



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera de Abogacía

“Las medidas de Autoprotección dentro de la incumbencia profesional del
Abogado y la necesidad de su control”
2013.

Tutor: Dr. Gerónimo Martínez.

Alumna: Florencia Lucia Trevisan.

Título al que aspira: Abogada

Fecha de presentación: Abril de 2013.

Dedicatorias y Agradecimientos:

A mis padres,

Amigas

Y a todos los que me acompañaron en este hermoso camino.

Al Dr. Gerónimo Martínez

Al Dr.- Marcelo Trucco

1. Resumen.

El tema que se plantea en la presente tesis “Las medidas de autoprotección dentro de la incumbencia profesional del abogado y la necesidad de su autocontrol” se encuentra dentro del Derecho Público.

Podemos decir que Derecho de Autoprotección, es el derecho que tiene toda persona capaz de disponer libremente respecto a su persona o bienes, previendo una eventual incapacidad futura que le impida en forma temporal o permanente expresar su voluntad.

Para justificar la relevancia del tema, podemos decir que el mismo fue elegido, en este caso por una historia de enfermedad en mi familia; esa historia, me llevó a querer avocarme al estudio de este tema.

Frente a los problemas actuales que surgen del Derecho de Autoprotección, se plantean una serie de interrogantes, los cuales dieron lugar a la redacción del problema de investigación, la determinación de los objetivos de logro como así también la hipótesis del trabajo y los puntos de tesis a demostrar y defender.

Dentro de la primera parte se trabaja con el estado de la cuestión, para conocer lo ya investigado sobre el tema. Posteriormente en el marco teórico se señalan los conceptos fundamentales que hacen al tema desarrollado. Haciendo especial mención en la necesidad de que el tema que me convoca sea de incumbencia profesional del abogado.

En el primer capítulo se tratan los fundamentos legales, en el segundo capítulo se desarrollan las características generales del derecho de autoprotección.

Ya en el capítulo tercero se plantea el contenido del Derecho Autoprotección para abordar en el capítulo cuarto a las conclusiones y propuestas.

Para realizar la estructura y redacción de los capítulos se recurre al análisis de fuentes bibliográficas y jurisprudenciales referentes al tema.

La metodología es de tipo cualitativa e incluye el relevamiento, análisis e interpretación de bibliografía específica como así también jurisprudencia referida al tema.

2. Estado de la Cuestión

1-Antecedentes:

A fines del año 1994, el entonces presidente de la hoy Academia Nacional del Notariado, Escribano Eduardo Bautista Pondé, propuso estudiar la inquietud que comenzaba a manifestarse en la comunidad tendiente a dar respuesta al requerimiento recibido por algunos colegas de parte de personas, quienes, en pleno uso de sus facultades intelectivas y volitivas, en ejercicio de sus más elementales derechos, deseaban disponer para la eventualidad de su propia incapacidad, respecto de su persona, su patrimonio o ambas cuestiones.

Desde mediados del siglo XX, asistimos a avances de la medicina, la farmacología y la ingeniería que, alineados en una lucha común contra el sufrimiento, la vejez y la muerte, han logrado la prolongación cuantitativa de la vida, no siempre acompañada de calidad.

Nos enfrentamos así a personas que, psíquica o físicamente impedidas, no pueden ejercer los derechos e intereses de los que son titulares. No obstante la previsión de esa situación es cada vez más asumida, y hoy cada uno de nosotros sufre con preocupación y angustia la posibilidad de la propia futura incapacidad,

deseando disponer o estipular, mientras es capaz, la forma en que "personalmente" ha de vivirla.

Si bien el contenido de tales manifestaciones debe ser resuelto por disciplinas meta- jurídicas, y en ello están la religión, la filosofía y la bioética, el mayor vacío ha estado dado por la falta de herramientas o moldes en los cuales volcar válidamente esa manifestación de la voluntad. El testamento, desde el derecho romano hasta nuestros días, tiene por objeto las provisiones para la muerte ; de allí que no resulte instrumento válido a nuestros fines. En el otro extremo, el mandato, en principio, se extingue por la incapacidad del mandante. No obstante en la actualidad contamos con el consentimiento informado dentro de la medicina, a través de la incorporación del mismo en el capítulo 3 de la Ley de Salud Pública N° 26.529. Dentro de este capítulo, el art. 11 hace especial hincapié en las directivas anticipadas como herramienta para consentir o rechazar determinados tratamientos médicos preventivos o paliativos y decisiones relativas a su salud.

2- Antecedentes Nacionales:

En el año 1994, se comprobó que los antecedentes nacionales en la materia eran muy escasos; se limitaban, generalmente, a imaginar la constitución de un fideicomiso en protección del propio estipulante, para proveer los medios económicos necesarios para atender sus eventuales necesidades.

Obviamente, este instrumento resultaba y resulta insuficiente para abarcar las disposiciones atinentes al cuidado de la propia persona y su salud. La solución anotada atiende a la provisión de medios y su administración, pero se desentiende de las necesidades y requerimientos personales

3- Antecedentes extranjeros:

Esta búsqueda resultó fructífera. A continuación se realiza una reseña de los antecedentes más importantes en los que impera el carácter vinculante de las declaraciones unilaterales de voluntad y el respeto a la autonomía de la voluntad.

3.1. Legislación Alemana:

Se trata de la “reforma del derecho de tutela y curatela para mayores de edad”, sancionada el 12 de septiembre de 1990, modificatoria del Código Civil, vigente a partir del día 1 de enero de 1992.

Esta legislación reconoce el “poder de previsión de asistencia para la vejez” (Altersvorsorgevollmacht) y regula la designación del propio curador o “disposición de asistencia”, procedimiento subsidiario que queda excluido en caso de existir el primero.

Si bien en esa normativa no es vinculante para el juez la persona designada por el hoy necesitado de asistencia, que no requiere formalidad, lo es el rechazo de la persona determinada, disposición a la que se encuentra comprometido el juez respecto a la autonomía de la voluntad del afectado.

Es importante señalar que, en la legislación que comentamos, la resolución de asistencia es independiente de la declaración judicial de incapacidad, la una no requiere de la otra y los efectos son muy diferentes. La primera puede originarse en razones psíquicas o físicas, éstas últimas cuando impiden la comunicación de la voluntad. La solicitud de asistencia en el último caso debe ser pedida por la propia persona "débil".

3.2. Legislación de la Provincia canadiense de Quebec:

Su Código Civil, vigente desde el 1 de enero de 1994, regula ampliamente, a diferencia de la ley alemana, el "mandato otorgado en previsión de la propia incapacidad". Ese mandato subsiste durante toda la sustanciación del proceso de incapacidad y, como en la legislación aludida, si es suficiente para atender al cuidado de la persona y de los bienes excluye la apertura de los otros regímenes de protección del mayor incapaz: curatela, tutela y consejero del mayor. En caso de cubrir un solo aspecto de la persona del incapaz, corresponderá la designación del curador; pero la actividad del que atiende a los bienes quedará subordinada a quien actúe por la persona.

Su redacción es muy importante; no deben quedar dudas que ha sido otorgado para ser ejercido en una época en que el mandante no podrá vigilar su ejecución. En cuanto a su contenido, si se otorga para la "plena administración", deberá entenderse que comprende también los actos de disposición. Regulado como contrato, la norma prevé la aceptación del mandatario, quien, a su vez, se compromete a solicitar la homologación del mandato producida la incapacidad.

3.3. Legislación catalana:

El aporte de la delegación española a la mencionada Jornada Iberoamericana, incluyó en su ponencia un importante estudio sobre la legislación catalana en la materia.

Señala su relator, el Notario Juan José Rivas Martínez, que "la primera disposición en esta materia de autoprotección es la Ley catalana del 29 de julio de 1996, que modifica los artículos 4 y 5 de la Ley de 30 de diciembre de 1991 y añade una disposición adicional, la tercera".

El Preámbulo de dicha ley explica que “las modificaciones introducidas por la presente Ley están inspiradas en el respecto a la autonomía de la voluntad y en la protección y respeto de la persona en todas aquellas circunstancias que impiden que ésta se gobierne por sí misma”.

El párrafo 1º del artículo 5 de la ley de 1996 dice: “cualquier persona, en previsión del caso de ser declarada incapaz, puede nombrar en escritura pública uno o más de un tutor, protutores y curadores y designar a sustitutos de todos ellos u ordenar que una persona o más de una sean excluidas de dichos cargos, así como nombrar cualquier otro organismo tutelar establecido por la presente ley. El nombramiento puede ser impulsado por las personas llamadas por ley a ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las circunstancias explicitadas o que presuntamente hayan sido tenidas en cuenta al efectuarse la designación que pueda perjudicar el interés tutelado. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior”.

Previendo la importancia capital de la adecuada publicidad de estas disposiciones, la ley que venimos comentando añadió la disposición “tercera” a la Ley 30/1991, la que literalmente dice:

“1. Se establece el registro de tutelas y auto tutelas, en el que se inscriben las delaciones de las que han sido otorgadas en uso de la facultad prevista en el artículo 5.”

2. A fin de poder inscribir las delaciones y a los efectos de designación de tutor, los notarios que autoricen escrituras en las que se procede a la designación o revocación de tutor, protutor o curador, establecida en el artículo 5, habrán de dirigir un oficio al Registro de tutelas y auto tutelas, indicando el nombre, apellidos, domicilio y documento de identidad del

otorgante y el lugar y fecha de la autorización y que en la misma se ha procedido a la citada designación o revocación, pero sin indicar la identidad de los designados. El juez competente ha de solicitar una certificación de las inscripciones que puedan constar en el Registro de tutelas y auto tutelas con carácter previo a la constitución del correspondiente oficio protector y ha de dar cuenta de la misma al Ministerio Fiscal y a las otras partes que hayan comparecido.

3. Reglamentariamente se establecerán las normas relativas a la organización, funcionamiento y publicidad del Registro de tutelas y auto tutelas”.

El Decreto 360/1996 consagra la reglamentación de la ley y establece la organización, funcionamiento y publicidad del Registro de tutelas y auto tutelas, el que queda adscripto a la Dirección General de Derecho y entidades jurídicas

4. Antecedentes internacionales de trascendencia en el derecho interno argentino:

Se considera de importancia capital abreviar sobre el tema en los tratados internacionales a los que nuestro país ha adherido y que tienen hoy jerarquía constitucional por el artículo 75 inc. 22 de la Carta Magna, a partir de su reforma sancionada en 1994:

- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 – Ley 23849 -:

Dicha normativa resulta aplicable a la cuestión que nos ocupa en razón de la remisión que efectúa nuestro codificador civil en materia de incapacidad de los mayores a la incapacidad de los menores (Artículo 475 del Código Civil) .

- Declaración Universal de los Derechos Humanos y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ambas de 1948.

Las disposiciones de estos tratados son derecho vigente argentino. De su simple lectura surge nuestro convencimiento indubitable de que el derecho a disponer para la propia eventual incapacidad, tanto en los aspectos personales como en los patrimoniales, tiene sólida raigambre constitucional.

Dentro de estos antecedentes cabe destacar que actualmente ya existe en nuestro país la ley de Salud Pública N° 26.529, también en la provincia de Río Negro tenemos la ley 4263, En la provincia de Neuquén, la ley N° 2611, en la provincia del Chaco, la ley 6212 y en la provincia de Buenos Aires, la ley N° 14.154

3. Marco Teórico

1- El principio de igualdad y no Discriminación

Es relevante observar la importancia que el principio de igualdad y no discriminación tiene, para el reconocimiento de la persona como fin en sí, que padece situaciones de vulnerabilidad jurídica. Como derecho fundamental, este principio es un instrumento de fortalecimiento de los individuos y grupos vulnerables, cuya capacidad de acción y participación se ven debilitadas sistemáticamente por los derroteros de la marginación¹.

El régimen jurídico de Actos de Autoprotección naciente en Argentina constituye, sin dudas, una excelente plataforma para la consolidación del principio de igualdad y no discriminación y, con él, del Estado Constitucional de Derecho.²

Pero es, además, un concepto jurídico indeterminado, un mandato de optimización. El principio de igualdad y no discriminación es también, por ello, un medio, un mecanismo de actuación eficaz, para la realización de un fin político: la

¹ Revista del Instituto de Derecho e Integración. Colegio de Escribanos de la provincia de Santa fe. 2º Circunscripción. Revista notarial N°1.

² *Ibidem*.

construcción de un Régimen jurídico Humanista, que aspire a funcionar con plenitud como “Estado Constitucional de Derecho”³.

El principio de igualdad y no discriminación nace y se formaliza, con el desarrollo de los derechos humanos, en el campo internacional. La Carta de Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, lo receptan como enclave de la dignidad y libertades fundamentales de la persona. Pero, su fuerza actual la adquiere, a través del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; tanto como del proceso de especificación de los derechos humanos, que se inicia en la década del 50. Este proceso, en particular, ha hecho posible la consagración de declaraciones, convenciones y tratados, destinados a la protección de grupos vulnerables, calificados por sus condiciones vitales de especial desprotección.⁴

Actualmente, la discriminación aparece vinculado a un nuevo fenómeno: el del rescate de la diversidad, la pluralidad y el multiculturalismo.⁵

La discriminación hoy es, tanto un fenómeno jurídico disvalioso, cuyos síntomas son la vulneración de la persona y la marginación social. Pero también, al mismo tiempo, se constituye en sentido positivo, tal como sucede cuando hacemos mención de la discriminación inversa, o de las políticas de acción afirmativa. Un ejemplo muy concreto de ello, es sin dudas, la creación del

³ V. GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción Filosófica al Derecho*, 6º ed., 5º reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987; CIURO CALDANI; Miguel Angel; *Panorama trialista de la Filosofía del Derecho en la Postmodernidad*, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Nº 20, 1997; *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, FIJ, 1994; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, Rosario, FIJ, 2000

⁴ Puede verse, entre otros: BOBBIO, Norberto; *El tiempo de los derecho*, trad. Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991; DE CASTRO CID, Benito; *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos*; León, Universidad -Secretariado de Publicaciones-, 1993, págs. 22 y ss.; PEREZ LUÑO, A. E.; *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*; 5º ed., Madrid, Tecnos, 1995, págs. 82 y ss.; ARA PINILLA, Ignacio; *Las transformaciones de los Derechos Humanos*; Madrid, Tecnos, 1990, págs. 46 y ss..

⁵ V. WALZER, Michael; *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

Registro de Actos de Autoprotección que funciona en el Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe.

Desde esta nueva perspectiva, la discriminación puede ser entendida jurídicamente también como toda distinción –autoritaria-, pero “reforzadora de la autonomía individual”, constitutiva de relaciones jurídicas igualitarias y justas. Como se advierte, en este caso lo paradójico consiste en que se recurre al poder, al igual que en la discriminación negativa. Pero, ello sucede con un fin muy distinto: lograr el fortalecimiento de la posición del más débil, del vínculo jurídico en cuestión. Desde este marco, entonces, no resulta extraño observar que la discriminación inversa requiera para su desarrollo de la intervención activa y sostenida del poder estatal.⁶

2. El derecho de Autoprotección

El régimen jurídico de Actos de Autoprotección muy nuevo en nuestro país establece el comienzo para la consolidación del principio de igualdad y no discriminación y, con él, del Estado Constitucional de Derecho.

Tiende a ofrecer vías eficaces de expresión de la voluntad sobre su vida y patrimonio, a todas las personas que se consideren en riesgo, o en situaciones de vulnerabilidad (igualdad formal ante y en la ley). Ha nacido, en suma, por el reconocimiento explícito y responsable de una nueva realidad, generada sobre todo, por la mayor expectativa de vida, la diversidad y el multiculturalismo (igualdad de oportunidades).

Así pues, en concordancia con una consideración integral de la igualdad, cabe esperar que, por su intermedio, toda persona o grupo vulnerable vea

⁶ Revista del Instituto de Derecho e Integración. Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe. 2º Circunscripción. Revista notarial N 1

satisfecho su derecho a ejercer sus derechos, en atención a sus particularidades vitales, como razón de diferenciación justa.

Si nos preguntamos ¿que es el Derecho de Autoprotección? Ya Marco Aurelio, en los comienzos de la era cristiana, vislumbraba la problemática. Sin embargo, es curioso que desde tiempos inmemoriales exista la forma ‘testamento’ para las disposiciones a ser cumplidas en caso de muerte y no la exista para los sujetos que quieren dejar asentadas sus previsiones para la eventual pérdida del propio discernimiento.⁷

Los requerimientos se pueden referir a innumerables cuestiones tales como: a) las vinculadas con la propia persona (salud, lugar de residencia, compañías, etc.) como a las patrimoniales (¿qué quiero que hagan con mis bienes? ¿quién ha de administrarlos y ser mi curador?); b) la eventualidad de un pérdida transitoria o definitiva de la salud mental; c) situaciones de mera falta de discernimiento sin declaración judicial o a situaciones previsibles frente a la apertura de un proceso de insania (declaración de incapacidad).

Se ha criticado la expresión ‘autoprotección’ por demasiado amplia: Puedo querer ‘autoprotegerme’ de muchos acontecimientos, tales como de un delito, de una pérdida, etc.

A pesar de ello, aún no se ha encontrado una expresión más precisa y ‘autoprotección’ se va imponiendo en la práctica.

La búsqueda de una denominación apropiada nace como rechazo a la expresión ‘testamento para la vida’ (traducción literal de ‘living will’, como se lo denomina en el derecho anglosajón), por tratarse de una cuestión de vida y no de muerte.

⁷ Revista del Instituto de Derecho e Integración. Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe. 2º Circunscripción. Revista notarial N 1. Pág. 51.

Por ello al derecho de autoprotección podemos definirlo claramente como un derecho: El de todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de su discernimiento. Allí nace una nueva rama del derecho cuyo basamento lo constituye el respeto a la libertad, la dignidad y la igualdad de todos los seres humanos, cualquiera sea su edad, sexo o condición. En tanto derecho subjetivo, se ejerce mediante un acto de autoprotección que es aquel en el cual el sujeto deja claramente plasmada su voluntad en el sentido señalado⁸.

3- El Derecho de Autoprotección en la Constitución Nacional. Libertad, igualdad y Dignidad.

Si bien el derecho de autoprotección no encuentra aún, plena consagración en nuestra legislación interna (aunque ya hay leyes provinciales que lo receptan e importantes avances en proyectos legislativos provinciales y nacionales), sin dudas es en los derechos fundamentales del ser humano que consagra nuestra Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, donde hallamos su fundamento incuestionable y su más válido sustento. La libertad, la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos son sus principios rectores, reconocidos por la comunidad internacional como derechos humanos e incorporados a nuestra Constitución Nacional con el rango de derechos fundamentales.

Estos derechos fundamentales, tantas veces vulnerados a lo largo de la historia, han sido reconocidos, sin embargo, desde hace tiempo como derechos naturales que corresponden a toda persona, por el sólo hecho de existir. El Derecho Natural es una corriente de pensamiento jurídico filosófico que, partiendo

⁸ Revista del Instituto de Derecho e Integración. Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe. 2º Circunscripción. Revista notarial N 1. Pág. 53.

de un Derecho anterior a cualquier norma jurídica positiva, busca la auténtica justicia y a él deben subordinarse las leyes del Estado. Este pensamiento ha sido compartido a lo largo del tiempo por filósofos y juristas con fundamentos diferentes y a veces contradictorios. Proclama que a toda persona le corresponden derechos universales, inalienables e inherentes a su condición de ser humano, por el solo hecho de su existencia, que deben ser reconocidos por el ordenamiento jurídico positivo. Así, la Declaración del Hombre y del Ciudadano aprobada en Francia en 1789, reconoce que todos los hombres nacen y mueren libres e iguales en derechos. A nivel internacional, alrededor de ciento cincuenta años después, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) reconoce que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y habla tanto de derechos naturales como de derechos humanos. Encontramos los mismos principios en las posteriores declaraciones e instrumentos internacionales sobre el tema, pero su contenido, como veremos, ha sufrido una importante evolución.⁹

El positivismo legalista del Código Civil Francés de 1.804 inspiró el proceso de codificación del siglo XIX. Se consagraba así un sistema jurídico cerrado, con el imperio absoluto del Código Civil, omnicompreensivo de todo el Derecho Privado, ordenado, completo y perfecto. El Juez, con escaso protagonismo, sólo debía aplicar la ley.

Los cambios surgidos en la sociedad, requirieron la sanción de nuevas leyes que proliferaron modificando, complementando y derogando en parte el Código.

Dentro del ámbito del Derecho Privado en nuestro país, miles de leyes deben interpretarse articuladas con el código velezano, lo cual genera confusiones

⁹ Revista del Instituto de Derecho e Integración. Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe. 2º Circunscripción. Revista notarial N 1.

y contradicciones, dificulta la labor del operador del derecho y obstaculiza el acceso a la justicia.

La Constitución de nuestro país reformada en el año 1994, incorpora en su texto los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos y sus principios. Procura asegurar un régimen jurídico humanista, por lo que se expande regulando tanto los derechos individuales como los sociales y colectivos, abarca materias que hacen a la vida cotidiana de las personas y a sus relaciones jurídicas, e incursiona en el Derecho Privado, ámbito reservado antes en forma privilegiada al Código Civil.

Para finalizar este marco teórico podemos decir que toda persona tiene el derecho de establecer cómo quiere vivir la eventualidad de una pérdida del discernimiento. Es un derecho vinculado a la dignidad esencial del ser humano; por lo que las viejas normas que aparentan impedirlos deben considerarse derogadas. Pueden otorgarse tanto mediante disposiciones unilaterales como mediante estipulaciones convencionales en tanto ellas no afecten a la moral, etc. (art. 953 C.C.).

Esas decisiones son de cumplimiento obligatorio para la comunidad (juez, médico, parientes, curador, institutos asistenciales, etc.) en los supuestos previstos.

4. Introducción

Dentro de las ramas del Derecho, nos encontramos con el Derecho Público. Y dentro de éste nos encontramos con varias subdivisiones, entre ellas el Derecho Constitucional, rama en la cual incluimos la temática a abordar ya que esta encuentra su fundamento en los derechos fundamentales del ser humano que

consagra nuestra constitución nacional y en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos.

El Derecho de Autoprotección, es el derecho que tiene toda persona capaz de disponer libremente respecto a su persona o bienes, previendo una eventual incapacidad futura que le impida en forma temporal o permanente expresar su voluntad.

Los actos de autoprotección son los instrumentos por medio de los cuáles las personas capaces expresan su voluntad, disponiendo de su persona y bienes, para la eventualidad de su propia incapacidad.

El instrumento mediante el cual se formaliza esta figura recibe en doctrina diversas denominaciones: “Directivas anticipadas”, “Testamento Vital”, “Disposiciones para la propia incapacidad”, “Actos de autoprotección”, etc.

El nacimiento de la voz “Derecho de autoprotección” tiene su origen en la VII Jornada Notarial Iberoamericana, celebradas en febrero de 1998, en Veracruz, México, cuyo tema III, trató acerca de las disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad.

Estas jornadas concluyeron estableciendo que debe reconocerse que el derecho de autoprotección procede del derecho a la libertad y a la dignidad; por lo tanto es un derecho fundamental, recomendándose a la Unión Internacional del Notariado latino la adopción de un Protocolo de Uniformidad para reconocer la validez y equivalencia de las formas de las disposiciones de autoprotección en todos los países miembros.

“Los poderes preventivos constituyen una figura jurídica interesante y muy eficaz, para la sociedad en general, pero especialmente para un sector que muchas

veces se encuentra marginado, y son precisamente, aquellas personas que se hallan en un estado de vulnerabilidad.

La principal importancia de estos poderes radica en que la persona en virtud de su libre voluntad y autodeterminación puede prever para su eventual incapacidad quien/es van a resolver sus asuntos patrimoniales y/o personales, depositando su plena confianza en quien/es consideren conveniente. Estos poderes constituyen un respeto máximo a la dignidad y libertad individual, valores tan importantes en una sociedad, que sirven de fundamento y base para lograr la equidad y justicia entre sus ciudadanos”

Para justificar la relevancia del tema, podemos decir que el mismo fue elegido, en este caso por una historia familiar; esa historia, me llevó a querer avocarme al estudio de este tema. Dos de mis abuelos sufrieron una enfermedad que los privó del uso de sus plenas facultades por plazos muy extensos, uno de ellos padeció alzheimer durante 17 años. Si bien esto nos unió como familia padecí las eternas discusiones a la hora de tomar decisiones acerca de todo lo referente a la vida de mi abuelo, a modo ejemplificativo: qué médicos, que tratamientos, se queda en su casa, se interna, lo cuida mi abuela sola o con dama de compañía, dicha mujer cama dentro, cama fuera, etc....

Si bien trataron todos en todo momento de decidir según lo que a mi abuelo le hubiese gustado, o tratando de no vulnerar sus creencias o sus preferencias, fue imposible que no se mezclen cuestiones subjetivas de cada miembro de la familia que se contraponían con ese deber de decidir conforme él hubiese querido, y entraba a jugar la culpa, el dolor, el enojo, etc.... y claro todo esto que repito es breve y sin ánimo de que suene a tragedia, porque gracias a Dios fuimos felices aun así y a pesar de todo, me hizo reflexionar que de haber tenido la posibilidad mi abuelo de realizar un acto de autoprotección todo hubiese sido

más justo, digo justo porque seguro que hicimos cosas que a mi abuelo no le hubiera gustado y a su vez hicimos otras que sí, pero que a nosotros nos costó muchísimo por disentir con las mismas...

Otro dato de fundamental relevancia es mi presente, mi realidad, la enfermedad de la que hablé es hereditaria por ende a través de este instituto siento que voy a simplificarles la vida a mi futura familia porque desde ya y por supuesto en un tiempo más adelante recurriré a el derecho de autoprotección para volcar mis decisiones allí y dejar solo a mi familia la tarea de acompañarme simplemente, si es que Dios así lo quiere.

Frente a los problemas actuales que surgen del tema a desarrollar se plantean una serie de interrogantes, los cuales dieron lugar a la redacción del problema de investigación.

¿Cuáles son las vías pertinentes para instrumentar medidas de autoprotección y cómo deberían controlarse las mismas a partir de la incumbencia profesional del abogado?

Frente a este problema de investigación propongo la siguiente hipótesis:

La necesidad de dictar una ley provincial para dar solución a los distintos problemas que se presentan y la necesidad de un orden de control sobre la capacidad y voluntad del otorgante.

Atendiendo a lo anteriormente mencionado es necesario valorar distintos puntos de tesis que se demostrarán y defenderán tales como: La importancia de los fundamentos legales en el derecho de autoprotección. El conocimiento de las características generales del derecho de autoprotección. La exploración de las

prácticas de autoprotección. El reconocimiento del tema en la legislación comparada.

Frente a la redacción del Problema a investigar se considera relevante el planteo de objetivos de logro, es así como se determina como Objetivo General: Conocer cuáles son las vías pertinentes para instrumentar medidas de autoprotección y cómo deberían controlarse las mismas a partir de la incumbencia profesional del abogado.

Y como objetivos específicos estimamos: Analizar las causas por las cuáles el derecho de autoprotección actualmente tenga que depender de la moral de cada individuo y no de una ley que lo ampare. Investigar el tratamiento del tema en la doctrina y en el Derecho Comparado. Desarrollar en base a la doctrina y jurisprudencia una propuesta de ley que de solución al problema planteado.

En primer término se trabaja con el Estado de la Cuestión, posteriormente señalamos dentro del Marco Teórico los conceptos fundamentales que serán profundizados en el desarrollo de los capítulos. Para abordar finalmente a la conclusión y propuestas.

Capítulo I

Fundamentos Legales del Derecho de Autoprotección

Sumario: 1. Introducción.-2. Nuestra Constitución.- 3. Los Derechos Civiles y Políticos. El Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.- 3.1 La Persona Humana.-3.2 La Dignidad Personal.-3.3 La Integridad del Hombre.-3.4 El Derecho a la Vida.- 3.5 La Libertad.- 3.6 La Igualdad.-3.7. La Intimidad Personal.-3.8. La Familia.- 3.9. Los Derechos del Niño.-3.10. Los Derechos Sociales.- 3.11. El Plexo de Derechos: Ampliación y Derechos Implícitos.-4. Los Derechos Sociales: El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.- 4.1El Derecho a la Salud.- 4.2. La Seguridad Social.- 4.3 El Derecho a la Vida.- 4.4 La Cultura.- 4.5. Consideraciones Finales.-

1- Introducción

Si hablamos de derecho de autoprotección, no encontramos dentro de nuestra legislación una plena consagración de los mismos. La ley 26529¹⁰ lo prevé sólo para cuestiones de salud, y algunas leyes provinciales lo reconocen y receptan.

“Pero es en los derechos fundamentales del ser humano que consagra nuestra Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en dónde hallamos su fundamento incuestionable.”¹¹ “La libertad, la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos son sus principios rectores, reconocidos por la comunidad internacionales e incorporados a nuestra carta magna como derechos fundamentales”¹²

En el presente capítulo desarrollaremos los fundamentos legales del derecho de autoprotección. En el tratamiento del tema se tendrá presente el punto de tesis a demostrar y defender: La importancia de los fundamentos legales en el derecho de autoprotección¹³.

2. Nuestra Constitución

La Constitución Nacional reformada en 1994 incorporó los instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos proporcionando un régimen humanista de tal manera que organiza los derechos individuales como los sociales

10 Llorens, Rogelio, Rajmil, Alicia: Derecho de Autoprotección. Editorial Astrea. 2010. Pág 14.

11 Ibid, pág. 14.

12 Ibid, pág. 14.

13. Ibid, pág 20

y los colectivos, teniendo presente la vida cotidiana de las personas y sus relaciones jurídicas e incursionando en el derecho privado.

Cabe destacar que desde el Preámbulo, la Constitución Nacional asegura los beneficios de la libertad para todos los habitantes del suelo argentino. En su art. 14, el principio fundamental de libertad da lugar a distintos derechos específicos que garantizan la autonomía de las personas¹⁴.

El art. 16 proclama la igualdad ante la ley. La igualdad de oportunidades se incorpora a nuestra constitución en la reforma del año 1957, en el art. 14 bis, que hace mención a los derechos sociales, pero se expresa con mayor firmeza en el art. 75, inc.23, que se introdujo en la reforma del año 1994 refiriéndose a las medidas de discriminación inversa.

El art. 17 se refiere a la inviolabilidad de la propiedad, exigiendo el respeto de su ejercicio y disfrute de la manera que más conviene a su titular, sin afectar derechos ajenos.

El art. 19 nos dice: “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”

Así podemos nombrar al art. 33 que hace referencia a los derechos implícitos, el art. 42 introduce la protección a los derechos de los consumidores y usuarios.

Consideramos como más relevante el art.75, inc.22, que incorpora los más importantes tratados y convenciones internacionales sobre los derechos humanos.

¹⁴ Ibid pág 22.

Consagrándose en todos ellos los principios de igualdad, libertad y dignidad. El art. 75, inc.23 obliga al Congreso promover acciones garantizando la igualdad de trato y de oportunidades y la vigencia de los derechos fundamentales de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad.

3- Los Derechos Civiles y Políticos. El Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

3.1 La Persona Humana.

En la Convención Americana sobre Derechos humanos (CADH) el enfoque de la personalidad se desdobra: a) todo ser humano es persona y b) toda persona tiene derecho a ser reconocida como persona jurídica.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) se enuncia sólo la segunda parte. No existe diferencia sustancial, porque la CADH da una especie de definición diciendo que a sus efectos persona es todo ser humano; y en realidad, la investidura viene en la otra parte: toda persona tiene derecho a que se reconozca su personalidad jurídica¹⁵

El PIDCP contiene un agregado: todo ser humano tiene ese mismo derecho en todas partes.

Ambos tratados circunscriben en la formulación gramatical de sus normas, el reconocimiento de la personalidad jurídica del hombre. Estas normas están formuladas de modo operativo, es decir son de aplicación directa y automática, por sí solas son capaces de surtir el efecto que imponen y que prevén.¹⁶

¹⁵ Ibid, pág. 407.

¹⁶ Ibid, pág. 407.

Todo lo que se infiere de ambos tratados surge de la Constitución Argentina, por lo que una y otras son compatibles y afines.

Estas normas tienen igual sentido que la cláusula de la constitución argentina en el art. 15 dice: “En la nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta constitución, y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el sólo hecho de pisar el territorio de la república”.¹⁷

Se considera que nuestro texto al proclamar que no hay esclavos está expresando lo mismo que significan las normas de los dos tratados que reconocen a todo ser humano como persona jurídica.

El reconocimiento de la personalidad jurídica a favor de toda persona física surge de la Constitución Nacional de:

- a) los valores que propugna el preámbulo
- b) la filosofía política, o ideológica de la constitución que responde al humanismo personalista
- c) los derechos implícitos del art.33.
- d) los art. 14 y 20 que presuponen que los titulares de esos derechos son personas jurídicas, porque no se puede ser sujeto activo de derechos si se carece de la personalidad jurídica que es su sustrato.

¹⁷ Ibid, pág. 407.

Las dos normas internacionales sobre esclavitud no difieren entre sí y como dijimos son operativas.¹⁸

3.2. La Dignidad Personal

El ser humano tiene una dignidad que deriva del hecho de ser, una persona y que el derecho debe reconocérsela por ser tal. Todos los derechos humanos hacen referencia a la dignidad personal. El derecho a la dignidad se manifiesta en todos los otros, o es compartido por éstos, en mayor o menor grado según su índole o contenido.

También el texto que fue reformado en 1994 hace mención al trato digno en el art.42 reconociendo los derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios.

3.3. La Integridad del Hombre.

El art. 5 de la CADH, formula en su apartado 1 el derecho al respeto de la integridad física, psíquica y moral del hombre, falta una norma igual en el PIDCP pero se la advierte implícita porque si su art. 10.1, igual que el art. 5.2 de la CADH obliga a tratar a toda persona privada de su libertad en forma humanitaria y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, se coincide que ambos tratados están refiriéndose, con diversas denominaciones, y en relación a toda persona al derecho a la dignidad personal, uno de cuyos contenidos atiende a la integridad corporal , psíquica y moral y al tratamiento humanitario, incluso cuando esa persona está privada de su libertad.¹⁹

18 Ibid, pág. 410.

19 Ibid pág. 416.

La constitución argentina carece de un enunciado igual, referido al respeto de la integridad personal, o a la exención de malos tratos²⁰ pero incluye implícitamente el derecho a la integridad como parte del derecho a la dignidad, en el art. 33, y asume la derogación de tormentos en el art. 18.

El derecho a la integridad física y psíquica, forma parte del derecho a la vida y a la salud; el derecho a la vida parece en la jurisprudencia de la Corte junto con el derecho a la salud componiendo los derechos implícitos de nuestra constitución.

El actual art. 41 sobre el derecho a un ambiente sano se acoge al derecho a la salud, porque éste lo requiere, en alguna manera se conecta con el derecho a la vida, porque hay formas graves de contaminación y daños ambientales que pueden causar la muerte. El art. 42 también obliga a la protección a la salud.

El PIDCP tiene una norma que está ausente en la CADH; en el art. 7 dice que nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su consentimiento.

Dentro del Derecho Constitucional argentino no resulta fácil admitir que la libertad y la dignidad personal prohíben obligar a sumisiones como las que prohíbe el PIDCP, tanto en su alcance restringido de experimentos como en el más amplio, de tratamientos médicos o científicos.

3.4 El Derecho a la Vida

En el CADH el derecho a la vida está formulado operativamente como derecho a que se respete la vida de toda persona. En el PIDCP se reconoce como inherente a la persona. Ambos pactos consideran que este derecho estará protegido

²⁰ Ibid, pág. 416

por la ley, pero la CADH incorpora un agregado relevante, que está ausente en el PIDCP, dice que está protegida por la ley y, en general a partir de la concepción.

Nuestra constitución no contiene una norma expresa sobre el derecho a la vida pero nadie duda que está incluido entre los derechos implícitos o no enumerados del art. 33.

Cuando el código civil se refiere a las personas físicas proporciona en forma explícita la pauta de que el derecho constitucional a la vida está protegido desde la concepción, cuando se produce la “Individuación” del nasciturus.²¹

Posteriormente a la reforma de 1994, el art. 75 inc. 23 asigna al congreso la competencia de dictar un régimen de seguridad social especial e integral para proteger al niño en situación de desamparo, desde el embarazo, y a la madre durante el embarazo.

Esta cláusula se dirige a un sistema de seguridad social traduciendo un aspecto tutelar de la vida intrauterina, pero no posee la virtud de definir una posición constitucional explícita en orden al delito de aborto. Sin embargo, si desde el embarazo materno el niño desamparado debe merecer protección de un régimen de seguridad social especial e integral, es factible que para la eficacia de dicho régimen el presupuesto necesario para proteger radica en que el niño esté vivo en el seno maternal, lo cual es elemental para el goce de todos los derechos de Tida clase: el ser humano que los titulariza es un ser vivo, porque los muertos no tienen derechos. Pero de este axioma no se infiere explícita y directamente que en el citado inc. 23 se esté obligando a la incriminación legal del aborto.

Cualquier ley que en nuestro derecho autorizara con generalidad el aborto, además de ser contraria a la constitución entraría a colisionar con la CADH, por

21. Ibid, pág. 420

ser un tratado internacional de igual jerarquía que aquélla a partir de la reforma de 1994.

Ambos tratados hacen mención dentro del derecho a la vida, el tema de la pena de muerte. La norma de la CADH (art. 4,3) prohíbe restablecer la pena de muerte en los países dónde fue abolida.

Suprimida la pena de muerte en el código penal argentino, ninguna ley no podrá preverla y de hacerlo sería inconstitucional por transgredir una prohibición de un tratado internacional.²²

La CADH prohíbe la pena de muerte por delitos políticos o que le sean conexos. Existe similitud con la norma constitucional que en el art. 18 dice que queda abolida para siempre la pena de muerte por causas políticas.

3.5. La Libertad

Este tema es tratado por ambos pactos, los cuáles reconocen operativamente el derecho a la libertad y a la seguridad personal en forma conjunta.

Por lo que sigue en las normas respectivas aquí se hace mención a la libertad física o corporal, lo que permite hacer una doble reflexión. Por un lado que está bien hablar de un derecho a la libertad, porque al hablar de derecho siempre se enfocó a la libertad como libertad jurídica; por otro lado que si se trata de la libertad física como derecho personal, también está bien asociarla a la

²² Ver Albanese Susana: "La abolición de la pena de muerte y las nuevas normas internacionales. El Derecho: 24/XII/ 91.

²³ Bidart Campos. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo III. Ediar. 2006. Pág. 406.

seguridad personal, porque esa libertad da seguridad y el derecho a la seguridad queda garantizado cuando la libertad como derecho queda protegida.²³

Los dos tratados coinciden en asegurar que nadie puede ser privado de su libertad en forma arbitraria, lo que equivale a la otra fórmula que leemos en ambos, exigiendo que la privación de la libertad responda a causas y formas legales.

La redacción de los arts.7 de la CADH y 9 del PIDCP expresa pocas diferencias gramaticales y su síntesis revela que la referida privación de libertad tiene que reunir requisitos formales y de contenido, no obstante se deja al derecho interno la regulación de ambos aspectos.

La persona detenida o retenida debe ser informada rápidamente de las razones de su privación de libertad y de los cargos o acusación que pesan sobre ella.

La privación de libertad por deudas u obligaciones contractuales queda suprimida, pero la CADH aclara que tal prohibición no impide las decisiones judiciales adoptadas por incumplimiento de deberes alimentarios. Aquí se está previendo que la ley que incrimina y sanciona penalmente tal incumplimiento no es compatible con la CADH.²⁴

Los dos pactos exigen que la persona privada de libertad sea tratada con el respeto debido a su dignidad. El PIDCP incluye el derecho a la reparación a favor de quién ha sido ilegalmente privado de su libertad,

24 Ibid, pág. 427.

25 Ibid, pág. 433.

El análisis de este grupo normativo refleja un eje troncal en los dos tratados, que no por falta de originalidad deja de relevar importancia.²⁵

Siguiendo nuestra constitución vemos: El que nadie pueda ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente (art.18), más los principios de legalidad (art. 19) y de razonabilidad (art28), dan paralelismo a las normas internacionales y son susceptibles de regularse en normas infra constitucionales.

La reparación por detención arbitraria puede hallar fundamento en el principio de “non laedere (no dañar a otro) que la Corte da por contenido en art. 19.

3.6 - La Igualdad

Tanto en el art. 1.11 de la CADH y en el art. 2.1 del PIDCP encontramos:

a- el compromiso de respetar y garantizar los derechos a toda persona sujeta a jurisdicción del estado parte:

b- la extensión igualitaria de estos mismos derechos a todas esas personas sin ninguna de las discriminaciones que se dan por prohibidas, y que en nuestro derecho constitucional se reputan como teñidas de arbitrariedad.²⁶

El PIDCP agrega en su art. 3 una norma que no viene formulada en la CADH; es la igualdad del hombre y la mujer en el goce de los derechos que el pacto reconoce. Ambos tratados coinciden en el punto.

Los dos pactos hacen referencia en forma expresa a la igualdad ante la ley y a igual protección de la ley.

En la reforma constitucional de 1994 se completó el contenido de la igualdad. En derechos políticos se puede traer a colación el art. 37 en su párrafo

²⁶ Ibid, pág. 501.

segundo, dónde se destaca la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para acceder a cargos electivos y partidarios dónde se garantizará por acciones positivas.

El art. 75 en su inc.19 párrafo tercero dedicado a la educación fija entre las pautas de la ley para su organización y su base la de asegurar la igualdad de oportunidades y posibilidades.

El inc. 17 del art. 75, que es la cláusula de los pueblos indígenas muestra el derecho a la igualdad sobre todo cuando se les garantiza el respeto a su identidad.

3.7 - La Intimidad Personal

Las normas de la CADH y del PIDCP tratan en forma similar el tema. Se cubre la vida privada, familiar, el domicilio, la correspondencia y la honra. El apartado 2 del art.11 de la CADH y el apartado 1 del art. 17 del PIDCP se expresan como formulación operativa, es decir deparan el derecho a la no injerencia en forma directa, sin necesidad alguna de ley interna reglamentaria. La constitución argentina coincide con ambos pactos. El art. 19 consagra el derecho a la intimidad o a la privacidad, o a la reserva de la autonomía personal. Aunque falta en nuestra constitución una norma expresa que tutele la privacidad de la familia o de la vida familiar se da por sobreentendido que la correlación entre el enunciado del art. 19 y el art. 14 bis sobre protección integral de la familia, permite reservar a la privacidad familiar todo lo que es referente a la familia misma.

La inviolabilidad del domicilio y la correspondencia aparece en las normas del art. 18 de la constitución. La constitución no hace referencia explícitamente al derecho al honor, que en los pactos aparece preservado como honra o reputación

exentos de ataques ilegales, pero no cabe duda que como derecho de los que nuestra doctrina llama personalísimos entra en los derechos implícitos del art.33.

3.8. La Familia

El párrafo 1 del art. 17 y del art. 23 es muy parecido en ambos tratados. Los dos destacan un reconocimiento doctrinario favorable a la familia.

En el CADH, dice que debe ser protegida por la sociedad y por el estado, en tanto que en el PIDCP se habla de igual manera pero con la expresión de un derecho de la familia a la protección de la sociedad y del estado. ¿En qué consiste esa protección? La cuestión se aclara cuando el sujeto obligado es el estado, porque él sí tiene personalidad jurídica y porque en sus políticas y en sus normativas puede asumir y cumplir la obligación protectora.

El apartado 2 reconoce operativamente el derecho de casarse. Aquí se enfoca el derecho subjetivo de cada persona, hombre y mujer para contraer matrimonio, la norma no serviría para cubrir uniones entre personas del mismo sexo. El derecho de contraer matrimonio va acompañado por el de fundar una familia y entonces surge la duda de si la familia a que alude el apartado 1 es sólo la que proviene del matrimonio. No obstante cuando el mismo art. 17 es enfático en su apartado 5 de la CADH (ausente en el PIDCP) al obligar a la ley interna a reconocer iguales derechos a los hijos extramatrimoniales respecto de los nacidos dentro del matrimonio, da pie para entender que también hay familia extramatrimonial, y que esta queda comprendida en la protección indicada en el apartado 1.

Esto se corrobora en:

a) el art. 19 de la CADH cuando adjudica a todo niño (también al nacido fuera del matrimonio) el derecho a medidas protectoras por parte de su familia, lo que da por cierto que el niño extramatrimonial también tiene una familia.

b) El art. 24 del PIDCP consiga que todo niño tiene derecho a medidas protectoras por parte de su familia, sin discriminación alguna por motivos de nacimiento, entre otros, esto conduce a idéntica conclusión.

El derecho de contraer matrimonio se somete a que tanto el hombre como la mujer tengan la edad requerida por las leyes internas y las condiciones exigidas por ellas, según el mismo apartado 2 de la CADH. En el PIDCP se estipula que el mismo derecho se reconoce si los contrayentes tienen edad para ello, sobreentendiéndose que tal edad depende del derecho interno.

Además de la edad, se exige en ambos tratados que el matrimonio se celebre con el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

El apartado 4 de los dos textos se aproxima mucho. En ambos los estados deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de ambos cónyuges en sus derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio, en caso de disolución del matrimonio.

La CADH incorpora un último apartado 5 que no aparece en el PIDCP y se refiere al deber que tiene la ley de reconocer iguales derechos a las filiaciones matrimonial y extramatrimonial. Es imperativa y asigna la obligación de establecer esa igualdad de derechos para todos los hijos, cualquiera sea su filiación.

El art. 14 bis introduce una mención a la familia cuando en su tercera parte dice que en especial la ley establecerá la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna. Estas referencias no pueden entenderse sólo para la familia fundada en el matrimonio. Después de la reforma de 1994 la cobertura aseguradora que el art. 75 inc23 brinda en el párrafo segundo al niño y a la madre guarda relación con la familia. Podemos decir que la constitución y los tratados dicen lo mismo sobre el tema.

La igualdad de derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales que nuestra ley tenía el deber de reconocer quedó consagrada por la ley 23264.

3.9. Los Derechos Del Niño

La CADH es más sobria que el PIDCP en relación a los derechos del niño²⁷. El art. 19 es genérico y engloba medidas tutelares que todo niño requiere por su minoridad por parte de su familia, de la sociedad y del estado.

El art. 24, inc. 1 del otro pacto dice lo mismo, el derecho interno queda convocado en cada caso y la Convención sobre Derechos del Niño, señala sus detalles.

El PIDCP incluye como derechos del niño, el derecho al nombre y a la nacionalidad. Los dos tratados atienden a un importante aspecto cuando enfocan el derecho paterno a la educación religiosa y moral de sus hijos.

Estas normas son operativas porque confieren el derecho a medidas protectoras y que cada estado sea el que debe arbitrarlas en su derecho interno, no desmiente la operatividad del derecho a la tutela.²⁸

²⁷ Ibid, pág. 502.

²⁸ Ibid, pág. 502

La constitución no desglosa derechos como éstos en razón de edad o minoridad, pero tampoco contiene disposiciones adversas a las de los pactos, ni permite que norma infra constitucionales desplieguen las medidas tutelares previstas en ellos.²⁹

Posterior a la reforma de 1994, el inc. 23 del art.75 presenta alguna mención al niño en sus dos párrafos. En el primero completa la norma añadiendo: “en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”; en el párrafo segundo consigna la competencia del congreso para dictar un régimen de seguridad social especial e integral “en protección del niño desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental” y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.³⁰

En el párrafo primero citado la obligación legislativa y promotora que se impone al congreso queda reforzada porque la norma utiliza la fórmula de promover medidas de acción positiva.

3.10- Los Derechos Sociales

La CADH alude sobre los derechos civiles y políticos al igual que el PIDCP. No obstante en su art. 26, el único del capítulo III, alude a los derechos que derivan de las normas que en su carta tienen naturaleza económica y social, tanto como de las que apuntan a la educación, ciencia y cultura.³¹

De igual manera el art 26 se parece al art. 2, inc. 1 del PIDESC asignando a los estados parte la obligación de tender al desarrollo progresivo de los derechos

²⁹ Ibid, pág. 502

³⁰ Ibid, pág. 502

³¹ Ibid, pág. 502

en el campo antes delimitado, tanto en forma separada, como también mediante la cooperación internacional y en la medida de los recursos disponibles.

Los estados tienen algo y mucho que hacer, por sí solos y a través de la cooperación internacional utilizando los mecanismos que el derecho interno e internacional les depara.

Esta norma adquiere relevancia porque valora los derechos socio-económicos y culturales y, por el otro cobra el sentido de advertir que el hecho de que por este pacto se asuman deberes relativos a los derechos civiles y políticos no hace decaer el compromiso contraído por los estados miembros de la OEA en el área socioeconómica y cultural.

3.11. El Plexo de Derechos: Ampliación y Derechos Implícitos.

Sabemos que el derecho internacional público depara a los derechos humanos, y reviste carácter mínimo. Mínimo no supone infravaloración sino únicamente que, por la misma índole internacional de la protección, ésta tiene que ser genérica y elástica a fin de poder adaptarse a cada derecho interno de los estados que se hacen parte en un tratado sobre derechos, y para dejar un amplio margen en el cual el derecho interno u otros tratados internacionales, o cualquier fuente jurídica mejoren y extiendan el plexo de los derechos.

Los Pactos examinados toman algo semejante a lo que en el derecho constitucional argentino llamamos los derechos implícitos, y así poder decir que los que vienen enunciados en los pactos *no son los únicos*, ni integran una enumeración taxativa; fuera de esa lista queda un espacio para tener por incorporados otros que surgen, o pueden surgir del conjunto de fuentes jurídicas, internacionales e internas.

La CADH según su art. 31, aclara que ella queda abierta a *enmiendas* conforme al mecanismo que prevé su dispositivo, a través de las cuales es viable agregar nuevos derechos y libertades.

Una norma similar falta en el PIDCP acerca de la incorporación a él de nuevos derechos, pero en cambio las enmiendas que el mismo pacto da como posibles quedan implícitamente habilitadas a igual fin que el aludido en el pacto de Costa Rica.³²

Debe entenderse que la ampliación de los derechos y la *implicitud* de otros derechos no enumerados en los dos pactos, debe relacionarse con los artículos que en estos atienden al tema de su interpretación, de las restricciones y de las suspensiones.

El art. 29 de la CADH contiene dos incisos (el c) y el (d) que impiden interpretar el tratado como excluyendo otros derechos y garantías que son inherentes al hombre, a la democracia, a la forma representativa.

El PIDCP establece que no puede admitirse restricción o menoscabo a ningún derecho fundamental del hombre que se halle reconocido o vigente en cada uno de esos estados partes, so pretexto de que el pacto no los reconoce, o los reconoce en grado menor.

La CADH en el mismo art. 29 inciso b) expresa que tampoco puede interpretarse ninguna de sus disposiciones como autorizando limitación al goce y ejercicio de derechos y libertades que en cada estado parte surjan de su legislación interna o de otros convenios internacionales en que sea parte ese mismo estado.

Ninguno de ambos pactos es cerrado y limitativo; a la inversa, tampoco puede ser invocado como autorizando el desconocimiento, la negación, la

³²Véase el Protocolo de San Salvador.

restricción de derechos no enumerados en ellos, porque los no enumerados merecen integrarse en eso que denominamos *implicitud*.

Comparando esto con nuestra constitución, existen afinidades muy marcadas. El art. 33 fue rotulado como la norma de los derechos *implícitos*, que advierte sobre la importancia de lo que la misma constitución omite o calla. El art. 33 ha sido muy usado por la interpretación judicial que la Corte hace de la constitución.

Hoy se puede decir que dada la previsión que de los tratados hace la propia constitución, y la jerarquía constitucional de los que están aludidos en el art. 75 inc 22 desde la reforma de 1994, el art. 33 admite interpretarse como incorporando al plexo de derechos constitucionalmente implícitos los derechos expresamente reconocidos en tratados en que Argentina es parte sobre todo los que comparten con la constitución su igual supremacía.

Si nos preguntamos si esto es elevar a nivel constitucional dentro del art.33 un conjunto de derechos no previstos en la constitución, que provienen de una fuente internacional, se puede decir que sí, en tanto los derechos que así se anexan guardan compatibilidad con la constitución y su enumeración de derechos, y cuando provienen de tratados con rango constitucional se ubican, por encima de nuestro derecho interno. Hoy en nuestro país las normas constitucionales sobre derechos, libertades y garantías tienen que interpretarse a la luz de los tratados internacionales que sobre esta materia forman parte, por ratificación del derecho interno argentino.

Cuando revisten jerarquía constitucional son complementarios de la primera de la primera parte de la constitución, según el art. 75 inc.22.

Por otra parte el derecho constitucional proporciona dos parámetros importantes:

a) El art. 75 inc. 22, después de enumerar los instrumentos internacionales que quedan directamente jerarquizados por figurar en la lista que consigna la norma, deja abierta la posibilidad de que en el futuro otros tratados sobre derechos humanos puedan alcanzar el rango constitucional. Ello si ya antes de la reforma de 1994 se incorporaron al derecho argentino, como si el país los aprueba y ratifica después de dicha reforma;

b) El constitucionalismo provincial se halla habilitado para acrecentar el plexo de derechos de la constitución federal que conforme al art. 5 queda trasplantado a aquél, y que por el art.31 prevalece como *ley suprema* a la que significa que dicho plexo es mínimo y que una vez respetado éstas pueden ampliar los derechos y garantías en sus respectivas jurisdicciones locales.³³

4. Los Derechos Sociales. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

4.1 El Derecho a la Salud.

El párrafo aparte 1 reconoce en amplitud el derecho a la salud cuando hace mención a su más alto nivel posible en lo físico y en lo mental.

La norma es operativa en cuanto impide al sujeto pasivo obstaculizar el derecho al disfrute pleno de la salud por parte de cada persona, y en cuanto prohíbe violarlo.

Si pensamos en prestaciones positivas de salud a favor de quien las necesita, entonces el párrafo aparte 1 no tendría operatividad, porque el acápite 2

³³ Remitimos al T.V. de nuestro Tratado elemental que versa sobre “El Sistema de derechos y el constitucionalismo provincial.

impone medidas que tienen que adoptar los estados parte para propender a la efectividad del derecho a la salud, y allí no dice que cada persona tiene derecho a tal o cual prestación, sino que el estado debe emprender políticas del tipo de las enumeradas en los cuatro incisos del mismo acápite. Estamos frente a obligaciones estatales de índole activamente universal.

A partir de la reforma de 1994 aparece explícito en el área de los derechos de consumidores y usuarios (art. 42) vinculado a los relacionados con el ambiente sano. (Art. 41).

4.2 La Seguridad Social

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

La brevedad de este artículo lo limita a consignar como derecho el que denomina “a la seguridad social”. No existen pormenores algunos, de tal manera que el derecho interno queda abierto a las alternativas que cada estado quiera usar. La mención del seguro social parece tomar la distinción entre las prestaciones llamadas previsionales, al estilo del art. 14 bis de nuestra constitución.³⁴

Nuestra constitución es más extensa y explícita en este campo, el pacto no proporciona pautas, para que nuestro derecho interno desarrolle las cláusulas del citado artículo constitucional, pero brinda un punto de arranque obligatorio al igual que la constitución, reconoce el derecho a la seguridad social.

Después de la reforma de 1994 hay que tener presente el párrafo segundo del inc.23 en el art. 75, que encomienda al congreso dictar un régimen de seguridad social, especial e integral en protección del niño en situación de

34 Bidart Campos: Op cit. Pág. 593

desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia

La convención sobre discriminación de la mujer es explícita en la mención del derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar al enumerar determinados derechos en cuyo ámbito hay que eliminar las desigualdades con el hombre (art.11.1,e), de igual manera la convención sobre discriminación racial enuncia el derecho a la seguridad social entre los económicos, sociales y culturales que especifica para garantizar su ejercicio igualitariamente(art. 5, e, iv)

La Convención sobre Derechos del Niño contiene una norma expresa sobre el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y las prestaciones deben otorgarse cuando corresponda teniendo en cuenta al niño como a las personas responsables de su mantenimiento. (Art. 26).³⁵

4.3. El Derecho a la Educación

Los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, reconocen el derecho de toda persona a la educación. Reconocen que con el objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho la enseñanza primaria debe ser obligatoria y gratuita, la enseñanza secundaria debe ser generalizada y accesible a todos por cuantos medios sean apropiados, la enseñanza superior debe ser accesible sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular por la implantación de la enseñanza gratuita.

Pero el estado también debe intervenir en la etapa siguiente, es decir cuando una vez concluida la carrera universitaria, los profesionales intentan la de

35 Ibid, pag. 606.

inserción en el mundo laboral y garantizar, ya en esta nueva parte de la vida del educando el derecho humano al trabajo consagrado por los Tratados Internacionales, y por el Artículo 14 de la Constitución Nacional; pero el estado muchas veces no aparece y es aquí la necesidad de proteger y ampliar las incumbencias profesionales.

4.4 La Cultura

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona a participar de la vida cultural, gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán optar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

Los Estados Partes se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

Los tres incisos del acápite 1 reconocen derechos que lucen en una formación de índole operativa, al menos en cuanto a su contenido que, frente al sujeto pasivo, obliga a éste a no impedir el acceso al goce del derecho, a su ejercicio, a su aprovechamiento.

Nuestra constitución no presentaba antes de su reforma de 1994, fórmulas estrictas en este ámbito, pero todo revelaba una orientación general de auspicio a

la cultura y a su difusión, que lejos de poner en contradicción a nuestro derecho constitucional con el pacto, nos convencía de la congruencia entre ambos.

La reforma de 1994 fue más explícita. El art.75 inc. 19 párrafo cuarto asigna al congreso la competencia de dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

El inc. 17 del mismo art. 75, garantiza respeto a la identidad de los pueblos indígenas y el derecho a una educación intercultural. El ya citado inc. 19 en su primer párrafo habla de proveer a la investigación y el desarrollo científico y tecnológico, a su difusión y aprovechamiento.

El art. 41 incluye en el ambiente del que todos los habitantes tienen derecho a gozar, la preservación del patrimonio cultural.

La nueva normativa ha presentado así *aggiornamento* al latamente denominado derecho a la cultura en forma que se aproxima mucho al correspondiente artículo del PIDESC.

4.5 Consideraciones Finales

Dentro de este capítulo se hizo mención, a los Derechos Civiles y Políticos, atendiendo al Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, tratando entre otros la persona humana, la dignidad personal, la integridad del hombre , el derecho a la vida .

También se desarrollaron los Derechos Sociales, en este caso teniendo en cuenta el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. En este punto se desarrollaron, el derecho a la Salud, la seguridad social, el derecho a la educación y la cultura.

En el tratamiento del tema se tuvo presente el punto de tesis a demostrar y defender: La importancia de los fundamentos legales en el derecho de autoprotección.

Capítulo II

Características principales del Derecho de Autoprotección

Sumario:1- Introducción.- 2- Denominación del Instituto.- 3- Contenido.-3.a- Calidad de Vida.- 3.b- Disposiciones patrimoniales.- 3.c- Posibilidades de prever la figura propia del curador.-.d- Directivas anticipadas en materia de Salud y Consentimiento Informado. 4- Capacidad de discernimiento en los actos de autoprotección. 4. a- Diferencias respecto del régimen general de Capacidad. 4. b- La capacidad de hecho para otorgar actos de autoprotección.-4.c-La libertad.- 5- Forma de los actos de autoprotección.5.a Incumbencias Profesionales.-6- La registración.-7. Consideraciones Finales-

1- Introducción

En el presente capítulo se desarrollan temas relacionados con la denominación del instituto, las disposiciones patrimoniales, la posibilidad de prever la figura del propio curador. Como así también se plantean las directivas anticipadas en materia de Salud y Consentimiento informado.

Un punto de relevancia dentro del presente capítulo es el de Formas de los Actos de Autoprotección, dónde consideramos **viable la participación del abogado, en este caso será quién presente el escrito ante el juez. Tengamos presente que no existe acto notarial que no lo pueda hacer el abogado. De esto surge la necesidad de un “orden de control” que se encargue de verificar la capacidad y voluntad del otorgante del acto.** Seguidamente se plantea la forma de registración.

2. Denominación del Instituto.

En las VIII Jornadas Iberoamericanas de Veracruz (México) realizadas en 1998, surge la expresión “autoprotección”.

Esta expresión intenta poner nombre al requerimiento de los sujetos que quieren que estén asentadas sus previsiones ante la eventual pérdida del propio discernimiento. (Llorens- Rajmil, 2010).

Sabemos que desde tiempos inmemorables existe la forma de “testamento”, para aquellas disposiciones a ser cumplidas en caso de muerte, pero también sabemos que no existen formas apropiadas para los requerimientos que estamos desarrollando en este trabajo.

Estos requerimientos se refieren a muchas cuestiones como por ejemplo³⁶:

a) con la propia persona (salud, lugar de residencia, compañías, etc.) o con el patrimonio (¿qué quiero que hagan con mis bienes?, ¿quién los administrará?);

b) con la eventualidad de una pérdida definitiva o transitoria de la salud mental y

c) ante situaciones de mera falta de discernimiento sin declaración judicial o con situaciones previsibles frente a la apertura de un proceso de insania (declaración de incapacidad)

Bien sabemos que la expresión “autoprotección” fue criticada por ser demasiado amplia. A pesar de esto, todavía no se encontró dentro de nuestro medio otra expresión que la reemplace.

Se busca una expresión adecuada debido al rechazo a la expresión “testamento para la vida” por tratarse de una cuestión de vida y no de muerte.

Una expresión que podría utilizarse sería “disposiciones y estipulaciones para la propia incompetencia”, en este caso entendemos por disposiciones, las convenciones unilaterales por “disposiciones”, las bilaterales y por “incompetencia”, tanto la incapacidad jurídica declarada en sede judicial como la mera pérdida de discernimiento eventual, transitoria o definitiva (la mal llamada incapacidad natural” expresión fuente de numerosos equívocos³⁷, reemplazable por discernimiento).³⁸

³⁶Llorens- Rajmil Op cit. Pág. 4.

³⁷ “ He aquí una fuente inicial de equívocos”(Zannoni, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, pág. 243)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(procesal : “competencia territorial” o “competencia en razón de la materia”)

³⁸ Rabinovich-Berkman efectúa apreciaciones interesantes acerca del vocablo discernir. Derecho Civil, Parte general. Pág. 569.

En síntesis se trata de adueñarse de la decisión de cómo vivir semejante situación. Al derecho de autoprotección se lo puede definir como un derecho: el de todo ser humano a decidir y disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de discernimiento. Su base radica en el respeto a la libertad, la dignidad, y la igualdad de todos los seres humanos, cualquiera sea su edad, sexo o condición. (Llorens- Rajmil, 2010, pág. 6)

El derecho subjetivo, se ejerce mediante un acto de autoprotección, que es aquél acto jurídico³⁹ en el cual el sujeto deja claramente plasmada su voluntad. Protege derechos fundamentales del otorgante, pero también orienta y facilita las decisiones de jueces, médicos y familiares.

3. Contenido

El contenido de los actos de autoprotección está en total relación con los deseos, las necesidades, las circunstancias, las preocupaciones y las realidades de cada persona. Podemos destacar aquellas disposiciones frecuentes que hacen referencia a la vida cotidiana, a los bienes, a la designación del propio curador y a la salud.

A) Calidad de Vida: Muchas veces las personas se preocupan por el temor a perder o disminuir su calidad de vida. El acto de autoprotección se relaciona con los deseos más íntimos y personales. El lugar de residencia, la elección de institutos de internación, el cuidado de animales domésticos, la compañía, el cuidado del hogar, la alimentación son algunas de las muchas preocupaciones. No por estas preocupaciones la voluntad de la persona pierde trascendencia. La

³⁹ “Acto jurídico formal bajo la modalidad de condición suspensiva, representada, ésta por la eventualidad de encontrarse el declarante en un cuadro.....y en circunstancias tales que le impiden expresar su voluntad) Abbiati- Buenanueva- Naman- Urquizu, algunas consideraciones sobre las declaraciones anticipadas de voluntad vital, JA, 2009-IV-994).

herramienta más apropiada para diseñar y preservar su dignidad es el acto de autoprotección.

B) Disposiciones Patrimoniales: En este caso hacemos referencias a las decisiones de la persona acerca de la administración o destino de sus bienes en caso de no poder hacer lo por sí misma en el futuro. Estas decisiones suelen asociarse a poderes, testamentos, donaciones, fideicomisos, renta vitalicia, En este caso, podemos decir que resulta fundamental el asesoramiento del abogado para encauzar las preocupaciones y deseos del requirente.

C) Posibilidad de prever la figura del propio curador: La curatela es el instituto genérico previsto por la ley para las personas dementes y sordomudas que no pueden darse a entender por escrito. Funciona en el régimen jurídico de nuestro Código Civil, mediante la designación de un representante que lo representa en los actos de la vida civil, sin su participación.

En nuestro país la flexibilidad introducida a este régimen tradicional⁴⁰la encontramos en la “inhabilitación” regulada en el art. 152 bis del Cód. Civil vigente desde 1968, que contempla los supuestos de embriaguez habitual, el uso de estupefacientes, de quienes se encuentran disminuidos de sus facultades mentales sin llegar a la demencia y de los considerados pródigos. En estos casos se debe designarse un curador pero no para reemplazar a la persona sino para asistirlo, actuando conjuntamente con él.

⁴⁰ Consideramos que el fin del régimen tradicional comenzó en nuestro país con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño por la ley 23.849, en 1990; continuó entre otras normas, con la sanción de la ley 26.061, en 2005, y se completó con la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por la ley 26.378, en el 2008. Otro hito reciente, en esta evolución, es la sanción de la ley 26.529, en 2009.

La ley establece quiénes pueden pedir la declaración de demencia (art. 144) pero no prevé la solicitud del régimen por el propio interesado, por lo que se le resta participación y protagonismo⁴¹.

El juez nombra al curador del interdicto según un orden imperativo establecido por nuestra ley, prescindiendo de su participación (arts. 476 al 478, Cód. Civil)⁴²

Podemos observar que nuestro régimen legal está muy lejos de proteger los intereses y los derechos del incapaz y se aparta totalmente de los actuales conceptos de la ciencia jurídica, de la medicina, y de otras disciplinas sobre las necesidades y los derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad.

Consideramos que es deber interpretar esta normativa de manera más flexible y aplicar las disposiciones constitucionales e internacionales sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Esta legislación propende a que el curador las acompañe en el manejo de sí mismas y de sus bienes, y que sólo en casos de imposibilidad absoluta las reemplace en el ejercicio de sus derechos.

En el momento de la decisión judicial no pueden dejarse de lado la indicación del curador efectuada por una persona en pleno uso de su discernimiento y que luego es declarada incapaz, como así también las instrucciones acerca de la atención de su persona y de sus bienes, expresada en documento idóneo.

⁴¹ Llorens- Rajmil Op cit. Pág9.

⁴² *Ibíd.*

D) Directivas anticipadas en Materia de Salud y Consentimiento Informado.

En nuestros días cobran relevancia lo relativo a directivas anticipadas sobre salud, relacionadas al consentimiento informado, reconociendo sin lugar a dudas el derecho de toda persona a decidir en cuestiones concernientes a si propia salud.

El consentimiento informado implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente, luego de ser informado y de obtener respuestas a sus inquietudes, decide su conformidad a un tratamiento o intervención. (Llorens-Rajmil, 2010, pág. 11). La noción comprende dos aspectos: que el médico le revele adecuada información y que obtenga luego el consentimiento del paciente.⁴³

El art. 5 de la ley 26.529 lo define de la siguiente manera: “ Entiéndase por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, luego de recibir por parte del profesional interviniente la información clara, precisa, y adecuada respecto a:

Su estado de salud, el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos, los beneficios esperados del procedimiento, los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles, la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto y las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

Atendiendo a esta normativa, si una persona se encuentra inconsciente o privada de discernimiento, en el momento de establecer un criterio respecto a su tratamiento médico, decidirán los familiares más cercanos, o los médicos en razón

⁴³ Highton, de Nolasco, 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, “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, n°1, pág. 170.

del principio bioético de beneficencia, aplicando la terapéutica que consideren más adecuada para el paciente.⁴⁴

La decisión adoptada no siempre respetará la voluntad del enfermo. Mediante la instrumentación de un acto de autoprotección, el otorgante puede manifestarse anticipadamente y con pleno discernimiento respecto de su propio cuerpo y del rechazo o aceptación de determinados tratamientos médicos. Podríamos hablar de un consentimiento informado anticipado (Llorens- Rajmil, 2010, pág. 13)

Si la persona no puede expresar su voluntad antes de acudir al consentimiento informado, es legítimo escuchar y respetar, en primer término, la voluntad del propio paciente, manifestada de forma fehaciente e indubitable cuando aún discernía⁴⁵, derecho que sólo desde la sanción de la ley 26.529 se encuentra expresamente reconocida a ese nivel en su art. 11.

La existencia de una directiva anticipada del paciente, verificada en su existencia y actualidad, constituye una prioridad para ser respetada con independencia de la opinión del médico y de la familia⁴⁶.

Estas directivas anticipadas de salud han sido receptadas en fallos, en congresos y en las primeras leyes provinciales sobre el tema.

4. Capacidad de Discernimiento en los Actos de Autoprotección

44 Según el art. 9 de la ley, “el profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: a) cuando mediare grave peligro para la salud pública, b) cuando mediare una situación de emergencia con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales. Las excepciones establecidas en el artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo”

45 Taina de Brandi- Llorens, El consentimiento informado y la declaración previa del paciente, “Revista del Notariado”, n 866, p.84.

46 Recomendaciones del comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva, citado por Gherardi, Medicina y cultura, p. 387.

La expresión “capaz” es harto imprecisa en nuestro léxico jurídico⁴⁷ Vélez Sárfield, hizo referencia a la persona incapaz, tanto a aquella cuya incapacidad ha sido declarada judicialmente, como a la que simplemente carece del discernimiento para otorgar actos jurídicos (“el incapaz natural”), esto es, aquella persona mayor de edad que no ha sido incapacitada, pero que padece transitoria o definitivamente de fallas de discernimiento.⁴⁸

Los legisladores posteriores continuaron con la confusión. Como ejemplo podemos citar el art. 174, inc., 2º, del Código Penal, (delito de circunvención de incapaces), con respecto al cual a pesar de referirse a “incapaces”- la doctrina está conteste en que no es necesaria la declaración previa de incapacidad para que el delito se pueda consumar contra una persona débil mental. (Llorens- Rajmil, 2010, pág. 44)

La ley 26.061, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en su art. 3º, inc.d, dice que se debe respetar su “capacidad de discernimiento”, lo que genera aún más confusión (quizá el giro correcto hubiera sido “aptitud de discernimiento”)⁴⁹

Caló habla de una nueva formulación de los derechos humanos, a los que llama “nuevos derechos”, que se basan en el previo reconocimiento de las diferencias, expresa que ello trae en el plano jurídico, consecuencias variadas, como la atribución de relevancia a la voluntad de quiénes con anterioridad estaban privados de ella (p. eje., los menores y los enfermos). Y afirma que no se podría

47 Ver Llorens, La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad?, LL, 2007-E-1106

48 Ver por ejemplo el art. 1045 del Código Civil (“Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquier causa se hallasen privados de su razón”...)

49 Lorenz- Rajmil, op cit, pag 44.

hablar de derechos de la personalidad sin considerar la autonomía de juicio de la persona humana.⁵⁰

A) Diferencias Respecto del Régimen General de Capacidad: Se destacan las siguientes:

1- Inaplicabilidad de la interdicción a los actos personalísimos o de familia. Cornelli, explica que si la incapacitación es total, podría aplicarse a los actos personalísimos o de familia, porque – si se tiene en cuenta que estos actos no pueden ser cumplidos por el representante- se transformaría una incapacidad de obrar en una incapacidad de derecho.⁵¹ De allí que las sentencias de incapacidad no determinan igual consecuencia en el orden patrimonial que en el orden de los derechos personalísimos o de familia.

2- Aplicabilidad del Mandato a Actos Personalísimos aun después de la Incapacidad del Mandante: Esto es a la capacidad de derecho; esto es, acerca de si las personas pueden o no otorgarlo con este objeto. Es un tema poco tratado por la doctrina. En la actualidad, el art. 5° de la ley 26.569 prevé que el consentimiento informado pueda ser otorgado en su caso por los representantes legales, lo que abre la puerta al ejercicio de la representación en actos personalísimos. Esto es si la norma permite disponer directivas anticipadas sobre salud, parece indiscutible que esa misma persona pueda designar quién ha de ser, en su oportunidad, el interlocutor válido en los supuestos o cuestiones no previstas al momento del otorgamiento del acto de autoprotección.

3- La Capacidad como Variable. Las personas no pueden manejarse mediante la antinomia “capacidad- incapacidad” sino con un régimen más flexible que contemple diferentes graduaciones.

50 Caló, Bioética, p, 285.

51 Cornelli, La declaración de incapacidad ¿alcanza a los actos jurídicos familiares y personalísimos? Revista Notarial, n° 953, p33.

La capacidad como variable fue tratada por Caló y tiende a explicar que la capacidad no se puede manejar ya únicamente por parámetros rígidos como el de la mayoría de edad el día que se cumplen los dieciocho años, o el del interdicto declarado como incapaz *absoluto*, etc., más allá de la subsistencia de disposiciones que tienden a la protección del tráfico jurídico.⁵²

Tanto en materia de minoridad como de deficientes intelectuales mayores deben ser respetadas las aptitudes naturales del sujeto, de modo que las medidas de protección nunca vayan más allá de lo imprescindible.

Según Tau, “como si ese gran debate de la bioética norteamericana de fines de siglo XX todavía no hubiera llegado hasta aquí y les resultara extraño que se les pregunte ¿incapaz de qué, o con relación a qué?”⁵³

Para Marín Calero, los éxitos sólo se han obtenido cuando “se les ha ayuda a dar cada paso, hasta habituarlos a que los den solos o con el menor nivel de ayuda posible”⁵⁴

Según Cárdenas “el régimen jurídico capacidad-incapacidad estalló con las nuevas normas de derechos humanos, ya que no es posible sostener que alguien debe ser informado-escuchado y tenerse en cuenta lo que dice, si es un incapaz absoluto. Escuchar la palabra del niño y del adolescente en sus pensamientos, sentimientos y opiniones es reconocerlo como persona, de un modo subalterno y no cualitativamente inferior a los adultos”⁵⁵.

B) La Capacidad de Hecho para otorgar Actos de Autoprotección

Sabemos que en materia de minoridad como de personas mayores con deficiencias

⁵² Caló, Bioética, p. 73.

⁵³Tau, Protocolizar el radiograma: enfermedad neurológica irreversible y rechazo de medios sustitutivos de funciones vitales a permanencia, Revista Notarial, nº 951, p. 670.

⁵⁴ Marín Calero, La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual, p. 29

⁵⁵Cárdenas- Cimadoro- Herscovici- Montes, La escuela del niño en el proceso judicial de la familia. LL, 2007-B-1132.

intelectuales, deben ser respetadas las aptitudes del sujeto, de manera que las medidas de protección nunca vayan más allá de lo imprescindible. Cabe destacar que no existen normas que obliguen al notario a efectuar tales aseveraciones⁵⁶ y que las leyes orgánicas del notariado en las distintas provincias, en general, tampoco lo requieren.

Cabe analizar en qué momento se adquiere la capacidad para el otorgamiento de actos de autoprotección por los menores de edad, y si es posible que mayores de edad que se encuentran incapacitados en juicio de insania puedan otorgarlos si poseen el discernimiento para ello.

1. Menores. Salvo excepciones, quienes comparecen para otorgar escrituras públicas en nuestros protocolos son mayores de edad. Entendemos por tales a quienes han cumplido los dieciocho años (arts. 11126 y 128, Cód. Civil. Según ley 26.579.)

Se dice “salvo excepciones” porque es sabido que hay muchas que confirman la regla. El art. 131 del mismo Código plantea la emancipación por matrimonio. Si bien algunas de ellas quedaron sin efecto con la sanción de la ley 26.579⁵⁷, otras serían la capacidad que confiere el haber obtenido “título habilitante” en una profesión, par “ejercerla por cuenta propia....y administrar y disponer libremente de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ello” (art. 1128, Cód. Civil, según ley 26579) y la que tienen para determinados actos los menores impúberes. Estos casos, al no haber el sujeto logrado la “plena capacidad”, exigen del notario

⁵⁶ Si bien el art. 1001 del Cód. Civil obligaba (en la redacción originaria) y continúa obligando, en la redacción actual, a consignar en la escritura el estado civil y si las partes son mayores de edad, esos datos pueden ponerse en boca de los otorgantes, sin que sea necesario que lo asevere el notario.

⁵⁷ Ha dejado de existir la emancipación dativa, al igual que la que confería la celebración de contrato de trabajo en actividad honesta (antiguo art. 128, Cód. Civil)

un minucioso análisis acerca de si el acto a otorgar se encuentra dentro de las posibilidades de la persona, de acuerdo con su edad⁵⁸.

La Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061, le reconocen al niño derechos personalísimos que ejerce por sí mismo, en la medida de su madurez, sin necesidad de acudir a sus padres o al representante promiscuo⁵⁹.

2. Mayores Incapacitados. Paralelismo con El Testamento. Intervalos Lúcidos. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, desde su preámbulo, reconoce la importancia que para ellas reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones. El art. 12, establece que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida; asimismo consagra la obligación de los Estados parte de proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad y salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos.⁶⁰ Estas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, sin distinguir el momento en el que fueron expresadas (antes de la pérdida del discernimiento o cuando éste ya disminuido) y que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

La Convención nos habla del efectivo ejercicio de los derechos y no sólo de su titularidad.

58 Con relación al régimen existente antes de la sanción de la ley 26.579, ver el trabajo elaborado por la Comisión Central de Consultas del Colegio de Escribanos de la prov. de Buenos Aires y el Comité de Redacción de Revista Notarial que reseña la problemática (Revista Notarial, n° 925, p.638, y n° 926, p. 51)

59 Mizrahi, La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061, en García Méndez (comp.), "Protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes, pag.86.

60 Llorens- Rajmil. Op cit. Pág. 57.

C) La Libertad. Entre los vicios del consentimiento de cualquier acto jurídico no sólo están el de falta de discernimiento, sino también junto al de intención, el de libertad del otorgante (art. 900, Cód. Civil). El art. 938 establece que *“La intimidación no afectará la validez de los actos, sino cuando por la condición de la persona, su carácter, aptitudes o sexo, pueda juzgarse que ha debido racionalmente hacerle una fuerte impresión”*

Es probable que en la vejez o en la enfermedad la persona se encuentre limitada en su libertad, por el temor que le produce el contrariar la voluntad de los parientes cercanos o las de aquellos otros en los que se cree amparado en tan difícil situación. Resulta fácil que, en estos casos, estas personas puedan captar – voluntaria o involuntariamente- la voluntad del otorgante.⁶¹

5. Forma de los Actos de Autoprotección

La jurisprudencia se inclina a tener por válidas las decisiones previas que se prueben, cualquiera que se a la forma por la que se hayan expresado.⁶²

Sin embargo el único medio que las acredita fehacientemente es la escritura pública.

A la libertad de formas establecida como regla general por el Código Civil, para expresar la voluntad, se contrapone la exigencia de ciertas solemnidades impuestas para determinados casos. Cuando la emisión de voluntad se refiere a cuestiones de tanta trascendencia, y destinada a personas, no existe en el sistema jurídico argentino otro instrumento más adecuado que el notarial.⁶³

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² Por este motivo en el caso “S., M. d. C. Insania”, los jueces de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, se abocaron a la tarea de averiguar si se había probado cuál había sido, previo al suceso invalidante, la voluntad de la persona que a la época del fallo era, en términos bioéticos inconapetente(SCBA; 9/2/05. ED, 212-551)

⁶³Anso, y otros, Actos de Autoprotección. Directivas anticipadas, “Cuadernos de Derecho Notarial”, n° 6, p.70.

Pero en el caso del presente trabajo, consideramos viable la participación del abogado, en este caso será quién presente el escrito ante el juez. Tengamos presente que no existe acto notarial que no lo pueda hacer el abogado. De esto surge la necesidad de un “orden de control” que se encargue de verificar la capacidad y voluntad del otorgante del acto.

Reiterando sobre lo dicho personalmente, considero de relevancia prestar atención a “otras formas”, que lleven a la vía judicial. En este caso estimo que la “forma” sea por parte del abogado.

Debemos tener presente que este acto cobra total dimensión en el momento de aplicarse que es cuando la persona ya no tiene la posibilidad de hacer cumplir esa voluntad por sí misma, es cuando necesita que alguien lo haga por ella. De allí la incumbencia del abogado, con su asesoramiento personal, y legal adecuado que le permita que el otorgante exprese su voluntad y que haya un debido control, que el instrumento que lo haga, ya sea el escrito ante el juez sea eficaz para el caso.

Valoro fundamentalmente la actuación del abogado, que deberá interiorizarse de la voluntad de la persona que lo consulta para orientarla hacia la mejor forma efectiva de realizar su petición. Esta etapa previa a la instrumentación del acto es fundamental para lograr el objetivo buscado.

5.1 Incumbencias Profesionales

La formación académica da a los abogados da la posibilidad de desarrollarse en una infinidad de áreas, algunas más rentables que otras, ya sea en el ámbito privado, es decir en el ejercicio liberal de la profesión, en organizaciones de la sociedad civil, en empresas, asesorando en distintas áreas (laboral, comercial, internacionales, etc.), entre otras; O en el ámbito público, en la justicia, y distintos organismos estatales. También en la docencia, en sus distintos niveles, en lo

académico, la escritura, etc.- Además constantemente surgen nuevas dimensiones del mundo del derecho para explorar, estudiar y trabajar. Así por mencionar algunas, el derecho del consumidor y del medio ambiente por ejemplo eran cuestiones desconocidas hace una década, y hoy muchos abogados se especializan y trabajan en dichas áreas.-

Otro claro ejemplo es el tema objeto de nuestra tesis y cuestiones tributarias que eran reservadas a otros profesionales y sabemos hoy que estos temas están impregnados de cuestiones jurídicas y sociales que por ende deben ser tratadas por abogados.

Pero es necesario resaltar además la indudable función social del abogado, ya que al resguardar los derechos, garantías y bienes de la sociedad, han logrado grandes beneficios para la comunidad y en momentos difíciles de nuestra historia.

La Abogacía estuvo presente para defender la Constitución y la Institucionalidad, al Ciudadano y al Justiciable.- Ejemplos de esto fueron los casos “Siri” y “Kot” que dieron lugar a la acción de amparo en la Argentina.- La defensa a los presos por causas políticas y gremiales sin proceso, sujetos al plan de un Poder Ilegítimo. – Las innumerables presentaciones ante la justicia con gran abordaje, abriendo una vía de reclamo y logrando jurisprudencial en materia del “corralito” que le permitió a muchos argentinos –algunos en situaciones delicadas y hasta extremas- recuperar sus ahorros atrapados en él - La declaración de inconstitucionalidad de la LEY 25.873 llamada “ley espía”, entre otras; circunstancias todas estas que ninguna otra profesión, que se jactan de brindar seguridad jurídica o de estar en condiciones de asesorar jurídicamente, lo hayan hecho.- y estos son algunos de los aspectos que sirven de basamento en la

defensas de las incumbencias profesionales y que lo son en consecuencia de la defensa de las Instituciones, la vida, la dignidad, la libertad y la propiedad.-

Es nuestra obligación como sujetos activos de ejercer el derecho de defensa de los ciudadanos ya que nuestra principal misión está al servicio de la justicia, y es obligación del Estado garantizar los derechos de defensa de los ciudadanos y por ende el estado de derecho y no caer en el facilismo de que muchas veces con la finalidad de ofrecer mayor seguridad jurídica para la persona humana, para la familia y para la actividad económica, por tener una mayor celeridad en los procesos judiciales o bien descomprimir la actividad jurisdiccional, lo cual es muy importante que se logre, se nos olvida detenernos a observar si en verdad se respetan las garantías constitucionales (resguardando el derecho de defensa y el debido proceso legal constitucionalmente establecido). Y es aquí cuando cobran fundamental importancia la existencia de capacitaciones y especializaciones al alcance de los abogados y un abordaje conjunto con la sociedad toda.

6. La Registración

El 23 de diciembre del 2009, el Consejo Federal del Notariado Argentino creó el Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección, que permitirá brindar información segura sobre la existencia de un acto otorgado de Autoprotección en cualquier localidad del país. Se recopiló la siguiente información acerca de la creación de registros de actos de autoprotección en distintos colegios notariales: a) provincia de Buenos Aires en noviembre del 2004, en funcionamiento desde marzo del 2005; b) Santa Fe, 30 de mayo del 2006; en funcionamiento desde el 29 de setiembre de 2006 (2ª circunscripción); c) Entre Ríos, 1 de agosto de 2007, d) Chaco, 3 de diciembre de 2007;3) Córdoba, 18 de diciembre de 2007; f) San Juan, 13 de agosto de 2009; g) Ciudad Autónoma de

Buenos Aires, 19 de septiembre de 2009, para entrar en funcionamiento en enero de 2010; h) Salta, 18 de noviembre de 2009; i) Tierra del Fuego, 5 de diciembre de 2009; para entrar en funcionamiento en marzo de 2010, j) Santa Cruz, 10 de diciembre de 2009, para entrar en funcionamiento en marzo de 2010 y K) Catamarca, 15 de diciembre de 2009⁶⁴.

El registro en la provincia del Chaco fue reconocido tácitamente por la ley provincial 6212, cabe destacar que ninguno de ellos fue creado por ley alguna, pues no lo requiere.

Las leyes orgánicas de todos los colegios notariales tienen expresas atribuciones para adoptar resoluciones tendientes a lograr mayor eficacia en los servicios notariales.

Esto es un valioso soporte normativo que legitima la creación de los registros de actos de autoprotección en los colegios notariales de cada jurisdicción.

Esta creación se inscribe en los nuevos paradigmas constitucionales e internacionales sobre derechos humanos. Esto no impide esforzarse por la sanción de leyes provinciales y nacionales que respalden y promuevan la validez y eficacia de este instituto⁶⁵.

Los registros de autoprotección, de manera análoga a los registros de testamentos, protegen la reserva del caso⁶⁶.

El escribano interviniente luego del otorgamiento del acto, lo inscribe mediante la presentación una ficha que incluye los datos necesarios para

64 Lorenz- Rajmil: Op Cit, page 63.

65 Lorenz- Rajmil, Op cit, pag 63

66 Disentimos con quienes proponen un registro constitutivo (v.gr., Abbiati- Buenanueva- Naman- Urquizu, Algunas consideraciones sobre las declaraciones anticipadas de voluntad vital, JA, 2009-IV-994). No encontramos razón para que- como condición de validez- el acto tenga que estar inscripto. Además, cuestiones de privacidad podrían llevar al otorgante a no querer su registración, sino sólo su entrega a quien oportunamente deba presentarlo a quien corresponda.

identificar el documento, al otorgante y a las personas autorizadas por él para pedir informes.

En general esos informes se brindan mediando una solicitud judicial del propio interesado o de las personas a quienes el disponente autorizó.

Una reforma reciente de la reglamentación del registro de actos de Autoprotección de la provincia de Santa Fe, a las que últimamente se adhirieron las provincias del Chaco, y de Buenos Aires, determina que en la inscripción debe consignarse si se incluyen o no disposiciones en materia de salud-las que pueden transcribirse, si media expresa autorización del otorgante – y que brinden informes a pedido de los establecimientos sanitarios. Esta modificación, que está siendo receptada en los reglamentos de los registros actualmente existentes, busca maximizar la celeridad y eficacia de la información requerida en materia de salud⁶⁷.

7. Consideraciones Finales

Vemos que dentro del desarrollo de este capítulo se trataron temas relevantes relacionados con los actos de autoprotección en total relación con los deseos, las necesidades, las circunstancias, las preocupaciones y las realidades de cada persona, destacando aquellas disposiciones frecuentes que hacen referencia a la vida cotidiana, a los bienes, a la designación de propio curador y a la salud. En todas estas disposiciones se tuvo presente la calidad de vida, las disposiciones patrimoniales, la posibilidad de prever la figura del propio curador y las directivas en materia de salud y su consentimiento informado.

Frente al aumento en número de los profesionales del derecho, cada vez que aparece la posibilidad de que las incumbencias profesionales de la abogacía se

⁶⁷Llorens- Rajmil. Op Cit, pág 64.

vean reducidas, o se mezclen con otras profesiones se genera en nosotros un gran temor.

¿Qué será de los profesionales del derecho, si a la vez que nos multiplicamos en cantidad, vemos reducidas nuestras incumbencias y por ende nuestras posibilidades de trabajo?, nos preguntamos.-

Capítulo 3

Contenido del Derecho de Autoprotección

Sumario: 1. Introducción.- 2. Contenido de los actos de autoprotección
2.1 Disposiciones sobre los bienes.- 2.2 Disposiciones sobre las personas.-
2.3 Otras disposiciones- 3. Formas de instrumentación.- 4.-Práctica del
derecho de Autoprotección.- 4.1- Disposiciones y estipulaciones para la
propia incompetencia.- 4.2- Estipulaciones para la propia incapacidad y
designación de curador.- 4.3- Disposiciones ante una eventual deficiencia
mental, intelectual o sensorial, definitiva o transitoria.- 5. Consideraciones
Finales.-

1- Introducción

La prolongación natural, y aún artificial de la vida merced a los avances científicos motivó en la comunidad la necesidad de proyectar la propia vida, más allá de la salud, en otros aspectos cotidianos referidos a su bienestar moral y material -incluidas las cuestiones de salud- como así a participar en la elección de su “guardador”, “tutor.

Es de vital importancia ampliar el espectro de ideas para enriquecer este campo, tan escueto e importante, para así poder dar respuesta a las inquietudes y deseos lícitos de la sociedad y es por ello que en este capítulo analizaremos el contenido de los actos de autoprotección, para luego desarrollar la práctica y finalizaremos con ejemplos de actos de autoprotección para materializar todo lo expuesto.

Para adentrarnos en el tema del contenido es de vital importancia no olvidar que un acto de autoprotección es un proyecto de vida de una persona y por tanto no podemos pretender un modelo, un esquema base, cada uno de ellos es único e irrepetibles; si puede suceder que coincidan los temas incluidos en un acto de autoprotección pero no por ello le quita la característica de originalidad.

2- Contenido de los actos de autoprotección.

¿Qué puede incluir un acto de autoprotección?

Las directivas anticipadas pueden versar sobre un sin número de campos pero a manera práctica y para una mejor comprensión lo dividiremos en dos grandes grupos:

2.1 Disposiciones sobre las personas.

Dentro de esta categoría las cláusulas mas frecuentes (según la practica cotidiana) pueden referir:

- A la vida cotidiana: gustos, preferencias, deseos, recomendaciones en cuanto al trato cotidiano que desean recibir.
- A la salud: aceptación o rechazo de tratamientos invasivos, directivas respecto a la donación de órganos, contratación que una obra social determinada.
- A la curatela: elección de la persona que desea como eventual curador⁶⁸ o rechazo de determinada persona para ser curador, instrucciones especiales para el eventual curador.

2.2 Disposiciones sobre los bienes.

En este campo las cláusulas mas frecuentes pueden referir:

- Enunciación del activo que integra el patrimonio del otorgante
- Enunciación del pasivo
- Disposiciones para el manejo de determinados bienes que por su naturaleza requieran un tratamiento especializado-
- Designación de personas de su confianza para administrar o disponer de su patrimonio o parte de el.

⁶⁸ En este punto recomendamos tener presente el Arte 398 del Cod. Civil que establece quienes no puede ser tutores.

2-3. Otras disposiciones.

También puede observarse como campo distintivo la inclusión de disposiciones para ser ejecutadas inmediatamente después de la muerte del otorgante siempre que no sean respecto a los bienes puesto que en nuestro derecho dichas directivas deben instrumentarse en testamento válido. Como ejemplo de estas podemos mencionar:

- Elección del cementerio donde el otorgante desea reposen sus restos.
- La voluntad de ser cremado, y no solo esta sino la designación de la empresa crematoria.

3-Formas de instrumentación

Respecto a la práctica del derecho de autoprotección el único medio hoy utilizado para volcar estos proyectos de vida de la persona es la escritura pública, pero no es el único medio idóneo, habilitar la vía judicial por medio de un abogado inscripto en la matrícula es otra vía que ofrece innumerables ventajas ya que en rigor de verdad no existe ningún acto que realice el escribano que no pueda ser llevado a cabo por un abogado en sede judicial. En apoyo a esta teoría podemos advertir algunas de las diferencias entre estas profesiones y de las que podemos inferir las ventajas de la vía judicial: El juez aplica el Derecho en nombre del estado, resuelve conforme a derecho, dicta un pronunciamiento por el estado, legitima, da plena eficacia, no está limitado a dirimir contiendas, da certeza a un pretendido derecho o legalidad a una actuación a requerimiento de parte, el juez es espectador, es independiente (garantizando la imparcialidad que debe tener un juez natural), en otras palabras la vía judicial garantiza el derecho a toda persona a un juicio justo, responde al debido control de legalidad, garantiza

mejor los derechos de terceros, ofrece mayor seguridad jurídica, garantizaría una economía procesal; En cambio el escribano no tiene la independencia de un juez, la habilitación profesional del escribano no lo habilita a actuar como jueces de jurisdicción voluntaria, elige su sede de actuación, sus empleados, sus horarios de atención, la retribución, el Estado no es su superior jerárquico, el estado no le imparte instrucciones sobre la redacción de Escrituras, es diferente el régimen de responsabilidad del Estado y de los notarios frente al cliente entre otras.

Ya sea que se opte por la escritura pública o la vía judicial se requiere de los profesionales a cargo (escribanos o abogados) al momento de realizar el acto que concrete audiencias previas con el otorgante. Estas son importantes para conocer la verdadera voluntad del otorgante, pueden ser llevadas a cabo solo con el requirente o con él y otras personas allegadas, la prudencia indica que se realicen varias entrevistas y que al menos una sola de ellas sea a solas con el interesado para así garantizar la libre voluntad y descartar que la misma este condicionada o exista incidencia por parte de sus allegados, todo esto sin perjuicio de un control posterior.

Se sugiere también que en el acto de autoprotección se haga efectiva petición de la inscripción del mismo en el registro de actos de autoprotección⁶⁹; que se indique a las personas autorizadas a pedir testimonio de los mismos.

4- Práctica del derecho de autoprotección.

Expondremos a continuación ejemplos de actos de autoprotección que abarca todo lo desarrollado anteriormente.⁷⁰

⁶⁹ Registro que funciona dentro de la esfera del colegio de escribano de Rosario y que comenzó a funcionar el 29 de Septiembre de 2006.

⁷⁰ Elaborado con material de la comisión de Autoprotección del Consejo Federal del Notariado Argentino, y el instituto de Derechos de Integración (IDeI) del Colegio de Escribanos de la provincia de Sta. Fe 2ª circunscripción)

4.1 Disposiciones y estipulaciones para la propia incompetencia.

Francisco Frontón, argentino, nacido en Rosario el 20 de Mayo de 1954.

Intervención: interviene por sí. Y el compareciente expresa: A) que se encuentra en pleno uso de su discernimiento, y que, en ejercicio de su inalienable libertad, ha delineado su plan de vida para el futuro, por lo que este acto es el resultado de un proceso de formación de su voluntad. B) que otorga este acto en previsión de que una eventual deficiencia mental, intelectual o sensorial, definitiva o transitoria a largo plazo, le impida o dificulte en modo grave dirigir su persona o administrar sus bienes. C) que fundamenta el derecho a otorgar el presente acto, en lo dispuesto en los principios y normas de nuestra Constitución Nacional y los tratados a ella incorporados –Art. 75, inc. 22 y en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁷¹, aprobada por Ley Nacional 26.378, en cuanto obliga a respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, incluidas las que tengan deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales. D) y que en consecuencia dispone: PRIMERA (disposiciones para la vida cotidiana): a) que quiere seguir viviendo en la casa que actualmente habita. b) que desea le provean de una dieta equilibrada y saludable que le permita mantenerse en el peso que generalmente tuvo. c) que le provean atenciones estéticas a las cuales está acostumbrado como, peluquería y podología en la frecuencia que sea necesaria para verse prolijo y cuidado. d) que lo mantengan aseado, vestido y calzado conservando el estilo que tuvo durante toda su vida, que es el que le agrada y lo hace sentir cómodo. e)- que mantengan la higiene en la casa donde habita. f)- que le entreguen los días sábados el diario “La Capital”. g)- que le provean los medios para recibir sus visitas y concurrir al bar “El Cairo” con sus amistades como lo hacía frecuentemente. h) que lo lleven los

⁷¹ Aprobada por Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 61/106

días domingos al cementerio a llevarle flores a su esposa. i) que resguarden a sus mascotas y le permitan seguir viviendo allí con el en su casa.

SEGUNDA (disposiciones para la salud): a)- que de tener que internarse sean las personas designadas como futuros curadores las encargadas de dar el consentimiento debido. b)- que sea atendido por su medico de cabecera Dr. Carlos Coma o ante la imposibilidad de este al que el mismo designe. c)- que no se le prolongue artificialmente la vida con prácticas o tratamientos que impliquen sufrimientos y que, por lo tanto prohíbe toda técnica o tratamiento invasivo que no conlleve perspectiva de mejora cierta, especialmente en el caso que le diagnosticara enfermedad terminal; que acepta recibir en tal caso solo cuidados paliativos de dolor ya que es su deseo morir con integridad. d) de ser imprescindible recurrir a institutos geriátricos para su internación que lo hagan en el “geriátrico Plaza” de lo contrario solicita se evite. e)- que es donante de órganos.

TERCERO (disposiciones relativas a la curatela). a) que rechaza la eventual designación que por derecho corresponde en la persona del hijo Manuel Frontón nacido en Rosario el 12 de Mayo 1980, de en la sustanciación del proceso de declaración de incapacidad ya que si bien es su único descendiente por no tener otros hijos ni hermanos y por estar sus padres fallecidos, ha recibido de este durante años maltratos, conductas ingratas incluso abandono no teniendo en la actualidad relación alguna, desconociendo el Sr Francisco el paradero actual de su hijo. b)- que designa a María del Carme González titular del D.N.I 11.324.894 para que desempeñe los cargos de curador provisorio primero y de curador definitivo después y que para el supuesto que no pudiera o quisiera ejercer el cargo se designe a Mercedes Salvame DNI 10- 634. 897.

CUARTA (disposiciones relativas al patrimonio): a)- que es su deseo que la persona que eligió de curador administre y disponga de sus bienes en la misma forma y con la misma actitud con que el estipulante lo hubiera hecho. b) que declara como integrante de su activo los siguientes bienes: inmueble inscripto al folio real matricula N° 2345, cito en calle Maipú al 3000 de la ciudad de Rosario Pcia. de Sta. Fe; caja de ahorro N° 139856/86 en el Nuevo Bco. Provincia de Sta. Fe y que percibe mensualmente una pensión de \$ 1500 que es depositada en la caja de ahorro mencionada. c) que se opone a la venta de su actual casa-habitación salvo casos de extrema necesidad. d) que autoriza la utilización de los fondos de su casa de ahorro para mantenimiento de su persona y sus necesidades básicas. e) que en caso de vender la propiedad pida asesoramiento a profesionales idóneos.

QUINTA: (disposiciones relativas a su cuerpo). a) que una vez verificado se fallecimientos sus restos sean cremados y que sus cenizas sean esparcidas en el estadio Marcelo Bielsa (cancha de NOB); y autoriza María del Carme González a contratar los servicios de cremación mas conveniente.

SEXTA: (disposiciones finales): a) que en el supuesto de iniciársele algún tipo de proceso judicial tendiente a decretar su inhabilidad o incapacidad cualquiera fuera la causa es su deseo que se respete su voluntad contenida en este acto. b)- que agradece a todos quienes den o colaboren a dar cumplimiento a estas disposiciones. c)- que solicita al autorizante la inscripción de esta escritura en el registro de Actos de Autoprotección que funciona en la esfera del colegio de escribanos de Rosario.

4.2 Estipulaciones para la propia incapacidad y designación de curador

En Junín, partido del mismo nombre, provincia de Buenos Aires, comparece quien se identificó y expresa sus datos así: Carlos Ramón Juárez,

argentino, nacido en Alem (Buenos Aires), titular del documento nacional de identidad 13.234.418, hijo de Mauricio Juárez y de Filomena Panto, casado en primeras nupcias con María Pérez, domiciliado en Juan Manuel de Rosas N° 1367 de esta ciudad. EXPONE: 1) Que no ha tenido descendientes y que ya han fallecido todos sus ascendientes. 2) Que se encuentra en pleno uso de su sano juicio y lucidez espiritual. 3) Que, sin embargo, los achaques de su edad le impiden atender a sus intereses patrimoniales como sería necesario. Especialmente, desde la enfermedad que aqueja a su esposa, María Pérez, se encuentra imposibilitado de concurrir como debería a su campo “La esperanza”, sito en el cuartel quinto de este partido. 4) Que, por ese motivo, junto con su nombrada cónyuge, en el día de hoy y al folio 37 de este registro notarial, confirió a su sobrino político Pablo Treccor, también vecino de este pueblo, un poder general amplio de administración y disposición de todo su patrimonio. 5) Que esta decisión la ha tomado junto con su cónyuge, pues no tiene duda alguna de la honestidad con que se rige Pablo Treccor en todos sus actos, la prudencia con que maneja todos sus asuntos y la preparación que adquirió en sus estudios hechos en la ciudad de Buenos Aires, con la ayuda económica del dicente y de su cónyuge, que llevaron a quien hoy apoderaron a recibir el título de ingeniero agrónomo. 6) Que, por otra parte, Pablo Treccor, desde su regreso a este pueblo ha demostrado su reconocimiento para con el dicente y con su tía, María Pérez, dispensándole todo tipo de cuidados, especialmente, desde la enfermedad de ésta última. Por su profesión conoce el manejo de la administración del patrimonio del dicente, constituido primordialmente por el mencionado campo “La esperanza”. 7) Que, por ese motivo, aclara por este medio que ha solicitado a su sobrino que continúe en el ejercicio del poder que hoy le otorgó hasta que él cese ineludiblemente por alguno de los motivos de ley. 8) Que para la eventualidad de que el dicente se

encuentre incapacitado para cuidar de sus bienes y de gobernar su persona a causa de una enfermedad, de un accidente o, simplemente, vejez, ruega al mencionado Pablo Treccor que solicite la apertura del juicio tendiente a declarar su insania o sólo su inhabilidad, conforme con el artículo 152 bis del Código Civil. 9) Que para estos supuestos designa al mencionado Pablo Treccor para que desempeñe los cargos de curador de sus bienes, primero, y luego de curador definitivo. 10) Que esta decisión la toma a pesar de que sabe que en el régimen legal de la curatela no está prevista la designación de curador por el propio futuro y eventual insano. Pero que el derecho de hacerlo es innegable si se tienen en cuenta las previsiones del artículo 383 del Código Civil, y el artículo 479, siempre de ese cuerpo legal.⁷² También cree aplicable la Convención Internacional de los Derechos Humanos. Por lo que el derecho del compareciente a efectuar esta declaración de voluntad con fuerza obligatoria tiene raigambre constitucional (artículos 33 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional). (4 agregar estos arts.) 11) Que descarta para el ejercicio de ese cargo a su cónyuge María Pérez, por hallarse ella incapacitada de desempeñarlo. También porque carece de experiencia para el manejo del patrimonio familiar. Todo lo dicho sin mengua del extraordinario cariño que le profesa y que manifiesta en los cuidados que, en la actualidad, le está prestando en la dura enfermedad que padece. 12) Que, tanto para el ejercicio del poder como para el ejercicio eventual de la curatela, instruye a su querido sobrino pablo Treccor para que, en lo posible, no se desprenda del establecimiento “La esperanza”. También para que, dentro de lo posible, mantenga como encargado del campo al señor Seguro Quedates, que durante más de cuarenta años se ha

⁷² Art 383: El padre mayor o menor de edad, y la madre que no ha pasado a segundas nupcias, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar por testamento, tutor a sus hijos que estén bajo patria potestad puede también nombrarlo por escritura pública para que tenga efecto después de su fallecimiento.

Art- 479: En todos los casos en que el padre o madre pueden dar tutor a sus hijos menores de edad, podrán también nombrar curadores por testamento a los hijos mayores de edad, dementes o sordo-mudos.

desempeñado en el cargo fielmente. Que para la eventualidad de que el mencionado Seguro Quedates se jubile o deba abandonar las tareas laborales, le permita seguir viviendo donde actualmente lo hace, en su campo, en forma gratuita. Además que se le brinde la provisión de alimentos que actualmente recibe como complemento de la retribución por su labor. 13) También ruega que, en lo atinente a la explotación del monte natural de dicho campo, siga las pautas que resultan de los estudios efectuados en el año 1999 por el propio Pablo Treccor, aquella vez con la colaboración de su colega Mario Armendero. De ese estudio resulta la cantidad de madera y la clase que por año se puede extraer sin daño ecológico. 14) Todas las instrucciones precedentemente vinculadas con el manejo del patrimonio del compareciente, en especial las vinculadas con el campo “La Esperanza” y su personal, no pasan de ello, esto es, de meras instrucciones de las que el apoderado podrá apartarse con total libertad cuando su habitual prudencia así lo indique. 15) Para cualquier supuesto en el que el otorgante pierda transitoria o definitivamente la posibilidad de atender y de decidir los cuidados médicos que ha de recibir, será también Pablo Treccor el que ha de tomar libremente las decisiones por el compareciente, ya sea en su carácter de curador o de apoderado especial a ese fin, poder que le otorga por este medio. En el ejercicio de ese poder deberá establecer la oportunidad y el lugar de la internación del poderdante, tanto en caso de accidentes como de enfermedades de cualquier tipo que afecten su normalidad psicofísica, la aplicación o rechazo de cirugías de todo tipo, así como también el cercenamiento de algún miembro o trasplante de órganos y la supresión de cualquier tratamiento que implique una prolongación de la vida en condiciones vegetativas o de crueldad manifiesta o sin posibilidades de recuperación en condiciones de normalidad. 16) Para el supuesto de fallecimiento del otorgante de este documento presta conformidad con la ablación de sus órganos que aún sean

útiles a alguien, a pesar de la avanzada edad del dicente, con la única condición de que esa ablación sea autorizada, luego de cumplirse los requisitos de ley, por el médico personal del dicente, o por el doctor Hermenegildo Victorio Depopolo, con domicilio en Vera Cruz 3030; También, en caso de estar ausentes o no poder prestar esa conformidad los nombrados anteriormente, lo podrá hacer el doctor Raúl Definito, con domicilio en Yapeyu 1294. Si ninguno de estos profesionales autorizase la ablación, ha de considerarse que el dicente no la permite.

4.3 Disposiciones ante una eventual deficiencia mental, intelectual o sensorial, definitiva o transitoria.

En la Ciudad de Piamonte, Provincia de Santa Fe el día 13 de diciembre de dos mil nueve ante mí Olmos Ana Paula, Escribana Nacional, Titular de este Registro número 649, comparece la persona que se identifica como Néstor Polonio a quien considero hábil para este otorgamiento. Doy fe de conocimiento del compareciente en los términos del artículo 1001 del Código Civil por haberlo individualizado. Interviene: por sí. Y el compareciente dice: exposición. Que es de estado civil casado en primeras nupcias con Elizabeth Marguero, con quien contrajo matrimonio civil el día 12 de setiembre de 1960 y religioso el día 13 de Septiembre del mismo año. Que de dicha unión nacieron su hijo Milton Polonio, el día 12 de julio de 1963, fallecido el día 15 de Mayo de 1990 y su hija Estefanía Polonio el día 16 de marzo de 1970 de la que se mantiene distanciado y quien, a su vez, tampoco visita regularmente a su madre, ni aun en su día. Que lamentablemente su esposa se encuentra internada desde el día 13 de Noviembre de 2000 en “Clínica del Litoral” y ha sido declarada incapaz en los términos del artículo 141 del Código Civil con fecha 7 de junio de 1996, habiéndosele designado curadora definitiva a su sobrina Clara Páez, hija de su hermana Natalia Marguero, en los autos número 1244/99 caratulados “Marguero Elizabeth D.

s/Insania” que tramitan ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil número 1, a cargo de la Jueza Rocco Melina, Secretaría Única, en los que la referida curadora aceptó el cargo con fecha 10 de Junio de 2000 . Que el resto de su familia está conformada por sus hermanas, la nombrada Natalia Marguero y Teresa Marguero, de avanzada edad y varios sobrinos, entre ellos la indicada sobrina. Que hoy que se encuentra sano, en el pleno uso de sus facultades mentales, le preocupa una eventual enfermedad, accidente o simplemente la mayor edad que puedan incapacitarlo transitoria o definitivamente, física o psíquicamente. Que en el último supuesto teme sea declarado inhábil o incapaz en juicio y en oposición a sus deseos y sentimientos se le designe como asistente o curadora definitiva, según el grado de incapacidad, a su hija Estefanía Polonio, que a) hace mucho tiempo que no lo frecuenta, prácticamente desde que abusando de su confianza retiró en su exclusivo beneficio dólares dieciséis mil, dinero que había ahorrado en su cuenta de caja de ahorros abierta a nombre de ambos en CITIBANK Sucursal 17; b) desde entonces intentó en dos oportunidades mantenerlo internado en la residencia geriátrica “Clínica del Litoral” con domicilio en calle Cochabamba número 345, en esta Ciudad, en la que reside su esposa; c) en la primera oportunidad permaneció internado unos meses en el año 2001 en razón de una infección en boca y garganta; d) en la segunda ocasión estuvo internado 8 meses so-pretexo de una demencia senil que también invocó en una carta a otra sobrina, con residencia en San Miguel de Tucumán, a quien le escribió sobre su atrofia cerebral que, a su vez, agravaba su demencia senil; e) casada con Renato Ulio, se divorció a fines del año 1996, no obstante lo cual él mantiene buenas relaciones con su ex yerno, a quien a principios del año 1997 le hizo un préstamo de diez mil dólares que éste reintegró puntualmente, pero a través de la ex esposa, su hija, quien nunca se los entregó, como así tampoco le

devolvió otros seis mil dólares que le prestó en forma personal; f) no obstante saber que su madre depende del cariño y la asistencia de su sobrina se presentó en los autos individualizados acusándola de no controlar la asistencia de su tía en el geriátrico y de no visitarla como así peticionó para que se la intimara a rendir cuentas por el cobro de la pensión que recibe por el fallecimiento de su hijo de seiscientos seis pesos, importe que no alcanza para satisfacer el alojamiento de su esposa en el geriátrico que actualmente asciende a ochocientos sesenta y tres pesos mensuales, sin contar los gastos por remedios; y g) en el juicio de insania de su esposa no se presentó ni actuó en ningún momento durante su sustanciación, desentendiéndose de la suerte de su madre salvo su exigencia de rendición de cuentas ya relacionada y en tales actuaciones el cargo de curadora definitiva fue discernido a favor de la sobrina con el informe favorable de la asistente social de la curaduría y la curadora oficial. Que en aras de lograr tranquilidad, con el objetivo de planificar un futuro más seguro, en la fecha ha requerido mi intervención para otorgar un poder suficientemente amplio a favor de sus sobrinos... y..., de quienes está seguro colaborarán para una buena administración de sus pocos bienes que le posibilite satisfacer sus necesidades mínimas y de quienes desea intervengan para posibilitar la venta de su vivienda previa obtención de la autorización judicial que le permita utilizar el cincuenta por ciento del precio para comprar el bien de reemplazo de menor superficie suficiente para él y depositar el otro cincuenta por ciento con destino al pago del alojamiento de su esposa de tal manera de liberar el monto de la pensión para afectarlo a satisfacer los pequeños gustos y simples necesidades de la beneficiaria, incluida la ropa. Que desea especificar que todos sus bienes se reducen a la jubilación que asciende a pesos mil novecientos ochenta y tres en mano y la casa departamento en la que vive con más la pensión que recibe su esposa. Que es su deseo que los apoderados

continúen en el ejercicio de su gestión aun cuando él se incapacite y, en todo caso, el poder se mantenga vigente hasta que se extinga por resolución judicial.

Estipulación. Conocedor de los términos del artículo 1963 del Código Civil que prevé la extinción del mandato en el supuesto de incapacidad del mandante para el supuesto de que se le dé esa eventualidad, a causa de vejez, enfermedad o accidente solicita: a) a su sobrina Clara Páez, hija de su hermana Natalia Marguero y Rubén Páez, titular del DNI 20.3467.912, nacida el 09 de Febrero de 1977, casada en primeras nupcias con Walter Testo, domiciliada en calle Alem 322, y, para el caso que ella no pueda o no quiera, a su sobrino Franco Páez, titular de 22.322.111, nacido el 27 Junio de 1979, hijo de Natalia Marguero y de Rubén Páez, soltero, domiciliado en calle Los Toldos 892, ambos vecinos de esta Ciudad y argentinos, que inicien y prosigan el juicio tendiente a declarar su incapacidad en los términos del artículo 141 del Código Civil o sólo su inhabilidad en los términos del artículo 152 bis del mismo cuerpo legal; b) al señor juez que intervenga en la causa que designe curadora provisoria, ad litem, y posteriormente definitiva a su mencionada sobrina y, en su defecto, a su mencionado sobrino. Que fundamenta su pedido en los artículos 383 y 479 del Código Civil por los que los padres pueden designar tutor para sus hijos menores y curador para los hijos mayores incapaces y en el respeto a la dignidad e intimidad personales reconocidas en nuestra Constitución Nacional en el artículo 33, y a partir de la Reforma de 1994, en el artículo 75 de esa Carta en su inciso 22 que confiere jerarquía constitucional, superior a la de las leyes, a los tratados concluidos en el ámbito internacional y en especial a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño aplicable a los mayores incapaces por la remisión que hace el

artículo 475 del Código Civil, normativa que garantiza al hombre y al niño el derecho a ser consultados y escuchados en todo aquello que les afecte cuando resulte posible. Que instruye a quien resulte su curador: I. Con respecto al cuidado y manejo de sus bienes para que: a) destine el importe de la jubilación de la que es titular y de la pensión que cobra su esposa al pago de su alojamiento en “Clínica del litoral” o en institución geriátrica de similares comodidades y, si existiese un excedente, a la satisfacción de sus demás necesidades y los pequeños placeres de ambos; b) obtenga autorización judicial para vender su vivienda si no lo ha hecho ya, depositar el precio que obtenga en una cuenta a premio y destinarlo al pago de los gastos que se originen por el buen vivir en el geriátrico de él y de su esposa, incluidos muy especialmente una buena alimentación y los tratamientos paliativos que cualquiera de ambos necesiten. Agrega: Que faculta para obtener copia de esta escritura a las personas aquí nombradas como eventuales posibles curadores; Que, en razón de la ausencia de publicidad existente en esta Ciudad, solicita de la autorizante inscriba en el Registro de Actos de Autoprotección de la Provincia de Santa Fe noticia de este otorgamiento y de las personas autorizadas a su consulta como así del contenido de esta escritura. II. Con respecto a su persona elige dejar esta vida, acompañado y cuidado, vivir serenamente sus últimos años, con dignidad y en paz, preservado de dolores físicos o sufrimientos espirituales que puedan paliarse médicamente, sin ser sometido a tratamientos inútiles que alarguen impiadosamente su agonía cuando llegue la hora de partir o conectado a medios artificiales de reanimación de las funciones cardio-respiratorias en estados comatosos irreversibles o vegetativos persistentes, rechaza su internación, derivación y aislamiento en la unidad de terapia intensiva y para el supuesto de duda en cuanto a los tratamientos a recibir, ellos deberán ser consentidos en forma expresa por la o el curador quien recibirá de los facultativos la información

destinada al paciente que prevé el artículo 19 de la ley N° 17.132 de ejercicio de la medicina. Continúa el requirente: a) Que es su bien deliberada y actual voluntad todo cuanto ha dispuesto en esta acta como así la designación de las personas previstas en razón del cariño que los une y el cuidado que ambos le brindan y con respecto a la primera el amor demostrado en la atención a su esposa; b) Que es su firme deseo que su voluntad sea respetada aún cuando su hija se oponga. .

4) Disposición para la propia eventual incapacidad otorgada por escritura número 3. En Zárate, provincia de Buenos Aires, República Argentina, el día siete de Octubre de 2003 ante mi, Notaria, Titular de este Registro número 19 comparece la persona que se identifica Emilia Poncio titular del D.N: I 19.345.654 nacida el día el 11 de Abril de 1960, hija de Rafael Poncio y de Lucia Cosa, soltera, con domicilio en Avellaneda 1465 de esta ciudad y argentina. Interviene por sí. Y la otorgante dice: exposición de propósitos: Que, en ejercicio del derecho de autoprotección, requiere mi intervención a fin que recoja en escritura pública su bien deliberada voluntad respecto de cómo desea que transcurra su vida, para el supuesto de una eventual incapacidad psíquica que le dificulte decidir sobre su persona y sus bienes, o una imposibilidad física que le impida comunicar su voluntad. Que hoy, que se encuentra en pleno ejercicio de sus facultades mentales y físicamente bien, recurre a la escritura pública con el fin de lograr un documento fehaciente e indubitable que evite conflictos en el futuro y que sea vinculante para sus familiares, sus amigos y para el juez que, en su caso, intervenga, a quienes desde ya agradece toda actividad tendiente a facilitar la concreción de su voluntad. Exposición: Que como queda dicho se llama Emilia Poncio titular del D.N: I 19.345.654 nacida el día el 11 de Abril de 1960, hija de Rafael Poncio y de Lucia Cosa, hoy fallecidos, hija única. Que no contrajo matrimonio ni tuvo hijos. Acepto el requerimiento persuadida del interés legítimo de la requirente y de su plena

capacidad para instar el acta, no sólo por los argumentos expuestos, sino también por las conversaciones mantenidas en las audiencias previas a la presente, en que se ha expresado con claridad en cuanto a sus propósitos. Disposición: I) Que en ejercicio de la autonomía de la voluntad y de los derechos personalísimos de los que es titular, de conformidad a la interpretación armónica que debe darse a los artículos 383, 479 y 475 del Código Civil y la doctrina que surge de la correcta lectura de los artículos 33 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, este último en cuanto reconoce jerarquía constitucional a los tratados concluidos en el ámbito internacional, en especial la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño: 1) en el supuesto de su incapacidad -artículo 141 del Código Civil- o inhabilitación -artículo 152 inciso 2 del mismo cuerpo legal-, no desea que se designe como curador provisorio al abogado de la matrícula que prevé el apartado 1 del artículo 626 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, decisión que está convencida tiene derecho a ejercer; y 2) es su deseo quedar al cuidado de la persona de su amistad Filomena Pietrani titular del Documento Nacional de Identidad número 19.888.999 , con domicilio real en Pasco 2345 de esta ciudad. En el supuesto que el señor Juez competente deba nombrarle curador provisorio, curador definitivo o asistente, designe a la nombrada a esos efectos. Para el caso que aquella no pueda o no quiera aceptar, designe Sixto Teglia titular del Documento Nacional de Identidad número 18.326.005 domiciliado en calle Mitre 4308 de esta ciudad. Que fundamenta la elección realizada: a) en la asistencia solícita que recibe de los nombrados, el primero de ellos Administrador de sus posesiones rurales desde octubre de 1987; y b) en la certeza que cualquiera de ellos extremará esfuerzos para atender su voluntad, lo que, a su vez, le proporciona tranquilidad frente a su preocupación

sobre una eventual incapacidad transitoria o definitiva, por enfermedad, accidente o simplemente la vejez. II) Que a los efectos de facilitarles el desempeño a los nombrados indica que: 1) Su deseo es vivir en su actual domicilio indicado en el comparendo mientras sea posible y, ante la imposibilidad absoluta de ello, ser trasladada a un hogar para personas de mayor edad de alto confort, en el que pueda mantener la misma calidad de vida que lleva actualmente. 2) Se opone a la venta de su casa-habitación, si el poseerla es un requisito exigido en el hogar para su permanencia en él. 3) En el caso que deba dejar su domicilio las personas designadas se harán cargo de su desocupación y dispondrán el destino de los bienes. 4) Todos los gastos que se originen por su asistencia serán solventados con su jubilación, los importes depositados en Banco Francés, Sucursal central en cuenta de ahorro número 3445544544567, de la que es titular y con el resultado de la explotación de los inmuebles rurales de su propiedad. 5) Se encuentra afiliada a la Obra Social a cargo del Hospital Central con el número 12897565 carácter que desea seguir revistando ininterrumpidamente mientras tenga vida, para lo que sus guardadores deberán abonar puntualmente las cuotas sociales correspondientes. 6) Para cualquier problema de salud y su atención médica deja establecido que deberá ser consultado su médico de cabecera, Doctor Cabrera Rinaldo, con consultorio en calle Las Heras 234, en esta ciudad, quien, como si fuera ella misma, dispondrá, si se encuentra impedida, sobre los tratamientos que ha de recibir en caso de enfermedad o accidente de tal manera que no se le prolongue la vida artificialmente o con sufrimiento, ya que su deseo es llegar al final del camino como ha vivido, en forma digna e íntegra. Para el supuesto que el nombrado cese en el ejercicio de la medicina o el pre fallecido desea que actúe en su lugar y en base a las mismas instrucciones el profesional que resulte atenderla en ese momento como clínico. 7) Antes que la prolongación de la vida, prefiere la

aplicación de todos los calmantes que sean necesarios para evitar su sufrimiento físico. 8) En el caso de producirse su fallecimiento solicita que Juan Carlos Muri titular del DNI 30.876.343, se encarguen de todo lo relacionado con los trámites necesarios para su cremación y para que sus cenizas sean arrojadas al mar 9) No es donante de órganos. 10) Faculta para obtener copia de esta escritura a las personas aquí nombradas como eventuales posibles curadores. 11) En razón de la ausencia de publicidad existente en esta Ciudad, solicita de la autorizante inscriba en el Registro de Actos de Autoprotección de la Provincia de Buenos Aires noticia de este otorgamiento y de las personas autorizadas a su consulta como así del contenido de esta escritura. III) Que faculta para obtener copia de esta escritura a las personas aquí nombradas como eventuales posibles curadores. Cierre instrumental.

5. Consideraciones Finales

Todo lo expuesto sobre los aspectos prácticos del contenido del derecho de autoprotección, los modos de instrumentación y los modelos ejemplificativos denotan la magnitud de este nuevo instituto y las respuestas que ofrece a la población para la satisfacción de sus necesidades, y por ende la necesidad de compromiso para avanzar en él.

“Cuando una forma social o jurídica aparece y reaparece con pertinacia en el curso de la historia, es seguro que responde a una realidad humana profunda, que podemos compartir o no, apreciar o no, pero que debemos reconocer dotada de auténtica fuerza”⁷³

⁷³ Sebastián Soler en “La interpretación de la ley”

Capítulo IV

Conclusiones y Propuestas

Sumario: 1. Conclusión. -2. Propuestas.

1. Conclusión

Al finalizar este trabajo, podemos decir que en su recorrido se trataron temas relacionados con los Derechos Civiles y Políticos, atendiendo al Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, tratando entre otros la persona humana, la dignidad personal, la integridad del hombre, el derecho a la vida. En el primer capítulo se tuvo en cuenta el desarrollo de los Derechos Sociales, atendiendo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. En este punto se desarrollaron, el derecho a la Salud, la seguridad social, el derecho a la educación y la cultura.

En este desarrollo se hizo referencia a las características principales del Derecho de Autoprotección, dónde se trataron temas relacionados con la denominación del instituto, las disposiciones patrimoniales, la posibilidad de prever la figura del propio curador, y el planteo de las directivas anticipadas en materia de salud y consentimiento informado.

Un punto relevante en el desarrollo es el tratamiento dado a las formas de los actos de autoprotección. Como vimos el único medio que las acredita fehacientemente es la escritura pública.

Pero en la exposición de esta tesis consideramos viable la participación del abogado. Profesional éste que cumple una importante función social y que es requerido para atender las necesidades de la sociedad por un valor tan importante como es la confianza y es por ello que su intervención y por consiguiente la habilitación de la vía judicial como medio idóneo para la constitución de actos de autoprotección es fundamental en la actualidad... De esto surge la necesidad de un “orden de control” que se encargue de verificar la capacidad y voluntad del otorgante del acto. Tengamos presente que la formación académica da a los

abogados da la posibilidad de desarrollarse en una infinidad de áreas, dentro del ámbito privado como en el ámbito público. Podemos resaltar, además la indudable función social del abogado, ya que al resguardar los derechos, garantías y bienes de la sociedad, han logrados grandes beneficios para la comunidad y en momentos difíciles de nuestra historia. Muchos son los aspectos que sirven de basamento en la defensas de las incumbencias profesionales y que lo son en consecuencia de la defensa de las Instituciones, la vida, la dignidad, la libertad y la propiedad.

Podemos concluir teniendo presente que al tratar el tema planteado todos los puntos expuestos, los aspectos teóricos y prácticos relacionados con el derecho de autoprotección muestran la magnitud de este nuevo instituto y las respuestas que ofrece a la población para la satisfacción de sus necesidades, y por ende la necesidad de compromiso para avanzar en él. En palabras de Soler, “Cuando una forma social o jurídica aparece y reaparece con pertinacia en el curso de la historia, es seguro que responde a una realidad humana profunda, que podemos compartir o no, apreciar o no, pero que debemos reconocer dotada de auténtica fuerza”.

Finalizando, decimos que se cumplieron los objetivos propuestos y los puntos de tesis fueron demostrados y defendidos.

2- Propuestas

En virtud de todo lo precedentemente expuesto propongo:

- 1- La defensa de las incumbencias debe ser un punto central en las agendas de los órganos de la colegiación, tanto locales (Colegios Departamentales) como provinciales (CASF Colegio de Abogados de la provincia de Sta. Fe), como nacionales (nuestra Federación Argentina de Colegios de Abogados FACA).-
- 2- El derecho de autoprotección debe estar dentro de las incumbencias profesionales de los abogados.
- 3- Concientizar a los abogados y a los aspirantes a tales de la importancia de la defensa de las incumbencias profesionales haciendo hincapié en el rol social del abogado, mediante charlas a los profesionales y mediante capacitación en las universidades integrado la temática a las currículas académicas.
- 4- Dándole paso a la materia a manos de abogados propongo materializar dicha actividad dictando una ley para la creación de una oficina que funcione dentro de la esfera del poder judicial a los fines de recibir las presentaciones de los profesionales con actos de autoprotección (proyectos de vida de los sujetos) para su control y posterior inscripción en los registros de actos de autoprotección correspondiente.

Con el objetivo de evitar un proceso engorroso y largo y poder corresponder las necesidades de las personas tal y como se evidencian considero como cuestiones básicas a tener en cuenta las siguientes:

- a- En cuanto a la forma, sería por medio de escrito firmado por el otorgante del acto y el profesional interviniente.
- b- Una vez presentado el primer acto sería la designación de los profesionales que van a intervenir a fin de realizar el control del acto de autoprotección; sin desviarme del tema que abordo haré mención en pocas palabras a qué tipo de control considero fundamental en esta materia: Refiero al control en cuanto a la capacidad del otorgante y a la voluntad del mismo. Es un acto con una importantísima trascendencia en la vida de una persona y si bien podrían existir trámites más sencillos considero que humanamente es indispensable dotarlo de ciertas garantías, teniendo en cuenta que es un acto para que comience a surtir efectos una vez que la persona (sujeto activo) ya no se encuentra en pleno uso de sus facultades.

Respecto a la primera es importante reconocer que ni un escribano, ni un abogado ni un juez están en condiciones de determinar la capacidad de la persona al momento de la creación del acto de autoprotección y en consecuencia propongo que se designen a profesionales de la medicina y la psicología que sean parte integrante de a la oficina a crear, a los fines de que mediante entrevistas previas, se expidan acerca de la capacidad o no del otorgante.

- c- Realizado el informe correspondiente el juez evaluará lo presentado y se expedirá mediante resolución homologando el acto de autoprotección y autorizando su inscripción en los registros de actos de autoprotección creados.
- 5- Adecuar el sistema vigente con el propuesto, obligando a los escribanos a someter los actos en los que intervengan al control externo del poder judicial, es

decir de la misma manera que el abogado, presentar el acto de autoprotección redactado por él al control propuesto y de la forma antes mencionada.

1- Bibliografía General

- ❖ Belluscio, A: Zannoni, E: Código Civil y leyes Complementarias. Bs. As. Astrea. 1998-2010
- ❖ Bidart Campos, G: Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo III. Ediar. 2006
- ❖ Dalla Vía, A: Manual de Derecho Constitucional. Lexis Nexis. Bs.As. 2004
- ❖ Lamber, R: Derecho Civil Aplicado. Astrea. Bs. As. 2010
- ❖ Llambías, J: Tratado de Derecho Civil. Parte General. Perrot, Bs. As. 1964.
- ❖ Mosset Iturraspe, J: Contratos. Rubinzal- Culzoni, Santa fe. 1997.
- ❖ Rabinovich- Berkman, R: Derecho Civil. Parte General. Astrea. Bs.As.2007
- ❖ Salvat, R: Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones, Tea. Bs.As.1954
- ❖ Spota, A: Contratos. Instituciones de Derecho Civil, act. L.F. P. Leiva Fernández, La Ley, Bs. As. 2009.
- ❖ Zannoni, E: Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos. Astrea. Bs. As. 2007.

2- Bibliografía Específica

- ❖ Bidart Campos, G: Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo III. Ediar. 2006
- ❖ Caló, E: Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad, Bs. As., La Rocca, 200
- ❖ Dalla Vía, A: Manual de Derecho Constitucional. Lexis Nexis. Bs.As. 2004
- ❖ Llambías, J: Tratado de Derecho Civil. Parte General. Perrot, Bs. As. 1964.
- ❖ Llorens, Rogelio, Rajmil, Alicia: Derecho de Autoprotección. Editorial Astrea. 2010.
- ❖ Walzer, Michael; *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993
- ❖ Zannoni, E: Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos. Astrea. Bs. As. 2007.

3-Artículos Consultados

Revista del Instituto de Derecho e Integración. Colegio de Escribanos de la provincia de Santa fe. 2ª Circunscripción. Revista N° 1, N° 2, N° 4, N° 5, N° 6, N° 7.

ÍNDICE

1. Resumen.....	2
2. Estado de la Cuestión.....	3
3. Marco Teórico.....	9
4. Introducción.....	16

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS LEGALES DEL DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN

1. Introducción.....	22
2. Nuestra Constitución.....	22
3. Los Derechos Civiles y Políticos.....	24
3.1- La Persona humana.....	24
3.2- La Dignidad personal.....	26
3.3- La Integridad del hombre.....	26
3.4- El Derecho a la Vida.....	27
3.5- La Libertad.....	29
3.6- La Igualdad.....	31
3.7- La intimidad personal.....	32
3.8- La Familia.....	33
3.9- Los Derechos del Niño.....	35
3.10- Los Derechos Sociales.....	36
3.11- El Plexo de Derechos.....	37
4.- Los Derechos Sociales.....	40
4. 1- El derecho a la Salud.....	40
4.2- La Seguridad Social.....	41
4.3- El Derecho a la Educación.....	42
4.4- La Cultura.....	45
4.5- Consideraciones Finales.....	46

CAPÍTULO II

CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN

1. Introducción.....	49
2. Denominación del Instituto.....	49
3. Contenido.....	51
3. a- Calidad de vida.....	51
3. b- Disposiciones patrimoniales.....	51
3. c- Posibilidad de prever la figura del propio curador	
3. d- Directivas anticipadas en materia de salud.....	53
4. Capacidad de discernimiento en los actos de autoprotección.....	55
4. a- Diferencias respecto del régimen de capacidad.....	56
4. b- La capacidad de hecho para otorgar actos de autoprotección.....	58
4. c- La libertad.....	60

5- Forma de los Actos de Autoprotección.....	61
5.1 Incumbencia Profesional	
6- La Registración	64
7- Consideraciones Finales.....	66

CAPÍTULO III

CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN

1. Introducción	68
2. Contenido de los actos de autoprotección	68
2.1 Disposiciones sobre las personas	69
2.2 Disposiciones sobre los bienes	69
2.3 Otras disposiciones.....	70
3. Formas de instrumentación	70
4. Práctica del derecho de autoprotección.....	71
4.1 Disposiciones y estipulaciones para la propia incompetencia	72
4.2 Estipulaciones para la propia incapacidad y designación del curador	74
4.3 Disposiciones ante una eventual deficiencia mental.....	78
5. Consideraciones Finales	86

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. Conclusión	88
2. Propuestas	89

Bibliografía General	
Bibliografía Específica	
Artículos Consultados	

