

# Derecho de autoprotección\*

Romina I. Cerniello y Néstor D. Goicoechea

**Sumario:** 1. Introducción y conceptualización. 2. Fundamentos normativos. 3. Contenido de los actos de autoprotección. 4. Capacidad para el otorgamiento. 5. Forma del acto de autoprotección. 6. Registración. 7. Modelo de escritura. 8. Jurisprudencia. 9. Conclusiones.

## 1. Introducción y conceptualización

El presente trabajo pretende sintetizar el avance que los **actos de autoprotección** han tenido en estos últimos años como nueva incumbencia notarial.

Las **VIII Jornadas Notariales Iberoamericanas** (Veracruz, México, 1998) se consideran el puntapié del desarrollo de esta materia. Allí nació la expresión *autoprotección*, para referirse a las previsiones para la eventual pérdida del discernimiento.

En realidad, el término *autoprotección* tiene una doble acepción. Alude al **derecho subjetivo** que tiene todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su cuerpo, su persona y sus bienes para el futuro ante una eventual pérdida de su capacidad o discernimiento. Este derecho tiene como basamento el respeto a la libertad, la dignidad, la igualdad de las personas y la autonomía de la voluntad. También se utiliza el término *autoprotección* para designar el **acto jurídico** a través del cual se ejerce dicho derecho subjetivo, que es aquel en el que el otorgante deja plasmada su voluntad en relación con los tratamientos médicos futuros y su patrimonio y con la manera en la que desea vivir en caso de no poder valerse por sí mismo.

Se ha criticado la expresión *autoprotección* por ser demasiado amplia, pero es la que se impuso. Se propone la expresión **disposiciones y estipulaciones para la propia incompetencia**,<sup>1</sup> entendiendo por *disposiciones* los actos unilaterales; por *estipulaciones* las convenciones bilaterales (cuando concurre la persona propuesta por el disponente a asumir la encomienda); y por *incompetencia* tanto la incapacidad jurídica declarada judicialmente como la mera pérdida del discernimiento eventual,

\* Presentado en el XXIV Encuentro Nacional del Notariado Novel (San Javier, Tucumán, 24-26 de octubre de 2013).

1. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., *Derecho de autoprotección. Previsiones para la eventual pérdida del discernimiento*, Buenos Aires, Astrea, 2010, p. 4.

transitoria o definitiva (la mal llamada incapacidad natural, expresión que es fuente de equívocos<sup>2</sup>).

Más allá de las críticas a la utilización del vocablo *competencia* por producir confusiones por su utilización con distinto sentido en otras ramas del derecho (p. ej., el procesal: competencia territorial o competencia en razón de la materia), debemos destacar que este nuevo uso que se le da (originado en la bioética), conforme con la doctrina más moderna, es un sinónimo de capacidad de hecho. Esta doctrina moderna reserva capacidad de hecho para las cuestiones patrimoniales y competencia para las extrapatrimoniales.<sup>3</sup> Es por esto que, en virtud de la distinta naturaleza que las disposiciones de autoprotección pueden tener, podemos utilizar el término incapacidad para referirnos a las previsiones en materia patrimonial e incompetencia (o falta de discernimiento, también mediante el neologismo *dis-discernimiento*) para las cuestiones extrapatrimoniales, especialmente en materia de salud.

Se trata de una **necesidad social** que surge a raíz del aumento del promedio de vida y la supervivencia artificial, consecuencia de los avances científicos y tecnológicos.

En la actualidad, se observa una incipiente respuesta a reclamos efectuados durante años por la doctrina nacional experta en el tema. La creación de registros de autoprotección en gran parte de las provincias del país desde sus colegios notariales, el Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección (creado por el Consejo Federal del Notariado Argentino), la sanción de la [Ley Nacional 26.529 de Salud Pública](#) (con las reformas introducidas por las leyes 26.742 y 26.812) y su reglamentación ([Decreto PEN 1089/2012](#)) –con sus imperfecciones–, las leyes 26.061 y 26.657, y el cambio de paradigma relacionado con la capacidad en el [Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial](#)<sup>4</sup> son ejemplos de estas respuestas y avances a los que hacíamos referencia y que trataremos someramente en el presente trabajo.

2. Aparece como opuesta a incapacidad jurídica (incapaz declarado). Llambías critica la expresión incapacidad natural cuando afirma: “Dado que la capacidad es asunto que maneja la ley, resulta desacertado emplear la expresión incapacidad natural o incapacidad accidental, pues, tratándose de sujetos que carecen de aptitudes psíquicas suficientes, ellos seguirán siendo capaces hasta que la ley, y no la naturaleza o el accidente, los declare incapaces” (voto en CNCiv., Sala A, 20/9/1960, “M. de H. de A., M. L. y otros c/ R., A. y otros”, *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. cit.101, p. 232; citado por LLORENS, Luis R., “La falta o disminución del discernimiento, ¿constituye una incapacidad?”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 14/9/2007).

3. “Capacidad es una noción usada principalmente en el ámbito de los contratos [...] competencia es un concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos; no se alcanza en un momento preciso sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día o en una semana. Bajo esta denominación se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión; si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho del niño a su propio cuerpo”, en Bergel, S. y Minyersky Menasse, N. [coords.], *Bioética y derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, 1ª ed., pp. 108 y ss.; citada por LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. [cfr. nota 1], p. 54).

4. [N. del E.: en las referencias al Proyecto, los hipervínculos dirigen a la versión aprobada por el Senado de la Nación en noviembre de 2013. Para confrontar, podrá acceder [aquí](#) a la versión que elevó al Congreso el Poder Ejecutivo Nacional a través del Mensaje 884 de fecha 7/6/2012].

## 2. Fundamentos normativos

El **derecho a la autoprotección** no tiene en nuestro ordenamiento jurídico interno un reconocimiento en su dimensión total, conforme al concepto que hemos desarrollado en los párrafos anteriores.

Hasta 2009, no existía a nivel nacional una norma que previera algunas de las cuestiones relativas al tema; la sanción de la [Ley 26.529](#), ocurrida en ese año, receptó el derecho de toda persona a establecer directivas médicas anticipadas. Sin embargo, la ley sólo abarca una de las problemáticas del derecho a la autoprotección, las relativas a la salud.

Como hemos mencionado, las disposiciones que la persona puede prever para una eventual pérdida de la capacidad no se refieren sólo a la cuestión médica, sino que abarcan otros temas de no menor importancia: el manejo y destino de su patrimonio, el alojamiento, el trato y la atención personal, instituciones médicas y geriátricas, las personas de confianza en quienes deslindar la toma de decisiones, y otros tantos relativos a su calidad de vida, que hacen a la dignidad del ser humano y que actualmente es imposible negar a la luz de la normativa suprallegal que se citará.

Es por esto que, antes y después de la sanción de la [Ley 26.529](#), la doctrina abocada al tema y algunos fallos que se citarán han buscado solucionar el vacío legal en base a normas y principios que surgen de nuestra [Constitución Nacional](#), de los tratados de igual jerarquía y de otros que, aun sin gozar de rango constitucional, son imperativos en derecho y de jerarquía superior incluso a las leyes que se propugnan en la materia.

La reforma constitucional de 1994, la incorporación de la mayoría de los tratados de derechos humanos, especialmente la [Convención sobre los Derechos del Niño](#), y la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad mediante la [Ley 26.378](#) conforman un plexo normativo que obliga al Estado –y a sus habitantes– al respeto de la libertad, la igualdad y la dignidad de todas las personas. En materia de minoridad e incapacidad, implican un innegable cambio de paradigma, tendiente a la inclusión y el respeto de las decisiones que los sujetos en esta situación puedan tomar conforme a su madurez y a las circunstancias propias de la patología que padezcan, tratando de que los remedios legales sean un apoyo a la persona y a su individualidad y no un reemplazo absoluto de sus deseos y voluntad.

### 2.1. *Constitución Nacional*

- El artículo 16 sienta el principio de igualdad. No es posible sostener la antigua concepción de este derecho sólo como igualdad ante la ley. La igualdad constituye hoy en día un concepto mucho más amplio y abarcador. Se trata, justamente, de poder identificar las diferencias de las personas, las distintas

situaciones, posibilidades, contextos, y de legislar para lograr una igualdad de oportunidades, partiendo de que cada ser humano es distinto al otro. En términos aristotélicos, implica igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales. La particular situación en que se encuentran las personas privadas de su discernimiento amerita que el principio de igualdad se utilice en sentido positivo, esto es, que sea la ley, el propio Estado el que busque la inclusión y la igualdad de oportunidades para ellos, así como el respeto de su personalidad.

- El artículo 75 inciso 23, incorporado por la reforma de 1994, complementó el artículo 16 al implantar definitivamente el principio de igualdad de oportunidades como una obligación innegable e inmanente del Estado. Implica un conjunto de deberes tendientes a “garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”<sup>5</sup>.
- El artículo 17 establece la inviolabilidad de la propiedad. Garantizar la autodeterminación del individuo sobre el manejo de su patrimonio, en el caso de su eventual incapacidad o incompetencia, resulta una derivación directa del principio constitucional citado. Lo contrario implicaría dejar estas cuestiones al arbitrio del sistema de tutela establecido por la normativa legal.
- El artículo 19 declara: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Este artículo resulta de una importancia vital en la materia. En base a él podemos indicar que los actos de autoprotección no deberían recibir el menor menoscabo por parte de los jueces, en tanto no impliquen un perjuicio para terceros. Este principio ha sido la clave de los fallos que han resuelto a favor de las directivas médicas anticipadas y, en especial, del reciente fallo “Albarracini”, dictado por la Corte Suprema de la Nación –ver punto 8.4 del presente artículo–.
- El artículo 33 se refiere a los derechos implícitos, afirmando que la existencia de los derechos enumerados no significa la negación de los no enumerados.
- El artículo 75 inciso 22, otorga rango constitucional a varios tratados de derechos humanos, que constituyen en su mayoría normas de “derecho internacional de orden público”.

5. BARBERO, Daríel O. y DABOVE, Ma. Isolina, “Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Rosario, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe-2ª circunscripción, 2009, n° 1, p. 36 (citados por LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. [cfr. nota 1], p. 21).

## 2.2. *Pactos internacionales*

Los tratados mencionados por el artículo 75 inciso 22 de la [Constitución Nacional](#) y los demás tratados de derechos humanos sin esa jerarquía normativa constituyen un plexo normativo que hace a los citados derechos de igualdad, dignidad, no discriminación, inclusión de las personas con circunstancias desfavorables y demás derechos económicos, sociales y culturales que han significado el cambio de paradigma de la segunda mitad del siglo xx y que, de forma progresiva, fueron logrando reconocimiento en las normas fundamentales de la mayoría de los países occidentales.

En materia de derecho de autoprotección, resulta de particular importancia la referencia a dos de ellos: la [Convención sobre los Derechos del Niño](#)<sup>6</sup> y la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por la [Ley 26.378](#).<sup>7</sup>

## 2.3. *Derecho privado*

Como hemos mencionado, el derecho interno argentino aún no ha receptado el derecho a la autoprotección, excepto las directivas médicas anticipadas en la [Ley 26.529](#).

El derecho privado estipula varias normas que, en principio, resultan obstáculos para el otorgamiento de los actos de autoprotección. Podemos citar al respec-

6. Vale aclarar que, por remisión legal, las disposiciones sobre minoridad y tutela son de aplicación a la materia de incapacidad y curatela en tanto en cuanto no sean contradictorias (art. 475 CCIV). Podemos destacar los siguientes artículos de la [Convención](#): art. 12: “1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidades de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”; art. 5: “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres [...] u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

7. [Ley 26.378](#): art. 1: “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente [...] aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo”; art. 3: “Los principios de la presente Convención serán: a) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas...”; en el art. 4 se les impone a los Estados suscriptores la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos que la Convención establece; art. 12: “1. Los Estados partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de la capacidad jurídica. 4. [...] que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona...”.

to: la caducidad del mandato por incapacidad sobreviniente del mandante (art. 1963, inc. 4 CCIV), la indicación de las personas que serán curadores (art. 476-478, CCIV), la actuación del tutor prescindiendo absolutamente de la voluntad del menor (art. 411, CCIV), la designación ante la interposición de la demanda por insania de un curador provisional que recaerá en un abogado de la matrícula (arts. 626 y 633, CPCCN), etc.

En materia de protección, estas normas resultan concordantes con un sistema basado en la anulación de la voluntad del incapaz. Este paradigma ya no resulta sostenible en base a las normas de mayor jerarquía que hemos citado y a las leyes que citaremos más adelante, sancionadas en los últimos años, circunstancia que implica la necesidad de reinterpretar el sistema legal, armonizándolo con los principios que hoy resultan rectores en la materia. En base a ello, se busca interpretar las normas que permiten sostener la validez de los actos de autoprotección, aun con el sistema legal vigente. Entre ellas, se destacan:<sup>8</sup>

- el artículo 53 del [Código Civil](#), que permite el ejercicio de todos los actos y derechos que no fueren expresamente prohibidos (en concordancia con los arts. 19 y 33 de la Constitución Nacional);
- el artículo 475 del [Código Civil](#), que hace aplicables las normas en materia de menores a los incapaces declarados, en la medida en que no sean incompatibles;
- los artículos 383, 384, 479 y 480 del [Código Civil](#), que les permiten a los padres nombrar tutores de sus hijos menores y curadores de sus hijos incapaces, el cual debe coincidir con el propio si éste deviene también incapaz (con qué razón no permitir entonces nombrar su propio curador);
- los artículos 2613 y 2715 del [Código Civil](#) y 51 de la [Ley 14.394](#), que permiten establecer la inenajenabilidad e indivisibilidad de determinados bienes;
- el artículo 15 de la [Ley 14.394](#), que establece que no se nombrará curador de los bienes del ausente si hubiese apoderado con facultades suficientes;
- el artículo 144 del [Código de Comercio](#), que establece que el mandato del factor no caduca por muerte del principal, de donde la doctrina deduce que tampoco caduca por su incapacidad;
- la reciente [Ley 26.529](#), que prevé expresamente (art. 11) la posibilidad de otorgar directivas anticipadas en materia de salud –referiremos a ella en el apartado correspondiente–.

Con anterioridad a la [Ley 26.529](#), resultaba ya aplicable en la materia la antigua [Ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración](#), dictada para su aplicación en la Capital Federal y demás territorios Federales. En su artículo 19, esta ley dispone que los profesionales de la salud deben “respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse” –con excepciones–.

8. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 24.

Además de las normas citadas, hacia finales del año 2010 se sancionó la [Ley 26.657](#) de Salud Mental. Esta ley incorpora un cúmulo de derechos para la persona con dichos padecimientos<sup>9</sup> que va en la dirección de la normativa internacional citada, respetando su persona, el derecho a brindar su opinión y decidir sobre su tratamiento en la medida de sus posibilidades y, fundamentalmente, a prestar ella misma el consentimiento informado<sup>10</sup> si su situación lo permite. No obstante, lo más destacable de dicha ley es la incorporación del artículo 152 ter al [Código Civil](#), en el cual se estipula que

**Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad [...] deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.**

Este agregado importa un verdadero avance en la adaptación del derecho interno a la normativa internacional, pues es la primera que, desde la incorporación del artículo 152 bis al mismo [cuerpo legal](#), atenúa el sistema de incapacidad en aras de brindarle mayor autonomía a la persona sometida a asistencia y fomentar la independencia en la toma de decisiones. Además, implica un verdadero giro en la presunción de qué actos puede o no realizar la persona declarada insana, pues del texto de la norma puede inferirse que la persona podrá ejercer por ella misma los actos que no le hayan sido específicamente vedados por la sentencia o por la ley.

Por otra parte, la [Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes](#) establece un cúmulo de derechos, principios y obligaciones del Estado, que implementan, en la órbita nacional, las disposiciones de la [Convención sobre los Derechos del Niño](#). En concordancia con ella, la ley establece la aplicabilidad obligatoria de dicha convención en toda decisión en el ámbito administrativo y judicial (art. 2) y el derecho de los menores a que se respete su condición como sujetos de derecho, a ser oídos, a que su opinión sea tomada en cuenta, a que se respete su edad, madurez, capacidad de discernimiento y demás cuestiones personales (art. 3).

Las normas citadas, tanto nacionales como internacionales, no pueden dejar duda sobre el derecho de las personas a la autoprotección y la validez de los actos que con dicha finalidad otorguen.

9. A los efectos del presente trabajo, destacamos de la [Ley 26.657](#): art. 7: “El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos: [...] d) derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria; e) derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe; [...] j) derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas de consentimiento informado [...]; k) derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades...”; art. 10: “Por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley”.

10. Ver el apartado 3.3.

Actualmente, cabe destacar el [Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación](#)<sup>11</sup> que se encuentra en tratamiento legislativo desde el año 2012 –con las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional– (elaborado por un grupo de prestigiosos juristas, encabezado por los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, y Aída Kemelmajer de Carlucci).

Respecto de la materia que nos ocupa, el [Proyecto](#) recepta en forma sistémica e integrada la adecuación del derecho interno a las normas internacionales ya citadas y propone la independencia de las personas menores o incapaces y su derecho a tomar sus decisiones propias en el marco de sus posibilidades. Incorpora, en forma armónica, el nuevo paradigma que evita la diferenciación tajante entre capacidad e incapacidad, distinguiendo las circunstancias intermedias que pueden existir en cada caso concreto y previendo la figura de la capacidad restringida y un sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad. Así, entre otros, podemos citar:

- el artículo 32, que expresa que el curador designado debe promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida;
- los artículos 37 y 38, que mandan que la sentencia que decreta la incapacidad o capacidad restringida contenga el régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible, la extensión y alcance de la incapacidad, establecer los límites o restricciones a la capacidad y señalar los actos y funciones que no puede realizar por sí mismo;
- el artículo 43, que establece un sistema de apoyos con la función de “promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”.

En materia de autoprotección, se destacan el artículo 60, que recepta las directivas médicas anticipadas, y el artículo 139, que prevé la designación del propio curador –haremos referencia a estos artículos oportunamente–.

La sanción del [Proyecto](#) significará un gran avance en la materia y disipará cualquier tipo de dudas en torno a la validez de este tipo de actos y, especialmente, a la designación del propio curador.

Por último, cabe destacar que los actos de autoprotección están receptados con diferentes denominaciones y regulaciones en muchas legislaciones extranjeras.<sup>12</sup>

11. Cfr. nota 4.

12. Estados Unidos, Alemania, Quebec, Italia, España, Francia, Austria, México. Ver CALO, “Il testamento biologico tra diritto e anomalia” (recomendado por LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. [cfr. nota 1], p. 38).



### 3. Contenido de los actos de autoprotección

#### 3.1. *Calidad de vida*

Con respecto a esta cuestión, suelen incluirse estipulaciones acerca del lugar de residencia, deseos del requirente de permanecer en su hogar, los institutos en los cuales prefiere ser internado o el rechazo de alguno en particular, el cuidado del hogar, su aseo, su alimentación, el personal encargado de su cuidado, etc.

Se trata de diseñar su plan de vida, de preservar su dignidad, sean cuales fueren las circunstancias. No existe herramienta más idónea y apropiada para ello que el acto de autoprotección.<sup>13</sup>

#### 3.2. *Disposiciones patrimoniales*

En estos casos, la persona decide sobre la forma en que su patrimonio deberá ser organizado en el supuesto de su posterior incapacidad o falta de discernimiento transitoria o definitiva, en cuanto a la administración de sus bienes, la posible enajenación de los mismos o el empleo de los fondos. Se trata, pues, de optimizar los recursos económicos a fin de asegurar el mantenimiento de la calidad de vida de la persona, de asegurar sus deseos, su dignidad y de evitar que su patrimonio quede a merced de terceras personas con prescindencia de su voluntad.

La viabilidad de esta planificación patrimonial se vincula con la posibilidad de la designación del propio curador para la eventual incapacidad. Si bien pueden otorgarse otros actos a tales fines –los citaremos más adelante–, las directivas que se puedan incluir con respecto a la administración del patrimonio siempre serán efectuadas con la finalidad de ser respetadas por quien termine siendo el representante legal.

Existe un sinnúmero de motivos por los cuales una persona puede preferir que su curador sea alguien que escapa a su vínculo familiar o al orden legal establecido para tal designación; el otorgante puede carecer de familiares que respondan a tal llamamiento. Por otro lado, además de prever quién desea que sea su curador, el otorgante puede establecer expresamente qué personas desea excluir de tal función. En ambos casos, es conveniente que en el documento se expresen las causas que motivan tal decisión, las que serán tan variadas como otorgantes podamos tener.

Como hemos señalado, esta posibilidad posee varias dificultades si se analiza solamente y en forma aislada desde el punto de vista del derecho interno –reiteramos–: la caducidad del mandato en caso de incapacidad sobreviniente del mandante (art. 1963 inc. 4 CCIV); la regulación de la incapacidad en el Código Civil tiende a suprimir la voluntad del incapaz y a sustituirla íntegramente por la decisión de su

13. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 7.

curador; la designación del curador se efectúa por el juez, según el orden legal establecido, el que, si bien no resulta obligatorio para el juez, no puede apartarse de ella de forma arbitraria; la previsión de los códigos procesales de la designación de un curador provisorio, que recae en un abogado de la matrícula; etc.

Sin embargo, estos inconvenientes no constituyen hoy un impedimento para la designación del propio curador por parte de la persona que prevé su eventual falta de capacidad o discernimiento. El cúmulo de normas constitucionales e internacionales a las cuales hemos hecho referencia, así como las leyes 26.061 y 26.657, y una interpretación del derecho interno conciliadora con tales normas permiten afirmar que, más que una posibilidad, es un derecho de todo ser humano. Estas normas imponen como obligación que

... quienes se vinculen con la persona cuya declaración de incapacidad se solicita, incluidos los funcionarios judiciales o no judiciales intervinientes, deben escucharla y respetar, siempre que sea posible, su voluntad expresada fehacientemente con anterioridad a las circunstancias que motivaron el proceso de interdicción.<sup>14</sup>

Esta legislación impone su plena participación en todos los asuntos de su interés y propende a que el curador la acompañe en el manejo de sí misma y de sus bienes, y que sólo en casos de imposibilidad absoluta y comprobada la reemplace en el ejercicio de sus derechos.<sup>15</sup> En principio, la posibilidad no está prohibida en ninguna norma, por lo que la aplicación del ya citado artículo 53 del [Código Civil](#) permite también sustentar su validez. Se trata en todo momento de hacer valer los nuevos paradigmas en torno a las personas con discapacidad, de respetar su autonomía, su derecho a ser escuchados y a la autodeterminación, incluso en circunstancias tan particulares como las previstas.

Sin duda, la indicación de la persona del curador efectuada por una persona en pleno uso de su discernimiento y que luego es declarada incapaz, así como las instrucciones sobre la atención de su persona y de sus bienes, expresadas fehacientemente en un documento idóneo, no pueden ignorarse a la hora de la decisión judicial.<sup>16</sup>

En base a los argumentos vertidos es que resulta destacable la sanción de la [Ley 6212](#) de la provincia de Chaco en el año 2008, que reconoce plenamente este derecho, a la vez que legitima y ubica en su debida función el preexistente registro de actos de autoprotección del Colegio de Escribanos de dicha provincia.<sup>17</sup>

14. Ídem, p. 10.

15. Ídem, p. 9.

16. Ídem, p. 10.

17. La ley modifica varios artículos del Código Procesal chaqueño. Nos parece oportuno transcribir aquí la parte pertinente de algunos de ellos: art. 602: "Resolución. Con los recaudos de los artículos anteriores, previa vista al asesor de menores e incapaces y pedido de informe al Registro de Actos de Autoprotección que

Asimismo, el tema ha sido previsto en el actual [Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación](#). Como hemos mencionado, el [Proyecto](#) trata de insertar en el derecho interno los principios internacionales en la materia. Así, el artículo 139 establece que

**La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela.**

Los padres pueden nombrar curadores de sus hijos incapaces o con capacidad restringida en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores.

Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente...

La norma no plantea dudas y acabaría con cualquier discusión al respecto.

Cambiando el objeto de análisis, las previsiones en materia patrimonial suelen ir acompañadas del otorgamiento simultáneo de otro tipo de actos, como poderes, donaciones con cargo de asistencia (con o sin reserva de usufructo), fideicomisos o rentas vitalicias, entre otros. (Se ha efectuado una gran cantidad de modelos y ejemplos que ilustran la actuación práctica en la materia, a los cuales remitimos). No obstante, ninguna de las figuras planteadas soluciona en forma total los problemas que pueda afrontar el futuro incapaz, y cada una tiene sus fortalezas y debilidades.

El mandato sigue siendo insuficiente para estos casos al no subsistir ante la incapacidad sobreviniente del mandante, más allá de propugnarse su validez hasta que la sentencia que decreta la insania.

En cuanto a las donaciones, el cargo que se le impone al donatario puede no ser cumplido, y resultará un proceso judicial, generalmente largo y costoso, revocarlas o lograr que se cumplan las mandas impuestas. A esto debemos sumarle el problema en la circulación de los bienes si el donatario no resulta ser hijo del donante. Sin embargo, la confianza que la persona generalmente tiene en quien resulta donatario suele justificar el otorgamiento de estos actos.

El fideicomiso tiene como principal barrera que la persona debe desapoderarse de sus bienes. Se han propuesto cláusulas que sometan el fideicomiso a una condición suspensiva, como la declaración de incapacidad del fiduciante, posponiendo la transmisión de los bienes a dicho momento. Esto puede resultar de utilidad, si bien la transmisión de los bienes con posterioridad a la declaración de incapacidad impli-

---

funciona en el Colegio de Escribanos de la Provincia, el juez resolverá: 1) el nombramiento de un curador provisional que recaerá en un abogado de la matrícula, salvo que el juez considerase conveniente designar al propuesto por el propio denunciado en un acto de autoprotección previo”; art. 604: “El juez siempre valorará prioritariamente todo lo dispuesto anticipadamente por el presunto insano, especialmente lo manifestado con relación a la designación o rechazo de determinado curador”; art. 779: “en todos los casos, el juez deberá requerir informe al Registro de Actos de Autoprotección que funciona en el Colegio de Escribanos de la Provincia, quien deberá expedirse acerca de la existencia de disposiciones efectuadas por el interesado en cuanto al discernimiento de su propio curador. De existir estipulaciones de este tipo, el juez deberá considerarlas especialmente en pos de respetar la voluntad del interesado, siempre que no afecte los derechos de terceros”.

cará que será el curador quien deba realizar dicha transmisión, contando necesariamente con autorización judicial a dicho fin.

Quizás, la mejor herramienta de las propuestas es la transferencia de nuda propiedad con cargo de renta vitalicia, en la que se pueden incluir garantías reales o personales y la posibilidad de resolver el contrato en caso de incumplimiento. De esta forma, la persona se garantizará una renta fija que pueda ser utilizada por sus curadores a efectos de solventar los posibles gastos de atención, internación, etc. Además, el transmitente cuenta con distintas herramientas para el caso de incumplimiento del deudor de la renta.

Como en todas las cuestiones relativas a la autoprotección, las generalizaciones resultan vanas y habrá que tomar en cuenta las particularidades de cada caso en concreto.

### 3.3. *Directivas médicas anticipadas*

En general, se llaman directivas médicas anticipadas a una variedad de documentos mediante los cuales una persona civilmente capaz y bioéticamente competente consigna determinadas pautas y/o indicaciones, referentes a cómo deberá procederse a su respecto en materia de la atención médica que se le prestará ante un futuro estado patológico, en caso de incompetencia sobreviniente.<sup>18</sup>

En definitiva, se trata del derecho inalienable de toda persona a decidir sobre su propio cuerpo, sobre su salud, en base a su libertad y a su derecho a la autodeterminación; a elegir cómo desea vivir y cómo desea llegar al fin. Se intenta evitar que un estado físico o psíquico que le impida tomar la decisión en el momento de producirse la afección provoque que familiares o médicos actúen en contra de su voluntad, en virtud de que esa voluntad estará previa y expresamente aclarada en un documento que asegure la autenticidad de la declaración.

Más allá de la normativa indicada en el apartado anterior, el derecho a otorgar las directivas anticipadas se funda en un derecho subjetivo previo, que hoy tiene expreso reconocimiento legislativo a nivel nacional. Se trata de la autonomía de la voluntad en la decisión del paciente y en la moderna teoría del consentimiento informado.

Este derecho es reconocido en la doctrina desde larga data como consecuencia de un cambio de paradigma en el ámbito de la ética respecto de la relación médico-paciente. Es en la década de 1970 cuando comienza a ser abandonada la idea de un paciente que debe someterse a las decisiones de los médicos sólo como un objeto de cuidado. Así, se fue abriendo paso a la doctrina de la persona razonable, que implica

18. BLANCO, Luis G., "Directivas médicas anticipadas. La disidencia, admisión y rechazo de tratamientos médicos y el derecho a morir dignamente", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 951, mayo-agosto 2005, pp. 437-461.

reconocerle supremacía al derecho a la autodeterminación del paciente por sobre el deber del médico de preservar la vida, tratando de evitar el llamado encarnizamiento terapéutico.<sup>19</sup>

El reconocimiento expreso de estos derechos en materia legislativa se dio en nuestro país recién en el año 2009, con la sanción de la [Ley 26.529](#), que, a su vez, ha sido modificada en el año 2012 por la [Ley 26.742](#) y reglamentada por el [Decreto PEN 1089/2012](#).

La ley reconoce plenamente el derecho personalísimo de todo ser humano a decidir sobre su propio cuerpo y su salud.<sup>20</sup> En su artículo 2, la ley establece los derechos esenciales del paciente, enunciando y describiendo así los derechos de asistencia, a un trato digno y respetuoso, a la intimidad y confidencialidad, a la información sanitaria, a la interconsulta médica y, fundamentalmente, a la autonomía de la voluntad, que resulta el punto esencial de este sistema legal. Este último derecho se encuentra consagrado en el inciso e), modificado recientemente en el marco de la llamada [Ley de Muerte Digna](#) (sancionada en 2012 bajo el número 26.742).<sup>21</sup>

Esta última modificación incorporó un extremo fundamental: el derecho del paciente terminal a decidir si desea seguir viviendo o no. Hasta ahora, el médico no tenía por qué hacerlo, pero con esta ley sí debe preguntarle al paciente terminal si quiere continuar viviendo así o no. Legalmente, el enfermo tiene otorgada toda la libertad y la responsabilidad de contestar esa pregunta.<sup>22</sup>

19. El encarnizamiento terapéutico consiste en “retrasar el advenimiento de la muerte por todos los medios, incluso desproporcionados y extraordinarios, aunque no haya esperanza alguna de curación y aunque eso signifique infligir al moribundo unos sufrimientos y penalidades añadidos. El ensañamiento terapéutico supone el uso de terapias inútiles o ineficaces en la relación entre el riesgo y el beneficio y de cara a la curación del enfermo” (AGUELLES SIMÓ, Pau, “[Revisando el llamado testamento vital](#)”, en *Cuadernos de Bioética*, Madrid, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, vol. XXI, n° 72, mayo-agosto 2010, pp. 169-183 [citado por TOBAR TORRES, Jenner A., “Las directivas anticipadas, la planificación anticipada de la atención y los derechos a la dignidad y autonomía del paciente. Estado de la cuestión a nivel internacional y su posibilidad de ejercicio en el derecho colombiano”, en *Revista Colombiana de Bioética*, Bogotá, Universidad el Bosque, vol. 7, n° 1, enero-junio 2012, pp. 141-162]).

20. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 28.

21. Art. 2, inc. e: “Autonomía de la voluntad: El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimiento médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a recovar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminar irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”.

22. LANZÓN, Patricia A., “[Modificación de la Ley 26.529, agregado del concepto de muerte digna. El derecho a ser dejado a solas](#)”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 910, octubre-diciembre 2012, pp. 121-132.

El derecho a la autonomía de la voluntad encuentra su acompañamiento en el andamiaje legal en el llamado consentimiento informado, que implica

... una declaración de voluntad efectuada por un paciente por la cual, luego de ser informado suficientemente y de obtener las respuestas apropiadas a sus inquietudes, decide prestar su conformidad a un procedimiento, tratamiento o intervención. La noción comprende dos aspectos: que el médico le revele adecuada información y que obtenga luego el consentimiento del paciente.<sup>23</sup>

Esto reviste una importancia meridiana, pues el ejercicio pleno del derecho a la autonomía de la voluntad implica necesariamente que el paciente tome su decisión luego de haber recibido la información cierta y precisa y en un lenguaje claro acerca de su afección y las consecuencias que puedan derivarse de someterse o no a un determinado tratamiento. En definitiva, la autonomía de la voluntad sin el derecho a la información previa se tornaría en una prerrogativa vacía de contenido y en un riesgo aún mayor para los pacientes. En virtud de ello, los artículos 5 y 6<sup>24</sup> de la ley establecen la obligatoriedad de requerir el consentimiento informado del paciente. Asimismo, detallan la información que se le debe brindar previamente a que tome su decisión y describen quiénes pueden tomar esa decisión en el caso de incapacidad del paciente.

Como derivación de estos derechos, se le brinda al paciente la posibilidad de otorgar directivas anticipadas que prevean la propia incapacidad, la falta de discer-

23. HIGHTON, Elena I., "La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992, n° 1 "Daños a la persona", pp. 165-212 (citada por LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. [cfr. nota 1], p. 11).

24. Art. 5: "Definición. Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) el derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento". Art. 6: "Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario".

nimiento o cualquier situación que traiga aparejada la imposibilidad de otorgar el consentimiento informado en el caso concreto. Es una derivación directa del derecho a la autoprotección, pues no puede negársele a la persona la posibilidad de planificar el modo en que desea ser tratada en caso de que una afección le impida decidir por sí misma, pues ello plantea una violación del cúmulo de derechos fundamentales que hemos enunciado en el comienzo de este trabajo, especialmente del artículo 19 de la [Constitución Nacional](#), lo cual ha sido reconocido en reiterados fallos judiciales.<sup>25</sup>

El artículo 11 de la [Ley 26.529](#) dispone:

Directivas anticipadas. Toda persona capaz, mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. **Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo**, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes...

Es la primera norma que recepta expresamente en el derecho interno argentino alguna de las facetas del derecho de autoprotección.

De más está decir que las directivas anticipadas sólo serán de aplicación en el supuesto de incapacidad sobreviniente del otorgante, temporal o permanente, pues, en caso de que esto no suceda, el paciente seguirá en condiciones de otorgar el consentimiento informado en el caso concreto, más allá de la posibilidad de revocar las directivas en cualquier momento. Esto implica que, en el supuesto de la eventual incapacidad o imposibilidad, el médico está obligado a respetar la voluntad expresada previamente en las directivas anticipadas:

En principio, una directiva de alguien que ya no puede expresarse, que no contempla la revocación, es totalmente irrevocable, a menos que del texto del documento surgieran dudas sobre la expresión de la voluntad, circunstancia que deberá resolverse judicialmente.<sup>26</sup>

El decreto reglamentario incorpora una cuestión de vital importancia: la posibilidad de nombrar en las directivas anticipadas a un **interlocutor designado** para que, llegado el momento, procure el cumplimiento de sus instrucciones. La importancia radica en que la ley supone que la persona designada por el propio paciente será quien se encuentre en las mejores condiciones para tomar las decisiones de acuerdo a la voluntad de éste. Interpreta que tal designación responde a un vínculo de cercanía preexistente y que los lineamientos de las decisiones a tomar ya han sido debatidos por los involucrados. Es decir, esta posibilidad no hace más que ratificar la importancia de las decisiones tomadas por la propia persona para su propia incapacidad.

25. Ver CSJN, 1/6/2012, "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias".

26. LANZÓN, Patricia A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 129.

El interlocutor designado no agota su función al procurar el cumplimiento de las directivas, sino que será la persona que podrá brindar el consentimiento informado en los casos que escapen a tales directivas.<sup>27</sup> Ello es así porque resulta obvio que, al otorgar el acto, el declarante no pueda prever la totalidad de las afecciones que podría padecer ni de los tratamientos aplicables.

La figura evita que las decisiones sean tomadas por los familiares que deberían hacerlo según el orden legal instituido, quienes, por distintas circunstancias, pueden no tener una buena relación con el paciente; así, logra que esto quede a cargo de la persona que mejor comprende al sujeto y a quien seguramente se designa en base a la cercanía, al cuidado y al afecto que se tienen mutuamente. Esto resulta concordante con la doctrina general de los actos de autoprotección y con la citada posibilidad de designar al propio curador para las decisiones patrimoniales.

Asimismo, es destacable la recepción de la figura en el actual [Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación](#), que en su artículo 60 establece:

La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto a 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. Las directivas que impliquen prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.

Este artículo implica el reconocimiento legal de las figuras del mandatario para la posterior incapacidad y el interlocutor designado (actualmente regulada sólo por vía reglamentaria), y de la potestad de estos para tomar las decisiones si así se ha expresado.

#### 4. Capacidad para el otorgamiento

En primer lugar, es conveniente repasar los conceptos de **capacidad** y **discernimiento** y la diferencia entre ellos.

La expresión *capaz* es imprecisa en nuestro léxico jurídico. El propio [Codificador](#) se refiere como persona incapaz tanto a aquella cuya incapacidad ha sido declarada judicialmente en un juicio de insania como a quien simplemente carece del discernimiento para otorgar actos jurídicos, esto es, aquella persona mayor de edad que no ha sido incapacitada pero que padece de fallas de discernimiento.<sup>28</sup> Por ejemplo, el artículo 1045 del [Código Civil](#) dispone que “son anulables los actos jurídicos cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental como si por cual-

27. Decreto 1089/2012, art 5: “... habrá consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del profesional tratante o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación y no haya designado persona alguna para hacerlo...”

28. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 43.



quier causa se hallasen privados de su razón”. En este caso, la palabra *incapacidad* sólo puede ser entendida como sinónimo de incapacidad natural, en la terminología jurídica clásica, o de incompetencia, como se utiliza actualmente en el campo de la bioética.

El concepto de discernimiento tampoco resulta preciso. En general, los autores lo vinculan con la capacidad de comprender las consecuencias jurídicas del acto otorgado y con la capacidad de abstraer y de distinguir lo lícito de lo ilícito. Esa aptitud para discernir se relaciona y valora siempre en relación con el acto concreto a otorgar, en un tiempo y lugar determinados.<sup>29</sup>

Recordamos que, si no se reúne el requisito de su declaración judicial, es impropio decir de una persona que es incapaz. Sin embargo, lo cierto es que no existe en el ámbito jurídico un léxico apropiado para designar a quien carece de discernimiento suficiente para otorgar negocios jurídicos y que no ha sido “incapacitado por sentencia judicial” o “beneficiado por un régimen de protección”<sup>30</sup>.

En resumen: la capacidad es una cuestión de la ley, una categoría jurídica, y el discernimiento y sus grados constituyen una cuestión de la naturaleza que el operador jurídico debe considerar. El hecho de que una persona carezca, de la manera más absoluta imaginable, de la aptitud de discernir y de expresar sus deseos sólo le impide otorgar actos jurídicos (art. 1045, CCIV; acto anulable) y no le ocasiona una falta de capacidad en tanto en cuanto la ley o el juez así no lo declaren. Así, en el régimen velezano, si un incapaz otorga un acto jurídico, ese acto será nulo (art. 1044), mientras que, si una persona capaz otorga un acto sin el discernimiento necesario al momento de otorgarlo, el acto ha de ser anulable (art. 1045) por falta de discernimiento pero no de capacidad.<sup>31</sup>

En definitiva, la protección de los derechos fundamentales de las personas, en especial de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, exige claridad en esta materia, en la que esta confusión de conceptos persistió históricamente. Sólo la ley o una sentencia judicial pueden restringir la capacidad de ejercicio de una persona y no puede hacerlo de manera generalizada ni absoluta. Tal como lo manda nuestra legislación vigente, las limitaciones deben ser excepcionales y determinar los actos y funciones que comprenden.

Respecto de los sujetos que pueden otorgar directivas anticipadas, el artículo 11 de la *Ley 26.529* dispone que “toda persona **capaz, mayor de edad** puede disponer directivas anticipadas sobre su salud. **Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo...**”. Como exponen los escribanos *Llorens* y *Rajmil*,<sup>32</sup> si bien falta la

29. LLORENS, Luis R., ob. cit. (cfr. nota 2).

30. Cfr. nota 23.

31. RAJMIL, Alicia B., “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Aspectos vinculados al régimen jurídico de capacidad de las personas”, Rosario, [s.e.], 2012 (ponencia presentada ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación).

32. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), pp. 31 y ss.

conjunción *y* entre las palabras *capaz* y *mayor*, ello no resulta óbice para afirmar que la ley pide ambos requisitos, esto es, capacidad y mayoría de edad para que la directiva anticipada sea de **cumplimiento obligatorio** para el médico.

*Capaz* refiere a toda persona que se halla en pleno uso de su discernimiento y que, además, no se encuentra interdicta por una sentencia que la incapacite. Por tal motivo, resulta una expresión redundante, porque el discernimiento junto con la intención y la libertad son requisitos de todo acto jurídico. *Mayor de edad* es quien ha cumplido los dieciocho años de edad; sin embargo, el sistema de la mayoría de edad en fechas fijas y determinadas está en crisis.

En función de los nuevos paradigmas que portan los instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscriptos por nuestro país, **la capacidad es la regla**. Deben tenerse especialmente en cuenta los postulados de la [Convención Internacional de los Derechos del Niño](#) y de la [Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad](#), en tanto en cuanto no admiten, en ningún caso, que el menor o el mayor sujeto a un régimen de protección sea privado de ejercer sus derechos por sí mismo mientras tenga aptitudes suficientes para ello y los derechos a opinar, a ser oído y a que su opinión sea, al menos, tenida en cuenta. Por ello,

... el requisito de que el otorgante sea capaz y mayor de edad para otorgar directivas anticipadas es un requisito necesario para que la misma sea obligatoria para el médico tratante. Empero, si la directiva anticipada fue otorgada por un menor de edad o un débil mental (aun insano declarado), no será inválida y deberá ser escuchada y tenida en cuenta **de acuerdo con las circunstancias del caso**, en función de las disposiciones del art. 2, inc. e de la misma ley, de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley Nacional 26.061, y la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.<sup>33</sup>

La opinión transcrita anteriormente tiene el inmenso mérito de interpretar la normativa desde un punto de vista conciliador entre las distintas fuentes del derecho aplicable en la materia. Lamentablemente, la reglamentación de la ley en cuestión realizada por el Poder Ejecutivo puede llevar a interpretar esto en sentido contrario. El [Decreto 1089/2012](#) dice en el séptimo párrafo de su artículo 11: “no se tendrán por válidas las directivas anticipadas otorgadas por menores o personas incapaces al momento de su otorgamiento”. Creemos que esta disposición en nada obsta la interpretación transcrita anteriormente, pues el juez, en el caso concreto, deberá igualmente tener en cuenta dichas manifestaciones, en virtud de la jerarquía de las normas en cuestión.

Retomando la diferenciación entre competencia y capacidad (utilizando la primera para referirnos al ejercicio de los actos personalísimos y la segunda para los

33. Ídem, p. 33.

actos contractuales), y teniendo en cuenta la variabilidad del contenido de los actos de autoprotección (cuestiones patrimoniales y extrapatrimoniales), entendemos que, en principio, no habría inconveniente en que un menor se presente en la escribanía a otorgar un acto de autoprotección con contenido extrapatrimonial. Respecto de un incapaz, si la sentencia que declara la incapacidad no prohíbe otorgar actos de autoprotección, entonces éstos están permitidos, de acuerdo con el artículo 152 ter del [Código Civil](#).

Por supuesto, siempre estará en manos del escribano analizar en cada caso concreto el discernimiento del otorgante, pero debemos luchar contra el miedo producido por el paradigma rígido de capacidad-incapacidad y tener en cuenta la necesidad del requirente a la luz de los principios supralegales. Lo contrario comportaría una injusticia. Pongamos por ejemplo la situación de un menor de dieciséis años que padece una enfermedad terminal y acude a la escribanía –incluso acompañado por sus padres– a otorgar directivas anticipadas en materias de salud. Ello deberá eventualmente ser tenido en cuenta por el juez, máxime si al momento de tener que decidir el menor se encuentra en un estado de inconsciencia profunda.

## 5. Forma del acto de autoprotección

En principio, no existe en la legislación nacional una forma impuesta para este tipo de actos jurídicos, consecuencia lógica de la falta de regulación de la figura en términos generales. Como excepción, podemos marcar los requisitos que la [Ley 26.529](#) y su decreto reglamentario imponen en materia de directivas médicas anticipadas y los que establecen algunas normativas locales –luego las citaremos–.

No obstante la libertad de forma existente, creemos acertada la doctrina que no ahorra esfuerzos en recomendar la escritura pública como la forma instrumental más adecuada para este tipo de actos, en virtud de su especialísimo contenido:

Cuando la emisión de voluntad se refiere a cuestiones de tanta trascendencia y destinada a personas, lugar y tiempo que pueden ser indeterminados, no existe en el sistema jurídico argentino otro instrumento más adecuado que el notarial. La escritura pública es el medio idóneo y eficaz para dejar constancia de estas decisiones, dado que asegura su autenticidad, hace plena fe de las declaraciones que contiene, otorga fecha cierta y materialidad al documento, protegiéndolo así ante la posibilidad de alteración o pérdida.<sup>34</sup>

Agregamos a las ventajas citadas la posibilidad de que sea otorgada por quien no puede firmar, mediante la utilización de la firma a ruego.

34. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 60. Los autores citan a ANSÓ, Adriana L. y otros, “Actos de autoprotección. Directivas anticipadas”, en *Cuadernos del Instituto de Derecho Notarial*, Rosario, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe-2ª circunscripción, n° 6, p. 70.

Hace además a la seriedad del asunto. Cuando el interesado, íntimamente preocupado por estos temas, se sienta frente a un escribano, pretende que éste le explique las posibilidades y las consecuencias del acto que está meditando hacer, que mantenga el secreto profesional, que extienda un documento que no se extravíe y que no deje dudas sobre la fecha y voluntad de quien lo dictó. Nada de esto sucede cuando el escribano interviene solamente a los fines de certificar la firma del interesado, porque dicha actuación no juzga sobre el contenido. Además, en ese caso, el escribano no conserva copia del instrumento ni lo inscribe en el registro pertinente.<sup>35</sup>

En efecto, el contenido de los actos de autoprotección hace que cada caso sea único, como la persona que lo otorga. La cantidad de particularidades, de variables a considerar para una situación tan especial como la de prever la propia falta de discernimiento implica que

... este documento no puede consistir en un mero formulario, burocrático y automático –al decir de la Dra. De Carlucci–; si así fuese, se incumpliría la finalidad propia de esta figura, “que escapa de todo molde, de toda posible protocolización y enlaza con la individualidad de cada uno”.<sup>36</sup>

### 5.1. *Forma y demás requisitos instrumentales en materia de directivas médicas anticipadas*

Como hemos expresado, la materia de las directivas anticipadas se diferencia hoy del resto de los posibles contenidos de los actos de autoprotección por estar expresamente regulada a nivel nacional. La forma no se escapa de esta circunstancia: la legislación impone la forma escrita, la presencia de testigos instrumentales, el otorgamiento ante escribano o juez y otros requisitos.<sup>37</sup>

A partir de la lectura de esta legislación, no cabe duda respecto de las posibilidades otorgadas al paciente. Deberá efectuar el acto en forma escrita. Podrá hacerlo ante un juzgado de primera instancia o ante escribano, y, en este último caso, podrá

35. LANZÓN, Patricia A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 129.

36. LANZÓN, Patricia A., “Actos de autoprotección”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 896, abril-junio 2009, pp. 233-240.

37. Art. 11 *Ley 26.529*: “La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.” Asimismo, la reglamentación del citado artículo en el *Decreto 1089/2012* en sus partes pertinentes dice: “El paciente debe arbitrar los recaudos para que sus directivas anticipadas estén redactadas en un único documento, haciendo constar en el mismo que deja sin efecto las anteriores si las hubiera, así como ponerlas en conocimiento de los profesionales tratantes. Del mismo modo si habilita a otras personas a actuar en su representación, debe designarlas en dicho instrumento, y éstas deben con su firma documentar que consienten representarlo. Las directivas anticipadas con intervención de un escribano público deben al menos contar con la certificación de firmas del paciente, de dos testigos, o en su caso de la o las personas que éste autorice a representarlo en el futuro, y que aceptan la misma. Sin perjuicio de ello, el paciente tendrá disponible la alternativa de suscribirlas por escritura pública, siempre con la rúbrica de los testigos y en su caso de las personas que aceptan representarlo”.

recurrir a la escritura pública o a la certificación de firmas en instrumento privado. En todos los casos deberá contar con dos testigos instrumentales y la aceptación expresa de las personas que designe para representarla.

Estas normas merecen varias críticas. En primer lugar, la equiparación de la escritura pública a la certificación de firmas en un instrumento privado no resulta del todo feliz; los argumentos vertidos anteriormente dejan ver las enormes distancias que existen entre ambas. La imposición de los testigos instrumentales resulta una consecuencia de las posibilidades brindadas; de haberse impuesto la escritura pública, esto no hubiese sido necesario. Vale decir que estos testigos deberán cumplir con los requisitos del artículo 990 del Código Civil en caso de que el acto se otorgue por escritura pública.

No obstante, sin duda, el mayor error en la reglamentación es el requisito de la aceptación expresa por parte de las personas designadas para representarla. En muchos casos este requisito sería un obstáculo; por ejemplo, si la persona designada no vive en el mismo lugar que el otorgante. Por otro lado, pueden designarse varias personas para que actúen en forma conjunta o con carácter de sustitutas, en un orden de prelación. No creemos que haya sido necesario imponer que todas estas personas comparezcan al otorgamiento de las directivas anticipadas; y sostenemos, de todas formas, que la omisión de la aceptación expresa no es óbice para la validez del acto, pues ello implicaría una desnaturalización de los requisitos legales por parte de la reglamentación. En esos casos, la posterior aceptación, incluso tácita, al momento de ejercer la representación designada debería considerarse plenamente válida.

Asimismo, la reglamentación impone otros requisitos en cuanto al contenido del documento, como el de que los testigos

... en el mismo texto de las directivas anticipadas, deben pronunciarse sobre su conocimiento acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente al momento de emitirlos, y rubricarlos, sin perjuicio del deber del propio paciente-otorgante de manifestar también esa circunstancia, además de que es una persona capaz y mayor de edad.

Respecto de la revocación de las directivas anticipadas, la reglamentación impone, en principio, los mismos requisitos que para su otorgamiento, pero plantea la siguiente excepción:

Si el paciente no tuviera disponible estas modalidades al momento de decidir la revocación, por encontrarse en una situación de urgencia o internado, se documentará su decisión revocatoria verbal con la presencia de dos testigos y sus respectivas rúbricas en la historia clínica, además de la firma del profesional tratante.

Así, la norma intenta salvaguardar el derecho del paciente a expresar su voluntad hasta la última instancia y de cualquier forma.<sup>38</sup>

38. LANZÓN, Patricia A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 129.

Desde el punto de vista de las normativas locales, son varios los reglamentos de registros de actos de autoprotección que imponen el requisito de la escritura pública para la registración; la mayoría de ellos, anteriores a la reciente modificación y reglamentación de la Ley Nacional 26.529.

Resulta interesante destacar la Resolución 66/2012 del Colegio de Escribanos de la Provincia de Chaco, que es posterior a la citada reforma y dispone en su artículo primero que “conforme artículo 2º del reglamento del Registro de Actos de Auto-protección [...] deben ser realizados en escritura pública a los fines de inscripción en el registro creado al efecto”. Como dijimos, la resolución fue sancionada con posterioridad al dictado de la Ley 26.742, y el reglamento del registro es anterior a dicha norma.

Si bien sólo se impone el requisito a efectos de hacer posible su inscripción en el registro y no juzga sobre la validez del acto, no nos parece acertado excluir las directivas anticipadas que se otorguen en instrumento privado (en legal forma conforme la normativa nacional) de la posibilidad de inscripción, pues esta cuestión resulta muy trascendente para la eficacia plena del acto otorgado. En tal sentido, consideramos acertada la última modificación al reglamento del Registro de Actos de Auto-protección del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, que incorpora expresamente la posibilidad de inscribir actos otorgados en instrumentos privados.

## 6. Registración

Este punto resulta de vital importancia en el tema. Si hasta ahora hemos analizado los fundamentos del derecho sustancial que permiten otorgar actos en previsión de la propia incapacidad, el tema de la registración se enmarca en una problemática no menor, esto es, lograr la plena eficacia de los actos otorgados.

De nada servirá todo el estudio y los avances en la materia si no podemos lograr que el contenido de los actos que se otorgan llegue al conocimiento de las personas a las cuales van dirigidos, es decir, los médicos tratantes, los jueces y las personas designadas para las cuestiones patrimoniales o médicas.

Fue el interés temprano del notariado en la materia el que ha propugnado y logrado la proliferación de los actuales registros de actos de autoprotección, que funcionan en varias provincias, bajo la órbita de sus respectivos colegios de escribanos. Se ha seguido el camino recorrido hace varias décadas con los registros de testamentos, creación también de los respectivos colegios, los que con el tiempo fueron logrando su reconocimiento legislativo y su funcionalidad en los procesos judiciales pertinentes.

Las leyes orgánicas de todos los colegios notariales contemplan expresas atribuciones para la adopción de resoluciones tendientes a lograr una mayor eficacia en los servicios notariales. Esto constituye un valioso soporte normativo que legitima am-

pliamente la creación de los registros.<sup>39</sup> Ya en el año 1999, los escribanos Llorens y Taiana de Brandi propiciaron la utilización de la estructura de los registros de testamentos a efectos de registrar actos de autoprotección y hacer lo propio con el Centro Nacional de Registros de Actos de Última Voluntad, creado por el Consejo Federal del Notariado Argentino.<sup>40</sup>

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 en el año 2005 y alcanzó reconocimiento legislativo a nivel local en 2010, con la sanción de la [Ley 14.154](#). Posteriormente, fueron creados los registros de Santa Fe-2ª circunscripción en 2006; Entre Ríos, Chaco y Córdoba en 2007; y San Juan, Ciudad de Buenos Aires, Salta, Tierra del Fuego, Santa Cruz, Catamarca y Santa Fe-1ª circunscripción en 2009. Asimismo, en el año 2009, el Consejo Federal del Notarial Argentino creó el Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección para registrar y brindar información sobre los actos registrados en cualquier demarcación del país.

Como hemos señalado, en la provincia de Chaco se logró el reconocimiento legislativo de los citados registros en el año 2008, mediante la sanción de la [Ley 6212](#), que modificó el Código Procesal e instauró como requisito previo en todo proceso de insania la solicitud de un informe al registro.

La mayoría de los registros admiten la inscripción de actos de autoprotección en la medida en que hayan sido otorgados en escritura pública. Como hemos mencionado anteriormente, creemos que la última modificación de la [Ley 26.529](#) y su reglamentación ([Decreto 1089/2012](#)) ameritan que dichos registros acepten la inscripción de actos otorgados en instrumento privado. La convicción acerca de la conveniencia de la escritura pública para estos supuestos no puede convertirse en un desconocimiento del derecho que hoy tienen los ciudadanos de otorgar los actos por otros medios instrumentales, que resulta contraproducente con el interés y el aporte que el notariado siempre ha mostrado hacia el tema en cuestión.

Los registros 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 juez competente y las personas habilitadas en el instrumento; algunas reglamentaciones permiten también que sean solicitados por el titular del establecimiento médico donde se trata el paciente.

En cuanto a la información a registrar, se solicitan los datos del instrumento (fecha, datos de la escritura, registro y lugar de guarda en su caso), del otorgante,

39. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 63.

40. LLORENS, Luis R. y TAIANA DE BRANDI, Nelly A., "El derecho de autoprotección. Concepto y estado actual de la cuestión", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 857, julio-septiembre 1999, pp. 21-33.

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).<sup>41</sup>

Como vemos, en la última década el notariado y los colegios han logrado grandes avances en el tema, que se incrementarán con el tiempo. Y creemos que también se obtendrán los reconocimientos legislativos que la materia amerita, a efectos de lograr la plena eficacia de este tipo de actos.

El [Decreto 1089/2012](#) es la primera norma que reconoce a nivel nacional la existencia de los registros creados por los colegios notariales y convalida su actuación.<sup>42</sup> La norma otorga la posibilidad de crear los registros (reconociendo tácitamente la validez de los ya existentes) y también promueve la creación de registros en el ámbito judicial. Asimismo, reconoce la posibilidad de que existan otros registros creados por normativas locales. No obstante, consideramos que no resulta conveniente la superposición de registros en distintos ámbitos. La mayoría de las provincias cuenta hoy con registros que funcionan en forma eficiente en sus colegios de escribanos o que se encuentran en proceso de creación y puesta en marcha. Esto último se relaciona con las normativas provinciales que han reconocido, en forma previa y posterior a las leyes [26.529](#) y [26.742](#), la potestad de otorgar directivas médicas anticipadas y han creado registros de estas directivas en el ámbito de sus respectivos ministerios de salud,<sup>43</sup> lo que resulta inoportuno.<sup>44</sup>

Resta comentar que el [Decreto 1089/2012](#) ordena la inscripción de las directivas médicas anticipadas en la historia clínica del paciente. Esta decisión nos parece acertada, pues su ventaja resulta adecuada en torno a lograr el rápido y adecuado conocimiento por parte de los médicos tratantes. No creemos que esta registración resulte una innecesaria superposición con los registros ya existentes, pero –como hemos mencionado– la agregación de disposiciones que nada tienen que ver con la salud en

41. Por ejemplo: Resolución 66/2012 del Colegio de Escribanos de la Provincia de Chaco.

42. El último párrafo del [reglamento](#) del art. 11 dice: “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”.

43. Ver: Ley 2611 de Neuquén; Ley 10.058 de Córdoba; Ley 4263 de Río Negro.

44. “La creación en el área de la administración pública generaría, sin duda, aumento de burocracia, gastos al erario público y, por supuesto, no otorgaría las seguridades que requiere la naturaleza de los actos a inscribir. Estas propuestas no encuentran justificativo alguno en provincias que cuentan con los registros de actos de autoprotección creados por los respectivos colegios notariales, funcionando eficazmente, sin dificultades administrativas y sin generar gastos al Estado ni a los usuarios [...] Es evidente que el registro en el Ministerio de Salud no resulta práctico ni eficaz y que está sometido a los vaivenes administrativos inevitables en dicho ámbito. [...] mediante convenios con los colegios notariales es posible organizar una fluida comunicación entre los registros de actos de autoprotección y el Ministerio de Salud, para facilitar el acceso rápido y eficiente a la información por parte de los sectores de salud [...] Por otro lado, inscribir en el Ministerio de Salud directivas que nada tienen que ver con su incumbencia, además de ser absurdo, viola el respeto a la privacidad y la debida reserva a esta clase de actos, que atañen a la esfera más íntima de la persona” (LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. [cfr. nota 1], pp. 66-67).



la historia clínica merece el mismo comentario citado anteriormente respecto de la privacidad del paciente. Por el momento, nos parece que esta crítica no es suficiente para desmerecer la ventaja que ofrece dicho registro en la historia clínica. El avance y el desenvolvimiento del tema irán dictando el camino a seguir.

## 7. Modelo de escritura

Como aclaración previa, se debe tener en cuenta que los modelos existentes en materia de autoprotección constituyen, más que nada, una guía para el instrumentador y deben estar lejos de convertirse en un mero formulario.

Cada caso particular en esta materia es único e irreplicable, pues la historia, los deseos, el patrimonio, las convicciones y las demás cuestiones personales que encierran estos actos implican la necesidad de que el notario preste especial atención. Por ello, se recomienda efectuar reiteradas audiencias preliminares con el requirente y con las personas que éste desee que participen del proceso, un asesoramiento adecuado y elaborar, leer, explicar y reelaborar la redacción, conforme a los comentarios –y reiterar este proceso cuantas veces sea necesario–.

A continuación, se presenta un modelo para el caso particular de una persona sin familia directa. Se basó en los diversos modelos que el notariado ha brindado hasta ahora<sup>45</sup> y agrega, quizás como única novedad, el uso de la terminología brindada por la [Ley 26.529](#) (modificada por la [Ley 26.742](#)) y su [decreto reglamentario](#).

DISPOSICIONES Y ESTIPULACIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD<sup>46</sup>. PÉREZ, Juan. Escritura número [...]. En [...], a los [...] días del mes de [...] del año [...], ante mí, escribano/a autorizante, COMPARECEN: Juan Pérez [...]. Como testigos instrumentales lo hacen [...] y [...]<sup>47</sup>; y, a efectos de aceptar los cargos que les serán conferidos, lo hacen Claudia M., y Martín H. Los comparecientes justifican su identidad con los citados documentos, de conformidad al artículo 1002, inciso “c” del Código Civil. Y el señor Juan Pérez EXPRESA: I) MANIFESTACIONES PRELIMINARES: a) que viene por la presente a establecer las disposiciones y estipulaciones que considera necesarias para el supuesto de que una enfermedad mental, física, sensorial, un accidente o simplemente su avanzada edad le impidan en forma transitoria o permanente gobernar su persona o sus bienes o tomar las decisiones necesarias respecto

45. Ver en particular los modelos elaborados por los notarios Nelly A. Taiana de Brandi, Luis R. Llorens, Alicia R. Rajmil, Gastón R. Di Castelnuovo, y los de la Comisión de Autoprotección del Consejo Federal del Notariado Argentino y el Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe-2ª circunscripción.

46. Cada profesional podrá utilizar la expresión que más se adapte a sus convicciones. En lugar de incapacidad, son opciones válidas la falta de discernimiento o competencia. Algunos modelos incorporan en el membrete la denominación “directivas anticipadas” para referirse a las cuestiones de salud. Creemos que la unicidad del acto jurídico que se otorga hace innecesaria esta distinción.

47. Testigos instrumentales conforme al art. 11 de la [Ley 26.529](#).

de su salud; b) que funda su derecho a otorgar el presente acto en los principios y derechos establecidos en la Constitución Nacional, los tratados internacionales –especialmente, en la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad– y las leyes 26.657 y 26.529, sus modificatorias y reglamentaciones; c) que el presente otorgamiento es el resultado de un profundo análisis, y las disposiciones que efectuará son en su entender las más convenientes para su persona, su salud y sus bienes; d) que es mayor de edad, plenamente capaz y cuenta con la competencia y el discernimiento necesarios para el presente otorgamiento;<sup>48</sup> e) que es de estado civil soltero y que no posee ascendiente, descendientes, ni más familia directa que su sobrina Sandra Pérez, hija de su fallecido hermano Pedro, con quien mantiene un trato cordial, pero que nunca ha mostrado preocupación por su situación personal ni por sus necesidades; f) que desde hace diez años es acompañada y asistida por la señora Claudia M. y por su hijo, Martín H., quienes, si bien no mantienen con él vínculo sanguíneo ni familiar de ningún tipo, han sido sus más cercanos amigos y quienes han estado a su lado en los momentos difíciles de su vida y son, sin ninguna duda, las personas que mejor conocen sus preferencias, necesidades y deseos; g) que, por los motivos antedichos, en la fecha ha otorgado ante mí testamento por acto público, instituyendo como su única y universal heredera a la señora Claudia M., y, para el supuesto de prefallecimiento de ésta, a su nombrado hijo, Martín H.; II) ESTIPULACIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD O FALTA DE DISCERNIMIENTO: que, en virtud de las consideraciones antedichas y para el supuesto de su incapacidad o falta de discernimiento, por la presente DISPONE: Primero. Disposiciones para la vida cotidiana: a) que mientras sea posible desea seguir viviendo en su casa, sita en la calle [...], con el cuidado y control de la señora Claudia M. y su hijo, Martín H.; b) que, ante el supuesto de volverse dependiente y mientras ello sea posible, lo mantengan en su citada casa, con la atención del personal necesario y especializado para su cuidado y atención; c) que, en caso de no ser posible continuar habitando en su hogar, sea internada en el instituto geriátrico [...] o aquel que la señora Claudia M. o su hijo, Martín, consideren conveniente; d) que es su voluntad que en cualquiera de las situaciones antedichas se respete su calidad de vida, sus costumbres, se mantenga su aseo, alimentación, vestimenta y cuidados de acuerdo a su gusto; d) que se mantenga su cobertura y plan de salud con la empresa [...]. Segundo. Disposiciones en materia de salud: a) que, en el caso de que requiera ser hospitalizado y/o internado, transitoria o permanentemente, sometido a cirugía o a cualquier tratamiento que fuera necesario se le realice, sean las personas mencionadas en la cláusula tercera las que otorguen el consentimiento debido, siendo sus “interlocutores”<sup>49</sup>, en el orden establecido en dicha cláusula; b) que autoriza a las citadas personas a agregar oportunamente la presente escritura a su historia clínica;<sup>50</sup> c) que, no obstante la posibilidad de que las personas designadas anteriormente decidan en el caso concreto de acuerdo a las circunstancias, desea que éstas y los profesio-

48. Mención necesaria conforme a lo dispuesto por el [Decreto 1089/2012](#).

49. Creemos que estas menciones alcanzan para dar a persona el carácter de interlocutor designado conforme al [Decreto 1089/2012](#).

50. Conforme al [Decreto 1089/2012](#).

nales tratantes respeten en principio las siguientes directivas: 1) que sea atendido en la clínica [...] por los especialistas que lo han atendido a lo largo de estos últimos años, a saber: médico de cabecera [...], cardiólogo [...] *etc.*; 2) que en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, encontrarse en un estadio terminal o sufrir lesiones que lo coloquen en igual situación, RECHAZA cualquier tipo de procedimiento quirúrgico, de hidratación, alimentación, reanimación artificial o soporte vital cuando éstos resulten extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría o produzcan un sufrimiento desmesurado; 3) que RECHAZA los procedimientos de hidratación y alimentación asistida cuando éstos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo del estadio nombrado en el punto anterior; 4) en todos los casos, deberán mantenerse aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del dolor y sufrimiento del paciente.<sup>51</sup> Tercero. Designación de curador: a) que, para el supuesto de incapacidad o inhabilitación, desea se designe como curadora, provisoria y luego definitiva, a la citada señora Claudia M., y, para el supuesto de que ésta no pueda aceptar, al citado señor Martín H., en virtud de los motivos anteriormente expresados; b) que autoriza a las nombradas personas a proceder, en el momento oportuno, a la apertura del proceso judicial de insania o inhabilitación; c) que rechaza el nombramiento como curador provisoria de un abogado de la matrícula, por considerar que las personas designadas son quienes tienen verdadero conocimiento de su situación, sus anhelos y necesidades, y no desea que su futuro quede en manos de una persona “extraña a su entorno”; d) que, por los motivos antedichos, no desea que se nombre curadora a su sobrina Sandra Pérez. Cuarto. Disposiciones patrimoniales: a) que posee en la actualidad los siguientes bienes e ingresos: [*describir patrimonio, jubilaciones y pensiones, y demás ingresos que pueda tener la persona y que sean del caso*]; b) que, ante su eventual incapacidad, desea que los curadores designados en la cláusula anterior administren su patrimonio en la forma y con el cuidado que el otorgante ha mostrado a lo largo de su vida, respetando en principio las siguientes instrucciones: 1) los haberes jubilatorios y la renta mensual de los bienes descritos deberán ser utilizadas para el mantenimiento de los gastos del compareciente, internaciones, establecimientos asistenciales o geriátricos, personal de asistencia, obra social, y en fin, para mantener el nivel y calidad de vida, conforme a lo estipulado en la cláusula primera; el remanente de sus ingresos deberá ser depositado su citada caja de ahorro; 2) que sus inmuebles, en especial su casa-habitación, no sean enajenados, continuando con la locación de éstos últimos como medio de renta para los citados gastos. En caso de ser necesario y con la autorización judicial pertinente, podrá procederse a la venta de los bienes, en el siguiente orden: [...]. Quinto. Disposiciones sobre su cuerpo:<sup>52</sup> que, ante su fallecimiento, desea que las personas mencionadas en la cláusula tercera procedan en la siguiente forma: a) que sus restos sean velados en [...]; b) que se celebre una misa en su memoria en la parroquia [...]; c) que sus restos sean cremados y esparcidos en [...]. Sexto. Disposiciones finales: a) que, ante el acaecimiento de

51. Esta expresión resulta de buena práctica, pero creemos que es innecesaria por ser una obligación del médico tratante.

52. Este tipo de disposiciones, para ser aplicadas con posterioridad al fallecimiento, no deben referirse a cuestiones patrimoniales, las que deberán instrumentarse por vía testamentaria.

alguna de las circunstancias previstas en el presente otorgamiento, es su voluntad que las personas designadas, así como los profesionales intervinientes en materia de salud, y los magistrados que deban intervenir respeten la voluntad dispuesta en el presente, en base a los motivos anteriormente expresados; b) que revoca y deja sin efecto cualquier otra disposición que anteriormente haya efectuado para su eventual incapacidad y/o en carácter de directiva médica anticipada;<sup>53</sup> c) que autoriza al escribano interviniente a inscribir la presente en el Registro de Actos de Autoprotección del Colegio de Escribanos, así como a transcribir en la minuta respectiva las declaraciones concernientes a directivas de salud;<sup>54</sup> d) que solicita al citado escribano interviniente expida copia de la presente para los citados señores Claudia M. y Martín H.; e) que autoriza a Claudia M. y Martín H., a los médicos tratantes y a las autoridades de la clínica [...] a solicitar informes al citado Registro de Actos de Autoprotección y a solicitar copias de la presente escritura. ACEPTACIÓN DE CARGOS: los señores Claudia M. y Martín H. manifiestan que aceptan expresamente los cargos y funciones para los cuales han sido designados en el presente por el señor Juan Pérez y que consienten representarlo, respetando en cuanto sea posible las instrucciones recibidas.<sup>55</sup> DECLARACIÓN DE LOS TESTIGOS: los señores [...] y [...] manifiestan que han estado presentes durante todo el acto, que conocen al señor Juan Pérez y que les consta la capacidad, discernimiento y competencia de éste para efectuar el presente otorgamiento.<sup>56</sup> CONSTANCIAS NOTARIALES: yo, escribano autorizante, hago constar que he advertido al otorgante que, eventualmente, las disposiciones para su propia incapacidad formuladas en esta escritura quedan sujetas a una posible resolución judicial al respecto, así como a la decisión de sus destinatarios o parientes, y/o al dictado de una modificación posterior de la ley que reglamenta esta especie de actos.<sup>57</sup> LEO a los comparecientes, quienes firman de conformidad, ante mí, doy fe.

## 8. Jurisprudencia

Existen en la actualidad fallos en materia de directivas médicas anticipadas. Destacamos los que significan un avance en el tema y se fundamentan en los principios que hemos resaltado a lo largo de este trabajo. Empero, comenzaremos analizando el caso “Bahamondez” de la [Corte Federal](#), en virtud de la frecuente referencia que

53. Declaración necesaria conforme al [Decreto 1089/2012](#).

54. Necesario en aquellos distritos que prevén la posibilidad de incluir dichas declaraciones en la minuta de inscripción.

55. No obstante las aclaraciones formuladas en el presente trabajo, la aceptación del cargo en cuestiones de salud resulta obligatoria conforme al [Decreto 1089/2012](#).

56. Declaración necesaria conforme al [Decreto 1089/2012](#).

57. Constancia necesaria en la demarcación de Ciudad de Buenos Aires, conforme a la última modificación del [reglamento del Registro de Actos de Autoprotección](#). Consideramos que ésta no resulta necesaria y, muy por el contrario, perjudica el acto. La jerarquía de la normativa aludida en el presente trabajo a fin de fundamentar los actos de autoprotección torna esta aclaración una excesiva reserva de responsabilidad por parte del notariado. No creemos que ninguna modificación a la legislación actual pueda alterar esta situación.

los fallos de la última década efectúan a él y porque, si bien no alude a las directivas anticipadas, aborda el tema de la autodeterminación sobre el propio cuerpo.

### 8.1. CSJN, 6/4/1993, “Bahamondez, Marcelo”<sup>58</sup>

Marcelo Bahamondez había sido internado por padecer una hemorragia digestiva. Aun ante la posibilidad de poner en riesgo su vida, éste decide no someterse a ningún tipo de transfusión de sangre por pertenecer al culto Testigo de Jehová, que no permite dichas prácticas. La Corte denegó la viabilidad del recurso extraordinario por falta de un agravio actual al momento del decisorio, pues el recurrente había sido dado de alta de dicho cuadro hacía mucho tiempo. No obstante, los votos en disidencia de los doctores Belluscio y Petracchi y aun los votos concurrentes de los ministros Fayt y Barra han marcado una doctrina que permanece hasta hoy como caso testigo en la materia de autodeterminación sobre el propio cuerpo.<sup>59</sup>

Se destaca de estos votos la especial referencia a la autonomía personal que brinda el artículo 19 de la Carta Magna y que es especialmente en estos casos donde

58. Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 1993-D, p. 130; *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 153, p. 254.

59. “3) Que la Cámara, al configurar el pronunciamiento de la instancia anterior, sostuvo que la decisión de Bahamondez constituía un ‘suicidio lentificado, realizado por un medio no violento y no por propia mano mediante un acto, sino por la omisión propia del suicida’ que no admitía tratamiento y de ese modo se dejaba morir. Señaló el tribunal que, al ser el derecho a la vida el bien supremo, no resulta posible aceptar que la libertad individual se ejerciera de un modo tal que extinguiera la vida misma...”. “11) Que [...] el art. 19 de la Ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración dispone en forma clara y categórica que los profesionales que ejerzan la medicina deberán –entre otras obligaciones– ‘respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse...’, con excepción de los supuestos que allí expresamente se contemplan. La recta interpretación de la citada disposición legal aventa toda posibilidad de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento. Ello, con total independencia de la naturaleza de las motivaciones de la decisión del paciente, en la que obviamente le es vedado ingresar al tribunal, en virtud de lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional, en la más elemental de sus interpretaciones”. “12) [...] Además del señorío sobre las cosas que deriva de la propiedad o del contrato –derechos reales, derechos de crédito y de familia–, está el señorío del hombre a su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, entre otros, es decir, los que configuran su realidad integral y su personalidad, que se proyecta al plano jurídico como transferencia de la persona humana. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre”. (Del voto de los doctores Fayt y Barra).

“8) Que la Corte ha tenido oportunidad de dejar claramente establecido que el art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros...”. “9) [...] la posibilidad de que los individuos adultos puedan aceptar o rechazar libremente toda interferencia en el ámbito de su intimidad corporal es un requisito indispensable para la existencia del mencionado derecho de la autonomía individual, fundamento éste sobre el que reposa la democracia constitucional”. “13) Que, de conformidad con los principios enunciados, cabe concluir que no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros. Una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior”. (Del voto en disidencia de los doctores Belluscio y Petracchi).

se aprecia claramente la operatividad de esta prerrogativa, pues lo contrario implicaría vaciarla de contenido y decir que sólo es aplicable a situaciones sin trascendencia en el mundo exterior.

## 8.2. *SC Buenos Aires, 9/2/2005, "S., M. d. C."*<sup>60</sup>

La *Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires* debió pronunciarse sobre el pedido que el curador y el cónyuge de un paciente efectuaron para desconectar a una persona que se encontraba bajo un estado vegetativo permanente e irreversible. La paciente no había dictado disposiciones anticipadas y tampoco era verificable en forma indubitada que ésa fuera la voluntad que había manifestado al respecto.

Si bien la resolución del tribunal resultó denegatoria, sus fundamentos resultan de interés para este trabajo, pues varios de los ministros abordaron el tema de las directivas anticipadas. Hicieron un profundo análisis del tema y dieron a entender que si en el caso concreto hubiesen existido tales directivas, la decisión habría sido favorable. Se destaca de los votos del doctor Roncoroni y de la doctora Kogan la afirmación contundente respecto del derecho de toda persona para otorgar directivas anticipadas, aun con anterioridad a la vigencia de la *Ley 26.529*.<sup>61</sup>

60. Publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. cit.212, p. 551; *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2005-B, p. 267.

61. "1) [...] toda persona adulta, libre, consciente y en su sano juicio tiene el derecho (la libertad) de rechazar o suspender el tratamiento de una enfermedad que le es aconsejado o aplicado por profesionales del arte de curar, aun a sabiendas de que ello lo conducirá a la muerte". "6) [...] ha de prestarse oídos a tal voluntad si ella se manifestó en forma inequívoca con antelación a llegar al estado en que se encuentra y aunque la misma no haya quedado vestida con las formas de un testamento de vida o de un apoderamiento. Bastaría la prueba rotunda y convincente de que la paciente, en pleno uso de sus facultades mentales y como fruto de una madura y seria reflexión, dio cuenta de sus deseos de rechazar todo tratamiento si en el futuro llegara a encontrarse en dichas circunstancias". (Del voto del doctor Roncoroni).

"1) [...] si bien la vida es un bien supremo y el primer derecho de toda persona, éste debe armonizarse con el derecho a la autonomía, a la autodeterminación y a la libertad individual de cada ser humano reconocidos en el art. 19 de la Carta Magna, con estrecha relación con la dignidad de la persona contemplada en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (arts. 5.1, 7.1, 11.1 y 16, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros) [...] La vida no puede mantenerse en cualquier circunstancia y a cualquier costo, pues ese bien acarrea también el derecho de vivir en condiciones de dignidad [...] debe primar la autonomía de la voluntad del paciente que, en virtud de su derecho a la autodeterminación sobre su persona y su propio cuerpo, decide rechazar un determinado tratamiento médico, aunque esa negativa pudiera poner en peligro su vida". (Del voto de la doctora Kogan). "9) [...] f) si bajo determinadas circunstancias un enfermo en peligro de muerte puede decidir no afrontar una intervención terapéutica recomendable según la praxis médica, haciendo valer su autonomía (art. 19, Constitución Nacional), no veo por qué no estará facultado a invocarla cuando ha de enfrentarse a un cuadro clínico caracterizado por la irreversibilidad. Debe estarse, entonces, a la decisión del paciente competente adecuadamente informado, adoptada en un ambiente libre de otra presión que no sea la inherente al contenido dilemático de la propia situación existencial". (Del voto del doctor Soria).

### 8.3. Juzg. Crim. Corr. de Transición n° 1 Mar del Plata, 25/7/2005, “M.”<sup>62</sup>

Este fallo, también anterior a la sanción de la *Ley 26.529* y dictado por el juez Pedro F. Hooft, es el primero que reconoce la validez de las directivas anticipadas otorgadas mediante escritura pública.

La paciente M. padecía una enfermedad degenerativa, progresiva, continua e incurable que produce trastornos motrices, del habla, la deglución y la respiración. Ante el conocimiento de su patología, M. otorgó un acto de autoprotección por escritura pública, en el cual aclaró su intención de no someterse a ninguna práctica que prolongara su vida en forma artificial por medio de procedimientos médicos invasivos, y designó como mandatarios especiales para el cumplimiento de su voluntad a su cónyuge y, en forma sustituta, a su hermana. Fue el citado cónyuge quien, a instancias de la propia M., inició una acción de amparo a efectos de proteger anticipadamente la decisión que había tomado la paciente en la escritura.

El juez, en un fallo brillante, ahondó en la doctrina del tema, tanto nacional como internacional, y en los dos fallos citados anteriormente. Asimismo, no se limitó a sentenciar desde su despacho, sino que interactuó y se entrevistó con la paciente y sus familiares y tuvo en cuenta la opinión de peritos en materia médica y bioética y los dictámenes de la defensora de incapaces y la fiscal interviniente.

La lectura del fallo en su totalidad es necesaria para cualquiera que se encuentre interesado en la materia. El juez hizo una especial referencia a los fallos citados anteriormente y a toda la normativa supralegal aludida en el presente trabajo, y dejó especialmente aclarado que la falta de normativa subconstitucional no es óbice para la plena operatividad de los derechos y prerrogativas otorgadas por estas normas.<sup>63</sup>

62. Publicado en *La Ley Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, t. cit.2005, p. 1066.

63. “VI) [...] Señala con justeza la señora defensora que la aceptación de las directivas anticipadas implica un avance en la consolidación del principio de autonomía y del derecho del paciente a rechazar tratamientos que –como en el caso– prolonguen su vida artificialmente a costa de su calidad de vida y dignidad”. “VIII) [...] el comité ad hoc del Programa Temático Interdisciplinario en Bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata sostiene que las directivas anticipadas constituyen un ‘instrumento legal cada vez más necesario en el entramado médico jurídico existente hoy día, en la concreción del derecho a la libre decisión, a la calidad de vida y a la preservación de la salud como un proceso integral biológico, psicológico, social e histórico, socio-individual...”. “XI) [...] cabe aquí destacar que la ausencia de normativa subconstitucional específica referida a las denominadas directivas anticipadas [...] no implica que el referido instituto resulte extraño al ordenamiento jurídico argentino, partiendo prioritariamente de normas, principios y valores consagrados en la Constitución Nacional y, en un sentido más amplio, del denominado bloque de constitucionalidad, conforme previsiones del art. 75 numeral 22 de la Constitución Federal, que otorga jerarquía constitucional a los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos allí numerados (Germán J. BIDART CAMPOS, *Compendio de derecho constitucional*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2004, pp. 23/24)”. “XII) [...] desde la Constitución y el bloque de constitucionalidad irradian principios rectores que requieren operatividad en el mundo jurídico cotidiano, puesto que de lo contrario las sabias previsiones constitucionales podrían de hecho verse cercenadas –y convertidas en letra muerta– debido a la ausencia de normas infraconstitucionales que expliciten en concreto el modo de realización de la normativa superior [...] resultaría manifiestamente irrazonable sostener que una persona plenamente capaz (padre o madre) pudiesen designar tutor para sus hijos bajo la patria potestad, e inclusive curador para la persona de hijos mayores jurídicamente incapaces, mientras que al mismo tiempo y dentro de un mismo sistema jurídico con una raíz constitucional personalista, le negase el legítimo derecho de una persona mayor de edad y plenamente capaz al momento de exteriorizar su voluntad de

#### 8.4. CSJN, 1/6/2012, “Albarracini, Nieves, Jorge W.”<sup>64</sup>

Las circunstancias de hecho de este caso se asemejan a las de “Bahamondez”. Pablo Albarracini ingresó al hospital con varias heridas de bala, producidas durante un intento de robo. El paciente profesaba la religión Testigo de Jehová; por tal motivo, las transfusiones de sangre, que resultaban, desde el punto de vista médico, indispensables para salvarle la vida iban contra sus creencias.

Las diferencias de hecho con “Bahamondez” son: en primer lugar, la actualidad de la pretensión, es decir, el paciente se encontraba internado y en grave estado de salud al momento de la decisión de la Corte; por otra parte –aun más significativa para este trabajo–, el paciente llegó al nosocomio en estado de inconsciencia, sin la posibilidad de expresar su voluntad respecto de los tratamientos médicos a serle brindados. Ante esta circunstancia, su pareja exhibió un documento en el cual el paciente, años atrás y con su firma certificada ante escribano público, rechazaba todo tipo de transfusiones de sangre. En contra de esta decisión, el padre de Albarracini solicitó ante la justicia la intervención médica, a través de una medida precautoria. El caso llegó a la Corte tras la aceptación de la medida en primera instancia y la negativa de la Cámara de Apelaciones en lo Civil en segunda instancia.

En un fallo conciso y sin fisuras, la Corte resolvió a favor de la declaración de voluntad del paciente. Para ello, estableció una referencia sistemática a los fundamentos del caso “Bahamondez”, con el artículo 19 de la Constitución Nacional, y como argumento principal tomó en consideración la [Ley 26.529](#), vigente al momento del pronunciamiento. Fue el primer fallo en referirse a las directivas anticipadas en la citada ley.<sup>65</sup>

## 9. Conclusiones

Como se ha advertido a lo largo de estas páginas, aún queda un largo camino por recorrer y muchos ajustes por hacer. Sin embargo, desde una visión positiva y espe-

---

designar un mandatario para la toma de decisiones referentes a la salud del mandante, en el hipotético caso de llegar éste a una situación de incapacidad de hecho”.

64. *AbeledoPerrot* n° AP/JUR/769/2012.

65. “13) Que ante un caso de la gravedad del presente corresponde recordar que una de las premisas fundamentales de la libertad individual en la Constitución Nacional se encuentra en el art. 19...”. “16) [...] es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo a sus propios valores o puntos de vista, aún cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada. Esta idea ha sido receptada por el legislador en la Ley 26.529...”. “19) [...] mientras una persona no ofenda el orden, a la moral pública o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo (*Fallos* 328: 2966, disidencia de la doctora Highton de Nolasco)”.



ranzadora, entendemos que no es poco lo logrado y que somos nosotros –los notarios, desde nuestras escribanías, y el notariado, como cuerpo, desde los colegios y sus institutos, congresos y jornadas– los que tenemos la misión de difundir esta figura y de brindarles a las personas una herramienta eficaz para ejercer sus derechos básicos.

Celebramos los logros alcanzados y la existencia de la Ley Nacional de Salud, pero entendemos que resulta necesario cooperar para lograr su perfeccionamiento (incluir las directivas anticipadas en cuestiones ajenas a la salud, la escritura pública como forma, el reconocimiento de la registración y la publicidad a nivel nacional, etc.), pues la ley debe ser una herramienta para facilitar el ejercicio pleno de los derechos de las personas y no lo contrario. A tal fin, debemos unirnos y trabajar en conjunto con médicos, abogados, jueces y legisladores.

Resaltamos la importancia del principio de inmediatez y del asesoramiento del escribano en esta materia. Debemos estar preparados para escuchar e interpretar los deseos de las personas que recurren a nosotros para buscar soluciones cuando deben tomar decisiones trascendentales en sus vidas. Especialmente, cuando nos requieren un testamento o una donación para *evitar* una sucesión, debemos informarles acerca de los actos de autoprotección, para difundir la figura y ofrecerla como un complemento. Debemos recordar siempre que el escribano brinda un servicio público.

