

# EL DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN. CONCEPTO Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

Por **Nelly A. Tajana de Brandi y Luis Rogelio Llorens**

## I.— El problema

A fines de 1994 el entonces presidente de la hoy Academia Nacional del Notariado, notario Eduardo B. Pondé, nos habló de su preocupación acerca de un tema que comenzaba a manifestarse como inquietud en nuestros requirentes: su deseo de disponer –por el medio que fuese– para una eventual incapacidad futura, tanto en relación con la propia persona (cuidados, tratamientos médicos, etc.) como en relación con el propio patrimonio.

Se trataba de los primeros pero insistentes y coincidentes interrogantes de la persona que, en pleno uso de su capacidad, deseaba actuar en previsión de que la vejez, la enfermedad, el accidente o cualquier otra eventualidad la colocara en situación de incapacidad.

En nuestro siglo, los progresos de la medicina, la farmacología y la ingeniería han posibilitado el alargamiento de la vida pero no la aseguran acompañada de la plenitud física y psíquica. Al contrario, la simple vejez, las enfermedades crónicas propias de nuestro siglo y los accidentes pueden arrebatarle a la persona su autonomía en un proceso progresivo o súbito o imposibilitarlo de comunicar su voluntad, en forma definitiva o temporaria. Sin dejar de ser persona, no puede gobernarse por sí.

Lo llamativo de la cuestión que preocupaba al notario Pondé se centraba en *la falta de herramientas del notario para atender a tal requerimiento*.

Desde el Derecho Romano hasta nuestros días, el testamento tiene por objeto las provisiones para la muerte, y el mandato –en líneas generales– se ex-

tingue con la incapacidad del mandante. Aceptado que éstos no son los instrumentos adecuados para resolver el nuevo planteo, resultaba imperativa la búsqueda de aquéllos aptos para receptor esta voluntad.

En nuestra investigación partimos del convencimiento de que todo ser humano en el ejercicio de su más inalienable libertad y del más elemental derecho de propiedad tiene derecho a prever estas cuestiones, a intentar solucionarlas de antemano y al efecto dictar y estipular pautas para su gobierno, en el supuesto de que en un futuro ya no pueda hacerlo por sí.

En nuestro discurrir, en ningún momento nos asaltaron dudas acerca de la licitud de tales decisiones por parte de todo ser humano respecto de su persona y su patrimonio<sup>1</sup>, tomadas siendo capaz, para ser ejecutadas en una eventual circunstancia de incapacidad temporaria o definitiva. Sin embargo, la certeza de la licitud en lo primordial no nos impidió sopesar y valorar la trascendencia de dichas disposiciones o estipulaciones en los planos religioso, moral, filosófico y bioético, cuyo tratamiento y alcances han motivado múltiples estudios y controversias, aun en documentos pontificios<sup>2</sup>.

Pero, en definitiva, la encomienda del notario Pondé implicaba dejar de lado estas cuestiones de fondo y abocarnos al “cómo” instrumentar estos nuevos requerimientos, en las cuestiones en las que la licitud resulta incuestionable.

## II.— Nuestra investigación

### Su denominación

Encontramos que estaba muy en boga abarcar la cuestión como “*testamento para la vida*”<sup>3</sup>. Discrepamos de tal denominación desde el inicio ya que estamos frente a un problema de vida y no de muerte; debe eliminarse definitivamente el término “testamento”. Hablar de “testamento para la vida” es una contradicción en sí misma.

### Su tratamiento

#### a) *Antecedentes nacionales consultados*

Respecto de la solución de la cuestión en sí, *no hallamos jurisprudencia y prácticamente no encontramos bibliografía doctrinaria*, salvo la referida puntualmente al testamento para la vida y a los tratamientos médicos que tanto preocupan a los bioéticos.

En nuestro país, algunos doctrinarios y operadores habían buscado la so-

(1) Si todo ser humano puede disponer de sus bienes para después de su muerte –testamento–, ¿cómo no admitir que lo puede hacer para cuando aún está en este mundo, sigue siendo persona y sólo está imposibilitado de obrar por sí –incapacidad de hecho–?

(2) Juan Pablo II. *Evangelium Vitae*. Ver más bibliografía sobre el aspecto moral en nuestra obra *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Astrea, 1996, pág. 4. Con posterioridad a ese trabajo se ha publicado el estudio de Emanuele Caló, *Il ritorno della volontà* (Giuffrè Editore, Milano, 1999).

(3) Ver los trabajos de los colegas Gerardo Rubio y Rubén Lamber, presentados en la Jornada Notarial Argentina, Rosario, año 1991. Acerca de lo impropio de la denominación de “testamento para la vida” o de “testamento biológico”, ver: MARTINEAU, “*L'insoutenable légèreté d'une appellattion*”, *Revue du Notariat*, vol. 20, págs. 556 a 559.

lución en el *fideicomiso* como herramienta apropiada para canalizar el requerimiento. Eran los tiempos de la sanción de la ley 24441, y la consagración legislativa del instituto. Su estudio era de actualidad.

Al exponer sobre la cuestión en la reunión de la entonces Academia Argentina del Notariado, en marzo de 1995, señalamos nuestros reparos al uso de ese instituto. No nos parecía entonces, y tampoco hoy, que el fideicomiso sea “la solución” del problema, ya que exige que el requirente enajene bienes a un fiduciario para que éste los administre en beneficio del disponente (fiduciante-beneficiario) y los transmita a su muerte a sus herederos (fideicomisarios).

Como resulta de lo expuesto, el fideicomiso importa el desapoderamiento de bienes durante la capacidad para entregarlos a quien debe administrarlos durante la eventual incapacidad. La solución no se compadece con el requerimiento de la comunidad, ya que la persona capaz no quiere desapoderarse de los bienes durante su capacidad, no quiere incapacitarse anticipadamente y “por las dudas”.

De no formalizarse la enajenación al otorgarse el fideicomiso y prevista su transmisión sólo para el momento de la incapacidad, no se obtiene la certeza de que, efectivamente, al producirse la incapacidad el designado podrá desempeñar eficazmente su encomienda. Una vez incapacitado el disponente, sólo el curador podrá transmitir válidamente los bienes. Deberá recurrirse al procedimiento judicial previsto para estos casos, que no sólo demorará la solución sino que, en muchos casos, seguramente, llegará a dificultarla. La experiencia nos enseña que, en nuestros ordenamientos procesales, el curador provisorio, sorteado o designado de la lista de abogados de la matrícula al iniciarse el trámite de curatela, es el primer interesado, en muchos casos, en perpetuarse en el cargo con el único fin de engrosar honorarios y de disfrutar de los bienes del presunto enfermo, sin arribar nunca ni aun a su reemplazo por el curador definitivo. No hay nada tan definitivo como lo provisorio. Quien prevé su curador debe tener la tranquilidad de que, sobrevinida la incapacidad, a partir de ese momento va a ser asistido por la persona en quien confía.

Por otra parte, *el fideicomiso sólo soluciona las cuestiones patrimoniales y no las personales*<sup>4</sup>; no es suficiente para el cuidado de la persona.

#### b) *Antecedentes extranjeros consultados*

A lo largo del estudio de la cuestión, realizado durante el año 1995, nos resultó de enorme interés lo dispuesto en la mayoría de los estados de Estados Unidos, en Japón e Inglaterra y, especialmente, en Alemania y en la provincia de Quebec.

1) La *legislación alemana* de “reforma del derecho de tutela y curatela para mayores de edad”, sancionada el 12 de septiembre de 1990, modificatoria del código civil y vigente desde el 1º de enero de 1992, reconoce: a) el “*poder de previsión de asistencia para la vejez*” (*Altersvorsorgevollmacht*) y b) la *designa-*

(4) Sobre la cuestión ver nuestra obra *Disposiciones...*, págs. 20 y ss.

ción del propio curador o “disposición de asistencia”, procedimiento 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 si median causales suficientes, resulta de interés señalar la obligatoriedad del juez de atender la voluntad del disponente que rechaza la designación de persona determinada.

Además, 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.

2) La *legislación de la provincia canadiense de Quebec*, en su Código Civil, vigente desde el 1º de enero de 1994, reconoce 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 alemana, si ese mandato es suficiente para atender al cuidado de la persona y de sus bienes, evita la apertura de los otros regímenes de protección del mayor incapaz (curatela, tutela y consejero del mayor)<sup>5</sup>.

### c) *Antecedentes internacionales de trascendencia en el derecho interno argentino*

Durante nuestros estudios consideramos 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 art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, a partir de su reforma sancionada en 1994.

1) 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 en materia de incapacidad de los mayores a la incapacidad de los menores, y

2) 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.

## III. – Nuestra opinión

*De lege lata*: Creemos que el derecho vigente reconoce a toda persona capaz su legitimación para disponer o pactar libremente para el supuesto de su futura eventual incapacidad, con fuerza vinculante para los terceros, incluido el juez:

• *Directivas* para el cuidado de su persona y el manejo de su patrimonio o parte de él.

---

(5) Para mayores precisiones acerca de la legislación extranjera debemos remitir nuevamente a nuestra obra ya citada, págs. 39 y ss.

- La *designación de la persona de su curador* y sus sustitutos, o pautas para la elección judicial de ellos. Éstas últimas, en cuanto a la definición de su perfil o la proximidad o no en el parentesco, no en cuanto al procedimiento en sí que está reglado normativamente.

- Dar andamio a esas directivas por medio de la designación del *mandatario, apoderado o no*.

- El único instrumento apropiado para tales disposiciones o estipulaciones es la *escritura pública* que asegura tanto la autenticidad como la libertad e idoneidad psíquica del disponente.

*De lege ferenda*: sin perjuicio de nuestra certeza de que las disposiciones o estipulaciones precedentes son viables dentro de nuestra legislación actual, *hemos proyectado reformas a nuestro Código Civil*, tendientes a incorporar y definir en el derecho positivo estas instituciones. Reproducimos con algunas pequeñas modificaciones el proyecto de reforma incluido en nuestra obra ya citada.

Artículo 1º – Incorpórase como art. 475 bis del Cód. Civil el siguiente:

“Art. 475 bis.– En previsión de su propia eventual incapacidad, los mayores de edad están facultados para designar su curador y sus sustitutos o pautas para la elección judicial de ellos.

Salvo que se dispusiere lo contrario, la misma persona se desempeñará en cualquiera de los cargos a que se refieren los arts. 147 y 471 de este Código.

La designación del propio curador hecha durante la capacidad es imperativa para el juez, salvo que concurra alguna de las causales previstas para su posterior remoción.

Sólo serán llamados a desempeñar el cargo de curador las personas previstas en los artículos siguientes, cuando no quisiese o no pudiese aceptar la persona designada por el propio incapaz durante su capacidad, o cuando no esté previsto por el otorgante un procedimiento de elección eficaz.

Quien conociese su designación en los términos del presente artículo y tuviese conocimiento de la falta de aptitud del otorgante para administrar sus bienes o gobernar su persona, queda obligado a iniciar el proceso de incapacidad dentro de los treinta días de tomar conocimiento.

Los mayores de edad están facultados para dictar directivas y disposiciones y/o pactar estipulaciones sobre su forma de vida y la atención de su salud y/o su patrimonio para el momento de su incapacidad y ellas serán obligatorias para quienes deban aplicarlas, mientras que circunstancias posteriores no varían las condiciones en que deban serlo.

En todos los casos, los actos deberán otorgarse en escritura pública como forma *ad solemnitatem*”.

Art. 2º – Incorpórase como art. 1963 bis del Cód. Civil el siguiente:

“Art. 1963 bis.– No se producirá la extinción del mandato por incapacidad del mandante cuando éste ha sido otorgado para continuar luego de la propia incapacidad o en previsión de ella. En el último caso, el mandatario sólo podrá actuar luego de que quede firme la sentencia que declare la incapacidad, salvo que el mandante hubiese previsto su comienzo por la sola comprobación

de su ineptitud por dos médicos o la concurrencia de otros recaudos. El mandatario así designado que tuviese conocimiento de tal designación, independientemente de su aceptación, queda obligado a iniciar el proceso judicial de protección en el plazo máximo de treinta días, desde que tuviese conocimiento de la ineptitud del mandante.

Los mandatos de este artículo no podrán prever la realización de los actos prohibidos al tutor en el art. 450 de este Código, salvo previsión expresa de negocios singulares a favor de persona determinada, incluso el mandatario, o determinable.

El mandatario deberá rendir cuentas de su gestión al curador con la periodicidad que indique la sentencia judicial que, a su vez, tendrá en cuenta las previsiones del mandante. En todos los casos deberá dar cuenta inmediata de la realización de alguno de los actos previstos por el art. 443 de este Código, en el supuesto de que esté expresamente facultado para ejecutarlos.

Además de ejercer el control de la gestión del mandatario, el curador se desempeñará en todas las cuestiones que hagan al incapaz con exclusión de las previstas en el mandato.

El curador sólo podrá revocar el mandato por causa justificada, con autorización judicial, previa intervención del ministerio pupilar.

Estos mandatos sólo podrán ser otorgados en escritura pública como forma *ad solemnitatem*".

Art. 3º – Sustitúyese el art. 152 bis del Cód. Civil por el siguiente:

“Art. 152 bis.– Podrá inhabilitarse judicialmente:

1º) A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio.

2º) A los disminuidos en sus facultades cuando, sin llegar al supuesto previsto en el art. 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.

3º) A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiese dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Sin la conformidad del curador, los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos.

Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el supuesto del inc. 2º de este artículo, el juez deberá tener en cuenta para la designación del curador la voluntad expresada por el protegido antes de la disminución de sus facultades en la forma prevista en el art. 475 bis de este

Código. Igualmente ha de procederse en el caso del inc. 1º de este artículo, cuando quede demostrado que esa declaración fue hecha antes de la embriaguez habitual o uso de estupefacientes por el protegido”.

Art. 4º – Sustitúyese el art. 384 del Cód. Civil por el siguiente:

“Art. 384.– El nombramiento de tutor puede ser hecho por los padres, bajo cualquier cláusula o condición no prohibida.

Podrán también los padres disponer las pautas a las que deberá someterse el tutor en su función, tanto en lo atinente a la persona del menor, como en lo concerniente a sus bienes. Estas pautas serán obligatorias mientras que circunstancias posteriores no varíen las condiciones en que ellas deban aplicarse”.

Art. 5º... de forma.

#### IV.– VIII Jornada Notarial Iberoamericana

En febrero de 1998 se desarrolló en Veracruz, México, la VIII Jornada Notarial Iberoamericana, en la que tuvimos el honor de coordinar y presidir el tema III “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”.

La reunión contó con importantes colaboraciones no sólo de países iberoamericanos sino también de Quebec y Alemania.

Sus conclusiones son las siguientes:

“PRIMERA: El Notariado Latino, como depositario de la fe pública, nacido por exigencia social como receptor de declaraciones de voluntad de particulares, asesor, redactor y controlador de la legalidad, es el instrumentador adecuado para formalizar las disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, mediante el documento público pertinente y causalizado que debe ser suficiente en sí mismo.

Debe reconocerse que el derecho de autoprotección procede del derecho a la libertad y a la dignidad; por lo tanto, es un derecho fundamental.

SEGUNDA: La autoprotección, nacida de lo más íntimo del ser humano y como manifestación de su autonomía de voluntad, es una necesidad nueva a la que las legislaciones de los países que acogen el sistema del Notariado Latino deben dar respuesta adecuada mediante las reformas que fueren necesarias en sus disposiciones legales.

TERCERA: Se reconoce que toda persona capaz puede adoptar medidas que tiendan a su autoprotección para el supuesto de su eventual incapacidad.

CUARTA: Con el objeto de proteger los intereses del otorgante, se recomienda que éste establezca en el documento de autoprotección, un mecanismo de control.

QUINTA: El incapaz, en la medida en que tuviere suficiente juicio, deberá conservar el derecho de hacer propuestas y dar directrices a su representante, quien deberá observarlas si son en beneficio del primero.

SEXTA: Se recomienda 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.

SÉPTIMA: Se recomienda a todos los miembros de la UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO la creación de los Registros necesarios para la debida publicidad de las disposiciones de autoprotección preferentemente a cargo de los Colegios de Notarios”<sup>6</sup>.

De dicha Jornada destacamos dos aspectos:

a) *El nacimiento de la voz “Derecho de Autoprotección”*: fue en las deliberaciones de esa Jornada y en sus conclusiones en donde nació la expresión que hoy nos sirve para dar título a este trabajo.

b) *El conocimiento de la novísima Legislación Catalana*: dentro del aporte de la delegación española, encabezada por el notario de Madrid, Juan José Rivas Martínez, se incluyó un importante estudio sobre la reciente legislación catalana sobre esta materia.

Informa el notario Rivas Martínez que “la primera disposición en esta materia de autoprotección es la Ley catalana de 29 de julio de 1996, que modifica los arts. 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 respeto 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 impugnado 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 del 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, que literalmente dice:

“1. Se establece el Registro de Tutelas y Autotutelas, 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, ha-

---

(6) A dichas Jornadas concurren la Delegación Argentina con la coordinación de la colega de Tucumán, María Laura Ojeda Urriburu de Colombes, quien expuso la ponencia de nuestro país que publicó *Revista del Notariado* Nro. 852 en sus págs. 228/229.

brán de dirigir un oficio al Registro de Tutelas y Autotutelas 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 Autotutelas con carácter previo a la constitución del correspondiente oficio protecto 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 Autotutelas”.

La reglamentación se publicó en el *Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña* el 20 de noviembre de 1996. Se trata del decreto 360/1996 del 12 de diciembre, que regula la organización, funcionamiento y publicidad del Registro de Tutelas y Autotutelas, el que queda adscripto a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas.

#### V.— Jornadas de Derecho Societario en homenaje al escribano Max Mauricio Sandler: (Buenos Aires, 3 y 4 de julio de 1997)

En estas Jornadas, los autores del presente estudio presentamos una ponencia que introduce la cuestión en el Derecho Comercial.

Dicha ponencia es la siguiente:

“La *empresa unipersonal y la actuación del factor*. Para el caso de receptarse la sociedad unipersonal o frente a la admisión de la empresa individual de responsabilidad limitada propiciamos: *De lege lata*: El empresario unipersonal puede prever en la designación del factor que éste continuará desempeñándose en el supuesto de la eventual incapacidad del primero. *De lege ferenda*: Sería conveniente prever la posibilidad legal de la designación del factor para que comience su desempeño a partir de la declaración judicial de la incapacidad”.

Para fundamentar dicha ponencia tuvimos en cuenta lo preceptuado por el artículo 144 del Código de Comercio que dispone: “La personería de un factor no se interrumpe por la muerte del propietario, mientras no se le revoquen los poderes...”

Citamos las opiniones coincidentes de Raymundo L. Fernández, Lisandro Segovia, Juan B. Siburu y la Enciclopedia *Omeba*, coordinada por los doctores Jaime L. Anaya y Humberto A. Podetti, quienes admiten que, en caso de incapacidad del principal, el factor debe continuar en el ejercicio de sus poderes.<sup>7</sup>

Dijimos en esa oportunidad que: “La extensión de la norma que nos ocupa al supuesto de incapacidad del empresario no abrevia sólo en el interés de

(7) Fernández, Raymundo L., *Código de Comercio de la República Argentina Comentado*, Buenos Aires, 1951, pág. 189. Segovia, Lisandro, *Explicación y Crítica del Nuevo Código de Comercio de la República Argentina*, Buenos Aires, 1982, tomo I, pág. 172. Siburu, Juan B., *Comentario del Código de Comercio Argentino*, Buenos Aires, 1923, 2ª edición, tomo III, págs. 138/9. OMEBA, *Código de Comercio y Leyes Complementarias Comentados y Concordados*. Coordinadores: Anaya, Jaime L., y Podetti, Humberto A., Bibliográfica Omeba, Tomo III, pág. 36.

supervivencia del establecimiento que, a su vez, motivó el pronunciamiento de los comentaristas de la ley comercial en épocas anteriores; tampoco hay aquí intereses de herederos que deban atenderse.

Hay sí intereses producto de fenómenos nuevos que afectan a la sociedad actual, entre ellos, en nuestro tema, la mayor longevidad, la prolongación de la vida, como consecuencia de las reformas sanitarias de fines del siglo XIX y los avances de la ciencia y la tecnología en el presente siglo, hechos a los que no puede ser ajeno el Derecho Comercial como rama del Derecho todo, regulador de la conducta del sujeto fin como unidad: la persona”.

#### VI.— Congreso Argentino de Derecho Societario y Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 17 a 19 de septiembre de 1998)

Otra vez insistimos con nuestra preocupación frente a la posibilidad del reconocimiento legislativo de la empresa unipersonal.

Reiteramos nuestra propuesta en los siguientes términos: *La “sociedad de un solo socio” es la técnica jurídica de organización de la empresa que mejor posibilita al empresario individual atender simultáneamente a la continuidad de aquélla y a sus intereses personales, en el supuesto de su eventual futura incapacidad; ello en beneficio de la comunidad económica, los terceros en general y, primordialmente, del titular como persona.*

#### VII.— XXII Congreso Internacional del Notariado Latino

Entre los días 27 de septiembre y 2 de octubre de 1998 se desarrolló en Buenos Aires. Participamos en el tema II del encuentro que se tituló “Los derechos fundamentales del hombre y la misión del notario”.

En sus conclusiones, la Comisión respectiva que abordó y profundizó el tema “propone... que *la autorregulación de la incapacidad del hombre, la decisión sobre el mantenimiento de la vida mediante mecanismos artificiales y la dignidad en el momento de la muerte, que son también derechos humanos, puedan organizarse de antemano con la intervención de un notario*”.

#### VIII.— Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión creada por el decreto 685/95 <sup>8</sup>

Muy elogiable resulta en el Proyecto su reconocimiento de la dignidad humana y la autonomía de la voluntad a lo largo de todo su articulado, y muy especialmente la primera, en el libro segundo “De la parte general”, en el capítulo VI “Derechos de la personalidad”, al legislar en el Título I “De la persona humana”.

El artículo 112 consagra la necesidad del “*consentimiento del paciente*” pre-

(8) Primeras reflexiones sobre el proyecto publicamos en “Separata Revista Notarial” como colaboración a la 25 Feria del Libro, págs. 47 a 56.

vio a “exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos, cualquiera que sea su naturaleza”.

El artículo 114 del Proyecto regula el “*consentimiento informado*”, al que hoy obliga localmente la ley de ejercicio de la medicina. Esto es: el derecho a recibir información razonable y completa como condición para prestar ese consentimiento ya sea por el paciente directamente o por su representante.

Lamentablemente, en el artículo 113, ante la incapacidad del paciente para prestar el consentimiento, *el proyecto recurre al tercero*: representante, allegado o el médico; *no prevé que el hoy incapaz haya podido disponer sobre la cuestión cuando aún era capaz*.

La omisión que antecede se repite tanto al elaborar el régimen de curatela para el mayor incapaz como al legislar el mandato y, también, al regular las sociedades de un solo socio.

Sin embargo, los autores invocan en sus fundamentos que han tenido en cuenta en su trabajo los últimos códigos civiles dictados en el mundo y, entre ellos, señalan al Código de la Provincia de Quebec, que regula la cuestión en el capítulo de protección de los mayores incapaces y, tan pormenorizadamente, como contrato específico, diferenciándolo del género que sigue extinguiéndose por la incapacidad del otorgante.

#### IX.— Nuestros registros de testamentos

En nuestro país, la mayoría de los registros nacieron y crecieron a la vera de la legislación local.

Para sostener esta afirmación recordamos que nuestros registros más importantes –los inmobiliarios– fueron creados en nuestras provincias a pesar de que el Código velezano sólo ordenaba la inscripción de las hipotecas. Conocida es la opinión contraria del codificador a estos registros, que desarrolla en su nota al art. 3203.

Algo semejante ocurrió con los registros de testamentos, los que fueron creación de nuestros colegios notariales. Hoy se encuentran respaldados por las normas procesales que obligan en los procesos sucesorios a oficiar a aquéllos para conocer de la existencia o no de testamento otorgado por el causante.

Recientemente, a instancias de nuestro Consejo Federal del Notariado Argentino, se creó el “Centro Nacional de Registros de Actos de Última Voluntad” cuyo fin “será reunir la información existente en cada Registro de Actos de Última Voluntad local” (art. primero).

Aplaudimos la iniciativa, no sin advertir que, lamentablemente, se perdió la oportunidad de abrir un anexo a ese registro para registrar en él los actos de autoprotección anotados en los registros locales.

#### X.— Nuestras aspiraciones

Sabemos que el derecho siempre responde al requerimiento de una realidad social a la que pertenece. Tedioso sería aquí referirnos a la obra del maestro Werner Goldschmidt, quien tanto insistiera sobre el punto.

Sabemos, por consiguiente, que la temática que nos ocupa –el derecho de autoprotección– crecerá o no en importancia según cual sea nuestra evolución social.

Puede ocurrir que las circunstancias que acompañen al hombre de las próximas décadas difieran radicalmente de las que imaginamos previsibles a causa de alguno cualquiera de los eventos que la historia enseña que ocurren más a menudo de lo que el hombre quiere creer y, entonces, es probable que nuestras lucubraciones sean en vano.

Si el futuro no llega a ser lo que esperamos, podrá ocurrir, probablemente, que el hombre no necesite del derecho de autoprotección, así como no lo necesitó desde Roma hasta estos últimos años.

Pero si la humanidad sigue el camino que todos prevemos lógico, esto es, un envejecimiento progresivo de la población motivado por el progreso de la ciencia médica y la inevitable disminución de la tasa de crecimiento demográfico, *es inevitable, también, que el derecho de autoprotección tenga, en el futuro, un auge extraordinario.*

Nos sentimos privilegiados de participar del nacimiento de esta “criatura”. Advertimos que creemos necesario que el notariado argentino se prepare para esta hipótesis.

Si en naciones de avanzada dentro de nuestra cultura y del derecho continental, tales como la provincia canadiense de Quebec, Alemania y la Comunidad Autónoma de Cataluña, se ha legislado específicamente sobre el tema; si otros países, como Japón, Inglaterra, Holanda y la mayoría de los estados de Estados Unidos tienen normas al respecto, debemos pensar en cómo recibir y adaptarnos al desafío.

Apuntamos que a tenor del informe producido por el notario Louis Steenackers, en los respectivos Registros de disposiciones de autoprotección que llevan los notarios y los abogados de Quebec, a febrero de 1998, había más de 500.000 y 5.000 disposiciones anotadas en cada uno.

Precedentemente, en este comentario sosteníamos que los registros han crecido en nuestro país a la vera de la legislación local. Por ende, creemos que un primer paso que serviría para que el notariado adquiriera conciencia del tema, sería *crear en los registros de testamentos que llevan nuestros colegios, una sección destinada al registro de disposiciones de autoprotección.*

En este sentido, para la introducción de esta nueva sección –como ya dijimos– se ha perdido una oportunidad inmejorable al crearse el Centro Nacional de Registros de Actos de Última Voluntad, al que hicimos referencia.

Contra la creación de esta sección dentro de los registros de testamentos se podrá esgrimir el argumento que hemos expuesto para objetar la denominación “testamento para la vida”. Se trata de un problema de vida y no de muerte.

Sin embargo, una indudable economía burocrática, fundada en la similitud de funcionamiento de ambos registros, nos inclinan a admitir, aunque sea temporariamente, este emparentamiento.

La creación de esta nueva sección estaría fundada en lo resuelto por la re-

ciente VIII Jornada Notarial Iberoamericana y tendría como ventajas evidentes:

1) Conferir un respaldo institucional al colega que intervenga en este tipo de actos. No olvidemos que, si bien el derecho de autoprotección cuenta con una innegable raigambre constitucional, nuestras legislaciones civil y procesal se encuentran inspiradas en un espíritu opuesto emergente del obsoleto aforismo “la ley piensa por el incapaz”.

Acercar para el notariado esta nueva incumbencia. Es la escritura pública el mejor instrumento para autoprotegerse y el notario, el profesional capacitado para asesorar en materia jurídica tan personal.

También aspiramos a que nuestros colegios insten a la incorporación de este instituto de la autoprotección en nuestros ordenamientos civil y procesal. Ello podría obtenerse tanto a través de una legislación especial como por su incorporación al Proyecto de Código Civil, de próximo tratamiento legislativo.