

XXXI Encuentro Nacional del Notariado Novel 2020

Tema: DERECHOS DE LAS FAMILIAS Y DERECHOS HUMANOS, SU RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD NOTARIAL EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

Subtema: Adultos Mayores.

Título del trabajo: *El Notario como apoyo eficiente para el ejercicio de los derechos de las personas adultas mayores.*

Autor: OJEDA GEORGIEFF, EMMANUEL MIGUEL

Coordinador: Escribano JUAN ANDRÉS BRAVO

Sub-coordinadora: Escribana MARIA CLAUDIA GIANNICO VILLALOBOS

PONENCIAS

1. La vejez no debe asimilarse a la discapacidad. La ancianidad en sí misma no es causal de incapacidad para celebrar actos jurídicos. Para los adultos mayores rige la presunción de capacidad y por lo tanto se les debe garantizar el libre ejercicio de sus derechos, incluyendo un trato diferenciado, preferencial y respetuoso en todos los ámbitos.

2. El notario es el garante del efectivo respeto y ejercicio de la autonomía, igualdad y libertad de los adultos mayores. Debe velar, a través del ejercicio de su función, que las personas que comparecen a otorgar un acto se encuentren en igualdad de condiciones y asesorarlos de aquellos institutos jurídicos regulados para la protección de sus derechos.

3. El Consejo Federal del Notariado Argentino, a través de los Colegios de Escribanos, tiene el deber de capacitar al notariado sobre los institutos jurídicos que poseen las personas adultas mayores para poder ejercer sus derechos de manera más eficaz. Se debe fomentar el dictado de cursos y actividades relacionados sobre ellas, en especial con relación a Actos de Autoprotección y Directivas Anticipadas, con el objetivo de velar por los derechos de los grupos más vulnerables. -

SUMARIO: I. CONCEPTO DE ADULTO MAYOR. II. PROTECCION NORMATIVA DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES III. HERRAMIENTAS NOTARIALES AL SERVICIO DE LA DIGNIDAD Y PAZ DE LOS ADULTOS MAYORES. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFIA.

I.- Concepto de Persona Adulta Mayor.

Para la designación de las personas adultas mayores se han utilizado los más amplios conceptos, desde “anciano”, “viejo”, “abuelo” e incluso más despectivamente “senil”, como una forma de entender los estereotipos socioculturales de acuerdo a la época en la cual abordemos la cuestión de los Adultos Mayores. Este “encasillamiento” que se hace de ellas tiene varios tintes de carácter negativo, propias del imaginario popular y que se traducen en frases como, por ejemplo, que el anciano es una “carga” o un “inútil”. Si bien este grupo etario presenta características fisiológicas y patológicas propias, partimos de la premisa que “envejecer no es enfermar”, ya que la edad cronológica no se correlaciona con la fisiología del envejecimiento.

“La vejez, por diversos motivos no está “bien vista”, y esto se patentiza en preconceptos ideológicos, discriminación y variados maltratos, incluso y lamentablemente, institucionales”¹. Esto llevó a que se elaboren estatutos de derechos de las personas mayores, e incluso ha aparecido dentro del derecho una especialidad jurídica denominada “derecho de la vejez” (también llamado “derecho de la ancianidad”), entendida como una rama del derecho en pleno desarrollo, transversal (respecto de las ramas jurídicas tradicionales), materialmente autónoma y orientada —y esto es básico— a la consideración de los ancianos como sujetos de derecho en sentido pleno².

“La consideración de la ancianidad como colectivo diferenciado en virtud de su especificidad biológica, histórica y cultural, propicia un análisis integral de la vejez y particular de las “vejeces” que nos permite desenmascarar la discriminación y el abuso que a diario padecen los viejos. Conceptualizar a la vejez importa no sólo atender a los cambios psico-físicos, que inevitablemente tienen lugar en la persona que

¹ BLANCO, Luis G. “Consideraciones Bioéticas acerca del envejecimiento y la ancianidad”, publicado en RDF 95, 06/07/2020, 21.

² Conforme Artículo 30 de la CIPDHPM, la cual puede consultarse en <https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/proteccion/convencion-interamericana-derechos-personas-adultas-mayores>

envejece, sino también a las consideraciones socio-culturales de la edad, esto es, qué significa y cómo se envejece en un momento y lugar determinados, cuál es el rol o la función que la sociedad de jóvenes atribuye a las personas de edad, cuáles son las conductas sociales que se espera de los ancianos y, a su vez, las conductas sociales hacia los ancianos”³

II.- Protección Normativa de las Personas Adultas Mayores

Encontramos como antecedente normativo en materia internacional el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales “Protocolo De San Salvador” (Adoptado en San Salvador, con fecha 17 de noviembre de 1988) que en su artículo 17 reconoce la especial protección que tienen las personas durante su ancianidad⁴.

Posteriormente, con el Convenio de La Haya sobre Protección Internacional de los Adultos, que fue aprobado por unanimidad por los Estados miembros presentes en la sesión plenaria celebrada el día 2 de octubre de 1999, se establecieron instrumentos modernos con el objeto que las personas adultas puedan expresar su voluntad sobre ciertos actos, relacionados principalmente con sus bienes y con cuestiones bioéticas.

Sin embargo, fue con la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante CIPDHPM), aprobada por el Congreso Nacional por Ley 27.360 el 09 de Mayo de 2017 y con entrada en vigor desde el 22 de Noviembre de 2017, (y conforme al artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional, la misma posee jerarquía constitucional por versar sobre derechos humanos), en la cual se hace mayor énfasis. Esta Convención, dentro de las definiciones que nos brinda, considera que una persona es adulta mayor “a partir de los 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor”⁵

³ DABOVE, María I. - FERNÁNDEZ OLIVA, Marianela - NAWOJCZYK, Erika, "Persona mayor" (DELS, 2017) www.salud.gob.ar/dels/entradas/persona-mayor

⁴ Art. 17. Protección a los Ancianos. “Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la practicas (...)”

⁵ Conf. Artículo 2 de la CIPDHPM, op. Cit.

En materia legislativa, encontramos varias normas que promueven la atención integral y reconocen derechos fundamentales de las personas mayores. A modo de ejemplo, enumaramos:

- a) Ley 25.742 de Programa de Nutrición y Alimentación Nacional.
- b) Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar
- c) Ley 24.734 sobre el derecho al uso de los servicios del sistema de cobertura médica a beneficiarios de pensiones a la vejez
- d) Ley 26.425 que organiza el Sistema Integrado Previsional Argentino.
- e) La Ley 26.657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental.

En el Código Civil y Comercial encontramos dentro del Libro Primero Parte General, el título primero que habla de la persona humana varias normas relacionadas, en especial destaco en este trabajo el artículo 43 sobre los apoyos para el ejercicio de la capacidad; el artículo 45 inciso a) sobre nulidad de los actos celebrados por personas con enfermedad mental, la cual se asocia con la llamada demencia senil; el artículo 52 que hace referencia a la afectación de la dignidad de la persona humana y su reparación; el artículo 59 que se refiere al consentimiento informado y el artículo 60 que consagra las directivas medicas anticipadas, la cual había sido anteriormente receptada en la Ley 26.529 sobre los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, en su artículo 11.-

En el ámbito judicial, encontramos que se han dictado fallos relacionados la protección de la persona adulta mayor.

En materia tributaria, se admitió la no retención del impuesto a las ganancias en el haber de una jubilada, y entre sus fundamentos se tuvo en cuenta el estado de vulnerabilidad en la cual se encontraba (persona adulta mayor de 98 años, con discapacidad) por sobre su capacidad contributiva.⁶ En el mismo sentido, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, en fallo de fecha 29 de Septiembre de 2020 fundamento: “la merma que se practica en concepto de impuesto a las ganancias, impacta directamente sobre el carácter alimentario del haber previsional que percibe el Sr. Morales, el que prima facie resulta imprescindible a los fines de atender los

⁶Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala V de fecha 07/10/2020. Partes: D. U., L. C. c. EN - AFIP y otro s/ Amparo Ley 16.986. Publicado en La Ley Online, CITA: AR/JUR/47328/2020

gastos que demanda las dolencias que padece, sumado a los ordinarios de la vida cotidiana y aquellos que requiera para su subsistencia, teniendo en cuenta su especial situación de privilegio constitucional”.⁷

En materia civil, el Juzgado de primera instancia en lo civil y comercial de 43ª Nominación de Córdoba no dio lugar a la acción de desalojo contra una persona argumentando que “la persona de edad avanzada tiene derecho a una “protección especial durante su ancianidad” como lo declara el Protocolo de San Salvador (art. 17), que es el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica) con jerarquía constitucional, en virtud de lo establecido por el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna Nacional. En este mismo sentido, el art. 28 de la Constitución de la Provincia de Córdoba tutela los derechos de la ancianidad.”⁸

En un fallo muy reciente, el Juzgado de Familia número 7 de La Plata, con fecha 08 de Octubre de 2020 estableció que se rechazaba el pedido de cese de la intervención de la Asesora de Incapaces en una mujer de 95 años, dado que consideraba que “efectivamente requiere de especial protección para poder ejercer en términos de igualdad y con eficacia sus derechos ante el sistema judicial, aun cuando no se encuentre comprendida dentro de los supuestos de la ley de salud mental”⁹

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso “Poblete Vilches y otros Vs. Chile”¹⁰. El fallo señaló la responsabilidad internacional del Estado chileno por “no garantizar el derecho a la salud sin discriminación, mediante servicios necesarios básicos y urgentes con relación a su situación especial de vulnerabilidad como persona mayor”, incumplimiento que derivó en la muerte Vinicio Antonio Poblete Vilches. De esta manera, la Corte IDH se pronunció por primera vez respecto el derecho a la salud como parte integrante los

⁷ Camara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala 1, de fecha 29/09/2020. Partes: Morales, Jose Gabriel c. AFIP s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad. Publicado en La Ley Online. CITA: AR/JUR/47332/2020

⁸ Juzgado de la 1ra Instancia en lo Civil y Comercial de 43a Nominacion de Cordoba de fecha 28/10/2019. Partes: G., N. N. c. P., B. s/ desalojo - por vencimiento de término. Publicado en DFyP 2020 (agosto), 167. CITA: AR/JUR/61325/2019

⁹ Juzgado de Familia número 7 de La Plata de fecha 08/10/2020. Partes: F.M.D.C. s/Internacion. Publicado en La Ley Online, CITA: AR/JUR/49455/2020

¹⁰ Se puede consultar el fallo completo

en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_349_esp.pdf

derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), así como respecto de los derechos de las personas mayores.

Sobre el tema que nos compete, determinó que las personas mayores gozan de un nivel reforzado de protección respecto de servicios de salud de prevención y urgencia, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración de la integridad personal. Por otra parte, se estableció que el consentimiento informado es una obligación a cargo de las instituciones de salud, que persiste el deber de informar a los pacientes o, en su caso, a sus representantes sobre los procedimientos y condición del paciente.

III.- Herramientas notariales al servicio de la dignidad y paz de los adultos mayores

Las personas adultas mayores gozan del principio de presunción de su capacidad, por lo que pueden otorgar actos jurídicos frente a notarios, sin restricciones, y esta capacidad no se pierde por el simple transcurso del tiempo¹¹. Pero hay ciertos actos que se pueden identificar como necesarios para poder proteger sus derechos y paliar su vulnerabilidad.

“La intervención notarial es llave de acceso para el ejercicio de otros derechos, aceptar el requerimiento notarial con todo lo que conlleva es permitir a la persona ejercer sus derechos tanto personalísimos como económicos y referidos al derecho de propiedad y manejo de su propio patrimonio. Cuando el notario obtiene convicción de que la persona tiene el discernimiento necesario para otorgar el acto, con todos los elementos a su alcance, acepta el requerimiento, con todo lo que ello conlleva y no necesita expresar en la escritura su habilidad o capacidad”¹²

Ante la pregunta ¿qué instrumentos podrían ser movilizados o diseñados para proteger la vulnerabilidad y promover la solidaridad con los adultos mayores?, el notario está en condiciones de responder que existen distintas figuras jurídicas que permiten la protección y administración del patrimonio, y son herramientas que pueden proporcionar un ingreso que permita el sustento económico de las personas adultas mayores. Estos mismos instrumentos son plenamente aplicables a personas que

¹¹ Establecido en el Artículo 23 de nuestro Código Civil y Comercial, la Capacidad de Ejercicio es la regla y la excepción son las que expresamente establece el mismo Código o por sentencia judicial. -

¹² Spina, Marcela V. y Zito Fontan, Otilia del Carmen, “Capacidad jurídica de las personas mayores: La persona mayor ante el notario”, publicado en RDF 95, 06/07/2020, 10. Cita Online: AR/DOC/1833/2020

poseen alguna discapacidad para su protección, atendiendo las circunstancias particulares del caso.

- a) Otorgamiento de un poder a favor de un tercero encargado de administrar sus bienes, con cláusula específica que establezca que su vigencia comenzará a partir del acaecimiento de alguna condición relacionada con su edad o con alguna discapacidad sobreviniente.
- b) Testamento por Acto Público: Conforme el artículo 2462 del Código Civil y Comercial, "Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extra patrimoniales".

Es decir, la persona mayor puede beneficiar a través de un testamento a las personas que se dediquen a su cuidado o realizar planificación sucesoria, pudiendo, por ejemplo, beneficiar a un heredero con discapacidad, establecer indivisiones post comunitarias en beneficio de sus hijos menores de edad o su cónyuge supérstite.

- c) Fideicomiso Testamentario: Consiste en una disposición de última voluntad, por la cual el testador como fiduciante, dispone de la transferencia de la propiedad fiduciaria de bienes determinados a favor de un legatario particular en carácter de fiduciario, para que ejerza la propiedad en beneficio de quien indique en la disposición testamentaria. Y al finalizar el mismo, ya sea por cumplimiento de plazo o condición, deberá entregar los bienes a los herederos o legatarios en carácter de fideicomisarios.
- d) Fideicomiso de Administración: Si el patrimonio de la persona adulta mayor posee bienes que requieran conocimientos específicos para ser administrados, como por ejemplo, una empresa o un establecimiento comercial o agropecuario, existe la opción de constitución de un fideicomiso para la administración y explotación de ellos, transfiriéndose la propiedad a un fiduciario (ya sea persona física o jurídica) que tenga experiencia la administración de este tipo de bienes.

El fiduciario deberá administrarlos conforme las lo que establezca el fiduciante, y los resultados se podrían utilizar para atender gastos y necesidades del fiduciante o los beneficiarios designados, debiendo entregar

los bienes a los designados fideicomisarios al vencimiento del plazo o extinción del fideicomiso.

- e) Contrato Oneroso de Renta Vitalicia: El contrato oneroso de renta vitalicia se encuentra regulado en los artículos 2070 a 2088 del Código Civil, y consiste en que una persona, a cambio de un capital o un bien mueble/inmueble valorado en dinero, se obliga a pagar una renta en forma periódica a otra durante la vida de una o más personas humanas ya existentes, designadas en el contrato.

El dador o constituyente, que se obliga a pagar la renta, puede ser persona humana o jurídica. El beneficiario y el cabeza de renta cuya vida se tiene en cuenta para la duración del contrato debe ser persona humana. Otra de las variantes que encontramos es que, en garantía del cumplimiento de la renta, el deudor de la renta constituye hipoteca en primer grado sobre el inmueble que recibe como garantía del cumplimiento de la obligación. El monto estimado de la hipoteca suele fijarse en una suma equivalente al valor del inmueble, para cumplir el principio de especialidad.

- f) Transferencia de la nuda propiedad con reserva de usufructo: Es posible realizar la transferencia de la nuda propiedad a título gratuito u oneroso y mantener el usufructo vitalicio y gratuito. Por ejemplo, si la persona adulta mayor desea donarle la nuda propiedad del inmueble a un tercero el inmueble por el cuidado que le ha brindado, o si prefiere venderla para solventar gastos con la reserva del usufructo.

Con respecto a los actos que el notario puede otorgar relacionados con la vida del requirente, encontramos:

- A. Actos de Autoprotección o Directivas Anticipadas: “Son actos voluntarios, expresados en forma inequívoca, que contienen previsiones y directivas relacionadas con todos los aspectos de la vida, tales como la atención médica, y la disposición y administración de los bienes, para que sean ejecutados en el caso de que esa persona se encuentre imposibilitada de decidir por sí misma”¹³

La escritura pública es el instrumento idóneo para asentar de manera fehaciente la voluntad de las personas, que contiene instrucciones que realiza una persona en pleno uso de sus facultades mentales, con el objeto que surta

¹³ Definición que brinda el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires en su pagina web, <https://www.colescba.org.ar/portal/comunidad/159-autoproteccion.html>

efecto cuando no pueda expresar su voluntad. En otras palabras, se trata de una declaración de voluntad que hace un individuo para que se respete su voluntad cuando quede privado de capacidad por causa sobrevenida.

También llamadas en el derecho comparado “Declaración vital anticipada”, “Testamento vital”, “Living Will” o “Testamento de vida”, encuentran su fundamento esencial en el derecho a la autonomía de tomar decisiones sobre el propio cuerpo y en el derecho a contar un ámbito de reserva, en la medida que las acciones privadas de los hombres no dañen a terceros, conforme lo establece el Artículo 19 de nuestra Constitución Nacional.

IV.- CONCLUSIONES

El envejecimiento es parte inexorable de la evolución humana, y las personas adultas mayores suelen desarrollar una mayor cantidad de actos jurídicos como consecuencia de las mejoras en la calidad de vida y el aumento de la expectativa de vida a nivel mundial. Sin embargo, las consecuencias que derivan de la disminución de aptitudes mentales, intelectuales o funcionales para valerse plenamente por sí mismos, demuestra que su condición de vulnerabilidad, discriminación y exclusión social, requiere necesariamente de apoyos y establecimientos de salvaguardias que garanticen el ejercicio efectivo de su capacidad jurídica, sin que se limiten dicho ejercicio.

El notariado, que está en permanente contacto con la realidad, se perfila frente a requirentes en situación de vulnerabilidad, como un apoyo eficiente para brindar una protección jurídica especial, para hacer efectivo el ejercicio de sus derechos. Su intervención se caracteriza entre otras cosas, por su imparcialidad, y puede constituirse en una protección adecuada para evitar el aprovechamiento de la persona vulnerable.

Y no es solo obligación del escribano, sino que corresponde a toda la sociedad poder desarrollar una empatía social con los adultos mayores para poder comprender y tomar decisiones que lleven su bienestar. Tenemos la oportunidad generacional de pensar qué vejez queremos como sociedad para el futuro, y desarrollar políticas públicas y/o institucionales a tal fin.

Por todo lo expuesto, debemos ser los notarios lo que ofrezcamos las herramientas jurídicas para que puedan ejercer sus derechos dentro del marco constitucional, y convertirnos en asesores calificados frente a aquellos que puedan vulnerarlos, a fin que puedan disfrutar plenamente en esta etapa de su vida.

V.- BIBLIOGRAFIA

BLANCO, Luis G. "Consideraciones Bioéticas acerca del envejecimiento y la ancianidad", publicado en RDF 95, 06/07/2020, 21.

DABOVE, María I. - FERNÁNDEZ OLIVA, Marianela - NAWOJCZYK, Erika, "Persona mayor" (DELS, 2017) www.salud.gob.ar/dels/entradas/persona-mayor.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores,

<https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/proteccion/convencion-interamericana-derechos-personas-adultas-mayores>

ABREGU, Juan Nicolás. "La ancianidad en la visión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en SJA 08/05/2019, 19.

SPINA, Marcela V. y ZITO FONTAN, Otilia del Carmen, "Capacidad jurídica de las personas mayores: La persona mayor ante el notario", publicado en RDF 95, 06/07/2020, 10. Cita Online: AR/DOC/1833/2020

JURISPRUDENCIA

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala V de fecha 07/10/2020. Partes: D. U., L. C. c. EN - AFIP y otro s/ Amparo Ley 16.986. Publicado en La Ley Online, CITA: AR/JUR/47328/2020

Camara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala 1, de fecha 29/09/2020. Partes: Morales, Jose Gabriel c. AFIP s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad. Publicado en La Ley Online. CITA: AR/JUR/47332/2020

Juzgado de la 1ra Instancia en lo Civil y Comercial de 43a Nominacion de Cordoba de fecha 28/10/2019. Partes: G., N. N. c. P., B. s/ desalojo - por vencimiento de término. Publicado en DFyP 2020 (agosto), 167. CITA: AR/JUR/61325/2019

Juzgado de Familia número 7 de La Plata de fecha 08/10/2020. Partes: F.M.D.C. s/Internacion. Publicado en La Ley Online, CITA: AR/JUR/49455/2020

Caso Poblete Vilches y otros contra Chile, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_349_esp.pdf