

XXXI Encuentro Nacional del Notariado Novel – 1º edición virtual

Tema I: Derechos de Familias y Derechos Humanos, su relación con la actividad notarial en el CCyC

Título: “Actos de autoprotección. ¿Cómo se entera el juez? “

Not. Pedro EGUIAZU y Not. Vanina L.PERRÓN

Colegio de Escribanos de Santa Fe - Primera Circunscripción.-

Ponencia:

Proponemos modificar el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe, para incluir dentro de las exigencias a los jueces que deben pronunciarse sobre restricciones a la capacidad y declaraciones de incapacidad, la previa solicitud de un informe al Registro de Actos de Autoprotección del domicilio de la persona cuya capacidad se pretende limitar.

Introducción

En el actual contexto de pandemia, los actos de autoprotección han cobrado nueva dimensión. A muchas personas experimentaron la necesidad de asesorarse y autorizar actos a través de los cuales pueden planear como quieren que sea su vida para el supuesto de que sufran una pérdida del discernimiento o una incapacidad que les impida expresarse.

El objetivo de nuestro trabajo, luego de un acercamiento a los conceptos de actos de autoprotección, derecho de autoprotección, registro de autoprotección y de una breve

explicación sobre como son los procesos de restricciones a la capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial, y la importancia que tiene que la persona pueda participar del proceso y sea escuchada por los jueces. Es poder demostrar la imperiosa necesidad de que los jueces, previo a dictar sentencia, oficien a los registros de autoprotección del domicilio del actor, con el único objetivo de respetar la voluntad del mismo, ante la eventualidad de una futura incapacidad, y de este modo hacer valer tan importante mecanismo como son los actos de autoprotección.

Autoprotección ¿derecho subjetivo o acto jurídico?

Hay que diferenciar el **derecho de autoprotección** del **acto de autoprotección**.¹ Cuando hablamos de acto de autoprotección nos referimos a un acto jurídico.² Es decir es un hecho voluntario lícito que se caracteriza por producir algún tipo de consecuencia jurídica.³ Y desde su acepción como derecho, es un derecho humano fundamental que se encuentra consagrado en los principios de libertad, igualdad y dignidad de la persona humana reconocidos por nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a nuestra carta magna.

Los actos de autoprotección son actos jurídicos en los cuales una persona plasma de manera fehaciente directivas de distinta naturaleza para que su voluntad sea respetada en el futuro, ante una eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno que le impida expresarse por sí misma. Tal como se estableció en el despacho del TEMA IV de las XXXV Jornada Notarial Bonaerense del año 2007, **“los actos de autoprotección son actos voluntarios de carácter preventivo, decididos libremente por una persona y expresados en forma inequívoca, que contienen declaraciones, previsiones y directivas para que sean ejecutadas en el caso de que se encuentre imposibilitada de decidir por sí misma.”**

¹ Cerniello Romina Ivana y Goicoechea Néstor Daniel. Revista del Notariado 915 (ene-mar 2014). En <http://www.revista-notariado.org.ar/2014/09/derecho-de-autoproteccion/>. Fecha de consulta 13/11/2020

² Código Civil y Comercial de la Nación “Artículo 259.- Acto jurídico. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”.

³ Gianfelici Mario Cesar y Roberto Eduardo. Edición Homenaje Dr. Benjamin Piñon, GEA impresiones, 2004, Santa Fe. Pág. 139 a 148.

La adecuación de nuestra legislación a los requerimientos que plantean las nuevas normas internacionales y que le otorgan primordial relevancia al respeto de la voluntad de las personas y a su protagonismo en toda decisión que les afecte, ha sido paulatina. La Constitución Nacional establece la obligación del Congreso de *“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”* (Art. 75 inc 23). Y a lo largo de todo su articulado, *“procura asegurar un régimen jurídico humanista, (...) e incursiona en el derecho privado, ámbito reservado hasta entonces -de modo privilegiado- al Código Civil”*⁴. Las más recientes convenciones internacionales sobre derechos humanos, como la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Internacional de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, responden a estos paradigmas.

Previo a la sanción del Código Civil y Comercial, se sancionó la ley nacional de salud pública (ley N° 26.529), la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (ley N° 26.061) y la ley de salud mental (ley N° 26.657), que conjuntamente con los tratados internacionales fueron generando relevantes modificaciones a la manera de tratar las restricciones de la capacidad jurídica de las personas, actos de autoprotección, consentimiento informado y directivas anticipadas en materia de salud, colaborando con la edificación de un régimen que reconoce que la capacidad se presume, y toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos. Esta evolución tuvo su correlato en la forma de calificar y juzgar sobre estos temas de los tribunales.

El Código Civil y Comercial recepta la adecuación constitucional y establece *“un sistema garantista, abierto y tutelar”*⁵. Se reconoce al ser humano como sujeto pleno de sus derechos y no como mero objeto de protección, más allá de la edad, la enfermedad, el sexo, la discapacidad o de cualquier situación de vulnerabilidad que lo afecte. El

⁴ Luis Rogelio Llorens y Alicia B. Rajmil. *Derecho de autoprotección*. 1era edición. Astrea, 2010, Buenos Aires. Pág. 20.

⁵ Claudio Kiper Director y Luis O. Daguerre Coordinador. *Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, Tomo I, 1era edición Revisada. Rubinzal- Culzoni Editores, 2015. Pág. 13

actual diseño de restricciones a la capacidad de las personas humanas son diferentes a los que contenía el código derogado; ahora las restricciones deben ser particulares, y con relación a un determinado acto o actos que deben estar especificados en la sentencia, conservando el principio de capacidad en relación a los actos que no fueron restringidos⁶.

Actos de autoprotección. Forma

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 la que fue otorgado.⁷

Si bien prevalece la libertad de formas⁸, es la escritura pública el instrumento idóneo para orquestarlos. Sus reconocidas ventajas de autenticidad y matricidad, plena fe de las declaraciones que contiene, fecha cierta y asesoramiento, hacen que le brinde seguridad tanto a quien otorgue al acto como así también a la persona que debe ejecutar las directivas impartidas. Muchas veces el acto de autoprotección puede ser acompañado con otros instrumentos que lo complementan y fortalecen, como testamentos, contratos de renta vitalicia, poderes de administración, poderes preventivos, fideicomisos, donaciones, entre otros.

Debemos tener en cuenta que este tipo de actos cobran total dimensión cuando deben ser aplicados, es decir cuando la persona que lo otorgó no tiene la posibilidad de hacer

⁶ “S.I.R. s/inhabilitación” Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul – Sala I. 21-03-2020. Publicada por El Derecho – Diario, Tomo 289. ED-CMXXVI-604.

⁷ Francisca Spila y Vanina Perrón. *El envejecimiento de la población como marco para el desarrollo de actos de autoprotección. Su registración utilizando la plataforma blockchain*. Trabajo presentado en el XXX Encuentro Nacional del Notariado Novel. Córdoba, 2019.

⁸ Llorens Luis y Rajmil Alicia. *El derecho de autoprotección*. Consejo Federal del Notariado Argentino, III Asamblea Ordinaria 2008, San Salvador de Jujuy

cumplir esa voluntad por sí misma, es por eso que es de vital importancia el asesoramiento personal y legal que permita otorgar un instrumento válido y eficaz.

Es nuestra obligación como notarios fortalecer y difundir los beneficios del otorgamiento de actos de autoprotección. No debemos olvidar que como dicen Dabove y Barbero *“esta nueva modalidad de los actos de autoprotección no ha nacido al hilo de un mandato legal. No se ha instituido mediante una reforma del Código Civil, o por medio de una ley especial de la Nación. Ha surgido, precisamente, como un uso notarial. Se ha impuesto al hilo de los cambios sociales y de las nuevas necesidades que la realidad impone a los escribanos”*.⁹

Registros de autoprotección

El registro es una técnica que refuerza el valor “seguridad”, ya que la “cognosibilidad” que es fruto de la registración, elimina la posibilidad de alegar desconocimiento frente a un determinado acto. Creemos que el derecho de autoprotección configura un bien registrable.

El notariado argentino ha asumido esta incumbencia y se han creado registros específicos. A lo largo de los años, se han creado registros de autoprotección en gran parte de las provincias del país desde sus colegios notariales y en el año 2009 se creó el Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección por el Consejo Federal del Notariado Argentino que nuclea la información proveniente de los colegios notariales de todo el país.¹⁰

La demarcación pionera en la materia fue la provincia de Buenos Aires, cuyo Colegio de Escribanos creó el primer registro de actos de autoprotección en el año 2004. Este registro comenzó a funcionar el 1 de marzo de 2005; y alcanzó reconocimiento

⁹ DABOVE, MARÍA ISOLINA; DARIEL O. BARBERO. *Igualdad y no discriminación en los Actos de Autoprotección*. Revista del Instituto de Derecho e Integración. Editorial Colegio de Escribanos 2da Circunscripción Santa Fe. Rosario, 2009

¹⁰ REGLAMENTO DEL CENTRO NACIONAL DE INFORMACIÓN DE REGISTROS DE ACTOS DE AUTOPROTECCION en <http://www.cfna.org.ar/documentacion/reglamentos/reglamento-actos-de-autoproteccion.pdf>. Fecha de consulta 27/11/2020.

legislativo a nivel provincial en 2010, con la sanción de la Ley 14.154. Posteriormente, fueron creados los registros de Santa Fe-2ª circunscripción en el año 2006; Entre Ríos, Chaco y Córdoba en el año 2007; San Juan, Ciudad de Buenos Aires, Salta, Tierra del Fuego, Santa Cruz, Catamarca y Santa Fe-1ª circunscripción en el año 2009; Jujuy y Misiones en el año 2010; Corrientes, La Pampa y Mendoza en el año 2012; Neuquén en el año 2013; San Luis y Chubut en el año 2014; y el más reciente en la provincia de Santiago del Estero que se ha creado en el año 2019.

En todos los supuestos los registros son reservados, protegen la reserva del caso, estipulando la legitimación para la inscripción y para la solicitud de informes en forma restrictiva. Se brinda la posibilidad de inscribir a solicitud del otorgante o del escribano autorizante o incluso, en algunos casos, de las personas designadas en los instrumentos. Los informes se efectúan a pedido del interesado, el escribano interviniente, el juez competente y las personas habilitadas en el instrumento; algunas reglamentaciones permiten también que sean solicitados por funcionarios del ministerio público y representantes de los centros de salud.

En cuanto a la información a registrar, son meramente publicitarios, se solicitan los datos del instrumento (fecha, datos de la escritura, registro y lugar de guarda en su caso), del otorgante, de las personas autorizadas a tomar decisiones en materia de salud y/o designadas como curadores. Asimismo, algunos reglamentos prevén la inscripción de las cláusulas relativas a las directivas médicas anticipadas, mediante su transcripción (previa autorización expresa del otorgante en el mismo instrumento). Son meramente informativos, no califican los documentos a inscribir.

El Decreto 1089/2012 que reglamenta de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742 de Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud es la primera norma que reconoce a nivel nacional la existencia de los registros creados por los colegios notariales y convalida su actuación. Establece que *“Los escribanos, a través de sus entidades representativas y las autoridades judiciales a través de las instancias competentes podrán acordar modalidades tendientes a registrar tales directivas, si no hubiere otra modalidad de registro prevista localmente.”* (Art 11).

Procesos judiciales de restricción a la capacidad e incapacidad

Como sabemos, el Código Civil y Comercial recibió el cambio de paradigma referido a la capacidad; superando el rígido sistema de capaces e incapaces le da a las restricciones a la capacidad carácter excepcional, sustituyendo la tutela por el apoyo. Es un sistema mucho más laxo, en el que se evalúa en cada caso en concreto, y se implementan restricciones al ejercicio de la capacidad de las personas. La figura principal de este nuevo sistema es el juez, que apoyado por un equipo de especialistas y escuchando a la persona, es quien determina el alcance de cada sentencia.

“ (...)El trámite judicial que tiene por objeto la restricción de la capacidad jurídica de una persona, debe realizarse de modo personalizado, desde la demanda misma que debería contener una indicación concreta de los actos, decisiones o derechos susceptibles de restricción o limitación –ello debería ser el centro de la actividad probatoria-, atendiendo a las circunstancias propias y familiares de la persona; erradicándose la solución estereotipada prevista por el sistema anterior, pero que también puede encontrar acogida bajo el nuevo régimen mal aplicado. (...)”¹¹

No caben dudas que la persona en cuyo beneficio se realiza el proceso tiene derecho a participar en el mismo con asistencia letrada, y el juez debe mantener una relación directa con ella. Pero puede ocurrir que en ese momento, por diferentes motivos, no pueda interactuar directamente con el juez y manifestar su voluntad; es en ese supuesto donde cobran total relevancia los actos de autoprotección.

En materia procesal, en la provincia de Santa Fe se encuentra vigente el Código de Procedimientos Civil y Comercial sancionado en el año 1962. En el año 2017, a través del Decreto 2505/2017 el Poder Ejecutivo provincial creó una comisión de técnica especializada para que redacte un anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la provincia.¹² Dicho proyecto implicaba una modificación sustancial de los procesos civiles y comerciales en la provincia y apuntaban, según se expresó en su nota de elevación, “a concebir un proceso humanizado, congruente con la realidad de los justiciable y próximo a sus requerimientos, pretendiendo impregnar al mismo de

¹¹ S.,A.T. s/Restricción a la capacidad de J.F.S. Expte. N° 16.631/16. Fecha 19/12/2016. ED-DCCCXXI-931

¹² La comisión técnica especializada cumpliendo su cometido elaboró un proyecto de código que fue elevado a la Legislatura de la provincia en julio de 2018, obtuvo media sanción en Diputados el 10/10/2019, pero perdió estado parlamentario. El 2 de noviembre de este año, reingresó a la Cámara de Diputados para su tratamiento a instancia del presidente de la misma.

principios e institutos que lo doten de suficiente idoneidad para obtener la efectiva y justa composición real de los conflictos”.¹³

Si bien dicho proyecto no fue aprobado, cabe destacar que se establecía un procedimiento especial para restricciones a la capacidad y declaraciones de incapacidad que debían atender los jueces con competencia en materia de familias. Pero no exigía al juez que solicite un informe al registro de autoprotección para conocer si la persona, cuya capacidad se discutía en el proceso, otorgó un acto de autoprotección.¹⁴

En otras jurisdicciones como Chaco, el Código Procesal Civil y Comercial derogado (Ley 968) en su artículo 602 establecía la obligación del juez, previo a dictar sentencia, oficiar al Registro de Actos de Autoprotección que funciona en el Colegio de Escribanos de la provincia para conocer si existían disposiciones de autoprotección registradas, y en caso de que existan tenerlas en cuenta.

Creemos que en los procesos judiciales que se desarrollen en la Provincia de Santa Fe, en los cuales se dirima sobre restricciones a la capacidad de las personas, debería oficiarse al Registro de Autoprotección para conocer si se otorgaron actos de autoprotección. Si bien, en muchos casos se oficia solicitando informes al Registro de Autoprotección, no debería dejarse al libre arbitrio del juez.

Ya que es indispensable que el juez que entienda en la causa pueda conocer la voluntad de la persona con respecto a si misma, su vida o sus bienes, teniendo en cuenta que puede que, en ese momento, la persona no pueda expresarse por sí misma e informar al juez la existencia y alcances de dicho acto.

El Reglamento del Registro de Actos de Autoprotección del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, en su artículo 9 prevé el carácter reservado del mismo y autoriza expresamente al juez competente a solicitar certificaciones, informes y consultas.

¹³ <https://www.santafe.gob.ar/cpcc/anteproyecto.php>. Fecha de consulta 27/11/2020

¹⁴ Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe “Art. 567.- Los jueces deben garantizar la inmediatez con la persona interesada durante el proceso y entrevistarla personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, quien que preste asistencia letrada a la persona interesada, deben estar presentes en las audiencias. Previo al dictado de sentencia, deberá requerirse el dictamen de un equipo multidisciplinario.”

Para cumplir con la tutela efectiva del derecho de autoprotección consideramos que debería ser inminente una actualización del Código de Procedimientos Civil y Comercial, debido a que es imperioso que las escrituras públicas que contienen actos de autoprotección sean conocidas por quienes tienen la obligación de proteger y defender los derechos fundamentales de las personas.

Conclusión

Luego de comprender la diferencia de los conceptos de actos de autoprotección, derecho de autoprotección, registro de autoprotección, y de entender, la importancia que tiene el criterio del juez a la hora de dictar una sentencia de restricción a la capacidad y la trascendencia que tiene la misma en el sujeto involucrado; llegamos a la conclusión que es fundamental que el juez oficie al Registro de Actos de Autoprotección del domicilio de la persona cuya capacidad se pretende limitar. De lo contrario, carece de sentido realizar un acto de autoprotección si a la hora de realmente necesitarlo (que es precisamente en el momento en que el sujeto no tiene la capacidad suficiente para realizar determinados actos) el mismo no sea tenido en cuenta por el juez a la hora de dictar sentencia por el simple hecho de que lo desconoce.

Celebramos la creación de los Registros de actos de Autoprotección, que precisamente tienen el objetivo de que los mencionados actos, no queden perdidos en las escribanías e instamos a los jueces a utilizar todas las herramientas que tienen a mano, sobre todo esta, que a nuestro entender es la más importante de todas, dado que es la que representa la voluntad real del sujeto frente a la situación en la que finalmente se encuentra.