

# El derecho de autoprotección y la eutanasia

## El mensaje del papa Francisco de fecha 17 de noviembre de 2017

Nelly A. Taiana de Brandi

### RESUMEN

El “acto de autoprotección” es aquel en el que cualquier persona con discernimiento dispone válida y eficazmente en cuestiones personales, incluso de salud, y/o patrimoniales, para el supuesto de que en un futuro eventual, joven o mayor, le sobrevenga una discapacidad o un estado de capacidad restringida (en el plano jurídico) o una incompetencia (en el plano bioética) que lo prive total o parcialmente del discernimiento o le impida comunicar su voluntad, sea la carencia definitiva o temporaria. El ejercicio de los derechos personalísimos exige la existencia de la persona titular de ellos. Mi rechazo a la eutanasia se fundamenta no en argumentos religiosos sino en la imposibilidad de “utilizar” un derecho para destruir el soporte mismo de este, o sea, la persona humana.

### PALABRAS CLAVE

Autoprotección, derechos personalísimos, eutanasia, ortotanasia, distanasia, asesoramiento notarial.

### Fechas de recepción y aceptación

25/1/2018 - 8/2/2018

**Sumario:** 1. Emplazamiento de la materia. Su alcance. 2. Concepto y contenido del acto de autoprotección. 3. Distinción entre el acto de autoprotección y la eutanasia. 4. Mensaje del papa Francisco. 5. Propósito de este comentario. 6. El opus notarial. 7. Otras dificultades en el otorgamiento de estos actos. 8. Bibliografía.

*Siempre necesité sentirme segura en el caminar por la vida y para ello debí actuar conforme mis certezas, la verdad que, en su aspecto subjetivo, crea en cada uno la convicción, motor de nuestro accionar.*

## 1. Emplazamiento de la materia. Su alcance

En la segunda centuria de nuestra era, el emperador Marco Aurelio, apodado “el Sabio” o “el Filósofo”, ya nos planteaba la duda respecto de si “nuestra inteligencia nos acompañará

hasta el final”, convencido de que ella “tiene aun una vida más corta” que la existencia física.<sup>1</sup> Desde 1994, a instancias del maestro escribano Eduardo Pondé, con el colega Luis Rogelio Llorens nos abocamos a encontrar el *molde jurídico* suficiente, el “traje a medida” en el que volcar disposiciones y estipulaciones vinculantes para los terceros –familiares, jueces, Ministerio Público, médicos–, tendientes a prever el “cómo vivir” ante la futura, eventual discapacidad o falta de discernimiento, o incompetencia para los bioéticos, que nos impida, jóvenes o mayores, disponer válidamente sobre la propia persona y/o patrimonio, en forma temporaria o definitiva, evitando de ese modo un tránsito angustioso al disponente y a su entorno.

Es el “acto unilateral de voluntad” creador de derechos en cabeza del disponente del que habla el jurista Eduardo Zannoni (en el prólogo a nuestro libro *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*,<sup>2</sup> que vio la luz en 1996), al que las VIII Jornadas Notariales Iberoamericanas (Veracruz, 1998) bautizaron como “actos de autoprotección”, en respuesta a una ponencia de la delegación española, encabezada por el notario Juan José Rivas Martínez, la que con tanto entusiasmo acompañó nuestra iniciativa. Dijo en esa oportunidad, “los notarios debemos dar respuesta a las inquietudes que vive la sociedad. Rehusarnos es un gesto de cobardía que la historia no nos perdonará”.

El profesor Ricardo Rabinovich Berkman, doctor en derecho y pionero en el desarrollo de la bioética, designó a estos actos declaraciones previas, por cuanto entendió redundante y vacío su encuadramiento como derecho de autoprotección, “en razón que gran parte de las soluciones jurídicas tienden a la autoprotección”.<sup>3</sup> Los países anglosajones, que han legislado de modo dispar, los individualizan como *living will* y *trust* según su contenido de cuestiones de salud o de índole patrimonial. Parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, además del Código Civil y Comercial (en adelante, “CCCN”), los designa directivas anticipadas.

Frente al avance tecnológico que ya entonces intentaban esgrimir los grupos económicos y financieros para desmerecer el desempeño del notariado en la conformación e instrumentación de las relaciones intersubjetivas de contenido económico, logramos demostrar la necesidad de la intervención profesional personal y directa de los operadores del derecho y aun la conveniencia de la actuación notarial preventiva y creativa en aras del andamio de los actos autorreferenciales, los que hacen al ejercicio de los derechos personalísimos de los que toda persona humana es titular por el solo hecho de serlo, inscriptos en su ser, anteriores a todo ordenamiento jurídico. En un caminar lento pero progresivo, en el que cada paso nos llevaba hacia una meta convocante señalada por nuevos paradigmas, tomamos conciencia en un primer estadio de la mezquindad y estrechez del derecho positivo para acompañar el avance que vivía el conocimiento, en especial la ciencia médica, la farmacología, la ingeniería, las políticas sanitarias, las nuevas prácticas destinadas a mejorar las condiciones físicas, enfrentado a la necesidad

1. Vázquez Ortiz, Alejandro, “Metafísica y política en Marco Aurelio. Una reintroducción a la lectura de las meditaciones” [online], en *Cuaderno de Materiales*, N° 23, 2005-2011.

2. LLORENS, Luis R. y TAIANA DE BRANDI, Nelly A., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1997.

3. RABINOVICH BERKMAN, Ricardo, “Un importante aporte al reconocimiento de la autonomía de la voluntad a través de las directivas anticipadas”, 2010; fuente: <http://www.aabioetica.org/>.

de dar respuesta a una nueva realidad: la prolongación de la vida humana y la posibilidad de lograrla en forma artificial, independientemente de la calidad.

Conscientes de que la ley no cambia la realidad, nos abocamos, con el auxilio de otras disciplinas de reciente desarrollo (verbigracia, la bioética), a bucear soluciones tendientes a mejorarla en beneficio del hombre, sujeto fin, último y único destinatario de los verdaderos **derechos humanos**, entendiéndolos libres de todo enfoque parcial o sesgadamente interesado. Entendiendo la vigencia del derecho esencial de cada ser humano a programar su vida, nos impusimos el deber de superar la mera descripción de los hechos para colaborar en un hacer responsable, interdisciplinario, creativo, con tantos otros estudiosos y profesionales, con quienes tuvimos el privilegio de compartir iguales inquietudes y que nos facilitaron el camino con su generosa solvencia.

Ya en el año 2001, trabajando con los profesionales de la salud, pudimos comprobar cuán ligadas están la actividad notarial y la médica. En ejercicio de un verdadero ministerio, superador de lo meramente profesional, coincidimos en poner la ciencia, la común aptitud al servicio de una mejor vida de la gente. De ahí la importancia de la entrevista personal, la consulta y la audiencia notarial, y el valor superador de acompañar, escuchar, reconfortar, cuidar, y contener al requirente/paciente y su entorno.

Pudimos, a su vez, enriquecer nuestras experiencias merced a lecturas específicas, correspondencia mantenida vía postal en ese entonces, fallos señeros y encuentros con académicos de la medicina y el derecho, argentinos y extranjeros. Así, contamos con el esclarecido juicio del filósofo, jurista y juez Pedro Federico Hooft, siempre preocupado por el futuro del hombre, quien escribía en 1999:

Frente a las modernas tecno-ciencias, que encuentran su máxima expresión en el “imperativo tecnológico”, quiero apelar a una filosofía de la esperanza [...] crítica sustentada en un sentido de responsabilidad solidaria.<sup>4</sup>

Para ello, nuestro autor se detiene en la actual relación entre bioética y derecho, “fruto de la tensión permanente entre tecnificación y humanización”, en la que prioriza “las doctrinas orientadas hacia el bienestar de la persona”,<sup>5</sup> en las que “la salud será reconocida (en el sentido del derecho a la atención sanitaria) como un derecho humano fundamental”.<sup>6</sup> Este es el enfoque que informan sus fallos, que han logrado dar vigencia cotidiana y concreta protección a los derechos humanos fundamentales desde 1991 y, puntualmente, al derecho de autoprotección, en sentencia del 25 de julio de 2005.

Cuánto significaron para el desarrollo y esclarecimiento de la temática y, precisamente, para la valoración de la intervención notarial los encuentros convocados por el Instituto de Bioética y Bioderecho de la Universidad del Museo Social Argentino, bajo la dirección del doctor en derecho Ricardo Rabinovich Berkman, puntal en la investigación de todos los temas referidos al respeto de la vida, la dignidad y la libertad. Junto a él tuvimos el honor de asesorar a legisladores en la preparación y tratamiento de un proyecto de ley regulatoria del trasplante y donación de órganos, así como de dialogar con juris-

4. HOOFT, Pedro F., “Derechos humanos. Un puente entre la bioética y el derecho”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento “Actualidad”, N° 67, 8/4/1999.

5. Ídem.

6. Juzg. Crim. Correc. de Transición N° 1, Mar del Plata, 25/7/2005, “M.”.

tas y médicos de gran prestigio dedicados al estudio de la materia: Eduardo Sambrizzi, Eduardo Luis Tinant, José María Tau, José Alberto Mainetti, entre otros.

## 2. Concepto y contenido del acto de autoprotección

Me parece oportuno detenernos en el concepto analítico del acto de autoprotección. En su correcta extensión, más allá de limitaciones doctrinarias y normativas, es el acto por el cual una persona con discernimiento dispone, válida y eficazmente, en cuestiones personales y/o patrimoniales, para el supuesto futuro y eventual que, joven o mayor, le sobrevenga una discapacidad (en el plano jurídico) o una incompetencia (en el plano bioético) que lo prive total o parcialmente del discernimiento o le impida comunicar su voluntad, sea la carencia definitiva o temporaria.

Como lo demostramos en nuestros trabajos desde entonces, estos actos, estas manifestaciones de voluntad pueden alcanzar a todas las cuestiones que resulten de interés para el disponente, de carácter personal y/o patrimonial, tendientes a permitir el desarrollo y consecución de su proyecto de vida y a asegurar su discurrir con calidad mientras subsista su calidad de persona, o sea, hasta su muerte (art 103 CCIV, art. 93 CCCN), más allá de los deterioros o debilitamientos que pueda sufrir su discernimiento o su aptitud física, entendiendo que la posible decrepitud, la agonía y la muerte son etapas en el proceso vital. Entre los intereses resultan primordiales pero no excluyentes las disposiciones referidas a la salud.

Una conceptualización teleológica del instituto no permite esgrimir razón valedera para acotar los alcances en cuanto a la materia propia del acto de autoprotección.

## 3. Distinción entre el acto de autoprotección y la eutanasia

Siempre preocupados por el correcto empleo del lenguaje, convencidos de que la forma es, a la postre, contenido, coincidimos desde el inicio<sup>7</sup> en la preocupación por distinguir la problemática que nos ocupaba de otras materias que pueden presentarse cercanas pero que son distintas desde una perspectiva ética –más allá de posturas religiosas–. Asumimos con responsabilidad la necesidad de distinguir la ortotanasia como muerte natural, a su debido tiempo, de la distanasia, que en la práctica se traduce en el encarnizamiento terapéutico o mantenimiento irrazonable de la vida del que hablaré más adelante, y de la eutanasia.

En el acto de autoprotección, la persona antepone el *valor vida* como fundamental y dispone cómo vivir, conforme a su libertad y dignidad, su identidad única, en ejercicio de las calidades que la distinguen de los restantes seres vivos, consciente de su finitud física y de la condición humana. En la eutanasia, la persona, en actitud arrogante, se autoproclama dueña de su vida y, por ende, habilitada para disponer de ella, incluso destruirla. Así, en nuestra investigación acudimos, según nuestras respectivas experiencias de vida y convicciones vitales, a fundamentaciones filosóficas y bioéticas, que incluye-

7. Ver LLORENS, Luis R. y TAIANA DE BRANDI, Nelly A., ob. cit. (cfr. nota 2).

ron, en el caso del coautor, creencias religiosas y la correcta “aggiornada” relectura del juramento hipocrático, que en todo momento indica al médico su deber de actuar para el bien del enfermo. Puntualmente nos apoyamos expresamente en:

- a) La [Declaración sobre la Eutanasia](#) emitida en 1980 por la Congregación para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica en Roma, con la aprobación de Juan Pablo II, que se pronuncia por la licitud de “tomar la decisión de renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir [...] las curas normales”.
- b) La [Encíclica “Evangelium Vitae”](#), publicada por Juan Pablo II en 1995, en cuanto distingue entre los dos institutos –eutanasia y muerte digna–, para lo que recurre al criterio de proporcionalidad y rescata el carácter inviolable de la vida humana. En esta meditación sobre la vida, se reconoce la dificultad del ser humano para percibir la distancia entre el bien y el mal en lo referente al valor mismo de la vida humana.
- c) La declaración del Consejo Permanente de la Conferencia Episcopal de Francia de 1994, que se pronuncia sobre la necesidad de evitar la priorización de los actos médicos de alta tecnicidad sobre la suerte reservada a los enfermos incurables y las personas que han llegado a la vejez. “Este espléndido desarrollo (de la medicina) no se produce, evidentemente, sin comportar sombras”.

Creo que, en ese entonces, la distinción abismal entre los dos institutos se me impuso como una certeza fruto de la intuición, anterior a toda conclusión resultante de un estudio deductivo que realicé muy posteriormente. Siempre tuve para mí que no hay estudio científico sistemático, verificable, objetivo, sin una aproximación intuitiva previa.

Para la tradición judeocristiana, la vida es santa. Dios la confiere y solo él la quita; la muerte es el paso necesario para lograr la felicidad eterna. El judeocristiano no concibe la vida sin la existencia de Dios. A partir de esa creencia, el creyente rechaza la eutanasia.

El regreso a la lectura de la filosofía y la ética, la relectura de Kant, me demostró que es imposible hablar del ejercicio de un derecho si ello importa, a la vez, la destrucción del sujeto soporte de aquel. Es como pretender enunciar una oración sin sujeto. Esta requiere del sujeto para ser tal, sea expreso o tácito. El ejercicio de los derechos personalísimos exige la existencia de la persona titular de ellos. Sin vida, no hay derechos posibles. La persona, que supone libertad y dignidad, es el antecedente necesario e implícito para la existencia de los derechos.

Afirmaba Kant que

... el hombre no es libre para decidir sobre su propia vida porque no puede utilizar un principio como fundamento de la destrucción del mismo. Así, por ejemplo, un hombre no puede utilizar su libertad decisoria para abdicar de ella y convertirse voluntariamente en esclavo, pues, al hacerlo, dejaría de ser libre y, por consiguiente, no podría hacer uso del fundamento capital por el que disponía de su persona. Del mismo modo, la autonomía personal no justifica que renunciemos voluntariamente a la vida, pues dicha elección implicaría la destrucción de nuestra autonomía.<sup>8</sup>

8. DE PRADA, Juan M., “No se puede utilizar un principio como fundamento para la destrucción del mismo”, en *El Semanal*, 31/10/2004 (fuente: <https://es.catholic.net/op/articulos/17425/cat/608/no-se-puede-utilizar-un-principio-como-fundamento-para-la-destruccion-del-mismo.html>).

Para quienes abrevamos en la filosofía que venimos exponiendo, la indisponibilidad de la vida es consecuencia directa de la imposibilidad de utilizar un principio como fundamento de la destrucción del mismo, porque cuando la libertad suprime la vida, es una libertad que se suprime a sí misma.<sup>9</sup> Quien resuelve quitarse la vida no está renunciando al derecho a la vida, sino a la vida misma y, con ello, a la libertad que ya no puede ser ejercida por quien tomó esa resolución y la ejecutó.

Entre el “no sé” propio de mi postura deísta frente a los misterios de la vida y la imposibilidad personal de acudir a un argumento religioso, no hallé por mucho tiempo el discurso sencillo que explicara mi rechazo de la eutanasia. Una vez alcanzada la respuesta a la medida de mi finito entendimiento, encontré en la filósofa Diana Cohen Agrest el desarrollo docente de la explicación que mejor traduce mi convicción:

La eutanasia voluntaria elimina el soporte personal de quien ejerce la libertad [...] La libertad de autodeterminarnos, decidiendo todo aquello que concierne a nuestra propia vida, no puede extenderse hasta llegar a remover la condición primera del ejercicio de la libertad: la vida misma en su calidad de soporte corporal de dicho ejercicio. Si se admite la eutanasia voluntaria amparándonos en la libertad de elección, suprimimos en el mismo acto a la persona misma, sujeto de dicha elección.<sup>10</sup>

Estamos en condiciones de conceptualizar el derecho de autoprotección como aquel en el que cualquier persona, con discernimiento, dispone, válida y eficazmente, en cuestiones personales, incluso de salud, y/o patrimoniales, para el supuesto de que en un futuro eventual, joven o mayor, le sobrevenga una discapacidad o un estado de capacidad restringida (en el plano jurídico) o una incompetencia (en el plano bioética) que lo prive total o parcialmente del discernimiento, o le impida comunicar su voluntad, sea la carencia definitiva o temporaria.

#### 4. Mensaje del papa Francisco

El papa Francisco dirigió un [mensaje](#) al presidente de la Pontificia Academia para la Vida con motivo del Encuentro Regional Europeo de la World Medical Association (Vaticano, 16-17 de noviembre de 2017), que tiene a su cargo analizar el sentido de la vida y, puntualmente, los problemas que plantea el acceso igualitario a la salud y la distribución equitativa de los recursos sanitarios.<sup>11</sup> Para tal mensaje, el papa se ha apoyado en los escritos de Pío XII y en las previsiones del [Catecismo](#). En sus textos, Pío XII aseveraba que no es obligatorio emplear todos los medios terapéuticos disponibles y que, en casos determinados, es lícito abstenerse de usarlos cuando su empleo no corresponde a un criterio ético y humanitario.<sup>12</sup>

9. Ídem.

10. COHEN AGREST, Diana, *¿Qué piensan los que no piensan como yo?*, Buenos Aires, Debate, 2008, p. 160.

11. [Mensaje del santo padre](#) al presidente de la Academia Pontificia para la Vida con motivo del Encuentro Regional Europeo de la “World Medical Association” (Vaticano, 16-17 de noviembre de 2017).

12. Ídem (se cita a Pío XII, en *Acta Apostolicae Sedis*, Vaticano, N° XLIX, 25/1/1957, “Allocuciones”, §V, pp. 1027-1033. [N. del E.: ver cita completa de Pío XII [aquí](#)]).

Según las enseñanzas del Catecismo, no es lícito acortar la vida pero sí aceptar que no se puede impedir la muerte y asumir responsablemente los límites que impone la condición humana mortal en el momento en que se torna incontrastable impedir la sin acudir a medidas extraordinarias; las decisiones deben ser adoptadas por el paciente competente y con capacidad; los cuidados ordinarios no pueden ser legítimamente interrumpidos; los cuidados paliativos constituyen una forma privilegiada de la caridad.

En cuanto al contenido del mensaje, nos parece muy importante destacar que ratifica la ilicitud de la eutanasia como interrupción deliberada de la vida tendiente a procurar la muerte. Afirma que es “moralmente lícito” renunciar a extender la vida cuando la persona, asumiendo responsablemente el límite de la condición humana mortal, “acepta no poder impedir” la muerte y renuncia a la aplicación de medios terapéuticos o decide suspenderlos cuando resultan extraordinarios. A su vez, ratifica la preocupación de la Iglesia por “el bien integral de la persona”, objetivo que justifica el rechazo del “enseñamiento terapéutico” que acompaña la gran evolución actual de la medicina. Distingue entre “promover la salud” y beneficiar “el bien integral de la persona” y la justificación médica hacia “intervenciones sobre el cuerpo humano (que) son cada vez más eficaces pero no siempre son resolutivas”. Al respecto, hace marcado hincapié en el concepto de “proporcionalidad”, que debe primar en la prestación del acto médico. Se opone a la enunciación de una “regla general” tendiente a normar “una cuestión tan sensible” y se pronuncia por una solución particular y personalizada ante cada caso concreto. Rescata el rol principal del paciente y el respeto hacia sus decisiones tomadas con competencia y capacidad. Sin referirse a él en forma expresa, reconoce el “consentimiento informado”, valora la importancia de los cuidados paliativos desde una nueva perspectiva, no paternalista, de la relación médico-paciente, en la que el primero debe intervenir para combatir el sufrimiento, el dolor y la soledad del enfermo. Reivindica la misión asistencial del médico que debe estar dirigida a “cuidar siempre de la persona viviente, sin acortar su vida, pero sin enseñarse inútilmente contra su muerte”. Critica la desigualdad terapéutica “presente en los países más ricos donde el acceso a las curas corre el riesgo de depender más de la disponibilidad económica de las personas que de las efectivas exigencias de la curación”. No alude al “testamento biológico”, nuestro “acto de autoprotección” que reclama la comunidad jurídica italiana.

## 5. Propósito de este comentario

Vuelvo sobre la materia que me es tan querida, con el deseo de invitar a los colegas a repensar la responsabilidad que nos cabe en la atención y estudio de esta incumbencia cuyo oportuno desarrollo logró, en su momento, la regulación normativa del instituto en las legislaciones italiana y española, países para los que nuestras consideraciones resultaron pioneras y convocantes. Soy consciente de los problemas y aun los dilemas de orden práctico y moral que provocan la configuración instrumental de estos actos y el andamiaje del actual ordenamiento normativo; principalmente: la Ley 26061 de Protección de las Niñas, Niños y Adolescentes (2005) y su [decreto reglamentario](#); la Ley 26657 de Salud Mental (2010) y su [decreto reglamentario](#); la Ley 26529 de Derechos del Paciente



(2009), su modificatoria, la Ley 26742 de Muerte Digna, y sus decretos reglamentarios; y los artículos 59 y 60 del CCCN.

La Ley de Derechos del Paciente reconoce el derecho a rechazar terapias y procedimientos médicos, sin o con manifestación de causa, y a revocar sus decisiones y, en el supuesto de enfermedades irreversibles o crónicas, admite su derecho a rechazar tratamientos quirúrgicos desproporcionados y la reanimación artificial y a exigir el retiro de soportes vitales. A su vez, siempre que no se interrumpan los cuidados paliativos, el paciente puede rechazar la hidratación y la alimentación.

Si bien el artículo 60 del CCCN dispone que “las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas se tienen por no escritas”, nos preguntamos hasta qué punto estas pretensiones no importan la solicitud de prácticas eutanasicas. Estimamos que en este estadio asiste al colega el derecho a negarse a prestar su ministerio, invocando el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia que le reconoce nuestro derecho positivo en la Constitución Nacional, en el preámbulo y en los artículos 14, 19, 33 y 75 inciso 22, que al consagrar lo que denominamos el bloque constitucional, nos remite al artículo 3 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, Colombia, 1948), al artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, Francia, 1948) y a los incisos 1 y 3 del artículo 12 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 1969; aprobada en la Argentina por la Ley 23054). Se salva así el conflicto entre el cumplimiento de un precepto legal y valores que el escribano tiene derecho a defender, y hasta anteponer, como persona fundada en creencias religiosas y/o ponderaciones ético-axiológicas.

En lo personal, cuando he debido autorizar un acto con tales previsiones no he tenido dudas en tomarlas, ya que su andamio dependerá oportunamente de la decisión del juez, quien deberá contrastarlas con la ley vigente, la opinión del médico y la del comité de bioética que se desempeñe en el respectivo nosocomio. Recuerdo que, en una ocasión, una médica previó la administración a su persona de expresas medidas eutanasicas si en su oportunidad ellas resultasen legales.

En todos los requerimientos, como notarios autorizantes, debemos asegurarnos y comprobar que se está dando cumplimiento al citado artículo 59 del CCCN y que el otorgante cuenta con la información profesional y no profesional adecuada, amplia, oportuna, prudente, suficientemente inteligible para su entendimiento, de tal manera que se encuentre en condiciones de consentir o rechazar ese acto médico y prestar el consentimiento que exige la ley y la medicina.

Otro problema que podrá tener que resolver el colega puede estar dado por el requerimiento que le haga un menor de edad –sea de dieciocho o de dieciséis años, según la medida de que se trate–. En ese caso, titubeará frente a la disposición terminante del artículo 60 CCCN, que exige la capacidad plena del disponente para el otorgamiento de las directivas anticipadas de salud. Sin embargo, estimo que, como en definitiva se trata de una manifestación de voluntad, esencialmente revocable, hemos de tomarla, siempre que el requirente tenga, a nuestro juicio, discernimiento, dé muestras de madurez suficiente, es decir –citando a Cifuentes–, “la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias”.<sup>13</sup>

13. Citado por LLORENS, Luis R., “La falta o disminución del discernimiento, ¿constituye una incapacidad?”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 14/9/2007, t. 2007, cita online AR/DOC/2720/2007 (fuente: BRANDI TAIANA, Maritel M.,



Tengamos presente que, en el CCCN la edad, como hecho biológico, es solo una pauta. En el otorgamiento de un acto notarial, el escribano no se pronuncia sobre el estado general de capacidad específica para el acto a otorgar. Por eso lamentamos que la reforma al Código velezano no haya avanzado ni se haya animado a reemplazar el instituto de la capacidad por el del discernimiento.

## 6. El opus notarial

Insistimos, como lo hemos hecho a lo largo del ejercicio profesional personal, en la importancia fundamental de la redacción escrituraria, que, en la materia que nos ocupa, es de gran relevancia. En estas escrituras es aconsejable que el disponente se exprese en forma directa y que el notario recoja en su texto las expresiones del otorgante en primera persona. A su vez, ha de merecer especial atención la misión del notario de invitar, y aun incentivar, al disponente para que exprese las motivaciones del otorgamiento, sus vivencias, los valores y directrices que han guiado su historia de vida y sus convicciones, bagaje que, en su momento, servirán de orientación al juez que deba intervenir.

Por otra parte, entre las disposiciones, es importante consignar la o las personas que el otorgante rechaza para desenvolverse en el cuidado de su persona y/o de sus bienes y, en lo posible, enumerar los motivos de su rechazo, así como su expreso pedido al juez, en caso de que deba intervenir, para que omita su designación.

## 7. Otras dificultades en el otorgamiento de estos actos

Coincidimos con Brandi Taiana en las dificultades y angustias que ha de atravesar el requirente cuando decide otorgar estos actos, no solo por la dificultad de prever situaciones médicas de hecho y anímicas futuras inimaginables, sino por la incertidumbre con respecto a progresos científicos seguros pero imprevisibles. De ahí que hago más sus palabras cuando aconseja el poder preventivo como el instituto más aconsejable para vehicular el acto de autoprotección:

La designación de ese apoderado en sí misma es una decisión propia del otorgante de las directivas que le permite que su voluntad sea cumplida en el momento oportuno por una persona que conoce sus principios, creencias y deseos y deberá hacerlos cumplir. Este es propiamente el ejercicio del derecho de autoprotección. **Poder y no contrato de mandato** porque se trata de dos institutos profundamente diferentes. El poder, como vehículo, tiene causa, en este caso puntual, en el derecho de autoprotección que no constituye un negocio jurídico patrimonial y que, por lo tanto, se rige por sus propias reglas, diferentes del contrato de mandato. El poder, a diferencia del contrato de mandato, no se extingue de acuerdo al Código Civil y Comercial por la incapacidad sobrevenida. De hecho, el nuevo Código, evidentemente, ha querido darle una regulación independiente al poder y al contrato de mandato [...] La capacidad que se exige para el otorgamiento de los po-

---

“Los eslabones perdidos de la capacidad” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 920, 2016).

deres preventivos es la de la persona al momento de disponer sus directivas anticipadas y designar apoderado...<sup>14</sup>

Siempre ha de resultar más consolador equivocarnos por una mala elección propia que atenernos al maltrato o trato indiferente de la persona designada por la ley o por un juez ajeno a nuestra historia de vida.

A modo de justificación de estas líneas y de las razonables dudas de los colegas que comprendo y valoro, anoto las del poeta alemán Johann Wolfgang von Goethe, quien ya en el siglo XVIII supo decir: “Pensar es fácil. Actuar es difícil. Actuar siguiendo el pensamiento propio es lo más difícil del mundo”.

En lo personal, aspiro a morir a mi debido tiempo con una sonrisa en los labios, encaminada hacia el encuentro con los seres queridos que me han precedido, y continuar en este mundo mientras tenga deseos de dibujar proyectos y conjugar los verbos, no ya en futuro, sino en presente continuo.

## 8. Bibliografía

- BRANDI TAIANA, Maritel M., “Los eslabones perdidos de la capacidad” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 920, 2016.
- “Directivas anticipadas, poder preventivo y discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, [s.e.], 2016 (trabajo presentado en la XXXII Jornada Notarial Argentina [Buenos Aires, 2016]).
- COHEN AGREST, Diana, *¿Qué piensan los que no piensan como yo?*, Buenos Aires, Debate, 2008.
- DE PRADA, Juan M., “No se puede utilizar un principio como fundamento para la destrucción del mismo”, en *El Semanal*, 31/10/2004.
- FRANCISCO (papa), [mensaje del santo padre al presidente de la Academia Pontificia para la Vida con motivo del Encuentro Regional Europeo de la “World Medical Association”], Vaticano, 16/11/2017.
- HOOFT, Pedro F., “Derechos humanos. Un puente entre la bioética y el derecho”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento “Actualidad”, N° 67, 8/4/1999.
- LLORENS, Luis R. y TAIANA DE BRANDI, Nelly A., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- RABINOVICH BERKMAN, Ricardo, “Un importante aporte al reconocimiento de la autonomía de la voluntad a través de las directivas anticipadas”, 2010.
- VÁZQUEZ ORTIZ, Alejandro, “Metafísica y política en Marco Aurelio. Una reintroducción a la lectura de las *Meditaciones*” [online], en *Cuaderno de Materiales*, N° 23, 2005-2011.

14. BRANDI TAIANA, Maritel M., “Directivas anticipadas, poder preventivo y discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, [s.e.], 2016 (trabajo presentado en la XXXII Jornada Notarial Argentina [Buenos Aires, 2016]), pp. 13-14. [N. del E.: acceda al trabajo completo [aquí](#)].