

**VERSION PRELIMINAR
SUSCEPTIBLE DE CORRECCION
UNA VEZ CONFRONTADO
CON EL EXPEDIENTE ORIGINAL**

(S-0669/2022)

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

LEY NACIONAL DE AUTOPROTECCION Y PODERES PREVENTIVOS

Artículo 1º.- Objeto: La presente ley tiene por objeto la regulación de los actos de autoprotección y de los poderes preventivos de acuerdo a la normativa constitucional y convencional vigente en materia de DDHH.

Artículo 2º.- Definiciones.

Acto de autoprotección. Es el acto jurídico personalísimo en el cual la persona expresa su voluntad, de manera fehaciente, mientras cuenta con aptitudes suficientes para ello, sobre materia autorreferentes, para que sea respetada ante la eventual pérdida de su autonomía.

Poder preventivo: Es el acto jurídico unilateral otorgado por una persona humana a favor de una o más personas humanas o jurídicas para que la representen en determinados actos en previsión de la pérdida del discernimiento o autonomía del poderdante. Se aplican las normas generales de la representación voluntaria en lo no modificado por la presente ley.

Mandato preventivo: Es el contrato por el cual una persona humana encomienda a otra u otras personas humanas o jurídicas, y éstas se obligan, a realizar uno o más actos jurídicos, en interés de la primera, en previsión de su pérdida de discernimiento o autonomía. Se aplican las normas generales del mandato en lo no modificado por la presente ley.

Persona en situación de vulnerabilidad: Persona humana que, por diferentes circunstancias, entre ellas edad, género, estado físico o mental, discapacidad, condiciones sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentra barreras específicas que le impiden ejercer plenamente sus derechos.

Discernimiento suficiente: Aptitud de la persona humana de comprender el contenido, alcance y consecuencias del acto concreto a otorgar o en el cual tiene participación.

Artículo 3º.- Ejercicio del derecho de autoprotección. Toda persona humana, con discernimiento suficiente, tiene derecho a otorgar actos de autoprotección y poderes preventivos.

Artículo 4º.- Contenido del acto. El acto de autoprotección puede contener directivas anticipadas sobre materias autorreferentes como la salud del otorgante, su cuidado personal y las personas designadas al efecto, su lugar de residencia, su patrimonio, la designación del propio apoyo o curador y la de una o más personas para que lo representen y hagan cumplir la voluntad expresada incluso en lo referente a su identidad digital.

El poder preventivo puede contener facultades amplias o especiales de acuerdo a la voluntad del otorgante, incluidas facultades patrimoniales, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades otorgadas, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y prever formas específicas de extinción.

En el caso del poder preventivo en sentido estricto el apoderado podrá ejercer las facultades conferidas únicamente a partir de la pérdida de discernimiento o autonomía del poderdante, en la forma y condiciones previstas en el mismo instrumento, las que se deberán acreditar fehacientemente

El poder preventivo con cláusula de subsistencia despliega sus efectos desde el momento del otorgamiento y subsistirá aun cuando dicha situación se produzca.

El poder preventivo no se extingue por la pérdida de discernimiento, temporaria o definitiva, del otorgante

En caso de restricción judicial a la capacidad de ejercicio, subsistirá salvo disposición judicial en contrario-.

Artículo 5º.- Nombramiento de apoyo o curador. Todas las personas, con discernimiento suficiente, pueden designar anticipadamente, en un acto de autoprotección o en un poder preventivo, sus propios apoyos y eventualmente curadores, en los términos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los artículos 31, 32, 33, 43, 139 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación. La persona excluida expresamente por el otorgante no puede ser designada en tal carácter.

Artículo 6º.- Nulidad. Son nulas aquellas disposiciones que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas.

Artículo 7º.- Forma. El acto de autoprotección debe ser otorgado por escritura pública, o ante autoridad judicial y puede ser libremente modificado y revocado por quien lo otorgó.

El poder preventivo debe ser otorgado por escritura pública.

Testigos. En ningún caso es necesario la presencia de testigos para el otorgamiento de estos actos, salvo que el requirente, la autoridad judicial o el escribano autorizante así lo soliciten.

Artículo 8º.- Registración. Los actos de autoprotección y los poderes preventivos, sus modificaciones y revocaciones, deben inscribirse en los registros que a tal fin funcionan en los colegios notariales de cada jurisdicción.

Responsabilidad de los colegios notariales. Los colegios notariales deben garantizar las condiciones que permitan el acceso a estos actos en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones y la atención especial para el caso de personas que no cuenten con recursos suficientes para ello.

Artículo 9º.- Casos especiales

1. Persona menor de edad. A partir de los dieciséis años, las personas tienen derecho a otorgar actos de autoprotección. El adolescente entre trece y dieciséis años puede hacerlo con la asistencia de sus representantes legales. Sin perjuicio de ello, todo niño, niña y adolescente tiene el derecho a expresar su voluntad sobre cuestiones autorreferentes y que sea tenida en cuenta conforme con su desarrollo y madurez.

La persona menor de edad, con discernimiento suficiente, puede otorgar poder preventivo con respecto a aquellos actos que la ley la autoriza a otorgar por sí misma.

2. Personas mayores. Las personas mayores, en el marco de la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores¹ y en ejercicio de su autonomía, tienen derecho a otorgar actos de autoprotección y poderes preventivos y sus directivas deben respetarse.

Entre otras materias autorreferentes, dichos actos pueden contener directivas con respecto a su propio proyecto de vida conforme a sus tradiciones y creencias, la designación de las personas que se encargarán de sus cuidados y atención, la elección de su lugar de residencia, dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás personas. Asimismo, pueden brindar de manera anticipada su consentimiento libre e informado e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de su salud, incluidos los cuidados paliativos y directivas referidas al final de vida.

¹ Ratificada por nuestro país por ley 27360 del 31 de mayo de 2017,

Ingreso en un residencial gerontológico. En el caso de ingreso a un residencial gerontológico o institución de hospedaje de larga estadía, temporal o permanente, la persona mayor debe previamente ser informada de manera suficiente y adecuada con respecto a los derechos que le asisten, especialmente a otorgar su acto de autoprotección, que puede contener, entre otras, directivas sobre su estadía en la institución.

Consentimiento expreso. La persona mayor debe brindar su consentimiento expreso y fehaciente para su ingreso a los residenciales señalados. En el caso de no contar con el discernimiento suficiente y haber designado oportunamente a una persona al efecto en un acto de autoprotección o poder preventivo, se debe recabar el consentimiento expreso de la persona autorizada.

3. Personas con discapacidad. Las personas con discapacidad, con o sin Certificado Único de Discapacidad, que cuenten con discernimiento suficiente, pueden expresar su libre y auténtica voluntad en actos de autoprotección y poderes preventivos, la cual debe ser respetada. Las personas con restricción judicial a su capacidad de ejercicio pueden otorgar el acto si no se encuentra vedado en la sentencia. En todos los casos tendrán derecho a expresar su voluntad y a que sea oportunamente tenida en cuenta

4. Personas en situación de especial vulnerabilidad. Debe garantizarse a toda persona que presente dificultades para comunicarse, el derecho a otorgar los actos regulados en la presente ley y a utilizar para ello todos los apoyos humanos y tecnológicos adecuados que garanticen la fiel y auténtica expresión de su voluntad.

Artículo 10.- Proceso judicial de Restricción a la capacidad. Se encuentra legitimada para solicitar judicialmente la restricción a la capacidad de ejercicio, además de las referidas en el art. 33 del CCC, la persona designada en un acto de autoprotección o en un poder preventivo, si en el acto ha sido expresamente facultada al efecto.

En caso de iniciarse un proceso judicial de restricción a la capacidad de ejercicio, el juzgado interviniente debe oficiar al Registro de Actos de Autoprotección a fin de conocer la existencia de un acto otorgado por la persona cuya protección se solicita.

Artículo 11.- Directivas anticipadas sobre salud. Consentimiento informado.

Las directivas médicas otorgadas en un acto de autoprotección deben ser respetadas, aun cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica. En este caso, la persona designada para hacer cumplir las

directivas en materia de salud, será quien otorgue el consentimiento para actos médicos enumerados en el art 59 CCyC.

Ninguna persona con discapacidad o en cualquier otra situación de vulnerabilidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin el consentimiento previo libre e informado que exige el art. 59 CCC, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

Las personas menores de edad, las personas con discapacidad, las personas mayores, y todas aquellas en situación de especial vulnerabilidad, deben recibir información previa adecuada, clara y oportuna, que resulte accesible y comprensible de acuerdo con su identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación. En el caso de necesitar apoyo, asistencia o representación, se le debe proveer por vía extrajudicial o judicial.

Las instituciones de salud deben informar a sus pacientes, de manera previa, precisa y adecuada, sobre el derecho que les asiste de otorgar un acto de autoprotección que contenga directivas anticipadas sobre su salud, las que deberán incluirse en su historia clínica.

Artículo 12.- Mandato preventivo. Las disposiciones de la presente ley se aplican al mandato preventivo, el que se podrá otorgar con los mismos recaudos que el poder preventivo.

Artículo 13.- Extinción. Los actos regulados por la presente ley se extinguen:

- a) Por el vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición, en el caso en que se haya dispuesto así en el instrumento.
- b) Por la revocación efectuada, por cualquier medio, por el otorgante del acto
- c) Por la muerte del otorgante del acto.

Artículo 14.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Ricardo A. Guerra

FUNDAMENTOS

Sra. Presidenta:

El presente proyecto se inscribe en la historia y el avance normativo necesario para la protección de los Derechos Humanos de todas las personas, especialmente de aquellas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, lo cual exige garantizar el respeto insoslayable

a su voluntad en los actos autorreferentes, ante la eventual pérdida de su autonomía.

Con ese fin, se propone una regulación legal de los actos de autoprotección y de los poderes y mandatos preventivos acorde con la normativa constitucional y convencional vigente., suficientemente amplia para abarcar las circunstancias y preocupaciones de cada persona.

En nuestro país los actos de autoprotección nacieron con características propias, a requerimiento de las personas preocupadas por tomar decisiones autorreferentes sobre su futuro. Estas inquietudes surgen al amparo de los grandes cambios científicos, sociales y culturales que se producen desde principios del siglo XX, acompañados por el desarrollo y la positivización de los DDHH.

Basta mencionar como sólidos fundamentos a nivel nacional a la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN), la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (CDPD), la Convención Interamericana para la protección de los Derechos Humanos (DDHH) de las Personas Mayores (CIDHPM), las leyes 26061, sobre Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 26529, sobre Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado (modificada por ley 26742), y 26657, sobre el Derecho a la Salud Mental.

El Código Civil y Comercial (CCC) recibió estos actos, especialmente en los artículos 60 y 139, lo cual significó un progreso pero limitado e insuficiente, ya que obliga a recurrir a remisiones y a la aplicación analógica de otras normas para una interpretación armónica y ajustada a Derecho. Por ello, este proyecto postula la implementación de una ley especial e integral a fin de encuadrar esta materia en los principios fundamentales de los Tratados Internacionales sobre DDHH y del propio Código Civil y Comercial de la Nación.

Cabe resaltar como ejes fundamentales del presente proyecto, los siguientes:

1. Se enmarca en los nuevos criterios sobre capacidad de las personas para el ejercicio de sus derechos, que imponen un cambio rotundo con respecto al régimen binario de los códigos decimonónicos, y así propone habilitar el otorgamiento de los actos que regula a todas las personas, aún a aquellas en situación de vulnerabilidad, cuando cuentan con el discernimiento necesario para ello.

2. Amplia las materias que pueden contener estos actos y no las limita exclusivamente a determinados temas como lo hace el CCC. Tanto la legislación vigente como la práctica diaria dan cuenta de esta

necesidad. Cada uno de estos actos es diferente y único, ya que depende de las circunstancias de cada persona. Desde el artículo 19 de nuestra CN surge con claridad esta esfera de privacidad de las personas que no admite limitaciones, cuando no vulnera el orden público ni derechos de terceros.

Por tratarse de una materia nueva, presenta algunas dificultades terminológicas. En general la denominación "directivas anticipadas" se suele utilizar para las que tienen por objeto disponer en materia de salud. No obstante, el presente proyecto deja claro que todo acto de autoprotección contiene directivas anticipadas a la eventual pérdida del propio discernimiento.

La denominación "actos de autoprotección" fue propuesta por la delegación española en las VIII Jornadas Notariales Iberoamericanas de Veracruz (México) en 1998 y es la más generalizada en Argentina dentro del ámbito notarial, Sin embargo, tanto en el Derecho Comparado como en nuestro país, ha recibido diferentes denominaciones. Se habla así de "testamento para la vida" (traducción literal de "living will", como se lo denomina en el derecho anglosajón), "disposiciones y estipulaciones para la propia incompetencia", "previsiones para la eventual pérdida del discernimiento", entre otras.

3. Legisla sobre las formalidades del acto. La trascendencia de su contenido amerita rodearlo de las mayores seguridades a fin de garantizar su cumplimiento en el futuro. El CCC no se refiere a la forma, solo se encuentra regulada, y de manera poco clara, en el ámbito de la salud por la ley 26742 que modifica a la ley 26529.

4. Deposita en las instituciones notariales la responsabilidad de la registración de los actos de autoprotección, para asegurar su conocimiento en el momento oportuno, y la obligación de garantizar el acceso a su otorgamiento por las personas carentes de recursos o con otros impedimentos acreditados.

5. Regula los poderes y mandatos preventivos, ausentes en nuestra legislación, que cuentan con amplia recepción en el Derecho Comparado y resultan herramientas valiosas para la autoprotección de las personas humanas.

ANTECEDENTES

Entre los antecedentes de este proyecto se encuentra el presentado por la Diputada Bertone y Otras/os, bajo el N° de Expte "2707-D-2012" y en cuya elaboración colaborara la Comisión del Consejo Federal del Notariado Argentino, que perdió en su momento estado parlamentario. Asimismo, se destaca el proyecto sobre modificación del CCC en esta materia presentado en Expediente 8494-D-2016, por los Diputados

Hugo María Marcucci, Martín Osvaldo Hernández, y Mario Domingo Barletta.

Y recientemente el proyecto de modificación del CCC presentado por la senadora Durango, (S-0602/2020), con dictamen favorable de la Comisión de legislación General del Senado de fecha 6 diciembre de 2021.

FUNDAMENTOS LEGALES

El proyecto se fundamenta, en primer lugar, en el derecho de todo ser humano a decidir acerca de materias autorreferentes relativas a su persona y a su patrimonio, frente a una eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno. Comprende la facultad para dejar plasmada su voluntad en este campo de manera fehaciente para que sea respetada en el futuro, mientras cuente con aptitudes suficientes para ello.

Un breve repaso de los fundamentos y antecedentes legales en la materia (normas constitucionales y convencionales, legislación nacional y provincial, derecho comparado y jurisprudencia), reafirma la necesidad de contar con una regulación clara y adecuada a ellos.

1) Derechos Humanos en situaciones de vulnerabilidad. Derechos Personalísimos. El desarrollo internacional de los derechos humanos y su positivización, especialmente desde comienzos del siglo XX, brindan sólidos fundamentos a las disposiciones propuestas en el presente proyecto. La comunidad internacional ha avanzado en la sanción de instrumentos específicos para grupos de personas que viven situaciones especialmente vulnerables, con poder vinculante para los Estados signatarios. Estas Convenciones, como la Convención de los Derechos del Niño (CDN), la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y la Convención Interamericana para la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, son portadoras de paradigmas comunes que consagran el ejercicio autónomo de los derechos, la participación, y el respeto a la voluntad y los deseos de todas las personas, en la mayor medida posible.

2) Constitución Nacional. El artículo 19 de nuestra Carta Magna protege los actos autorreferentes, es decir aquellos que pertenecen a la esfera de privacidad de la persona con la única limitación de no afectar el orden público, ni derechos de terceros. Los actos cuya regulación se propone comprenden materias

autorreferentes, por lo cual no se los puede limitar en su contenido como parecen hacerlo las normas vigentes.

El artículo 75 en su inciso 22 incorpora los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, con jerarquía constitucional. El inciso 23 del mismo artículo se refiere a las medidas de acción positivas que garantizan la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

El respeto hacia los actos conferidos para ser cumplidos luego de la pérdida del propio discernimiento –precisamente, para resguardar los legítimos intereses y deseos de la persona- contribuye al cumplimiento de ese paradigma. Más aun, cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad, pero con discernimiento suficiente para otorgar este tipo de actos.

3) Convención Internacional de los Derechos del Niño. Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. La República Argentina aprueba su adopción por Ley Nacional 23849, sancionada el 27 de septiembre de 1990, y luego se incorpora a la Constitución Nacional en la reforma del año 1994 (art 75 inc. 22). Para esta Convención no existen parámetros rígidos. Los niños y niñas deben ejercer de manera progresiva sus derechos, en consonancia con la evolución de sus facultades (art. 5), y gozan del derecho a expresar su opinión sobre los asuntos que le conciernan y a que esta opinión sea tenida en cuenta de acuerdo a su desarrollo y madurez (art. 12). Con lo cual el parámetro fundamental a tener en cuenta en materia de ejercicio de derechos es la real aptitud de discernimiento del sujeto, con mayor razón aun cuando se trata de actos autorreferentes.

4) Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD). Sistema de apoyos en la toma de decisiones. El 13 de diciembre de 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la CIDPD que se incorpora al Derecho Argentino por Ley 26.378 en el año 2008. Hoy cuenta con rango constitucional gracias a la Ley 27.044, del 22 de diciembre de 2014. Entre sus principios generales, establecidos en el artículo 3, se destacan: el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la igualdad de oportunidades.

Por otro lado, el artículo 12 adquiere fundamental relevancia en este tema pues reconoce 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 Partes de proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad y a obtener salvaguardias adecuadas y efectivas para

impedir los abusos. 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.

El sistema de apoyos que debe acompañar a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos tiene por fin respetar su autonomía y su voluntad en la mayor medida posible. En este marco, tanto los actos de autoprotección como los poderes y mandatos preventivos promueven precisamente el respeto a esa voluntad cuando pudo ser fehacientemente expresada. El régimen de apoyos se perfila en las funciones de las personas designadas por el otorgante para cumplir sus mandatos en quienes deposita su confianza, quienes deberán participar en el proceso de toma de decisiones del otorgante, proteger sus derechos, su voluntad, deseos y preferencias.

5. Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. Esta convención, aprobada en el año 2015 por la Organización de Estados Americanos (OEA) y ratificada por nuestro país por ley 27.360 de 2017, tiene por objeto promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas mayores que viven en la región, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

Su artículo 7 se refiere a la independencia y a la autonomía de la persona mayor y reconoce el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos. Dispone que los Estados parte asegurarán:

- a) El respeto a la autonomía de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos.
- b) Que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico.

El artículo 11 resulta trascendente ya que regula el consentimiento informado y las directivas anticipadas. Además de proclamar el derecho irrenunciable de la persona mayor a manifestar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud, califica a la negación de este derecho como una forma de vulneración de los derechos humanos. Asimismo, dispone que los Estados Parte deberán establecer un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las

intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos. En estos casos, esta voluntad anticipada podrá ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor, a través de instrumentos jurídicamente vinculantes, de conformidad con la legislación nacional.

El artículo 30 presenta similar redacción al art 12 de la CDPD, se titula: Igual reconocimiento como persona ante la ley. Es así que:

- Reconoce a las personas mayores capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
- Obliga a los Estados Parte a proporcionar acceso a la persona mayor al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Dispone que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se establezcan salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos y se aseguren medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor.

Por todo ello, cabe inferir que tanto el acto de autoprotección como el poder y mandato preventivo son herramientas eficaces para garantizar a la persona mayor el respeto a estos derechos.

6. Legislación nacional. -Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Ley 26.061. Esta ley, sancionada el 28 de septiembre de 2005, tiene por objeto, como su nombre lo indica, la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Constituye una consecuencia legislativa de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 4º impone a los Estados Partes la obligación de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos consagrados.

La ley profundiza los principios de la convención, así como los derechos reconocidos, especialmente en cuanto a la autonomía progresiva del niño para el ejercicio de sus derechos y su derecho a participar en toda decisión que lo afecte.

-Derechos del Paciente. Ley 26.529 modificada por ley 26742. La ley 26.529 sobre "Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, historia clínica y consentimiento informado" se sancionó el 21 de octubre de 2009 y fue modificada en el año 2012 por la ley 26742- que se conoce como "Ley de muerte digna"- . Referido únicamente al ámbito de la salud, constituye el primer reconocimiento legislativo en el orden nacional de las directivas anticipadas que son reguladas en su artículo 11. Prioriza la

voluntad del paciente en las decisiones que involucran su salud y le reconoce en ese ámbito el ejercicio de sus derechos fundamentales.

-Derecho a la Protección de la Salud Mental. Ley 26.657. Sancionada el 25/11/2010, tiene por objeto de la ley es asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental. La ley se aleja de la tradición que asociaba de manera ineludible enfermedad mental con incapacidad jurídica para el ejercicio de los derechos. En su artículo 5 expresa claramente que la existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza a presumir la incapacidad. Vincula la salud mental con la concreción de los derechos humanos y sociales y parte de la presunción de capacidad de todas las personas (art. 3º) Se refiere, entre otros, al derecho del paciente a recibir el tratamiento que menos restrinja sus derechos y libertades, el derecho a ser acompañado por la persona a quien el paciente designe, a recibir o rechazar asistencia espiritual o religiosa, a ser informado de manera adecuada, a tomar decisiones relacionadas con su atención y tratamiento, a ser reconocido siempre como sujeto de derecho (art. 7º). El decreto reglamentario 603/13 (art 7 inciso K) se refiere especialmente a las directivas anticipadas en materia de salud mental.

7. Legislación Provincial. Algunos antecedentes pueden ser encontrados en la legislación provincial, específicamente vinculados al ámbito de la salud. Entre otras, cabe mencionar las leyes 4.263, del año 2.007, y 4.264, del año 2.008, de la provincia de Río Negro; la ley 2.611, del año 2008, de la provincia de Neuquén y la ley 10.058 sobre Declaración de Voluntad Anticipada de la provincia de Córdoba, sancionada el 16 de mayo de 2012.

En el año 2008, la provincia del Chaco dictó la ley 6.212 que modificó su Código de Procedimientos Civil y Comercial e incorporó la obligación de los jueces que entienden en los juicios de insania (así llamados entonces) de solicitar informes al Registro de Actos de Autoprotección, que funciona en el ámbito del Colegio de Escribanos, y de priorizar las directivas impartidas por el presunto insano.

La legislatura de la provincia de Buenos Aires dictó, el 14 de julio de 2010, la ley 14.154 para modificar su ley orgánica notarial y regular el funcionamiento del Registro de Actos de Autoprotección creado por el Colegio de Escribanos de dicha provincia. En noviembre del año 2011 se sancionó la ley 14.334 que introdujo reformas a su Código de Procedimientos entre las cuales estableció que el juez deberá oficiar al Registros de Actos de Autoprotección a fin de receptar la voluntad de la persona sometida a un juicio de curatela con respecto al nombramiento de su propio curador y otras directivas, si las hubiere.

En la provincia de Chubut, en marzo del año 2011, se sancionó la ley III N° 34 que reconoció el derecho de toda persona a otorgar actos de autoprotección por escritura pública. Al efecto de su inscripción creó el Registro de Voluntades Anticipadas en la órbita del Colegio de Escribanos de la provincia.

También la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el año 2011 modificó su ley orgánica notarial (Ley 404), mediante ley 3.933, e incorporó el Registro de Actos de Autoprotección en el ámbito del Colegio de Escribanos.

8. Legislación Extranjera. El Derecho Comparado recepta los actos de autoprotección con diferentes denominaciones y regulaciones. En el año 1990 Alemania en su "Ley de reforma del derecho de tutela y curatela para mayores de edad", ya reguló el poder de previsión de asistencia a la vejez y la designación del propio curador. En Italia, desde el año 2003, el Código Civil contempla la figura del "administrador de sustento". En España la legislación recepta la designación del propio tutor (curador), las directivas previas en materia de salud, la subsistencia del mandato en caso de incapacidad del mandante. En Francia en el año 2.005 también se legisla sobre directivas anticipadas en materia de salud y en el año 2007 sobre el mandato de protección futura. Austria legisla en el año 2006 sobre el testamento biológico.

En América, Estados Unidos puede calificarse como la cuna del living will, con abundante legislación y jurisprudencia. Desde 1994 el Código Civil de Quebec, prevé el mandato otorgado en previsión de la propia ineptitud. En el Distrito Federal de México se admite la designación del propio tutor (curador). En el año 2009 Uruguay sanciona la ley 18.473 sobre voluntad anticipada en materia de salud. La reforma del Cód. Civil de Perú por la ley 29.633 reconoce el nombramiento del propio curador.

La ley de Colombia número 1996 de 2019, establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, en ese país. La ley regula los acuerdos de apoyo como un mecanismo válido por medio del cual una persona formaliza, en escritura pública, la designación de la o las personas, naturales o jurídicas, que le asistirán en la toma de decisiones respecto a uno o más actos jurídicos determinados. Significa un gran avance en cuanto al respeto a la voluntad autónoma de la persona con discapacidad.

En el mismo sentido, la reciente reforma española al régimen legal de la capacidad jurídica recepta, y según algunos autores supera, las normas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al regular, entre otros avances, además de la comparecencia por sí y por representación, la comparecencia asistida en el instrumento público notarial con la presencia de los apoyos designados por el otorgante.

9. Jurisprudencia. Con respecto a las decisiones del paciente referidas a su propia salud, aún antes de la sanción de la ley 26.742, los conocidos casos “Bahamondez” y “Albarracini”, sentaron precedentes en cuanto al respeto a la decisión del paciente, en el primero, y a las directivas anticipadas otorgadas en el segundo. En ambos casos el paciente se negaba a recibir transfusiones de sangre en razón de profesar el culto de los Testigos de Jehová. Se consideró especialmente el derecho a la autonomía individual y el ámbito de libertad que otorga el artículo 19 de la Constitución Nacional para adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de sí mismo, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros.

Tres sentencias del Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata a cargo del Dr. Pedro F. Hooft en los años 2005, 2012 y 2014, reconocen el derecho constitucional a la autodeterminación personal y al respeto efectivo de sus directivas anticipadas.

DISPOSICIONES PROPUESTAS

1. Objetivo y definiciones. El proyecto comienza estableciendo su objetivo. Luego se expresan las definiciones que se consideran necesarias para la comprensión cabal del presente proyecto.

2. Legitimados. Se refiere posteriormente a los legitimados para otorgar estos actos apelando al discernimiento suficiente y encuadrándose en las normas internacionales y convencionales, como se consignó más arriba, en materia de capacidad de ejercicio de las personas.

La antigua y sostenida confusión en nuestro Derecho entre los conceptos de “capacidad jurídica” y “discernimiento”, no ha sido abandonada por el actual código. Quizás en esa confusión abrevan gran parte de los errores de las normas vigentes que el presente proyecto propone modificar.

El maestro Llambías lo explicaba con gran claridad en dos fallos que dan luz a la cuestión: No se debe confundir en esta laya de cuestiones la capacidad con el discernimiento. La capacidad es la aptitud del sujeto para ser titular de relaciones jurídicas (capacidad de derecho) o para ejercer por sí mismo los derechos propios (capacidad de hecho). El discernimiento es la cualidad o facultad del sujeto por la cual conoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente. (CNCiv Sala A – septiembre 13,962. K., J. I. c C. P., A. en L.L. t. 109 pág. 233). "Dado que la capacidad es asunto que maneja la ley, resulta desacertado emplear la expresión "incapacidad natural" o "incapacidad accidental", pues tratándose de sujetos que carecen de aptitudes psíquicas suficientes, ellos seguirán siendo capaces hasta

que la ley, y no la naturaleza o el accidente, los declare incapaces." (Autos "M. de H. de A., M. L. y otros c. R., A. y otros", CNCiv., sala A, septiembre 20-1960, LA LEY, 101-232).

Los actuales criterios en materia de autonomía de las personas para el ejercicio de derechos atienden al discernimiento concreto para el acto a otorgar y al respeto a su voluntad aún en situaciones de especial vulnerabilidad. Y especialmente cuando se trata del ejercicio de derechos personalísimos. Así lo exigen las grandes convenciones internacionales sobre DDHH. Por ello resultan inadecuadas tanto la expresión "plenamente capaz" del artículo 60 como la expresión "capaz" del artículo 139.

El proyecto legitima para el otorgamiento de estos actos a la persona humana con discernimiento suficiente para ello.

3. Contenido. El proyecto regula luego el contenido del acto con la amplitud necesaria para abarcar todas las cuestiones autorreferentes que se despliegan en la vida de la persona humana.

Se vincula estrechamente con el ejercicio de los derechos personalísimos, que integran hoy el ámbito de los derechos humanos. Aquellos que corresponden a todo ser humano más allá de sus circunstancias y que, en determinadas situaciones de vulnerabilidad, requieren de herramientas jurídicas adecuadas que garanticen su ejercicio igualitario.

4. Poderes preventivos. La actual redacción del artículo 60 del CCC plantea serias dudas sobre la validez de los mandatos y poderes preventivos.

El proyecto recepta con claridad a los poderes preventivos. Se trata de aquellos en los cuales el otorgante designa una persona de confianza para que actúe en su nombre y representación, ante eventual pérdida de su discernimiento, apreciada según él mismo disponga. La persona así designada podrá ejecutar los actos necesarios de acuerdo a las instrucciones y facultades otorgadas. Estos poderes pueden tener efectos inclusive después de la restricción judicial a la capacidad de ejercicio, según los casos. El presente proyecto incorpora expresamente su regulación como una herramienta más para la autoprotección.

Ante la pérdida de autonomía del otorgante, se agiliza así la realización de las gestiones y diligencias necesarias a su subsistencia, sin necesidad de esperar los tiempos y trámites que implica una sentencia judicial.

Se consideran las dos clases de poderes preventivos de acuerdo a la legislación comparada en la materia., Los poderes preventivos en

sentido estricto y aquellos que contienen una cláusula de subsistencia, con el fin de que sea la voluntad del otorgante quien determine el momento en que dicho instrumento adquiera vida.

5. Nombramiento de apoyo o curador. Específicamente el artículo 5 se refiere al nombramiento del propio apoyo o curador, en pos de garantizar el respeto a la voluntad de la persona ante la restricción judicial de su capacidad de ejercicio, que afectará sin dudas su desenvolvimiento en los actos jurídicos de su interés.

6. Prácticas eutanásicas. Si bien nuestra legislación vigente prohíbe las prácticas eutanásicas, esta prohibición se reitera en el artículo 6 del proyecto para evitar interpretaciones equívocas.

7. Forma. El proyecto, como se adelantó, regula la forma del acto, aspecto fundamental, para garantizar la autenticidad de su contenido. El artículo 60 vigente del Código Civil y Comercial no prevé las formalidades del acto. Razón por la cual, hasta ahora se deben aplicar supletoriamente, y de modo análogo, las disposiciones contenidas en la ley 26.529 sobre Derecho del Paciente en sus relaciones con los profesionales de la salud, historia clínica y consentimiento informado, modificada por ley 26742. Su artículo 11 exige que la voluntad del otorgante se formalice ante escribano público o juzgados de primera instancia, con la presencia de dos testigos. Pero, solo rige para las disposiciones médicas anticipadas.

Como ya se señaló, estos actos abarcan una amplia gama de materias, no sólo en salud, de modo que el presente proyecto aclara el tema extendiendo la formalidad para todo acto de autoprotección.

La expresión de voluntad se refiere en estos casos a cuestiones de gran trascendencia en la vida del otorgante y destinada a personas, lugar y tiempo que pueden ser indeterminados, por lo cual debe rodearse de las mayores garantías que aseguren su cumplimiento. La escritura pública es el medio que asegura la autenticidad del acto, su fecha cierta, su matricidad y el debido asesoramiento, que siempre puede ser completado por el de otros profesionales (psicólogos, médicos, religiosos, etc.). La fecha cierta resulta fundamental para evaluar la aptitud de discernimiento del disponente a la fecha del otorgamiento del acto. La fidelidad de su contenido no debe merecer la más mínima duda a quienes han de aplicarlo en momentos críticos. La matricidad, por otro lado, garantiza la posibilidad de obtener todas las copias del acto que fuere menester; permite que el instrumento pueda ser localizado con la celeridad que la naturaleza del asunto merece y evita la posibilidad de su extravío (accidental o doloso).

Por otro lado, al tratarse de un instrumento auténtico, evita las lógicas dudas que otro tipo de instrumentos puede despertar en un caso de

premura: intervención quirúrgica, resguardo de la persona, etc. Se trata de un instrumento autosuficiente, que permite asentar de manera fehaciente la voluntad de las personas, asegurar la privacidad y certeza que el ejercicio de estos derechos reclama, así como el pleno discernimiento, la intención y la libertad con que el acto fue otorgado. Ahora bien, si bien la escritura pública ofrece las mejores garantías para resguardar la autonomía de la voluntad, es necesario brindar una segunda alternativa. En este proyecto se propone también la posibilidad de otorgar actos de autoprotección a través de los juzgados competentes, que ofrecen las seguridades requeridas, aunque puede llevar más tiempo y complejidad.

Estas formalidades evitarán la demora, burocratización y judicialización de decisiones trascendentes sobre su vida, especialmente cuando no hay acuerdo entre familiares, médicos o allegados.

En el caso de los poderes preventivos se considera prudente su otorgamiento por escritura pública. No se habilita la vía ante los juzgados competentes, pues la cantidad de poderes que se autorizan diariamente podría convertir su otorgamiento en una mera formalidad, sin el asesoramiento adecuado y la atención personalizada que requiere.

Revocación y modificaciones. Las circunstancias y condiciones de vida de una persona, así como las de quienes gozan de su mayor confianza, pueden variar con los años. Por ello, en este proyecto se reconoce el derecho a modificar sus directivas anticipadas.

Si bien, en principio, es conveniente que esta revocación o modificación se formalice por la misma vía por la cual fuera otorgado el acto, cuando ello no sea posible por razones de urgencia o fuerza mayor (por ejemplo, ante una urgencia médica), debe prevalecer la libertad de formas a fin de priorizar el respeto de la voluntad del otorgante.

8. Registración. La inscripción de estos actos en los Registros que funcionan en los colegios notariales de las diversas provincias argentinas resulta de fundamental importancia para su conocimiento oportuno. Se debe tener en cuenta que se ignora en qué lugar o en qué momento va a tener que ser cumplido. Esta registración no constituye un requisito de validez del acto pues tiene efectos declarativos.

En casi todas las provincias argentinas encontramos hoy Registros de Actos de Autoprotección, creados por sus colegios notariales. Funcionan eficazmente, sin ocasionar gastos al erario público, de manera análoga a los registros de actos de última voluntad que desde hace años brindan un servicio fundamental a la comunidad. Permiten la publicidad del acto, pero protegen la reserva del caso. Según las reglamentaciones de dichos Registros, el escribano interviniente realiza

la inscripción mediante la presentación de una ficha que incluye los datos necesarios para identificar el documento, al otorgante y a las personas autorizadas por él a pedir informes. La información es centralizada en el Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección que funciona en el Consejo Federal del Notariado Argentino.

9. Responsabilidad de los colegios notariales. Como ya se señaló, el proyecto impone a los colegios notariales la obligación de garantizar el acceso a estos actos en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones y la atención especial para el caso de personas que no cuenten con recursos suficientes para ello. De hecho, desde hace tiempo, los colegios notariales del país han asumido esta responsabilidad.

10. Casos especiales. El presente proyecto regula el otorgamiento de estos actos en el caso de personas en situación de vulnerabilidad.

Legisla con respecto a ciertos casos especiales que ameritan su consideración de manera específica, pues la legislación interna no resulta acorde con las normas internacionales y convencionales de Derechos Humanos en la materia, a las que ya hicimos referencia.

En cuanto a las personas menores de edad el proyecto sigue los principios de la Convención de los Derechos del Niño, ley 26.061, ley 26529 modificadas por la ley 26742, y del Código Civil y Comercial.

En base al artículo 26 del Código vigente se dispone la aptitud de la persona humana para otorgar actos de autoprotección de manera autónoma a partir de los 16 años. Entre dicha edad y los 13 años puede otorgarlos con la asistencia de sus representantes legales. Asimismo, se reconoce el derecho insoslayable de los niños, niñas y adolescentes de expresar siempre su opinión en materias autorreferentes y que ésta se tenga en cuenta, de acuerdo a su desarrollo y madurez, al momento de adoptar una decisión que lo afecte.

Se reconoce también el derecho de la persona menor de edad, con discernimiento suficiente, a otorgar poder preventivo con respecto a aquellos actos que la ley la autoriza a otorgar por sí misma.

11. Personas mayores. En el marco de la Convención Interamericana para la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, el proyecto les garantiza el otorgamiento de estos actos. Si bien no existe limitación legal para

ello, es frecuente que se decida por las personas mayores y se ignore su derecho a hacerlo por sí mismas, aun cuando cuentan con aptitudes suficientes para ello.

Estas pautas culturales y sociales (se habla de la cultura del viejismo) promovieron la necesidad de sancionar la convención mencionada. También nos impone ratificar el derecho de las personas mayores a expresarse con autonomía sobre materias autorreferentes en previsión de la pérdida de su discernimiento y a que su voluntad, sus deseos y sus derechos se respeten en todas las materias que enumera el artículo 9, inciso 2 del presente proyecto, de manera meramente enunciativa.

Asimismo, se consideró de fundamental importancia que la persona mayor reciba la información precisa y adecuada sobre sus derechos y requerir su consentimiento expreso para el ingreso a un residencial gerontológico o institución similar.

12. Personas con discapacidad. Por los mismos motivos y fundamentos el proyecto garantiza el respeto de estos derechos en el caso de las personas con discapacidad. Especialmente se refiere a aquellas con dificultades en la comunicación, generada por enfermedades cada vez más frecuentes. Asimismo recepta todos los medios humanos y tecnológicos actuales o futuros que puedan brindar las herramientas seguras para expresar su voluntad.

13. Proceso de restricción a la capacidad de ejercicio. El proyecto aclara en su artículo 10 la legitimidad de la persona designada al efecto por el otorgante de estos actos, para iniciar un proceso de restricción a la capacidad de ejercicio, la que debe incluirse entre las consignadas por el artículo 33 del Código Civil y Comercial. También se agrega la obligación del juzgado interviniente de oficiar al Registro de Actos de Autoprotección correspondiente, para recabar información sobre el otorgamiento de un acto de esta naturaleza por la persona cuya protección se solicita.

14. Directivas anticipadas en salud. Un artículo especial merece el acto de autoprotección que contenga directivas anticipadas en salud. La norma propuesta dispone el respeto a las directivas otorgadas, y el acceso a los apoyos necesarios para otorgarlas.

El artículo 10 destaca la importancia de la información previa, adecuada, clara y oportuna, accesible y comprensible de acuerdo a las circunstancias del otorgante.

Se procura garantizar que las decisiones sean asumidas en la mayor medida posible por el propio paciente, con total comprensión de la situación y de sus posibles consecuencias, para que se respete su

voluntad y para evitar que el consentimiento informado se convierta en un simple trámite formal, carente de real contenido.

Se dispone con mayor precisión que si la persona no puede expresar su voluntad al tiempo de la atención médica, pero la ha expresado anticipadamente se respetarán dichas directivas, y el consentimiento será otorgado por quien hubiese sido designado en ellas. La redacción propuesta deja claro que en primer lugar deben respetarse las directivas anticipadas otorgadas por el paciente.

15. Mandato preventivo. Si bien a lo largo del proyecto se hace referencia a los poderes preventivos, el artículo 12 admite también el otorgamiento de los mandatos preventivos, con los mismos fundamentos, objetivos y recaudos señalados en las normas anteriores.
16. Extinción. El artículo 12, finalmente, dispone las causas de extinción de estos actos.

El proyecto propuesto pretende materializar los valores, inquietudes y sentimientos más íntimos y genuinos del ser humano. Pero también, se propone contribuir a la construcción de un Derecho que resulte humanista, que considere a cada persona un fin en sí; que respete su unicidad, la igualdad de oportunidades y de trato, y la dimensión comunitaria, sin la cual ninguna persona podría lograr un desarrollo integral.

Los actos de autoprotección tanto como los poderes y mandatos preventivos, constituyen herramientas jurídicas válidas y eficaces para garantizar el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales de todas las personas, más allá de sus circunstancias y, especialmente, el derecho a ser protagonista principal de la propia vida.

Así, pues, esperamos que el presente proyecto, que se sustenta en la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona humana, otorgue a los actos que regula el encuadre jurídico que merecen.

En virtud de las razones expuestas, solicito a mis pares su acompañamiento en la aprobación del presente proyecto.

Ricardo A. Guerra