

Actos de Autoprotección

Esc. Patricia A. Lanzón

PLANTEO DEL TEMA

La insuficiencia del derecho privado para acoger ciertos actos de expresión de voluntad, se evidencia en el tema que nos ocupa. La ley no puede preverlo todo, es cierto, por lo tanto el derecho privado, civilista, debe ser –y lo es– renovado, ampliado, actualizado, conforme los cambios que sufre la sociedad, por medio de normativas que se expresan en otros terrenos más novedosos.

Cuando hablamos de **derechos humanos** cometemos el error de pensar sólo en desapariciones de personas o episodios de aniquilación masiva, y perdemos de vista la profunda transformación social que, luego de las guerras mundiales del siglo XX, vino a corregir o a complementar los conceptos del derecho privado.

Gracias a esos progresos en la línea de pensamiento, el Derecho se humanizó para dar respuesta a las carencias de los códigos de fondo, para el caso en lo relativo a las **personas más vulnerables, personas con deficiencias o con necesidades especiales**.

En el mismo sentido, la **crisis del modelo de familia** como centro de la vida en sociedad, como núcleo protector y lugar de permanencia, acarreó la necesidad de revisar algunos conceptos jurídicos fuertemente basados en ella.

Este fenómeno se ve acompañado por el del “no envejecimiento”, que determina la existencia de personas mayores solas o en cierto modo, desatendidas.

Finalmente, la arista más problemática se revela en el **avance tecnológico en el área de la medicina moderna**, que nos permite vivir más allá de lo antes imaginable, y posiblemente, de una manera no deseada.

El desarrollo tecnológico ha dado un sesgo de deshumanización a la práctica médica. Al tradicional médico de familia lo reemplaza la atención institucional y despersonalizada... Más de una vez la técnica choca con la ética; y si bien es cierto que

la utilización de mecanismos que suplen la función de órganos vitales prolonga la vida, en ocasiones neutraliza la autonomía, y afecta la relación médico-paciente¹.

El llamado "encarnizamiento terapéutico", junto con el mandato de la ciencia de "salvarnos" a toda costa de lo irremediable, y en condiciones muchas veces que conllevan sufrimiento para la persona o para su entorno, además de los intereses económicos varios en danza alrededor del enfermo, enfrentan al sujeto capaz con la disyuntiva **de decidir de antemano**, lo que pretende que suceda en dichas circunstancias en el caso de verse impedido de hacerlo.

Esta actualidad tan compleja provoca la aparición de estos **actos de autoprotección**, con origen en los años sesenta en EE.UU., también conocidos como "testamento vital" o "*living will*", "disposiciones para la propia incapacidad", "directivas anticipadas", etc., que siendo requeridos por el interesado ante un escribano, obtienen el asesoramiento, la seguridad y seriedad que nuestra actividad aporta. Actos que implican la preocupación personal por tomar decisiones para la eventualidad de perder el discernimiento, en forma transitoria o definitiva, en cuestiones de salud o en temas patrimoniales, a los efectos de dejar plasmada su voluntad.

Actos que son justificados desde el punto de vista de los derechos humanos, o de los derechos personalísimos, en especial en el ámbito de la **autonomía de la voluntad**, y tienen su basamento jurídico en las normas legales de mayor jerarquía.

Es en los derechos fundamentales del ser humano consagrados en la **Constitución Nacional** y los **tratados internacionales** sobre **derechos humanos** donde encontramos los fundamentos incuestionables del derecho de autoprotección: la libertad, la igualdad y la dignidad.

En la sociedad de posguerra, se comienza a difundir a nivel internacional el concepto de derechos humanos, siendo incorporados en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948.

Posteriormente, sobre todo a partir del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, se va **ampliando** el concepto de derechos humanos, y se profundiza con la **especificación** de estos que sustentan las más modernas convenciones, que se ocupan de los derechos de las personas **más vulnerables**: Convención de los Derechos del Niño, la de las Personas con Discapacidad, y la Convención contra la Discriminación Racial.

(1) KRAUT, Alfredo. *Los derechos de los pacientes*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997. Y en nota a fallo *La Ley*, t. 2005 E, p. 364.

Sabemos que consisten en tratados vinculantes para los estados signatarios, que se **obligan** a respetar los principios, los derechos y el contenido. Por ende, estos tratados son incorporados a las constituciones modernas, como en nuestra Constitución de 1994, que recepta entonces los principios de igualdad, libertad y dignidad como principios básicos y fundamentales.

Por ello, hoy día el Derecho Privado tiene que interpretarse en armonía con estos principios constitucionales e internacionales.

A pesar de todo, el código velezano nos ayuda con el artículo 53 que, referido a las personas de existencia visible, dice: "Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fuesen expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política".

Estamos así enfrentados a la situación de reconocer la trascendencia que lo jurídico tiene en la vida cotidiana de las personas y sus necesidades. Y consecuentemente, en hacer que esa trascendencia se plasme en soluciones o respuestas concretas que el derecho de la época debe dar al individuo. Haciéndole saber que el Derecho está para ayudarlo, y de alguna manera, esto funciona.

Esta tarea se vuelve más dificultosa cuando el terreno es incierto y la realidad se halla en constante movimiento. Concretamente, la ciencia aporta día a día nuevas cuestiones o prácticas cuyas consecuencias no son palpables en el momento en que se instrumentan. No podemos saber la conveniencia o resultados de ciertas experimentaciones o sus efectos jurídicos hoy. Y sin embargo, como hechos de la realidad, deben ser analizados, evaluados y jurídicamente considerados.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA VALIDEZ DE LOS ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN

Citando a la Esc. María Marta Luisa Herrera², si bien en el Derecho argentino no existe regulación expresa que regule esta materia, entendemos que toda persona adulta puede disponer mediante un instrumento jurídico idóneo acerca de su persona y bienes para el caso de su propia incapacidad, con el fundamento en los siguientes principios: a) el reconocimiento de la **dignidad humana**, que se desprende del derecho a la vida, es decir, el derecho a vivir y a morir dignamente, está previsto implícitamente en el artículo 33 e incorporado a nuestra legislación desde diversos tratados inter-

(2) HERRERA, María M. L. "La intervención notarial en la protección del adulto". *El Derecho*, Buenos Aires, 4 de febrero de 2009, Nº 12.188.

nacionales, por vía del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional³; la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 4, inciso 1⁰⁴, etcétera; b) la **protección de la intimidad** de la persona, prevista por el artículo 19 de nuestra Carta Magna⁵, y sustentada por la Suprema Corte en el fallo Bahamondez⁶; c) el respeto a la autonomía de la voluntad del sujeto.

EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

“Hay consenso en que el cuidado de la propia salud, cuando la conducta descuidada no compromete a terceros, se recluye en el ámbito de la privacidad.”⁷”

Estas decisiones personales son expresiones en previsión de una futura dependencia, es decir para el caso de falta de autonomía.

(3) “Artículo 33. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.”

“Artículo 75. Corresponde al Congreso: (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.”

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia, **tienen jerarquía constitucional**, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y **deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos**. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

(4) “Artículo 4. Derecho a la Vida: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

(5) “Artículo 19. 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.”

(6) Caso del sujeto que por sus ideas religiosas como Testigo de Jehová no acepta la transfusión de sangre, fallo renombrado que en lo pertinente expresa: “...de conformidad con los principios enunciados, cabe concluir que no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros”. Una conclusión contraria significaría convertir al artículo 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior. Tal punto de vista desconoce, precisamente, que la base de tal norma “...es la base misma de la libertad moderna, o sea, la autonomía de la conciencia y la voluntad personal, la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de méritos se realicen fundados en la libre, incoacta creencia del sujeto en los valores que lo determinan...” (caso “Ponzetti de Balbín”).

(7) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Las voluntades anticipadas, una apertura a favor del reconocimiento de la autonomía de la voluntad para expresar decisiones bioéticas”. *Revista Jurídicas de Buenos Aires: Bioética y Derechos Humanos*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 249.

“Una voluntad auténticamente racional y una razón que se expresa a través de la voluntad son, en definitiva, los componentes de **la libertad**.⁸”

El respeto a la voluntad del paciente no sólo obliga a considerarlo cuando está en condiciones de manifestarla, sino también si lo hizo con anticipación en forma libre y eficaz. Esto se vincula con el concepto de **consentimiento informado** y la posición del sujeto como **consumidor** de los servicios de salud.

Hoy no lo soy, pero en algún momento puedo convertirme en paciente y deberé prestar el consentimiento para determinadas prácticas, y en la preocupación de no poder hacerlo por mí mismo, lo manifiesto anticipadamente, de manera tal que el profesional de la salud, a su vez, cumple con su obligación legal de obtener mi aprobación.

En cierto modo, estos instrumentos proporcionan una mejor comunicación entre médico y paciente, y permiten una mayor participación del usuario de salud en las decisiones y tratamientos que se le aplicarían.

Como beneficios adicionales de la implementación de estos actos, se menciona el hecho de liberar recursos del sistema médico, que siempre son escasos, para aquellos que no presenten objeciones ni dudas a los tratamientos, en lugar de ocuparlos en quienes ciertamente pueden oponerse.

Es oportuno decir⁹ que la existencia de estas directivas no libera al médico de sus actos culposos, no implican cláusulas de exoneración de responsabilidad, ni la supresión de tratamientos adecuados pero costosos, ni implican un mandato para negocios de contenido económico.

La voluntad al respecto de actos patrimoniales para el caso de la propia incapacidad, debe ser tenida en cuenta específicamente, sin duda, y de una forma prolija y delimitada, ya que se trata de otro aspecto de la cuestión en estudio. Pero, desde ya que no está excluida de las posibles previsiones que el sujeto puede establecer, siempre enmarcadas dentro de las normas legales según el caso de su requerimiento.

En nuestro régimen legal el principio de autonomía se desprende también del artículo 19 de la Constitución Nacional, dentro de las acciones privadas que no perjudiquen a terceros.

(8) CORTINA Adela, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit., p. 273, nota 7.

(9) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. op. cit., nota 7.

Por otra parte, el artículo 19 de la ley 17.132¹⁰ –que regula el ejercicio de la medicina, odontología y actividades auxiliares– dispone el deber de los médicos de respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, a someterse a procedimientos médicos invasivos.

O sea, **derecho** –de la persona libre actuando en su privacidad– y **obligación** –del profesional que debe actuar de conformidad con la voluntad de dicha persona– se conjugan para dar forma a un sólido entramado que redundará en beneficio de ambas partes de la relación.

FORMA

La actuación conjunta del notario y el médico de cabecera asegura al otorgante el asesoramiento adecuado en cuanto al contenido del acto, su validez y eficacia; confiere al documento fecha cierta e indubitable y califica la competencia del disponente¹¹.

Otras opiniones sugieren la presencia de testigos calificados o no, pero sin duda, nada obsta a que solamente el requirente instrumente su voluntad frente al notario. La materia brinda amplitud de posibilidades y total libertad de formas, y es tarea pendiente el estudio y la profundización de la forma de estos actos, a los efectos de obtener –en un terreno tan sensible como el que se trata– el documento que brinde total confianza y seguridad a quien lo otorga y a quien lo consulta.

Por ello, el interés del notariado en adentrarse en estos asuntos que hoy son novedosos y escasos, aportando el habitual estudio concienzudo al respecto, para dar el asesoramiento previo y el instrumento final –a través de la escritura pública– que la comunidad necesita.

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

(10) “Artículo 19: Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a: (...) Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones rutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz...”.

(11) TAIANA DE BRANDI, Nelly. “El reconocimiento del derecho de autoprotección en una disposición anticipada de salud”. *La Ley*, Buenos Aires, 2005, p. 1077.

EL "LEADING CASE" EN NUESTRO PAÍS¹²

Contamos en Argentina con un fallo notable, con sentencia del 25 de julio de 2005 producida en Mar del Plata por el juez Pedro Hooft que defiende la autodeterminación de la persona volcada en escritura pública y obliga a respetarla. Se trata de una acción de amparo que se interpone para pedir la tutela legal a un acto de autoprotección que había otorgado una señora con una enfermedad terminal degenerativa.

Luego de avanzada la enfermedad y postrada por años, le indican una serie de tratamientos cruentos y medidas invasivas. Rehúsa someterse a práctica alguna que prolongue su vida en forma artificial por medio de procedimientos médicos invasivos y designa a su cónyuge como mandatario para realizar las gestiones tendientes a dar cumplimiento a su voluntad. Ella sostiene que acepta todas las medidas paliativas necesarias, así como la medicación, pero que no acepta que la separen de su familia, porque quiere morir a su lado, dignamente.

Entonces, otorga un acto de autoprotección por escritura pública, pero –por lo novedoso del tema– inicia una acción de amparo para asegurarse que él desde el poder judicial se ordene respetar el acto otorgado.

El juez Hooft hace realmente una tarea prolija y profunda: va a visitarla a su casa, mantiene sucesivas reuniones con ella y su entorno familiar, y se persuade de que no sólo era una opinión personal firme, analizada y bien meditada sino que contaba con el apoyo de toda la familia, y resuelve que "a futuro se respeten las directivas instrumentadas mediante actuación notarial por las que la paciente manifiesta su oposición a intervenciones médicas invasivas que impliquen medios artificiales a permanencia", además que consideró válidos los apoderados designados a esos fines.

E incluso dictamina que resulta aplicable el artículo 19 de la ley 17.132 –que regula el ejercicio de la medicina, odontología y actividades auxiliares– en cuanto dispone el deber de los médicos de respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, a someterse a procedimientos médicos invasivos, ya que el principio rector es la autonomía personal.

REGISTRACIÓN

Es sustancial reconocer que la responsabilidad que asumió el Estado al adherirse a los tratados internacionales, se extiende a la comunidad civil, a través de sus distintas instituciones.

Los colegios de escribanos tienen una responsabilidad fundamental –como instituciones de la sociedad civil– en el diseño y la búsqueda de herramientas jurídicas que aseguren el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales del ser humano, acorde a la normativa constitucional. Los registros de actos de autoprotección creados en algunas provincias argentinas, han respondido a este desafío. Y como profesionales de derecho, los escribanos, también tenemos esa responsabilidad y debemos detenernos en el aspecto más sentido de nuestra querida profesión: y es, que tiene una función social.

Reflexión: nuestra tarea, aparentemente limitada a la ejecución de repetidos formularios vacíos y fríos, puede dar al ciudadano un espacio donde autodeterminarse, protegerse, donde desarrollarse plenamente, donde ser libre de expresar sus anhelos más íntimos o privados, en fin, darle una respuesta en lo que respecta a sus derechos personalísimos; considerando al hombre como sujeto pleno de derecho y protagonista principal de su vida, sea cual fuere su situación, su edad o las circunstancias que lo rodean.

Sobre esta base se han organizado los registros de actos de autoprotección¹³, que funcionan en forma similar a nuestros conocidos registros de testamentos. Guardando la privacidad y la reserva del acto: los informes se brindan a pedido de la propia persona que hizo el acto o de aquellas personas a quienes la propia persona autorizó.

Se encuentra en vías de aprobación en el ámbito de nuestro Colegio el Reglamento para un Registro de Actos de Autoprotección, que permitirá la toma de razón de las escrituras públicas que dispongan, estipulen o revoquen decisiones tomadas por el otorgante respecto de su persona y bienes, para la eventual imposibilidad, transitoria o definitiva de tomarlas por sí, cualquiera fuera la causa que motivare esa imposibilidad. Dicho registro funcionaría dentro de la estructura y organización del Registro de Actos de Última Voluntad, sería de carácter reservado y en lo general, con los mismos alcances y funciones que los que ya existen en nuestro país.

El futuro del notariado y su rol trascendente están vinculados al compromiso con la vigencia de los derechos fundamentales del individuo y con la elaboración de respuestas concretas a los requerimientos de la sociedad a la que pertenece; demostrarle que el centro de nuestra actividad notarial no está solamente en las cosas sino en las personas. Este es el notariado de nuestras próximas décadas. Y *"lo que no está prohibido está permitido"*, es la expresión más bella de la libertad individual que, como especialistas de derecho conscientes de la función social que nos espera, no podemos dejar de oír.

(13) En el año 2004 se creó el primer Registro de Autoprotección en la provincia de Buenos Aires, por decisión del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos.