

XXXI Encuentro Nacional del Notariado Novel

1° Edición Virtual

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

“ACTOS DE AUTOPROTECCION: DECLARACIONES DE VOLUNTAD
ANTICIPADAS”

Esc. María Eugenia Mercado González
(Córdoba Capital)

Resumen:

- 1- El Código Civil y comercial de la Nación en su artículo 60, regula las llamadas “Directivas Médicas Anticipadas”, reconociendo el derecho de la persona a anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad, pudiendo también designar la persona que expresará su consentimiento para los actos médicos y ejercer su curatela. La norma adopta un criterio restrictivo, circunscribiendo su contenido a la salud. Considero conveniente, una modificación que incluya los distintos contenidos de los actos de autoprotección, debiendo expresar el título del mismo: “Declaraciones de Voluntad Anticipadas”, “Disposiciones para la propia incapacidad” o simplemente “Actos de autoprotección”.
- 2- La norma no establece forma alguna, siendo recomendable la Escritura Pública, dada la trascendencia que tiene la declaración de voluntad sobre estos derechos, cuyo objetivo es conservar y proteger la dignidad humana.
- 3- En consonancia con el punto anterior, propongo a los profesionales del derecho, en especial al notariado, profundizar en el estudio de los derechos de autoprotección, para llegar a dar respuestas concretas a la sociedad, que en la mayoría de los casos desconoce que cuenta con estas herramientas jurídicas de protección, otorgando la posibilidad de prever su eventual pérdida de discernimiento, autogestionando su futuro.

DESARROLLO y FUNDAMENTACION:

Los llamados “**actos de autoprotección**”, son aquellos donde una persona con discernimiento, toma decisiones personales y patrimoniales para el caso de que se encuentre imposibilitada de decidir por sí misma, y que contienen previsiones y directivas relacionadas con

todos los aspectos de la vida, tales como disposiciones vinculadas con la propia persona (por ejemplo cuidados personales, compañías y/o apoyo, lugar de residencia, etcétera), elección y rechazo de la persona que desea como eventual administrador o curador, directivas patrimoniales sobre la administración y disposición de sus bienes, directivas anticipadas de salud: designación de la persona que decida sobre cuestiones de salud, aceptación o rechazo de tratamientos médicos, lugar y condiciones de internación.

El Código Civil y Comercial de la Nación, introduce en su artículo 60 “las directivas médicas anticipadas”, las que se encontraban ya reguladas en el artículo 11 de la Ley 26.529 de los Derechos del Paciente. Sin lugar a dudas, este reconocimiento en la Ley de fondo, constituyó la consagración del “derecho de autoprotección”, reconociéndolo como un Derecho Humano, inherente a la dignidad, la libertad y la autonomía de la persona. Además, responde a la necesidad de las personas de dejar asentadas sus decisiones para la eventual pérdida del propio discernimiento, que implicará la imposibilidad de autogobernarse a sí misma y a sus bienes.

1) El artículo 60 del Cód. C.yC.N, expresa: Disposiciones Médicas Anticipadas. “La persona plenamente capaz puede **anticipar directivas y conferir mandato** respecto de su salud y **en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela...**”. En una primera y rápida lectura, podemos inferir, que según el título que se le confiere, pareciera circunscribirse sólo a las directivas que tienen por objeto temas de salud, sin embargo, la mayoría de la doctrina, sobre todo la notarial, entiende que su alcance no sólo se limita al ámbito de la salud, sino que incluye, con carácter general, el supuesto futuro y eventual de que una discapacidad física o psíquica del disponente le impida disponer en todos los aspectos que conciernen a su persona.

Pensamos que estas directivas médicas anticipadas, constituyen una variante o uno de los contenidos que pueden tener los

actos de autoprotección. Es así, que las directivas médicas anticipadas, los poderes preventivos, el nombramiento de curadores y apoyos, constituyen distintas herramientas jurídicas preventivas en protección de la persona.

Ahora bien, ¿en que nos fundamentamos para considerar que estas directivas anticipadas puedan tener por objeto cualquier tipo de disposición en previsión de que en un futuro el disponente se encuentre imposibilitado permanente o transitoriamente de manifestar su voluntad por sí mismo?

Tal como mencioné anteriormente, la doctrina notarial, considera que los actos de autoprotección tienen un contenido mucho más amplio que lo establecido en el artículo 60 del código civil y comercial de la nación. Una muestra de ello, la vemos reflejada en el Reglamento de actos de autoprotección del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires del año 2013, que en su artículo 2° dispone la toma de razón de escrituras públicas, que contengan disposiciones, estipulaciones o instrucciones del otorgante respecto de su persona y bienes, para la eventual imposibilidad, transitoria o definitiva de tomarlas por sí. ¹

Por vía jurisprudencial, a través de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, se sostuvo que “esta voluntad bien puede expresarse a través de lo que los países sajones conocen como living Will, testamento de vida o testamento vital... o mediante el otorgamiento de un poder especial (esencialmente revocable) a un tercero para que lo exteriorice cuando su mandante llegue a esas precisas y detalladas circunstancias... Pese a las objeciones que entre nosotros pueden levantarse frente a tales instrumentos no receptados por las leyes vigentes, es indiscutible que tanto uno como otro expresan en forma fidedigna la real voluntad del paciente hoy inconsciente o impedido de manifestarse”. ²

¹ Reglamento de actos de autoprotección del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires del año 2013.

² SCBA. 9/2/05, “S.M. d. C. Insanía”, LLBA, 2005-172, voto del Dr. Roncoroni.

Asimismo, cuando la norma se refiere al mandato en previsión de la propia incapacidad y al nombramiento de curador, debemos preguntarnos: ¿también se refiere sólo al ámbito de la salud? Conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos con Discapacidad y demás normas concordantes en materia de derechos humanos, debemos considerar que el derecho de las personas a anticipar directivas para el supuesto de perder la facultad de autogobernarse, excede el ámbito de la salud.³

El artículo, más allá de su título, autoriza la designación de la persona que ejercerá la curatela, aspecto que excede el ámbito de la salud, por lo que concluimos que se reconoce el mandato de autoprotección para otros contenidos que no sean los de la salud. Por otro lado, tenemos que relacionar este artículo, con el artículo 139 del mismo cuerpo legal, en cuanto dispone que “la persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela”. Se infiere que ese curador lo ha de ser para atender cuestiones atinentes a la persona como a los bienes.

En base a los argumentos expuestos, podemos afirmar que la denominación “directivas médicas anticipadas” queda reservada para una especie de los actos de autoprotección, que son los que tienen por objeto disponer en materia de salud.

Sabemos que al momento de otorgar actos de autoprotección, los requerimientos en nuestras escribanías, responden a diversos contenidos vinculados a la vida de las personas, como por ejemplo, donde quiere vivir, con quien, si acepta o no estar en un geriátrico, si quiere o prefiere alguna compañía en particular, si quiere conservar a su mascota, o todo lo relacionado con su patrimonio, como por ejemplo, la forma de administrarlo, cuales son los bienes que lo compone, la designación de una persona que pueda tomar decisiones, y en caso de un proceso de incapacidad pueda ser su apoyo o curador,

³ Cód. Civ. y Com. Comentado, anotado y concordado por escribanos- Eduardo Gabriel Clusellas y otros autores. Editorial FEN- Editora Notarial.

todo va a poder decidir la persona, protegiendo de esta forma su derecho de autonomía, su dignidad y libertad.

2) Ninguna norma del Código Civil y Comercial de la Nación, establece la forma para el otorgamiento de estos actos de autoprotección. La legislación nacional de salud 26.529, art. 11, modificado por la ley 26.742, plantea exigencias de forma. Cuando las directivas anticipadas contengan disposiciones en materia de salud, el artículo 11, en su párrafo final, dispone que *“la declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”*.

Cuando el artículo 11 de la citada ley, expresa: “por escrito ante escribano público”, ¿a que se refiere? ¿Basta que las directivas anticipadas consten en un documento privado ya confeccionado, y que el otorgante solicite únicamente la certificación de su firma? Sabemos que la certificación de firma sólo acredita que la persona, identificada por algunos de los incisos del artículo 306 del Código Civil y Com. de la Nación, ha puesto su firma en presencia del Escribano. Creemos que no es suficiente, y que el instrumento adecuado es la **Escritura Pública**, no sólo por sus ventajas, tales como: la presunción de autenticidad, haciendo plena fe de su contenido hasta la redargución de falsedad, el otorgamiento de la fecha cierta y la matricidad, asegurando al documento ante cualquier posibilidad de alteración o extravío; sino también porque con intervención del notario, el disponente se asegura haber recibido el asesoramiento adecuado, y que por medio del mismo, el escribano despliega la función notarial, recibe por sí mismo las declaraciones de las partes, califica el acto y le da forma legal, realizando además una valoración axiológica respecto a las consecuencias del acto.

Estoy convencida, que la necesidad del otorgamiento mediante escritura pública se va a imponer en la práctica, sin necesidad de una norma que lo vuelva obligatoria.

3) Por último, como profesionales de derecho en ejercicio de una función pública, tenemos la obligación de profundizar en el estudio de los derechos de autoprotección, para llegar a dar respuestas concretas a la sociedad, que en la mayoría de los casos desconoce que cuenta con estas herramientas jurídicas de protección, otorgando la posibilidad de prever su eventual pérdida de discernimiento, autogestionando su futuro, sirviendo para conservar la dignidad hasta el último momento.

BIBLIOGRAFIA:

- Taiana de Brandi, Nelly A. – Brandi Taiana, Maritel M., “El consentimiento informado y las directivas médicas anticipadas. Su trascendencia en el ámbito de los derechos personalísimos y en el quehacer notarial”, en SJA 14-10-2015.
- Llorens Luis – Rajmil Alicia, “El derecho de Autoprotección”, Consejo Federal del Notariado Argentino, III Asamblea Ordinaria 2008, San Salvador de Jujuy.
- Cód. Civ. y Com. Comentado, anotado y concordado por escribanos- Eduardo Gabriel Clusellas y otros autores. Editorial FEN- Editora Notarial.
- SCBA. 9/2/05, “S.M. d. C. Insanía”, LLBA, 2005-172, voto del Dr. Roncoroni.
- CSJN. 5/6/12, “Albarracín Nieves, Jorge W.”, LL, 2012-C-483.
- <https://www.colescba.org.ar/portal/comunidad/159-autoproteccion.html> Esc. Spina Marcela, Actos de Autoprotección y directivas anticipadas.
- <https://youtu.be/20Ywcj2mBWU>. Escribana Lanzón Patricia, Derechos de Autoprotección, Derecho de la Vejez un abordaje amplio. Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba.
- Brandi Taiana, Maritel Mariela; “El poder al servicio del derecho de autoprotección”, Doctrina Autoprotección-RdelN-921-2 .
- Spina, Marcela V., “La capacidad jurídica y el caso de las personas mayores. ¿Qué podemos hacer?; Trabajo presentado en la XVII Jornada Notarial Cordobesa, Córdoba, año 2013 .

