expresar su voluntad cuando el caso así se presente.

CONCLUSIÓN.

El objeto de la presente halla su fundamento en invitar a los notarios a reflexionar no solo en el bien común que se debe a la sociedad como profesionales del derecho sino en realizar el efectivo acompañamiento ante situaciones de vulnerabilidad del sujeto, en donde el respeto hacia el otro como persona debe primar no solo como principios constitucionales sino también propios del derecho natural.

Asimismo sumar a los Colegios Notariales a continuar con la labor social de brindar un mejor y más acabado servicio.

BIBLIOGRAFÍA.

En virtud de las disposiciones del Reglamento, la bibliografía utilizada para el presente ha sido oportunamente indicada en las citas al pie.-