

## Actos de Autoprotección<sup>1</sup>

Marta Liliana E. Bonfanti

**I. Introducción II. Terminología y Conceptos III. Disposiciones o estipulaciones para la vida IV. Fundamentos V. Ventajas y desventajas de los documentos de voluntad anticipada VI. Consideraciones jurídicas respecto de las disposiciones y estipulaciones para la vida. VII. Necesidad de reforma del Código Civil. VIII. Ponencias. IX. Reflexión final.**

### I. INTRODUCCIÓN

El inicio del tercer milenio después de Cristo, encuentra a la humanidad con los dilemas propios de su tiempo. Esta situación ha sido una constante a lo largo de la historia: siempre el contexto ha determinado la problemática propia de cada generación. En otras palabras, puede sostenerse que el futuro no está delante de nosotros sino detrás nuestro. Es decir, que la realidad que vivimos es la que va marcando el camino.

Esta postura determina una actitud de responsabilidad ante los hechos y actos que protagonizamos. El fenómeno de nuestro tiempo, la globalización, en su afán de ampliar los mercados, ha favorecido el desarrollo tecnológico, el avance de la ciencia y la comunicación. Esto último ha acortado de modo tal las distancias que ha hecho posible que *todos* puedan tener acceso a *todo* desde *cualquier lugar del planeta*, o al menos es ese el *eslogan* que se predica. Esta creencia ha llevado a pensar a muchos hombres que son invencibles, que todo es posible iniciando de este modo una vertiginosa carrera sin final que torna su modo de vida menos digno de su condición de persona.

Así, en pos del tener se desprecia el ser, dejando en el olvido la escala de valores que hacen a la esencia del hombre. De este modo, se generan conflictos que deben ser resueltos a la luz de la normativa vigente, la que contempla la protección de los derechos personalísimos.

(1) Trabajo presentado por la delegación de la provincia del Chaco para el Tema I del XVIII Encuentro Nacional del Notariado Novel, Mendoza, 26, 27 y 28 de octubre de 2006.

El primer derecho de esta naturaleza es el derecho a la vida. Ahora, un gran sector entiende que la vida a la que se tiene derecho debe ser digna de un ser íntegro, dotado de cuerpo y alma. El hombre es persona desde que nace, pero tiene derecho a la vida desde su concepción hasta que acontezca su muerte.

El avance tecnológico y la ciencia han favorecido el aumento de la expectativa de vida de la población, mas no se ha logrado que la calidad de vida de quienes transitan sus últimos años haya mejorado, sino que muy por el contrario, este grupo de personas ve vulnerados derechos tales como su autonomía y libertad al depender de otros para la toma de decisiones acerca de su vida y su patrimonio.

Como se ha expresado el futuro está dado por los hechos del pasado. De este modo, una persona previsora, en pleno uso de sus facultades, puede si así lo desea dejar resueltas cuestiones no solo relativas a su patrimonio sino también a su vida, gozando y usando de este modo del llamado derecho de autoprotección. Este derecho se efectiviza válidamente por medio de los llamados *actos de autoprotección*.

## II. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTOS

**Actos de autoprotección:** Son los que otorga una persona capaz para disponer acerca del modo en que quiere ser tratada en su persona y su patrimonio para la eventualidad de su propia incapacidad<sup>2</sup>. Esta terminología ha sido tomada de la VIII Jornada Iberoamericana de 1996.

*Living will*, *Testamento vital* o *Testamento para la vida*: Es una declaración de voluntad expresada documentalmente, en la cual –por escrito– se redactan directrices médicas anticipadas y deseos expresos acerca de su tratamiento médico en caso de hallarse inconsciente, o incapacitado para expresarse por causa de una enfermedad, frecuentemente terminal<sup>3</sup>. Esta expresión proviene del derecho anglosajón. La denominación es considerada impropia ya que solo tiene efectos durante la vida del otorgante<sup>4</sup>.

(2) Taiana de Brandi, Nelly y Llorens, Luis Rogelio. "La creación del Registro de Actos de Autoprotección". *Revista Notarial* Nº 948. La Plata, mayo-agosto 2004. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

(3) Hiruela, Omar F. y Hiruela de Fernández, María del P. "El denominado Testamento vital y el derecho a morir dignamente". *Jurisprudencia Argentina*. (03-11-04) 2004-IV Número Especial Bioética.

(4) Taiana de Brandi, Nelly y Llorens, Luis Rogelio. "El consentimiento informado y la declaración previa del paciente". *Revista del Notariado* Nº 866. Octubre-Diciembre 2001. Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad:** Son las directivas, otorgadas durante su capacidad, atinentes al gobierno de la propia persona y a la administración y disposición de todo o parte de sus bienes dada la inhabilidad<sup>5</sup>.

Cada uno de estos conceptos se condice con la dignidad humana que exige que se respeten las decisiones personales, el propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí, sus voliciones, sus manifestaciones libres, etc. Todo ello en la medida en que no perjudique a terceros. Indisolublemente unido a la dignidad se halla el principio de la autonomía personal. Es la autodeterminación y es la misma intimidad, en cuanto ello sea autorreferente, es decir sobre actos relativos a la propia persona, sin comprometer a los demás<sup>6</sup>.

### III. FUNDAMENTOS

Nuestro derecho positivo no prescribe este tipo de documentos de voluntad anticipada. No obstante ello, es posible hallar en nuestro ordenamiento directivas que permitan fundamentar su viabilidad.

Conforme los artículos 383 y 479 del Código Civil, una persona (padre o madre) puede designar tutor o curador para sus hijos menores o incapaces para la eventualidad de su fallecimiento.

Si se acepta que esa designación deba ser tenida en cuenta también para el caso de interdicción o disminución de facultades del progenitor, nada obsta que el otorgante designe también para sí el propio curador ya que este debe coincidir con la persona designada por él para la tutela o curatela de sus hijos. Entonces, si quien tiene hijos menores o incapaces puede nombrar un tutor o curador para el supuesto de su propia incapacidad, idéntica facultad debe serle reconocida a quien no tiene hijos de tales condiciones.

A su vez, los artículos 2613, 2715 y 3431 del Código Civil y el artículo 51 de la ley 14.394 permiten al testador poner ciertas restricciones en la disposición de los bienes aún a los herederos forzosos para después de la muerte del testador. Sería un contrasentido impedir a una persona prever el uso de las mismas para su propia incapacidad, es decir estando vivo y respecto de sus bienes.

(5) Taiana de Brandi, Nelly y Llorens, Luis Rogelio. *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1996.

(6) Bidart Campos, Germán y Herrendorf, Daniel. *Principios, derechos humanos y garantías*. Ediar, Buenos Aires, 1991.

El artículo 144 del Código de Comercio admite la subsistencia de la actuación del factor, producida la incapacidad del principal, asegurándose de este modo la continuidad de la explotación por la persona idónea según su criterio.

Nuestra Carta Magna, en su artículo 33 consagra los llamados derechos implícitos ya que proporcionan el deber ser del valor justicia. Luego, en su artículo 75 inciso 22, al dar rango superior a las leyes a los tratados internacionales, quedan incorporados a nuestro ordenamiento:

*La Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849):* En ella se establece como prioritario el interés del menor, dándole la oportunidad de ser escuchado siempre; por lo que siendo los incapaces equiparados en su condición a los menores, es atendible lo enunciado por un inhábil durante su salud. De igual modo que el menor tiene derecho a ser cuidado por sus padres, el incapaz mayor tiene derecho a ser cuidado por la persona de su confianza que él hubiere designado en previsión de su propia incapacidad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, además de reconocerle el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, en especial la alimentación, el vestido, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

En idéntico sentido, los jueces de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la causa "Bahamondez, Marcelo", se pronunciaron en los siguientes términos: "... vida y libertad forman la infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional que consagra el artículo 19 de la Constitución Nacional, otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual este puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona sin interferencia del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros. (...) El hombre es eje y centro de todo sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo (...) su persona es inviolable (...)". Este fallo abrió el camino hacia una jurisprudencia uniforme que se ha expedido en defensa de la autonomía privada en tanto no afecte derechos de terceros.

Consecuentemente con lo expresado, se afirma la recepción legislativa y jurisprudencial en nuestro país del derecho de autoprotección.

#### **IV. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LOS DOCUMENTOS DE VOLUNTAD ANTICIPADA**

Básicamente cada una de estas posturas difieren en el rango que le dan al derecho personalísimo *morir dignamente* y al interés supremo del Estado en preservar y proteger a ultranza la vida humana.

Las consideraciones a favor sostienen, en primer lugar que las directivas anticipadas protegen y garantizan la dignidad del hombre ya que por medio de las mismas un paciente terminal podría negarse a recibir tratamientos médicos que solo prolongarían su agonía. En segundo lugar, ellas tutelan en forma plena el principio constitucional de libertad, solo coartable cuando perjudique a terceros.

Así es el paciente quien tiene derecho a cuidar de su propia salud en la medida que no comprometa a otros. En idéntico sentido el artículo 19 de la ley 17.132 (que regula el ejercicio de la medicina en los territorios nacionales) impone a los profesionales respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse, siempre que la decisión se encuentre libre de vicios.

En tercer lugar, se protege y respeta el derecho a la intimidad de las personas. La facultad de autodeterminación es personalísima de los individuos y supera al interés del Estado en proteger la vida de sus habitantes. En cuarto lugar, no existe un impedimento jurídico en implementar esta figura, por los fundamentos explicados en el título anterior. En quinto lugar, desde un punto de vista económico, las disposiciones anticipadas que contengan la negativa a recibir determinados tratamientos (generalmente costosos) contribuyen a dejar liberados los escasos recursos del sistema de salud para que puedan ser utilizados para casos en que la cura sea posible.

Como contrapartida a esta posición, se han elaborado objeciones respecto de estos documentos. A saber: que la manifestación de voluntad no sería *libre*, pues la voluntad de un enfermo terminal es fácilmente captable, influenciable y la mayoría de las veces viciada por la depresión. Es evidente que se está confundiendo lo expresado en un acto de autoprotección en estado de plena lucidez, previendo una determinada eventualidad, con el consentimiento informado, generalmente prestado antes de la aplicación de la intervención o tratamiento prescripto por el médico.

Dicha manifestación, previa información del profesional de confianza del enfermo, debe ser tomada por el paciente, único con derecho a decidir sobre su cuerpo en la medida que no afecte intereses de terceros. Es más, la condición de enfermo terminal, al no tener nada que valga más que su propia vida que perder, lo posiciona en una introspección tal que le permita ser fiel a sus más íntimas convicciones sin miramientos. Por esta misma razón es que queda desechado el reproche de índole moral que sostiene que el enfermo se vería compelido a suspender tratamientos que prolongarían su agonía a fin de no ser una carga para su familia.

Otros los consideran incompatibles con los avances de la medicina. Sostienen que la directiva anticipada podría privar la aplicación de nuevas técnicas efectivas. Este argumento carece de sentido, pues dado el caso concreto y ante la existencia de una directiva anticipada por la negativa, la misma no sería óbice para que el médico, previa

información dada al paciente, obtenga su consentimiento informado válidamente prestado.

Finalmente, están los que consideran que darle marco legal a estas disposiciones anticipadas sería una antesala para legalizar la eutanasia. En este sentido, es preciso determinar primero a qué tipo de eutanasia se hace referencia. En principio debería ser encuadrada dentro de las voluntarias, y dentro de estas corresponde considerar la pasiva (cuando el paciente se niega a recibir un tratamiento o solicita la suspensión de otro, lo que inevitablemente desencadenaría el desmejoramiento de su salud hasta llevarlo a la muerte) –cabe aclarar que la eutanasia es considerada homicidio simple según el artículo 79 del C. Penal–. Respecto de los casos equiparables a la eutanasia voluntaria pasiva nuestros tribunales se han expedido diciendo que por la índole de los derechos en juego, el paciente es el árbitro único e irremplazable de la situación.

Cada una de las objeciones señaladas merecen el mayor respeto, ya que a partir de las mismas, será factible mejorar la implementación de las directivas anticipadas con el objetivo de evitar se produzcan los problemas advertidos.

## **V. CONSIDERACIONES JURÍDICAS RESPECTO DE LAS DISPOSICIONES Y ESTIPULACIONES PARA LA VIDA**

Al no estar reguladas expresamente en nuestro ordenamiento es necesario delinear los siguientes aspectos:

**SUJETO:** Para el otorgante es necesario el requisito de la capacidad para testar y para donar órganos para transplantes, es decir ser persona mayor de dieciocho años, hábil, plenamente libre, conciente y responsable. Para el curador y representante, dado que éstos eventualmente podrían realizar actos de disposición, es necesario que sean mayores de veintiún años.

**FORMA:** Las declaraciones de voluntad deben plasmarse por escrito, y a fin de hacer plena fe se impone la escritura pública en presencia de dos testigos, quienes dada la intimidad de las cuestiones tratadas podrían ser personas de su confianza o círculo familiar. La solemnidad del acto da cuenta de la trascendencia del mismo.

**REPRESENTANTES:** Si por medio de estas disposiciones se designa curador para la eventual incapacidad del otorgante, sería aconsejable que este comparezca aceptando; o si se designa representante, para que en caso de duda interprete el sentido de lo expresado. De este modo, dada una eventualidad no prevista, podrá este curador o representante, dado su conocimiento de los deseos y motivos personales del otorgante, ser considerado idóneo para interpretar la voluntad manifestada. Además se recomienda

nombrar a los sustitutos respectivos a fin de dejar cubierta alguna eventualidad que impida al designado en primer término hacerse cargo.

**PLAZO:** A fin de garantizar la actualización de las directivas dadas, se sostiene la conveniencia de establecer un plazo de duración del documento. El mismo habrá perdido su eficacia una vez vencido dicho término sin que constare su prórroga expresa .

**REVOCABILIDAD:** Atento tratarse del delicado ejercicio de un derecho personalísimo, su revocabilidad dada en cualquier momento y de cualquier modo debería preverse. Dada esta característica no sería necesario fijar plazo de duración alguno. Siempre sería eficaz lo que exprese la ulterior disposición en lo que se oponga a la anterior.

**REGISTRACIÓN:** Siempre en beneficio del eventual incapaz, el registro de tales actos es garantía de que su voluntad expresada anticipadamente será conocida, para luego ser respetada.

**OBJETO:** A diferencia de los testamentos para la vida que contienen manifestaciones anticipadas de voluntad en cuanto a derechos personalísimos, las estipulaciones y disposiciones para la vida, amén de contener a estos, también pueden contener directivas referentes al tratamiento que se debe dar al patrimonio del otorgante acaecida su incapacidad. A tal fin, es el notario el profesional idóneo para asesorar al requirente acerca de los institutos con los que cuenta para concretar su *proyecto de vida*.

Respecto del contenido de las disposiciones anticipadas sobre su persona se podrá manifestar acerca de la designación de representante, curador y sustitutos respectivos. Ante la hipótesis de padecer determinada enfermedad, puede negarse anticipadamente a ser sometido a un encarnizamiento terapéutico, dejando aclarado el modo en que desea sobrellevar los últimos momentos de su vida, es decir el lugar y las personas que desea lo acompañen. También puede delegar la facultad de prestar eventualmente el consentimiento informado en determinada persona, para una eventualidad no prevista.

Ante tamaños intereses, hablar de cuestiones patrimoniales resulta inoportuno a primera vista. Mas es dable recordar que uno de los atributos de la personalidad es el patrimonio. De modo que el mismo adquiere relevancia siendo el soporte que permitirá garantizar al eventual incapaz el logro de sus objetivos, ya que ese capital respaldará de algún modo sus necesidades. Esta finalidad merece la mayor de las atenciones si se tiene en cuenta que se trata de los bienes que a lo largo de una vida han sido adquiridos. Es justo que cuando su titular ya no esté en condiciones de cuidarlos, sea para obtener su producto, hacerse cargo de su explotación o administración según el tipo de bien que se trate, el tiempo invertido en obtenerlos será retribuido al ver sus frutos plasmado en la utilidad que le brindará al incapaz.

## VI. NECESIDAD DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

No obstante las consideraciones jurídicas expuestas, las cuales han sido esbozadas ante la ausencia de una regulación específica en nuestro derecho, es menester precisar que, si bien conforme los fundamentos expuestos, los actos de autoprotección no pueden ser desconocidos, es prudente contemplar este instituto en nuestro derecho positivo, atendiendo una vez más a lo que se ha obligado nuestro país en cuanto a dictar las normas que fueren necesarias para garantizar el cumplimiento de lo previsto en tratados internacionales. Así, los actos de autoprotección son clara muestra de la autonomía, dignidad, libertad e intimidad de la persona, derechos estos expresamente declarados en pactos internacionales suscritos por nuestro país.

Su regulación implica necesariamente reformas a nuestro Código Civil. Se han presentado proyectos, los cuales contemplan situaciones particulares, resultando de ese modo insuficientes. Prestigiosos doctrinarios luego de no sólo haberse ocupado de hacer un estudio del derecho comparado sino de analizar la normativa vigente respecto de los requerimientos del instituto en análisis, han propuesto reformas puntuales a nuestro código en lo que respecta a :

- obligar al juez, al momento de designar curador sea para caso de incapaz, declarado insano o inhabilitado, a respetar en la medida de lo posible la decisión manifestada anticipadamente en ese sentido.
- Establecer la validez, a modo de excepción cuando así se hubiere dispuesto, de los mandatos ante la incapacidad sobrevenida del mandante.

## VII. PONENCIAS

**1.** Dado que las disposiciones y estipulaciones para la vida protegen derechos personalísimos expresamente declarados en tratados internacionales, y que nuestro país se ha obligado a realizar todos los actos necesarios para garantizar su aplicación real y efectiva dentro de nuestro territorio, es imperiosa la necesidad de reformar nuestro Código Civil, dándole de ese modo regulación a tan loable instituto.

**2.** Las directivas anticipadas que prevean la negativa a recibir un tratamiento que ante el caso concreto implique el llamado *encarnizamiento terapéutico*, no importa optar por un modo de morir sino de elegir cómo vivir dignamente, mediando cuidados paliativos, el tiempo que le reste.



**3.** La trascendencia de los derechos personalísimos en juego impone la formalidad de la escritura pública y la esencial revocabilidad de la directivas anticipada en miras a la protección de la integridad de toda persona.

### VIII. REFLEXIÓN FINAL

El final ha llegado. Es bueno ser capaz de verlo de ese modo. Reconocerlo. Aceptarlo. Somos mortales. Desde que nacemos comenzamos a morir. Es como la vela que una vez encendida inicia su necesario debilitamiento hasta extinguirse por completo en pos de su utilidad. De igual modo, nuestra vida se apaga lentamente, es por ello que si tomamos verdadera conciencia de nuestra fugacidad en este mundo obraremos de modo tal que nuestros actos trasciendan, haremos huella, para de ese modo “no solo vivir sino honrar la vida”<sup>7</sup>.

Los actos de autoprotección constituyen para todos quienes intervienen en ellos –otorgantes, autorizantes, curadores, representantes, jueces que luego hacen lugar a lo allí dispuesto– verdaderos actos de amor, dignos de personas íntegras.

#### **Bibliografía**

Bergoglio de Brouwer de Koning, María Teresa y Bertoldi de Fourcade, María Virginia, *La eutanasia, distanasia y ortotanasia. Nuevos enfoques de una nueva cuestión*. El Derecho, Tomo 117, UCA, Buenos Aires, 1986.

Medina, Graciela y Leal de Ibarra, Javier, *El derecho a una muerte digna*. Jurisprudencia Argentina 1997-I-925.

Nota a fallo, *La salud propia, las conductas autorreferentes y el plexo de los derechos en el sistema democrático*. El Derecho 165-360.

---

(7) Eladia Blázquez. Letra del tema musical “Honrar la vida”.