

# DERECHOS E INTEGRACIÓN

REVISTA DEL INSTITUTO DE DERECHO E INTEGRACIÓN



COLEGIO DE  
ESCRIBANOS  
PROV. DE SANTA FE  
2<sup>da</sup> CIRCUNSCRIPCIÓN



# “Derechos e Integración”

---

Revista del Instituto de Derecho e Integración

Nº 17 - Año 2023



**COLEGIO DE  
ESCRIBANOS**

**PROV. DE SANTA FE  
2<sup>da</sup> CIRCUNSCRIPCIÓN**

*Derechos e Integración es una revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2ª Circunscripción que comenzó a publicarse en el año 2009. Abarca temas inherentes a la dignidad, autonomía y capacidad de la persona humana y al pleno y efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales.*

*La revista Derechos e Integración tiene como objetivos primordiales:*

- A. Analizar el derecho vigente en el marco de los paradigmas internacionales que diseñan el actual sistema de protección de derechos.*
- B. Promover estrategias y herramientas jurídicas, desde la perspectiva notarial, idóneas para garantizar el ejercicio de los derechos, especialmente en situaciones de mayor vulnerabilidad.*
- C. Difundir y propiciar el debate desde una mirada interdisciplinar.*

*Derechos e Integración recurre a evaluadores externos al Instituto de Derecho e Integración para la selección de los artículos a publicar.*

*Los artículos publicados no constituyen necesariamente la opinión oficial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2ª Circunscripción ni del Instituto de Derecho e Integración. Las opiniones emitidas en esta revista pertenecen exclusivamente a sus autores.*



**COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE SANTA FE 2º  
CIRCUNSCRIPCIÓN**

<b>Presidente</b>	Alicia B. Rajmil
<b>Vicepresidente</b>	Marisa Reynoso
<b>Secretaria</b>	Rosanna A. Paccie
<b>Prosecretario</b>	Ernesto L. Martin
<b>Tesorero</b>	Máximo J. Farrugia
<b>Vocales Titulares</b>	María E. Boretti
	Andrea E. Orsetti
	Enrique J. Barales
	Claudia C. Fenoglio
	Tamara García Giusiano
<b>Vocales Suplentes</b>	Gustavo R. Dimo
	Carla A. Gaido
	María J. Fiornovelli
	Gabriela R. Katz
	Julián Mariné



# IDel

**INSTITUTO DE DERECHO E INTEGRACIÓN**  
**COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE SANTA FE 2º**  
**CIRCUNSCRIPCIÓN**

<b>Directora Honoraria</b>	Alicia Beatriz Rajmil
<b>Directora</b>	María Mercedes Córdoba
<b>Subdirectora</b>	Stella Maris Myriam Esterlich
<b>Secretaria</b>	Maria Eugenia Boretti
<b>Miembros Plenos</b>	
Enrique Jorge Arevalo	Pedro Eugenio Marzuillo
María Eugenia Boretti	Maria Celeste Ghione
Cecilia Barales	Gloria Argentina Gover
Lilia Graciela Castelan	Pedro Eugenio Marzuillo
María Mercedes Córdoba	Rosanna Andrea Paccie
Silvia Beatriz Di Boscio	Alicia Palotto
Stella Maris Myriam Estelrich	Mercedes Piñeiro
Carolina Soledad Forastier	Cristina Prat
Celia Leonor Fridman	Brigida Julia Sesma
Maria Celeste Ghione	Alejandro Toguchi
Gloria Argentina Gover	María Claudia Torrens
<b>Miembros Adherentes</b>	
Dariel Oscar Barbero	Romina Andrea Rajmil
Érika Silvana Bramatti	Sandra Milagros Torres
Natalia Andrea Echecury	Emilio Torres
Marianela Rosana Graizzaro	
<b>Miembros Honorarios</b>	
Luis Rogelio Llorens	Leonardo Bernardino Pérez Gallardo

## REVISTA “DERECHOS E INTEGRACIÓN”

<b>Co Director</b>	Pedro Eugenio Marzuillo
<b>Co Directora</b>	Maria Celeste Ghione
<b>Comité de Redacción</b>	Enrique Jorge Arévalo
	Maria Eugenia Boretti
	María Mercedes Córdoba
	Natalia Andrea Echecury
	Romina Andrea Rajmil
	Sandra Milagros Torres
	María Claudia Torrens
<b>Comité de Referato</b>	María Isolina Dabove
	Pedro Federico Hooft
	Luis Rogelio Llorens

## EDITORIAL

Este nuevo número de la revista Derechos e Integración nos encuentra celebrando el décimo quinto aniversario del Instituto de Derecho e Integración (IDeI) del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, segunda circunscripción.

Han sido 15 maravillosos años trabajando en aras del real protagonismo de las personas en el ejercicio de sus derechos, en especial, de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad en razón de su edad o capacidad, o en previsión de dicha vulnerabilidad. Es un trabajo que hemos llevado adelante no solo con amor, sino también con responsabilidad y seriedad, buscando estar a la altura que demanda tamaña labor.

Se suma a la alegría del aniversario el reconocimiento recibido por parte del Concejo Municipal de la ciudad de Rosario, quien ha declarado al IDeI como Institución Distinguida de la ciudad de Rosario, por ser un «organismo abocado a la búsqueda, análisis, elaboración y difusión de herramientas jurídicas y notariales para garantizar el acceso a derechos de las personas en situación de mayor vulnerabilidad». Asimismo, el Concejo también entregó un Diploma de Honor a la Presidenta del Colegio y del IDeI, Esc. Alicia Rajmil, «por su rol como impulsora en la conformación del IDeI, y su incansable labor de apoyo en la difusión, enseñanza y respeto de los derechos de los más vulnerables». Estos reconocimientos son un enorme orgullo para nuestro instituto y nos impulsan a seguir recorriendo el camino emprendido.

Gran parte de nuestro trabajo se encuentra plasmado en la Revista Derechos e Integración, abocada a la investigación científica y divulgación académica de las temáticas del Instituto. Nos enorgullece estar presentando, en esta oportunidad, el número 17 – año XIII de la revista.

En este número, el lector se encontrará con dos artículos de doctrina de prestigiosos autores: el primero del Esc. Luis Rogelio Llorens, titulado “Discapacidades, Personas Mayores y Actos Jurídicos”, que reflexiona sobre el régimen de capacidad y sistemas de apoyos, y el segundo del Esc. Juan Andrés Bravo, denominado “Planificación del Patrimonio Digital”, que constituye un valioso aporte en materia de directivas digitales anticipadas y testamentos como herramientas de gestión del legado digital, tema de

vanguardia y de necesario estudio frente a los nuevos requerimientos de las personas.

En la sección Casos Prácticos, la Esc. María Mercedes Córdoba nos brinda un modelo de poder para juicio otorgado por una persona con Síndrome de Down que, más allá de contener todas las facultades de estilo, incorpora una redacción con terminología clara y adecuada para que pueda ser cabalmente comprendida por su otorgante. Es de destacar que dicho poder fue utilizado exitosamente para lograr una medida cautelar en la justicia federal, sin requerir un proceso de restricción a la capacidad o tutela, por considerar suficientemente expresada y garantizada la voluntad del poderdante. Las Dras. Verónica Velasco y Nadia Bausinger relatan esta experiencia en la sección Horizontes.

En línea con lo anterior, en la sección de Jurisprudencia, quien suscribe comenta un fallo que dedica un apartado redactado en lenguaje sencillo destinado al interesado, una persona adulta con Síndrome de Down que requiere de un asistente terapéutico para cursar estudios universitarios.

En la sección Legislación, los Esc. Alicia Rajmil y Luis R. Llorens nos ofrecen un comentario al Proyecto de Ley de Autoprotección que busca su incorporación expresa y amplia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, bandera que el IDel viene enarbolando desde sus comienzos, por la importancia que reviste, sobre todo, para las personas en situación de mayor vulnerabilidad.

Por último, dentro de la sección Horizontes, además del comentario de las Dras. Velasco y Bausinger, la Esc. Gloria Gover nos ofrece una mirada distinta acerca del instituto de la legítima hereditaria, tema que se encuentra siendo muy debatido dentro de los ámbitos académicos.

Deseamos que la revista pueda resultar de interés no solo científico sino también social, logrando despertar en los lectores la conciencia por el respeto a todas las voluntades e invitándolos a continuar recorriendo el camino comenzado por nuestro querido Instituto hace ya 15 años.

**Esc. María Celeste Ghione**



## TABLA DE CONTENIDO

Editorial	5
<b>DOCTRINA</b>	
"Discapacidades, personas mayores y actos jurídicos" Esc. Luis Rogelio Llorens	10
"Planificación del Patrimonio Digital. Directivas digitales anticipadas y testamentos como herramientas de gestión del legado digital." Esc. Juan Andrés Bravo	22
<b>LEGISLACIÓN</b>	
"Proyecto de Ley de Autoprotección y Poderes Preventivos (Expediente S-669/2022)"	56
"Comentario sobre el Proyecto de Ley de Autoprotección y Poderes Preventivos (Expediente S-669/2022)" Esc. Luis R. Llorens - Alicia B. Rajmil	84
<b>JURISPRUDENCIA</b>	
Un fallo con perspectiva de discapacidad Juzgado Federal en lo Civil, Comercial y Cont. Adm. De Posadas.	95
<b>PRÁCTICA NOTARIAL</b>	
"Poder otorgado por persona con Síndrome de Down" Esc. Mercedes Córdoba	114
<b>HORIZONTES</b>	
"La ilegitimidad de la legítima hereditaria y su inconstitucionalidad" Esc. Gloria Gover	123
"Obra social. Restitución de afiliación a persona jubilada." Dra. Verónica Velasco y Dra. Nadia Bausinger	155

# DOCTRINA

# Discapacidades, personas mayores y actos jurídicos

Esc. Luis Rogelio Llorens

**Sumario.** I. Introducción. II. Las normas: 1) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2) Convención Interamericana sobre protección de los Derechos Humanos de las personas mayores. 3) El Código Civil y Comercial Argentino. 4) Los códigos procesales. III. Conclusiones.

**Resumen.** Las instituciones jurídicas previeron siempre –de mejor o peor manera- cuidar de aquellas personas con padecimientos intelectuales o mentales. Hoy nos sorprende la cuestión de la protección jurídica para quienes sin padecer discapacidades mentales o intelectuales se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad por padecer discapacidades físicas o sensoriales o entrar en la categoría de “persona mayor”. Se torna ahora grave la falta de adecuación de las disposiciones procesales para atender a estas categorías. No obstante, los regímenes de apoyo, que pueden ser judiciales o extrajudiciales, se presentan como una alternativa para las personas en situación de vulnerabilidad, sin necesidad de restringir su capacidad o declarar su incapacidad.

**Palabras clave.** Capacidad. Régimen de Apoyos. Vulnerabilidad. Salvaguardias

## **Disabilities, older people and legal acts**

Esc. Luis Rogelio Llorens

**Abstract.** Legal institutions has always provided – in better or worse ways – to take care of those people with intellectual or mental illnesses.

Today we are surprised by the issue of legal protection for those who, without suffering from mental or intellectual disabilities, are in a situation of greater vulnerability due to physical or sensory disabilities or falling into the category of “older person.” The lack of adequacy of the procedural provisions to address these categories now becomes serious. However, support regimes, which can be judicial or extrajudicial, are presented as an alternative for people in vulnerable situations, without the need to legally restrict their capacity or declare their incapacity.

**Keywords.** Legal Capacity. Support Regime. Vulnerability. Safeguards

## **I. Introducción**

Es un lugar común afirmar que en las últimas décadas el derecho ha evolucionado radicalmente en materia de protección a las personas en situación de especial vulnerabilidad.

En virtud de los cambios de paradigmas ocurridos van surgiendo nuevas cuestiones de adaptación a ellos.

Las instituciones jurídicas previeron siempre –de mejor o peor manera– cuidar de aquellas personas con padecimientos intelectuales o mentales. Hoy nos sorprende la cuestión de la protección jurídica para quienes sin padecer discapacidades mentales o intelectuales se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad por padecer discapacidades físicas o sensoriales o entrar en la categoría de “persona mayor”. Se torna ahora grave la falta de adecuación de las disposiciones procesales para atender a estas categorías.

## **II. Las normas:**

- 1) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dispone en el art. 1º (2do. párrafo) que “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

Más allá de que resulta evidente el concepto de discapacidades físicas y sensoriales, aclaramos que entendemos por discapacidades mentales a aquellas que se vinculan con el “funcionamiento intelectual inferior a lo normal que se manifiesta desde la infancia”;<sup>1</sup> mientras que las “intelectuales” serían las vinculadas con el entendimiento consistente en la “potencia del alma, en virtud de la cual concibe las cosas, las compara, las juzga e induce y deduce otras de las que ya conoce”<sup>2</sup>

Así, conforme con la norma ya citada, el “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, junto con la capacidad jurídica que reconoce y dispone el conocido art. 12 de esta convención, ha de ser aplicado a quienes padezcan tanto deficiencias mentales o intelectuales como a quienes sean personas con discapacidades físicas o sensoriales.

Bien entendido que la expresión “capacidad jurídica” en esta convención no es sinónimo de capacidad de derecho, sino que abarca tanto la capacidad de derecho como la de ejercicio (arts. 22 y 23) de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> (Diccionario RAE, entrada <https://dle.rae.es/deficiencia#DJ2cvEh>). Consultada el 12/9/2022.

<sup>2</sup> Entradas: <https://dle.rae.es/intelectual?m=form> y <https://dle.rae.es/entendimiento?m=form>. Consultada el 12/9/2022.

<sup>3</sup> Según el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014 Observación general Nº 1, 2014: “La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho.”

2) Convención Interamericana sobre protección de los Derechos Humanos de las personas mayores.<sup>4</sup>

Según su art. 1º, “El objeto de la Convención es 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 la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.”

De donde se deduce, con claridad, que la protección que confiere esta convención no se vincula con “discapacidades” sino con “persona mayor”. Así, es destinatario de su protección cualquier persona que entre dentro de la categoría de “persona mayor”, aún cuando no sufra discapacidad alguna. Ejemplo sería el de quien carece de acceso a determinados trabajos o funciones por el sólo hecho de ser “persona mayor”.

3) El Código Civil y Comercial Argentino.

a) El art. 32 de este cuerpo normativo dispone que “El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes” para agregar a continuación que en estos casos “debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43...”

De su primera parte surge que uno de los requisitos para que el juez restrinja la capacidad de ejercicio es el padecimiento de una adicción o de una alteración mental.

La existencia de la “alteración mental” es un requisito de antigua data en la legislación argentina. Así, el Código Civil anterior, vigente hasta el 31 de

---

<sup>4</sup> Aprobada en Argentina por Ley 27.360. Tiene jerarquía constitucional por Ley 27.700

julio de 2015, establecía en el art. 142 que “La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte, y después de un examen de facultativos.”

Llambías, si bien aceptaba entonces que el dictamen no era obligatorio para el juez, afirmaba que “si el dictamen médico asevera que el denunciado está sano, sin duda parece inaceptable que el juez pueda apartarse del mismo para determinar la interdicción del denunciado, ya que ese proceder sí que importaría desconocer el valor del informe médico como garantía<sup>5</sup> de la justicia del procedimiento.”<sup>6</sup>

El criterio no fue modificado por el Decreto-Ley 17711/68 ni tampoco por la ley 26.657. Ésta introdujo en el art. 152 ter al mencionado código velezano: “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias...”

En la República Oriental del Uruguay para restringir la capacidad de ejercicio de una persona se sigue criterio similar de la legislación argentina.<sup>7</sup>

Este criterio, sin embargo, no parece ser tan enfático en otras legislaciones extranjeras.

El Código Civil de Quebec del año 1994 en el art. 256 dispone que los regímenes de protección de los mayoresse establecen en su interés; tienen por objeto asegurar la protección de su persona, la administración de su patrimonio y, en general, el ejercicio de sus derechos civiles y que la

---

<sup>5</sup> El destacado me pertenece

<sup>6</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. “Tratado de Derecho Civil. Parte General.” Editorial Perrot. Buenos Aires. 1964. T. I, pág. 452.

<sup>7</sup> Art. 432 del Cód. Civil: “Están sujetos a curaduría general los incapaces mayores de edad. Hállanse en este caso los dementes, aunque tengan intervalos lúcidos y las personas sordomudas que no puedan darse a entender por escrito ni mediante lengua de señas según lo establecido en la Ley N° 17.378 de 25 de julio de 2001. En este último caso, la intervención de intérprete de lengua de señas será preceptiva para decidir la curatela.”

incapacidad resultante se establece únicamente a su favor; para agregar en el art. 258 que los regímenes de representación y asistencia se establecen en caso de una enfermedad, deficiencia o impedimento debido a la edad que altere sus facultades mentales o su capacidad física para expresar su voluntad.

En España la ley 13/1983 redactó el art. 200 del Código Civil, que ya no se encuentra vigente, de la siguiente manera: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.” De tal manera, esa norma no considera requisito la existencia de una alteración mental o intelectual.

En la actualidad, según la ley 8/2021 el artículo 249 dispone: “Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate.”<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> “... para la adopción de una medida de apoyo, por supuesto cuentan los deseos y preferencias, pero sobre todo prima su necesidad. Si la medida no está justificada, no procede. Viene a cuento la sentencia del Tribunal Supremo 589/2021, de 8 de septiembre “En realidad, el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo «atender», seguido de "en todo caso", subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de tener en cuenta o en consideración algo y no solo el de satisfacer un deseo, ruego o mandato.” SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 25 de octubre de 2022, rec. nº 265/2022. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/36586483b2cdce2da0a8778d75e36f0d/20221202> Consultado el 17/1/2023.



Así, de conformidad con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, este texto prioriza las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria y agrega: “Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

Destacamos que así las medidas de origen legal o judicial sólo proceden ante deficiencias mentales o intelectuales de la persona en cuestión. También cabrían ante la imposibilidad absoluta de expresar dicha voluntad (ejemplo del sordomudo que no sabe darse a entender por otro medio), extremo que en la actualidad es difícil de imaginar en atención a los extraordinarios avances tecnológicos para facilitar la comunicación de personas con impedimentos para hacerlo.

Destacamos especialmente la exigencia de que las medidas de apoyo voluntarias se establezcan con las “salvaguardas necesarias”, o sea, con los controles del caso.<sup>9</sup>

Volviendo al Código Civil y Comercial de la Nación agregamos que no incluyó norma alguna en remplazo del controvertido art. 153 del Código Civil que redactara Dalmacio Vélez Sársfield que disponía la “incapacidad” de las personas sordomudas que no sabían darse a entender por escrito.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Volveremos sobre este punto de las salvaguardias de los apoyos extrajudiciales.

<sup>10</sup> Ya Baldomero LLERENA afirmaba que “El sordo mudo no debe ser declarado incapaz si puede hacerse entender aunque sea deficientemente” (Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino – Librería y Editorial “La Facultad”. Buenos Aires. 1931. T° I, pág. 345. LLAMBÍAS explica que en el anteproyecto de 1954 “desaparece la categoría del sordomudo como incapaz. Si la sordera no responde a una lesión cerebral (...) el sujeto es inteligente pudiendo manejarse por signos ...” (Tratado de Derecho Civil Parte General T° I, Editorial Perrot Buenos Aires 1964 pág. 514) lo que lleva a LEIVA FERNÁNDEZ a titular un trabajo “Los sordomudos también hablan” (La Ley 1983 –D-1044).

Sólo dispone en el art. 304 para las personas con discapacidad auditiva que otorgan una escritura pública: “Si alguna de las personas otorgantes del acto tiene discapacidad auditiva, deben intervenir dos testigos que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por la persona otorgante.

Si es alfabeto, además, la escritura debe hacerse de conformidad a una minuta firmada por ella y el escribano debe dar fe de ese hecho. La minuta debe quedar protocolizada.”

El fundamento de esta disposición se correlaciona con el deber del notario que surge del art. 305 inc. d): “la constancia instrumental de la lectura que el escribano debe hacer en el acto del otorgamiento de la escritura.”

Parece por un lado innecesario agregar mayores precisiones al respecto.

Por otro, destacamos que la previsión del art. 304 debería ser aplicada, en nuestra opinión, de manera analógica y más amplia. Así para todos los supuestos en que el funcionario público se encuentre frente a personas con discapacidades que les dificultan la expresión de la voluntad,<sup>11</sup> cabe deducir de la disposición que es posible recurrir a los elementos técnicos (computadoras, lengua de señas, etc.) que faciliten el camino, dejando constancia en el documento qué elementos fueron utilizados y con qué apoyos.

b) El Art. 43. Si bien el mencionado art. 32 del Cód. Civ. y Com. impide decretar restricciones a la capacidad de ejercicio en la medida en que no se prueben discapacidades mentales o intelectuales o adicciones;<sup>12</sup> a contrario, el art. 43 diseña el régimen de apoyos para todas las personas que lo

---

<sup>11</sup> Art. 301: “El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes.”

<sup>12</sup> Régimen aparte merece el caso de la prodigalidad. Ver Arts. 48 al 50 inclusive.

necesiten<sup>13</sup> para promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.”

Cabe volver a destacar que el régimen de apoyos, junto con las salvaguardias correspondientes, pueden ser diseñados tanto de manera judicial como extrajudicial.<sup>14</sup>

#### 4) Los códigos procesales.

Con posterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación algunas provincias han dictado normas procesales vinculadas con los procesos de familia.

Así, como ejemplos, podemos mencionar a la provincia de Mendoza que sancionó la ley 9.120 el 21 de noviembre de 2018 que regula a partir del art. 118 el “Proceso relativo a la capacidad de las personas”; a la de Río Negro con la ley 5.396 el 20 de septiembre de 2019 que a partir del art. 184 regula el “Proceso Declarativo de Restricción a la Capacidad e Incapacidad”<sup>15</sup>; a la de Entre Ríos que sancionó la ley 10.668 el 12 de marzo de 2019 que a partir del art. 174 regula “Restricciones a la Capacidad de Ejercicio”; y la de San Luis

---

<sup>13</sup> “Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.” Ver nota 7.

<sup>14</sup> España: Ley 8/2021 de 2 de junio: “Art. 255. Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes. Podrá también establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, el cual se prestará conforme a lo dispuesto en el artículo 249. Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. El Notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante. Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.”

<sup>15</sup> Autos “H., A. S. s/ proceso sobre capacidad” (Unidad procesal N° 5 de Viedma, Pcia. de Río Negro). Thompson Reuters – Cita TR LA LEY AR/JUR/21010172021.

que sancionó la ley VI-1053-2021 que a partir del art. 179 regula el “Proceso Relativo a la Capacidad de las Personas”.

Todas estas normas procesales contienen las relativas al proceso de restricción a la capacidad de ejercicio pero no prevén ninguna para crear un régimen de apoyos y salvaguardias para las personas que los necesitan a causa de discapacidades sensoriales, físicas o, simplemente, por edad avanzada.

En la provincia de Buenos Aires la situación es aún peor pues la regulación surge del viejo Código Procesal Civil y Comercial que en la actualidad sigue mencionando, por ejemplo, “la declaración de demencia” (art. 618) y al “insano” (art. 627). Por supuesto, no regula un proceso para crear un régimen de apoyos y salvaguardias para personas que no sean discapacitados mentales o intelectuales o que las necesiten por su edad avanzada.

### **III.-Conclusiones:**

1) Nos enrolamos entre quienes afirman que las restricciones a la capacidad de ejercicio sólo pueden ser dictadas ante la existencia de probadas discapacidades mentales o intelectuales.<sup>16</sup>

La prueba de la existencia de esas discapacidades mentales o intelectuales constituye una garantía para impedir abusos con relación a la persona en situación de especial vulnerabilidad. Pero, más que eso aún, lo constituye el hecho de que restringir la capacidad jurídica a una persona que goza de aptitud mental e intelectual es absolutamente contrario a los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que, precisamente, lo que promueve es su autonomía.

---

<sup>16</sup> Ver: Autos “H., A. S. s/ proceso sobre capacidad” (ya citado); Autos “T., M. E. s/ designación de apoyo (Expte. 0366/21/UP11. (Unidad procesal N° 11 Fuero de Familia -1 Circunscripción. Publicado en El Dial Express 29/8/2022. Cita: elDial.com - AACF33; Autos “S., O. R. R. s/ restricciones a la capacidad” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualeguaychú Sala I) Cita TR LA LEY AR//JUR/ 210095/2021.

2) Lo dicho precedentemente no impide que para cualquier persona en situación de especial vulnerabilidad (discapacitados mentales o intelectuales, sensoriales, físicos, personas mayores) se pueda abrir un régimen de apoyos y de salvaguardias.

3) Los regímenes de apoyos y salvaguardias, como dijimos, pueden ser judiciales o extrajudiciales (art. 43 del Cód. Proc. Civ. y Com.)

Los apoyos y salvaguardias judiciales corresponden en caso de necesidad.

Los extrajudiciales pueden serlo “en previsión”, como en el caso de otorgamiento de poderes preventivos o actos de autoprotección y nunca implican restricción de la propia capacidad jurídica.

4) Para la creación de regímenes de apoyos y salvaguardias por vía judicial es imperiosa la adecuación de las normas procesales correspondientes.<sup>17</sup> Entre tanto, cabe la creación pretoriana de los medios tendientes para el logro de la protección que a estas personas confieren tanto las convenciones incorporadas a nuestra Constitución Nacional como las normas de fondo, en especial el art. 43 del Cód. Civ. y Com.

5) Si se dispone en sede judicial un régimen de protección de persona mediante apoyos y salvaguardias sin restricción a la capacidad de ejercicio (en los supuestos en que no existe discapacidad mental o intelectual) debe cumplirse con las formas impuestas por la ley para el otorgamiento de los actos jurídicos. Por ejemplo, se debe cumplir con el art. 1017 inc. a) y c) del Cód. Civ. y Com. para apoderar a los apoyos para realizar actos de disposición sobre inmuebles. No se podrían conceder esas facultades judicialmente, pues si la persona goza de sus aptitudes intelectuales, nada impide que otorgue el apoderamiento cumpliendo con las formas impuestas.

---

<sup>17</sup> Cabe tener en cuenta para ello la importante institucionalización que regula la citada ley 8/2021 de España a la guarda de hecho.

6) El notariado tiene larga experiencia en el otorgamiento de actos jurídicos para proteger a personas en situación de especial vulnerabilidad.

Podemos enumerar, por ejemplo, poderes y mandatos, actos de autoprotección, contratos de renta vitalicia, donaciones con reserva de usufructo, etc. Últimamente se ha desarrollado en países carentes de inflación el crédito vitalicio con garantía hipotecaria.

Entendemos que el notariado debe evolucionar para asegurar el cumplimiento de los actos jurídicos que se celebren para los supuestos que contemplamos mediante el agregado de especiales cláusulas de salvaguardias y controles. Generalmente se omiten.

7) También hemos observado en algún caso el problema que se suscita cuando la normativa previsional exige para conceder beneficios la existencia de una restricción a la capacidad de ejercicio y la persona en cuestión adolece de ellas pero tiene otras discapacidades.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Ver autos Autos "S., O. R. R. s/ restricciones a la capacidad" (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualeguaychú Sala I) Cita TR LA LEY AR//JUR/210095/2021 (ya citado) en los que se plantea el problema que genera el levantamiento de la "incapacidad" de una mujer que había sido declarada "incapaz" en base al artículo 153 del C.C. anterior por ser sordomuda que no sabe darse a entender "por escrito" aunque maneja la lengua de señas, ya que ese levantamiento provocaría la pérdida de sus beneficios previsionales.

# Planificación del Patrimonio Digital

Directivas digitales anticipadas y testamentos como herramientas de gestión del legado digital.

Esc. Juan Andrés Bravo<sup>1</sup>

**Sumario.** I. Planificación sucesoria patrimonial y el legado digital. II. Identidad y patrimonio digital. a) Bienes digitales patrimoniales o susceptibles de apreciación económica. b) Bienes digitales extrapatrimoniales. III. Directivas digitales anticipadas. a) Prestadores de servicios de internet. Regulación actual. b) Directivas digitales anticipadas. Poderes post mortem. Situación actual. c) Directivas y disposiciones de última voluntad. d) El redescubrimiento de la figura del albacea. IV. La planificación sucesoria patrimonial de Niñas, niños y adolescentes. a) Alcance. b) Conferir mandato. V. Registración. VI. Protección de datos personales. De su importancia y regulación. VII. El testamento y las directivas digitales en derecho comparado. VIII. Conclusiones.

**Resumen.** Las nuevas tecnologías y la vida hiperconectada generan nuevas preguntas y consecuentemente nuevas incumbencias que debemos resolver, valiéndonos de nuevas herramientas como pueden ser los SmartContract o contratos inteligentes, o bien de soluciones a problemas clásicos como puede ser la designación del albacea. Resalta la importancia del asesoramiento notarial debido a los requirentes en materia de planificación sucesoria patrimonial digital. Valerse de figuras como Directivas Digitales Anticipadas, sean expresadas en instrumento autónomo o

---

<sup>1</sup> Mágister en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario por la Universidad Notarial Argentina.- Diploma de Honor por la Universidad Católica Argentina.- Notario de la Provincia de Buenos Aires.

testamento, poderes otorgados en consecuencia, designaciones de albaceas, son herramientas válidas de las que podemos valernos a la hora de planificar nuestro legado digital.

**Palabras clave.** Directivas Digitales Anticipadas. Planificación Sucesoria. Albaceas. Testamento. Legado digital.

## **DIGITAL HERITAGE PLANNING**

Living will and wills as digital legacy management tools.

**Abstract.** New technologies and hyperconnected life create new questions and as a consequence new concerns that we must solve, making use of new tools such as SmartContracts, or solutions to classic problems such as the designation of the executor. Notarial advice in matters of succession on digital assets turns into a very important point. Living will, whether expressed in an autonomous instrument or will, power of attorney, executor designations, are valid tools that we can use when planning our digital legacy.

**Keywords.** Living will. Succession planing. Executor. Will. Digital Legacy.

### **I. Planificación sucesoria patrimonial y el legado digital**

La humanidad se ha visto alcanzada desde hace décadas por la irrupción de la internet, que se ha ido profundizando con el correr de los años, y más aún, a partir de la pandemia por Coronavirus desde el año 2019, los medios tecnológicos se han convertido en el principal canal de comunicación.

La permanente interacción con los medios tecnológicos, implica una constante generación y recolección de información representada en documentos, imágenes, videos, audios, y cualquier tipo de archivo digital,



que iremos acumulando en tanto permanezcamos en los entornos digitales y que podrán representar valor patrimonial, más allá de los bienes o contenidos con propio valor económico como pueden ser los criptoactivos, por ejemplo.

La persona no es ya sólo usuaria de contenidos digitales sino que también es productora de los mismos, generándose así el interrogante sobre la garantía de los derechos que le correspondan sobre lo producido o creado, como así también sobre el patrimonio adquirido<sup>2</sup>.

A partir de ello, uno de los temas que ha comenzado a constituirse como uno de los ejes de la planificación sucesoria habitual de las personas, es la planificación sucesoria digital (entendiéndose por tal, y en lo que respecta al presente trabajo, a la que refiere a los bienes digitales, y no necesariamente a aquella que se instrumente por medios digitales), y la consecuente herencia de los bienes digitales<sup>3</sup>.

Visualizar y analizar aquellas cuestiones sucesorias que pueden llegar a generarse con el fallecimiento de una persona que haya tenido una identidad digital, como así también lograr un tratamiento integral que alcance a las voluntades digitales (sean expresadas en testamentos o en directivas anticipadas en previsión de la propia incapacidad, aún sin contenido patrimonial), han sido objeto de estudio por el presente autor<sup>4</sup> y tratarán de acotarse a lo estrictamente patrimonial a los efectos del presente trabajo.

---

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ PRIETO - MARTÍNEZ CABEZUDO. Herencia digital, términos y condiciones de uso y problemas derivados de la praxis social. Un análisis desde la filosofía del derecho. "Revista Internacional de Pensamiento Político - I Época"; <https://www.upo.es/revistas/index.php/ripp/article/view/3225/2507>

<sup>3</sup> MOREYRA, "Algunos aspectos sucesorios referidos a los bienes digitales patrimoniales y extrapatrimoniales". En: ARMELLA, (Dir.), SALIERNO (Coord.). *Derecho y Tecnología. Aplicaciones Notariales*, p. 233-262. Ver Pág. 235.

<sup>4</sup> En este sentido ver: BRAVO, "La herencia de los bienes digitales". En: SABELLI (Coord.). *Transformación Digital BLOCKCHAIN*, p. 265-295. Y BRAVO, "Legado digital y su gestión. Contratos Inteligentes aplicados al derecho sucesorio. Una tecnología informática como herramienta al servicio del notario", presentado en XXX Encuentro Nacional del Notariado Novel, <https://drive.google.com/file/d/1Y8fdtmObqtonvCNWD5UE5dqtSnI5UXY2/view>.

Estudiaremos dentro de ese tratamiento integral, las herramientas e instrumentos existentes, con hincapié en aquellas que se encuentran al alcance de la actuación notarial, en el ámbito de desarrollo de las nuevas tecnologías, comprendiendo: la instrumentación de directivas, la creación, o reforma y digitalización de los registros existentes, sin descuidar un tema de vital importancia como es la protección de datos personales en la profesión notarial.

Los mismos prestadores de servicios digitales, ponen en cabeza de los notarios la responsabilidad y el deber de asesoramiento sobre estas temáticas, destacando herramientas actuales como poderes o directivas anticipadas.

Iniciaremos con el estudio del patrimonio digital y los bienes que lo componen, para luego indagar sobre las voluntades digitales o directivas digitales anticipadas, analizando la posibilidad de otorgamiento en el régimen jurídico argentino, sea por un instrumento autónomo o por medio de un testamento en caso de disposiciones de última voluntad, en orden a visibilizar si cuenta el notariado con las herramientas necesarias para dar respuesta a un requerimiento de tales características. Incluyendo la creación de registros de voluntades digitales o la modificación de registros existentes que puedan receptor estos documentos, como punto crucial.

Por último, observaremos los métodos de resguardo y modificación de cuentas, claves y contraseñas, punto vital en este estudio, y la posibilidad de designación de un apoderado ante la propia pérdida de la capacidad o un albacea, frente al fallecimiento.

## **II. Identidad y patrimonio digital.**

El intercambio permanente y la conexión en línea genera una verdadera identidad en el ámbito digital, que puede o no correlacionarse con nuestra identidad en el mundo analógico (más allá de la identidad que pueda

generarse en el metaverso, a la cual no nos referiremos dado que amerita un estudio mucho más profundo que aquel que pueda alcanzar este trabajo).

Esta generación de una nueva identidad en entorno digitales, distinta a la cual hemos estudiado históricamente, puede tener, y de hecho, generalmente tiene implicancias en diferentes ramas del derecho, en especial aquí en el derecho sucesorio, en cuestiones relativas al ejercicio y protección de derechos personalísimos y a la protección de datos personales.

Esa identidad se irá generando a partir de la actuación de la persona en el entorno digital, resultando un claro ejemplo las visitas en redes sociales, participación en reuniones a través de Zoom, y así podríamos seguir indefinidamente, en tanto y en cuanto la actuación se dé en un entorno digital.

Veremos que, hay todo un mundo de datos digitales, que necesita ser protegido, y que la persona debería poder resguardar y proteger ya que es su propia identidad la que está en juego. Desde luego que esos bienes en particular, podrán no tener apreciación pecuniaria. Pero también resulta imperativo pensar en que sucedería con aquellos que sí la tengan y que conformen el patrimonio digital de la persona<sup>5</sup>.

No es extraño, en la sociedad de hoy, pensar que los bienes digitales presentan en el acervo sucesorio una relevancia tal, o superior, a la de los bienes analógicos<sup>6</sup>. En rigor de verdad, hablamos en todos los casos de una única herencia, que podrá presentar bienes, derechos y obligaciones de

---

<sup>5</sup> Una clasificación de los bienes digitales ha sido ensayada en: AUTOR DESCONOCIDO, *La herencia digital: gestionar nuestro legado en la red*, <https://www.ionos.es/digitalguide/paginas-web/derecho-digital/la-herencia-digital/>.

<sup>6</sup> FRESNO – LONGHI – ROSELLO – VALENCIA, “La herencia de los contenidos digitales”, *presentado en 41º Jornada Notarial Bonaerense*, <http://www.jnb.org.ar/41/images/41-trabajos/tema-4/4-FRESNO-Agustina-LONGHI-Maria-Itati-ROSELLO-Vilma-Claudia-VALENCIA-Maite.pdf>.

distinta naturaleza, pero que en definitiva forman parte de la misma masa hereditaria.

Por ello, hay quienes concluyen que, tal vez, el concepto de lo digital puede llevar a la confusión, cuando en realidad la solución a estos “nuevos” problemas de planificación sucesoria, puede estar dada en soluciones a problemas viejos que ya estaban resueltos<sup>7</sup>.

Lo que está claro es que muchas personas fallecen sin dejar instrucciones certeras sobre cómo administrar sus cuentas en línea<sup>8</sup>, y es que hay una dificultad en la divulgación y utilización de recursos e instrumentos que pueden ser válidamente otorgados, pese a no estar expresamente reconocidos por las legislaciones nacionales.

a. Bienes digitales patrimoniales o susceptibles de apreciación económica.

Del análisis efectuado se observa que encontramos bienes digitales susceptibles de apreciación económica dentro del patrimonio digital de la persona. Estos no son más que bienes jurídicos que integran el patrimonio de la persona en los términos del artículo 15 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) (en adelante el “CCyC”), y por lo tanto serán transmisibles en caso de muerte a través de un testamento, o ante la falta de tal instrumento habrá que estar a las disposiciones de la ley.

Sin embargo, habrá que pensar un poco más allá: esos bienes, pensemos en criptomonedas por ejemplo, también podrán ser transmisibles a título gratuito u oneroso en vida de su titular, por ende, habrá que tener especial atención a las disposiciones que rigen las porciones legítimas que

---

<sup>7</sup> SOLÉ RESINA. *Las voluntades digitales: marco normativo Actual*, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6477555>

<sup>8</sup> Y esto también lo advierten los prestadores de servicios digitales como en el Centro de ayuda de Cuenta de Google. AUTOR DESCONOCIDO, *Enviar una solicitud relacionada con la cuenta de un usuario fallecido*, <https://support.google.com/accounts/troubleshooter/6357590?hl=es-419#ts=6357652>

corresponden a herederos legitimarios, ya que las donaciones de estos bienes, no escapan en modo alguno a las normas que protegen esas legítimas.

Claro está, que ante la falta de una previsión específica al respecto, se aplicarán las reglas tradicionales de regulación sucesoria a los bienes digitales que poseen valor económico, debido a que la herencia abarca todos los derechos y obligaciones que no se extinguen por el fallecimiento del causante<sup>9</sup>.

Y en este marco, se suscitan también cuestiones procesales y de derecho internacional privado, tales como la determinación de la ley aplicable a esos bienes, el acceso a bienes alojados en entornos digitales, o el juez competente para atender en el sucesorio. Cuestiones que, por exceder al objeto del presente, no serán tratadas pero cuyo interrogante amerita ser planteado.

Al respecto, en el año 2022, el Juzgado número nueve en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Matanza, Provincia de Buenos Aires, emitió un despacho sucesorio en el que detalla la documentación requerida para la inscripción de la declaratoria de herederos de un sucesorio (Desp. Suc. Juzg. Civ. y Com. Dto. Jud. La Matanza del 25/02/2022)

Más allá de las criptomonedas, hay infinidad de bienes digitales que revisten el carácter de patrimonial. Sólo por citar algunos, pueden mencionarse obras de arte, trabajos científicos que puedan ser almacenados en nubes, música en ciertas aplicaciones, millas o puntos en programas de tarjetas de crédito, cuentas bancarias, o aerolíneas.

Y acá cabe la pregunta: ¿Las compras de contenidos digitales son nuestras realmente o sólo un préstamo hasta que fallecemos?

---

<sup>9</sup> MOREYRA, "Algunos aspectos sucesorios referidos a los bienes digitales patrimoniales y extrapatrimoniales" (Op. Cit.) Pág. 237.

Las políticas de las empresas disponen que cuando se le paga a aplicaciones como iTunes, por ejemplo, por determinado archivo, lo que se está adquiriendo no es en rigor de verdad una copia de un archivo, sino que lo que se adquiere es una licencia personal o un derecho para poder disfrutar del producto, pero sin derecho a compartirlo ni mucho menos legarlo o transmitirlo mortis causa.

Respecto de los puntos en programas de acumulación de éstos o de millas, hay también aspectos que tendrá que resolver la jurisprudencia ya que muchos programas prevén la intrasmisibilidad de millas o puntos (verdaderos bienes digitales que podrían haber sido adquiridos mediante la compra de los mismos), en caso de muerte<sup>10</sup>.

El programa de millas de LATAM, por ejemplo, establece en sus términos y condiciones que las millas “pertenece al socio titular de la cuenta, como un derecho personal”<sup>11</sup>. Ahora bien, el mismo programa se encarga de aclarar que tales millas, concebidas como “la moneda del Programa”<sup>12</sup>, son transferibles, pero no transmisibles mortis causa<sup>13</sup>.

La compra de millas parece asimilarse a un contrato de cesión de derechos, en donde la aerolínea, o empresa administradora del programa

---

<sup>10</sup> Por ejemplo, en el programa de millas de Latam se prevé: “6.2.3 No son transmisibles, por lo que, en el evento de la muerte del socio, la cuenta y las Millas LATAM Pass en ella acumuladas serán cancelados”. Ver en: AUTOR DESCONOCIDO. Términos y condiciones, [https://latampass.latam.com/es\\_ar/descubre-latam-pass/terminos-y-condiciones](https://latampass.latam.com/es_ar/descubre-latam-pass/terminos-y-condiciones). En igual sentido se expresa el programa de millas de Aerolíneas Argentinas: “ 10 - Fallecimiento del Titular. En caso de fallecimiento del titular las millas de la cuenta caducarán automáticamente”. Ver en: AUTOR DESCONOCIDO, Condiciones de uso, [https://www.aerolineas.com.ar/es-ar/aerolineas\\_plus/condiciones\\_uso](https://www.aerolineas.com.ar/es-ar/aerolineas_plus/condiciones_uso); y el programa de acumulación y canje de millas denominado “Smiles”: “5.6. EN EL CASO DE FALLECIMIENTO DEL PARTICIPANTE DEL PROGRAMA SMILES, LOS DERECHOS NO SON TRANSMISIBLES A SUS HEREDEROS Y/O LEGATARIOS. CONSECUENTEMENTE SE PROCEDERÁ AL CIERRE DE LA CUENTA SMILES DEL FALLECIDO DE FORMA INMEDIATA ASÍ COMO TAMBIÉN SE CANCELARÁN LAS MILLAS SMILES, INCLUYENDO LOS BILLETES AÉREOS EMITIDOS Y NO UTILIZADOS”. Ver en: AUTOR DESCONOCIDO, Reglamento del Programa Smiles, <https://www.smiles.com.ar/promo/reglamento>.

<sup>11</sup> AUTOR DESCONOCIDO, *Términos y condiciones*, [https://latampass.latam.com/es\\_ar/descubre-latam-pass/terminos-y-condiciones](https://latampass.latam.com/es_ar/descubre-latam-pass/terminos-y-condiciones). Ver punto 6.2.5.

<sup>12</sup> Ibid. Punto 6.1.

<sup>13</sup> Ibid. Puntos 6.2.2 y 6.2.3.

cede, en favor de los titulares de las cuentas, derechos sobre activos digitales (millas) para que estos puedan canjearlas por premios que ofrece el mismo programa. Lo llamativo es que ante la muerte del titular, esos derechos cedidos que describimos, quedarían sin efecto produciéndose automáticamente la cancelación de las millas y los derechos sobre ellas.

Cabe hacer ciertas aclaraciones al respecto: en primer lugar, los términos y condiciones definen a las millas como una moneda (a la que consecuente podemos identificar como la unidad de cambio que permite en este caso realizar canjes por pasajes aéreos u otros servicios); en segundo lugar, establece que pertenecen al titular de la cuenta como un derecho personal, pero en un claro contrato de adhesión, proscribire la posibilidad de su transmisión mortis causa.

El CCyC, por su parte, regula la transmisibilidad de todos los derechos excepto estipulación válida de las partes, o prohibición legal, trasgresión a la buena fe, a la moral o a las buenas costumbres<sup>14</sup>. El meollo de la cuestión pasa, entonces, por determinar si una estipulación que niegue la transmisibilidad, es válida como tal.

En este sentido, es determinante la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 27.240) al considerar no convenientes “las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte”<sup>15</sup>.

Un planteo semejante implica una afectación al régimen sucesorio y consecuentemente un perjuicio a herederos que verán frustrado su acceso a la herencia por disposiciones abusivas en estos contratos con empresas de transporte aéreo, sujetas al régimen de protección de consumidores.

---

<sup>14</sup> Artículo 398.

<sup>15</sup> En idéntico sentido se expresa el CCyC en su artículo 988.

Nos preguntamos entonces ¿Qué validez tiene una prohibición a la transmisión mortis causa de un derecho personal como el estudiado?

Entendemos que los magistrados no dudarán en dar respuesta a los interrogantes planteados, debiendo receptar la voluntad del titular de esos bienes expresada mediante un acto de última voluntad o mediante directivas digitales anticipadas expresadas en un documento autónomo, y que garanticen el respeto a la disposición mortis causa de esos bienes integrantes del patrimonio digital. De ahí la importancia de una previsión adecuada pero también, en el ejercicio de la función pública notarial, de un asesoramiento adecuado en cuanto a lo que sucederá con los bienes digitales, al momento de efectuar la planificación sucesoria.

Aguardamos por fallos judiciales, que hasta el momento, no se han dado pero que deberán tener en cuenta el análisis efectuado.

#### b. Bienes digitales extrapatrimoniales.

Hablábamos unas líneas más arriba sobre aquellos bienes que conforman la identidad digital de la persona y que no son susceptibles de apreciación económica alguna: ¿Qué sucederá con aquellos mensajes, imágenes, datos personales o nuestra memoria al momento de la muerte?

Si bien su análisis excede al objeto del presente trabajo y de los temas planteados para la Jornada Notarial Argentina, bien vale analizar la cuestión dada la impronta de contenido patrimonial que pueden generar estos bienes: graficando su importancia, vemos que en un posteo de Instagram, los herederos de Diego Armando Maradona, en la cuenta utilizada en vida por él mismo, manifestaron que no han permitido comercializar los derechos de imagen y el nombre del causante, indicando una cuenta de contacto distinta para toda actividad o uso de derechos relacionados con la imagen o el nombre<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Posteo disponible en <https://www.instagram.com/p/CVArN7NL4gM/>.



Resulta interesante el posteo y la expresión de los herederos, que encuentra su marco legal en el artículo 53 del CCyC, el cual regula que, pese a no ser el derecho a la imagen o la voz de una persona, transmisible mortis causa, una vez fallecida ésta, deberá contarse con el consentimiento de los herederos o personas designadas por el causante para su reproducción. Lógicamente, esto no debe limitarse a la identidad analógica, sino que, por el contrario, se extiende a la vida digital de una persona.

Entonces, si bien no podremos transmitir esos derechos, corresponde a la hora de la planificación sucesoria patrimonial, tener en cuenta que los herederos contarán con la posibilidad de comercializar derechos de imagen y nombre del causante.

En cuanto a la posibilidad de disposición de esos bienes digitales, que carezcan de contenido patrimonial expresa el Notario Néstor D. Lamber<sup>17</sup>, que podrán ser objeto de un acto jurídico aquellos bienes que conformen la identidad digital de la persona, en tanto resultan asimilables a los derechos sobre el cuerpo humano y sus partes aunque tengan sólo valor afectivo, cuya inclusión como posible objeto del acto jurídico se desprende del artículo 17 del CCyC, en un claro reconocimiento del derecho personalísimo a la inviolabilidad e identidad biológica de la persona, haciéndose extensiva a la identidad digital<sup>18</sup>.

En este marco legislativo, y ante la inexistencia de contenido patrimonial, el futuro causante podría otorgar directivas pensando en distintas formas de garantizar el respeto a su memoria y a la inviolabilidad de

---

<sup>17</sup> LAMBER, Néstor D. *Los bienes digitales en la herencia*, "Revista de Derecho de Familia y de las Personas", jun. 2019, p. 91 - 103.

<sup>18</sup> Similar interpretación puede obtenerse en la normativa Brasileña. Expresa el Código Civil de Brasil (Ley 10.406. República Federativa de Brasil. Publicado en el Diário Oficial da União, Año CXXXIX, N° 8. Brasília, 11 de enero de 2002), en su artículo 13 que los actos de disposición sobre el propio cuerpo pueden ser otorgados siempre y cuando no signifiquen una disminución permanente de la integridad física, o una afectación a las buenas costumbres; el texto de la norma dice: "Art. 13. *Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons Costumes*".

su identidad digital. Con esto queremos dejar en claro que, además de los herederos, cualquier persona designada por el causante podría estar legitimada activamente para la gestión del legado digital<sup>19</sup>.

De los ejemplos expuestos, vemos que en Argentina (y también en países de la región como Uruguay, Paraguay y Brasil), los derechos sobre los bienes digitales, quedarán regulados bajo el mismo régimen jurídico que los demás bienes, correspondiéndoles en caso de fallecimiento, salvo disposición en contrario, a los herederos universales. No hay en ninguno de estos países una regulación específica al respecto.

Pero, ¿Cuál será la forma indicada para disponer de esos bienes? ¿Qué regulan los prestadores de servicios de internet? Pensemos que, el instrumento que se planifique hoy, tendrá aplicación en un futuro incierto y posiblemente ante prestadores inciertos. ¿Cómo garantizar el respeto de esa voluntad? Sin duda que, dejar expresada la voluntad sobre el destino de los bienes digitales, tengan o no apreciación pecuniaria, resultará vital para los herederos y/o los legatarios, quienes, en principio, sólo en esos casos podrán tener acceso a los bienes. Y por último, ¿Qué sucederá en el caso de los menores? ¿Podrán otorgar directivas anticipadas en previsión de su propia incapacidad?

### **III. Directivas digitales anticipadas.**

Por voluntades digitales, se entienden las estipulaciones que una persona efectúe sobre sus bienes digitales, y mediante las cuales manifiesta anticipadamente su voluntad con respecto a la toma de decisiones sobre esos bienes para el eventual caso de su propia pérdida de la capacidad o, incluso, de su muerte<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> LAMBER, *Los bienes digitales...* (Op. cit.). Ver Pág. 3.

<sup>20</sup> BRAVO, La herencia digital. Directivas digitales anticipadas y planificación sucesoria, "Revista Noticias del Consejo Federal del Notariado Argentino – Federación" N° 75, abril 2022, p. 22-23. Ver p. 22.

Puede suceder que el otorgante de esas directivas deje expresada su voluntad con instrucciones claras referidas a prestadores de servicios digitales, o bien, designe a otra persona para que ésta ejecute esa voluntad y actúe ante tales prestadores con quienes el otorgante tenga cuentas activas.

De esta forma, sostenemos que las voluntades digitales, en el caso de que sean en previsión de la pérdida de la capacidad, podrían ser otorgadas y estar contenidas en un instituto o instrumento propio, o bien en un testamento en caso de ser disposiciones de última voluntad. Estas son las que llamaremos Directivas Digitales Anticipadas, y serán mandas de una persona, en previsión de su propia incapacidad, relacionadas con todo el aspecto “digital” de la vida, sean con o sin contenido patrimonial.

a) Prestadores de servicios de internet. Regulación actual.<sup>21</sup>

Así como las directivas anticipadas han surgido históricamente como una respuesta a los avances tecnológicos y a lo que reclama la ciudadanía frente a una problemática en particular, como era en aquel momento, los tratamientos médicos invasivos y la posibilidad de decidir sobre ellos<sup>22</sup>, hoy en día, ha sido la realidad de los entornos digitales la que ha comenzado a exigir respuestas y que en este caso tienen que ver con los bienes digitales.

No sólo los usuarios de los servicios digitales han buscado respuesta a estos interrogantes<sup>23</sup>, sino también los distintos prestadores de servicios de internet han avanzado en este sentido regulando el tratamiento de las distintas cuentas luego del fallecimiento del usuario titular o de su pérdida de la capacidad.

---

<sup>21</sup> Para un tratamiento acabado del tema ver: BRAVO, “La herencia de los bienes digitales” (Op. Cit.). Pág. 265-295.

<sup>22</sup> DA SILVA FONTES MONTEIRO - GOMES DA SILVA JUNIOR, Directivas anticipadas de voluntad: recorrido histórico en América Latina, <https://www.scielo.br/j/bioet/a/j9xLqRQmYnpQWPPn87QfZHh/?lang=es>.

<sup>23</sup> Remitimos al estudio del caso de los herederos de Diego Armando Maradona, con respecto a la cuenta de Instagram.

Entre estos prestadores, Twitter, Facebook e Instagram prevén la posibilidad de utilización de poderes notariales y testamentos para admitir la representación de una persona incapacitada o fallecida<sup>24</sup>.

Otro gran prestador de servicio, Google, ha dispuesto una herramienta dentro de su plataforma, denominada “Administrador de cuentas inactivas”<sup>25</sup> que permite a los usuarios titulares de cuenta compartir datos de ella o notificar a otras personas luego de un determinado período de inactividad, pudiendo uno mismo decidir cuándo deber considerar Google que la cuenta está inactiva.

Esta designación permite compartir los datos con esa persona luego del período de inactividad o solicitar a Google que elimine la cuenta<sup>26</sup>, algo similar a lo que ocurre con Facebook y el contacto de legado. Es decir, se admite una verdadera planificación sucesoria a través de herramientas que brinda la misma cuenta digital. El interrogante ante esta realidad que planteamos es, cómo no podría el notario, a quien históricamente le ha tocado interpretar la voluntad de las partes y brindar herramientas jurídicas que den forma legal a esa voluntad, brindar una solución legal y un instrumento válido, que de hecho ya existe en medios digitales. En otras palabras: ¿Podría esa voluntad sobre asuntos digitales plasmarse en cuentas o plataformas virtuales de forma válida a través de un simple formulario y “clicks”; y no así en instrumentos notariales? Planteado así, no parece haber mucho espacio a la discusión, y lo desarrollaremos en el punto siguiente.

---

<sup>24</sup> Por exceder al objeto del presente, al representar, en la mayoría de los casos bienes que no son susceptibles de apreciación económica, remitimos a su estudio más extenso en: BRAVO, “La herencia de los bienes digitales” (Op. Cit.). Pág. 265-295.

<sup>25</sup> Centro de ayuda de cuentas de Google. *Acerca del Administrador de cuentas inactivas*, <https://support.google.com/accounts/answer/3036546> .

<sup>26</sup> Centro de ayuda de cuentas de Google; Sección Acerca del Administrador de cuentas inactivas. *Decide qué debe ocurrir con tus datos si no puedes volver a usar tu cuenta de Google*, <https://myaccount.google.com/inactive>.

Por otro lado, el mismo prestador, en caso de que el titular no haya brindado ninguna directiva con respecto a sus bienes contenidos en la cuenta admite, en ciertas circunstancias, solicitar el cierre de la cuenta de un usuario fallecido, o proporcionar contenido de la cuenta de un usuario fallecido. Esas solicitudes, son presentadas a través de un formulario, admitiéndose entre los legitimados a familiares directos, representante legal o albacea<sup>27</sup>. Nuevamente, se observa la posibilidad de actuación de un albacea o representante, designado por testamento por ser una disposición mortis causa, pudiendo ser, en este caso, de contenido patrimonial o extrapatrimonial.

Se ha visto que, quedará a cargo del apoderado, albacea o heredero en cuestión la notificación correspondiente a la empresa servidora de correo electrónico o red social a fin de lograr el acceso a la cuenta o bien solicitar el cierre de la misma, de acuerdo a las instrucciones recibidas. Más allá de eso, siempre quedará a salvo la posibilidad de los herederos, incluso ante la ausencia de directivas, de solicitar acceso a los correos electrónicos en donde pudiera haber información patrimonial que afecte directa o indirectamente a la legítima.

b) Directivas digitales anticipadas. Poderes post mortem. Situación actual.

El CCyC trata en su artículo 60 las directivas médicas anticipadas, estableciendo que la persona puede anticipar directivas e incluso conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Esta norma, ha sido el reconocimiento a la existencia de actos de autoprotección que ya venían siendo otorgados en nuestro país, con exclusiva aplicación al campo médico. Sin embargo, a partir de una interpretación armónica de las normas en vigencia y los tratados internacionales suscriptos por la

---

<sup>27</sup> Centro de ayuda de cuentas de Google. *Enviar una solicitud relacionada con la cuenta de un usuario fallecido*, <https://support.google.com/accounts/troubleshooter/6357590?hl=es-419#ts=6357652>.

Argentina, se ha sostenido que los actos de autoprotección, como se denominan en nuestro país, pueden contener previsiones relacionadas con todos los aspectos de la vida, incluso los digitales<sup>28</sup>.

La jurisprudencia y doctrina nacional han hecho expresa mención al derecho de decidir mediante directivas anticipadas, incluso previo a la vigencia del CCyC, destacando que la ausencia de normativa subconstitucional específica en la materia, no implicaba que las directivas anticipadas resultaran extrañas al ordenamiento jurídico argentino<sup>29</sup>.

Sea que las Directivas Digitales Anticipadas se incluyan en un acto de autoprotección junto a otros temas o que se instrumenten por documento autónomo, denominado como tal "Directivas Digitales Anticipadas", siempre serán en el ordenamiento jurídico argentino, el medio suficiente para plasmar de forma anticipada lo relativo a los asuntos digitales, nombramientos de cuentas, contraseñas, personas que se encarguen de gestionarlas, sólo por mencionar algunas.

Se ha expresado la doctrina, considerando a esos actos como actos de última voluntad no testamentarios, que no son ajenos a nuestro derecho<sup>30</sup>.

También se menciona la posibilidad de preverse en ese documento, el otorgamiento de un poder especial, para que, si el titular cae en un estado de incapacidad, el apoderado pueda gestionar y actuar ante los prestadores de servicios de internet. El artículo 60 mencionado, constituye una excepción al principio general de la extinción del mandato por muerte o incapacidad del mandante, consagrado en los artículos 380 inc. h) y 1329

---

<sup>28</sup> Así quedó asentado en las conclusiones de la Comisión de trabajo número 2, del Segundo Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, celebrado en la Ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el 7 y 8 de septiembre de 2017. Comisión 2, *Conclusiones*, <http://www.articulo12.org.ar/descargas/2congreso-conclusiones-comisi%C3%B3n-2.pdf>.

<sup>29</sup> Juzg. Crim. y Corr. Transición Mar del Plata, n. 1, 25/07/2005, "M.", SJA 16/11/2005; JA 2005-IV-446. Y Juzg. Corr. Mar del Plata, n. 4, 05/07/2012, "T., R. R.", SJA 2012/11/28-94.

<sup>30</sup> MOREYRA "Algunos aspectos sucesorios referidos a los bienes digitales patrimoniales y extrapatrimoniales" (Op. Cit.) Pág. 251.

inc. e) del CCyC, debido a que esta clase de poderes y mandatos en previsión de la propia incapacidad cobran vida e importancia, justamente, a partir de la pérdida del discernimiento del otorgante. De hecho, así debe suceder necesariamente en el caso de los usuarios incapacitados de las plataformas de redes sociales, en donde se requiere una copia del poder notarial que autoriza al solicitante, actuar en nombre del titular de la cuenta.

Nos preguntamos, ¿Qué contenido patrimonial podría tener un instrumento como el analizado? Consideramos la posibilidad de dejar instrucciones concisas sobre la administración de un activo digital frente a la incapacidad propia sobreviniente.

La doctrina ha mencionado que el derecho de otorgar un instrumento de tales características materializa el reconocimiento del señorío que tiene la persona a decidir qué es lo que desea para su propia vida<sup>31</sup>.

En ese mismo orden de ideas, se ha destacado en Uruguay que, a pesar de no estar expresamente previstos en la ley (Ley N° 18.473 de la República Oriental del Uruguay), es posible incluir directivas adicionales a las de salud, debiendo ser admitidos en esos instrumentos por ser convenientes para la salvaguarda de los intereses de la persona que luego ya no podrá expresarse<sup>32</sup>.

Como bien mencionan los autores brasileiros, la falta de una legislación específica con respecto a las directivas anticipadas en general y su contenido, no ha sido un impedimento para que la práctica de lo que allí conocen como “testamento vital” se haya consolidado en los últimos años. Y esto debido a que las personas buscan que sus convicciones personales se

---

<sup>31</sup> HOWARD ZULUAGA. *Las declaraciones de voluntad anticipada y la autonomía de la persona*, <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Howard-Zuluaga-Las-declaraciones-de-voluntad-anticipada-y-la-autonomia-de-la-persona.pdf>. Pág. 2.

<sup>32</sup> Ibid. Pág. 5.

pongan efectivamente en práctica en caso de una discapacidad, sobre todo cuando eso no contradice legislación nacional alguna<sup>33</sup>.

En todo este escenario pensamos: si el reconocimiento de las voluntades anticipadas tiene fundamento en la protección de la dignidad del ser humano y el respeto de su autonomía, ¿cuál será el impedimento para admitir directivas anticipadas sobre asuntos digitales en un acto de autoprotección, testamento vital o en un acta notarial en la cual se plasmen esas voluntades? Insistimos con que la realidad (el ejemplo claro lo dan los prestadores de servicios digitales o redes sociales), que suele adelantarse al dictado de las leyes que reconozcan derechos, no sólo que admite esas directivas, sino que también está exigiendo su reconocimiento.

Se observa así, una marcada similitud entre las directivas sobre los bienes digitales y las directivas anticipadas de salud, al ser derechos que determinan la identidad e integridad de la persona humana.

En cuanto a la forma de instrumentación de tales directivas, muy brevemente diremos que, reafirmamos que la escritura pública es el instrumento idóneo para este tipo de actos, es que cuando la expresión de la voluntad, se refiere a intereses tan importantes y tiene como destino a un tiempo, lugar o personas que podrán ser indeterminados, el medio más adecuado, es el instrumento notarial<sup>34</sup>. Sumado a ello, se ha visto, como las mismas plataformas de las redes sociales Facebook y Twitter, se inclinan por una escritura pública o poder notarial que contenga directivas de este tipo. Sostenemos entonces, a la escritura pública como el instrumento suficiente en el cual se plasmarían esas directivas digitales anticipadas.

---

<sup>33</sup> SALOMÃO - BASSI JACOB. *Testamento Vital – instrumento jurídico para resguardo da vontade pertinente a situações existenciais e de saúde*. <https://portaldori.com.br/2015/11/13/artigo-testamento-vital-instrumento-juridico-para-resguardo-da-vontade-pertinente-a-situacoes-existenciais-e-de-saude-por-wendell-salomao-e-cristiane-bassi-jacob/>.

<sup>34</sup> CERNIELLO - GOICOECHEA. *Derecho de autoprotección*, "Revista del Notariado", <http://www.revista-notariado.org.ar/2014/09/derecho-de-autoproteccion/>.



Otra cuestión a tener en cuenta, es la circulación y eventual recepción de ese documento. Considerando que, quien reciba el documento sea un prestador de servicio digital, que admita sólo el intercambio digital, nos inclinaremos por una instrumentación que admita la expedición de una primera copia y primer testimonio en formato digital: ya que se impone como medio ideal para poner en conocimiento de esos prestadores de servicios las directivas digitales anticipadas teniendo en cuenta la conexión del acto ordenado con su resultado social, que en la gran mayoría de las veces, debido a su contenido, sólo se logrará por este medio<sup>35</sup>.

c) Directivas y disposiciones de última voluntad.

Toda disposición de bienes, incluidos los digitales (como pueden ser las criptomonedas), que quiera hacerse con efectos mortis causa, deberá hacerse por testamento.

En la normativa Argentina (CCYC) se da la particularidad de que el mencionado instituto no se limita solo a disposición de bienes de contenido patrimonial; también podrán quedar incluidas disposiciones mortis causa extrapatrimoniales<sup>36</sup>; y esto es una peculiaridad que, a los efectos del presente trabajo, vale la pena destacar.

De esta manera, el testamento, siempre y cuando reúna los requisitos exigidos por ley, será el instrumento legal idóneo en el cual asentar la última

---

<sup>35</sup> LAMBER, *Poder otorgado por SAS. Testimonio digital y papel*. "Cuaderno de Apuntes Notariales", Sep. 2018, Nº 165, Pág. 15. Expresa el autor con relación a la obligación de expedición de un testimonio en formato digital que debe entenderse en un sentido de lógica social, pensando en que el acto ordenado tenga conexión con su resultado social, que solo se alcanzará poniéndola en relación con los efectos que se considera que puede producir, y que si en realidad le es más útil o eficaz el formato papel, el requirente está en su derecho de exigirlo así. Es decir, por más que una ley imponga una determinada forma de expedición de copia, el requirente está en su derecho a no tener un testimonio que no le sea útil para el fin que fue otorgado el acto (y pagar por el mismo), y exigir uno que sí sea efectivo.

<sup>36</sup> Código Civil y Comercial de la Nación Argentina - LIBRO QUINTO - TITULO XI - CAPITULO 1. Disposiciones generales - ARTICULO 2462: "Testamento. Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales." En Brasil, el Código Civil (Op. Cit.) dispone en su artículo 1.857: "...São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado...".

voluntad del causante; sea que la misma afecte bienes digitales susceptibles de apreciación pecuniaria, o sea que afecte valores meramente sentimentales o simbólicos para los familiares (fotos, música, videos, documentos, cuentas en redes sociales, etc.).

No hay dudas de que las disposiciones de última voluntad de contenido patrimonial deberán ser expresadas y constar en el testamento. La cuestión presenta matices cuando se trate de disposiciones extrapatrimoniales.

Como bien explica Moreyra<sup>37</sup>, la doctrina sucesoria tradicional ha considerado la intransmisibilidad de los derechos extrapatrimoniales. Sin embargo, de acuerdo a lo estudiado en el punto anterior, y en una interpretación armónica de las normas, que garanticen el derecho a testar, el derecho a la identidad, en este caso digital, la protección de datos personales, el derecho al honor y a la imagen, deberá adoptarse una mirada más comprensiva al referirse a la transmisión mortis causa de estos derechos.

Así las cosas, no vemos impedimento en que el testador pueda incluir disposiciones de este tipo en los testamentos. Aunque, cómo ha sido señalado, deberá prevalecer el testamento para las cuestiones de carácter patrimonial, pudiendo recurrirse vía analógica a otros instrumentos para la protección de derechos personalísimos como los que están en juego<sup>38</sup>. Aquí remitimos a lo tratado en el punto anterior, remarcando la importancia de las Directivas Digitales Anticipadas como acto autónomo y como acto de última voluntad no testamentario.

Lo que resulta claro es que es necesario establecer normas que permitan determinar cómo debe administrarse el legado relativo a la actividad de cada persona en los entornos digitales, sea porque la persona muera o porque

---

<sup>37</sup> MOREYRA, "Algunos aspectos sucesorios referidos a los bienes digitales patrimoniales y extrapatrimoniales" (Op. Cit.) Pág. 240.

<sup>38</sup> Ibid. Pág. 251.

sufra una eventual pérdida de la capacidad. El propósito de tales normas no será otro más que evitar daños o alteraciones en los derechos e intereses tanto de la propia persona como de sus herederos o terceros interesados.

Ahora bien, ¿está el instituto clásico del testamento en condiciones satisfacer las exigencias actuales relacionadas con los asuntos digitales?

Sabido es que el testamento sólo puede otorgarse en alguna de las formas prevista por el mismo cuerpo legal. Descartaremos entonces y como primera opción, cualquier idea de testamento digital, o disposición por acto de última voluntad que se haga mediante una forma no prevista por el CCyC, que, como veremos, existen en legislaciones extranjeras.

Las formas válidas son: i) El testamento abierto por acto público, que se otorga mediante escritura pública, ante el escribano autorizante y testigos hábiles (Art. 2479 del CCyC); y ii) el testamento ológrafo, que debe ser íntegramente escrito con los caracteres propios del idioma en que es otorgado, fechado y firmado por la mano misma del testador (Art. 2477 del CCyC). El testamento cerrado ha sido derogado a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (año 2015), manteniéndose vigente, por ejemplo, en la República Oriental del Uruguay (Ley 16.603. Código Civil de la República Oriental del Uruguay).

Profundizar en las ventajas y desventajas de cada uno, cuyo estudio ha sido extenso históricamente excedería el objeto del presente trabajo. Simplemente diremos que la redacción de un testamento ológrafo, implicaría que el acto no goce de las garantías que otorga la intervención del notario, como oficial público y custodio de la seguridad jurídica.

La gran pregunta que viene planteando la doctrina es sobre la posibilidad de modificación de claves, nombres de usuario y contraseñas en una escritura que ya ha sido otorgada, cuestión vital para el acceso a ciertos bienes digitales.

Teniendo en cuenta nuestra legislación actual, una opción será la de agregar en el protocolo del notario, un sobre cerrado con el listado de cuentas y contraseñas que será abierto al momento de la acreditación de la defunción del causante<sup>39</sup>. De este modo, se mantendría el secreto hasta el momento de la apertura del sobre, y se encontraría resguardado en el protocolo del Notario. Pero ¿Qué sucede en caso de que se modifiquen esas claves? De hecho, es muy frecuente que los servidores soliciten un cambio periódico de las mismas por una cuestión de seguridad. La solución propuesta ante el cambio de claves es la de realización de un acta de guarda, junto con otro documento cerrado, que quedará en el protocolo del Notario, y que contendrá las nuevas claves de acceso, y será abierto junto con el testamento. Y así, cada vez que el interesado desee dejar en guarda las nuevas claves.

También es interesante la posición que propone dar vida al (ya derogado en Argentina y aún vigente en Uruguay, Paraguay y Brasil), testamento cerrado del artículo 3666 del Código Civil de Vélez Sarsfield, como alternativa para brindar solución a los inconvenientes planteados. En esta hipótesis, el testador podrá preservar toda la información relativa a bienes digitales y/o cuentas, sin que los testigos tengan conocimiento del contenido del sobre, y a su vez, la misma información permanecería inalterable en protocolo del notario<sup>40</sup>. Sin embargo, el problema de cambio de claves y contraseñas se mantiene, y no resulta suficiente la posibilidad del testamento cerrado.

Otra alternativa viable y más que interesante, será la de designar un albacea, autorizándolo a actuar frente a los prestadores de servicios digitales, quienes no podrán negarle el acceso a las cuentas del causante;

---

<sup>39</sup> TOMELO, *La necesidad de planificar el destino de la herencia digital*, <https://www.lanacion.com.ar/opinion/la-necesidad-de-planificar-el-destino-de-la-herencia-digital-nid30082022/>

<sup>40</sup> FRESNO – LONGHI – ROSELLO – VALENCIA, “La herencia de los contenidos digitales”... (Op. Cit.)

evitando así, dejar asentadas las respectivas claves. O incluso actuar éste o un notario como un depositario de ellas<sup>41</sup>.

Por todo lo expuesto, es fundamental determinar qué lugar va a ocupar el documento notarial, que contenga el testamento o las directivas digitales anticipadas, y qué modificaciones puede sufrir para subsistir y ser útil en la sociedad de hoy.

d) El redescubrimiento de la figura del albacea.

Mencionamos en la introducción del presente trabajo que tal vez, la solución a los problemas nuevos generados a partir de la irrupción de la tecnología, deben buscarse en soluciones a problemas similares que se han planteado tiempo atrás.

Luego de haber estudiado el tema en detalle, a partir de ciertas charlas que el autor ha brindado junto al mencionado Escribano Moreyra<sup>42</sup>, se ha destacado el valor de una figura que, en la práctica notarial argentina, ha quedado en cierto desuso y es la del Albacea.

Esta institución que heredaron las codificaciones modernas del derecho romano, puede constituir una herramienta útil y práctica a la hora de la planificación sucesoria patrimonial de los bienes digitales.

Vélez Sarsfield consideraba al albacea como un verdadero representante y el órgano elegido por el testador para la ejecución de sus voluntades<sup>43</sup>. Han sido variadas las posturas esbozadas respecto a la naturaleza jurídica del albacea, pero existe cierto consenso en considerar a esta institución como una institución compleja, que presenta caracteres propios, encargado de

---

<sup>41</sup> MOREYRA, "Algunos aspectos sucesorios referidos a los bienes digitales patrimoniales y extrapatrimoniales" (Op. Cit.) Pág. 251.

<sup>42</sup> Ver: Bienes Digitales en la Herencia. Charla brindada en el Ciclo de Capacitación Café Notarial Virtual, Consejo Federal del Notariado Argentino. Disponible en: [https://www.instagram.com/p/CCej9qDjyGZ/?img\\_index=1](https://www.instagram.com/p/CCej9qDjyGZ/?img_index=1).

<sup>43</sup> FERRARI CERETTI. *De los Albaceas*, [www.informacionlega.com.ar](http://www.informacionlega.com.ar). Ver Pto. I.

hacer cumplir la voluntad del causante. En efecto, se lo ha considerado mandatario póstumo del causante, sin representación<sup>44</sup>.

Nótese que quedará en cabeza del testador la posibilidad de conferirle al albacea designado, la facultad de gestionar todo el legado digital, incluso representando los intereses del causante y de la sucesión frente a prestadores de servicios digitales.

Respecto a las personas que puedan ser designadas como albaceas, el CCyC optó por un criterio amplio en contraposición a lo establecido por la legislación velezana<sup>45</sup>. Ante este esquema, no resulta descabellada la posibilidad de que el testador quiera nombrar albacea a su escribano de confianza.

Si bien hay una posición doctrinaria que considera admisible la designación del escribano autorizante de un testamento, como albacea por el propio testador<sup>46</sup>, consideramos que, una previsión tan clara como la del artículo 291 del CCyC, veda esta posibilidad por completo, resultado el instrumento autorizado, de ningún valor, en tanto el autorizante será personalmente interesado por la onerosidad del albaceazgo.

Realizada esta aclaración y dado que esta discusión ha merecido un profundo estudio que aún continúa por la doctrina (y cuya profundización recomendamos), nos limitaremos a decir que nos enrolamos en la postura que sostiene que en aquellos casos en que el testador que desee designar a su escribano de confianza como albacea deberá hacerlo "...—si es por

---

<sup>44</sup> BAREIRO - GONZALIA, *El escribano como albacea*, "Revista del Notariado", <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2023/03/el-escribano-como-albacea/>. Ver Pto. 1.3.

<sup>45</sup> BAREIRO - GONZALIA, María Victoria. *El escribano como albacea..* (Op. Cit.) Pto. 2.1.

<sup>46</sup> BAREIRO - GONZALIA, María Victoria. *El escribano como albacea..* (Op. Cit.) Pto 2.2.

escritura pública-, ante otro notario, o bien a través de un testamento ológrafo complementario...”<sup>47</sup>.

#### **IV. La planificación sucesoria patrimonial de Niñas, niños y adolescentes<sup>48</sup>.**

La globalización y el permanente desarrollo de las tecnologías ha permitido que cada vez más usuarios de internet y de los servicios digitales accedan a los mismos, entre ellos muchas niñas, niños y adolescentes. Hoy en día, ellos también son creadores/productores de contenidos que, eventualmente, tendrán contenido patrimonial.

Por ello, es que cabe preguntarse y analizar aquellas cuestiones que pueden llegar a generarse con la posible intervención de menores de edad, niñas, niños y adolescentes (en adelante “NNA”) frente al ejercicio de sus derechos respecto de bienes generados en los entornos digitales. ¿Cómo podría un NNA, ante su propia incapacidad, impedir, limitar o gestionar el acceso a esas cuentas, mensajes, imágenes, o bienes digitales con o sin contenido patrimonial?

La identidad digital forma parte de la esfera más íntima de la persona, valores como el honor, la imagen e identidad son una clara representación de esos derechos personalísimos.

Estos no son más que derechos esenciales que corresponden a la persona por el sólo hecho de serlo, en consecuencia, disponibles únicamente por su titular, no pudiendo presumirse su ejercicio bajo ninguna circunstancia (Art. 55 del CCyC); tal es así que uno de los deberes que pesan sobre progenitores en ejercicio de la responsabilidad parental sobre sus hijos

---

<sup>47</sup> MOURELLE DE TAMBORENEA, El Albacea en el Código Civil y Comercial de la Nación... (Op. Cit.) Pto. III, Párrafo 3º.

<sup>48</sup> Proponemos un estudio profundizado en: BRAVO - SANCHEZ NEGRETE, “Niñas, niños y adolescentes. Ejercicio de sus derechos personalísimos”, *presentado en 42º Jornada Notarial Bonaerense*, <http://www.jnb.org.ar/42/images/42-trabajos/tema-2/2-BRAVO-y-otros.pdf>.

menores es el de respetar su derecho a ser oído, fundamentalmente en lo que respecta a derechos personalísimos (Art. 646 inc. c) del CCyC).

Así, se ha concluido en las Cuadragésimo segundas Jornadas Notariales Bonaerenses, celebradas en San Pedro en el año 2022 al sugerir una modificación de los mencionados artículos 26 y 60 del CCyC adecuándolos a lo dispuesto por el bloque normativo constitucional; admitiendo el dictado de directivas anticipadas relativas a los derechos personalísimos, por menores de edad que cuenten con discernimiento y grado de madurez suficiente.

Todo ello en pos de aceptar el ejercicio de los derechos en forma plena y directa en tanto y en cuanto su grado de madurez lo permita<sup>49</sup>.

Ahora bien, ¿Qué sucederá en aquellos casos en los que el menor no cuente con el discernimiento suficiente? Consideramos que en ejercicio del derecho a ser oído, podrán los NNA otorgar un acta notarial en la que se recepten sus deseos, los que no serán vinculantes sino que marcarán la línea que deberán seguir los jueces a la hora de tomar decisiones respecto de, en este caso, los asuntos digitales del menor<sup>50</sup>.

#### a) Alcances.

---

<sup>49</sup> Muy brevemente mencionaremos que: “En virtud del principio pro homine en materia de derechos humanos, la autonomía progresiva en el ejercicio de los mismos, la inviolabilidad de la persona humana y la garantía del respeto de su dignidad, consagrados en los artículos 24, 26, 59, 60, 638, 639, 646, 707 y concordantes del CCyC, y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Constitución Nacional, sostenemos la posibilidad de otorgamiento de directivas anticipadas relativas a derechos personalísimos, inclusive digitales, por toda persona menor de edad que cuente con edad y grado de madurez suficiente. Todo ello, a fines de evitar que el rigorismo legal apriorístico, torne abstracto el ejercicio de estos derechos por personas vulnerables que requieren especial protección e igualdad ante la ley.” Ver en: BRAVO - SANCHEZ NEGRETE, “Niñas, niños y adolescentes. Ejercicio de sus derechos personalísimos...” (Op. Cit.) Pág. 27.

<sup>50</sup> Al respecto tiene dicho la jurisprudencia que: “...Si bien los jueces no tenemos la obligación o mandato imperativo de seguir puntillosamente las pretensiones del niño, a medida que crecen y tienen —como sujetos de derecho— planteamientos racionales y ajustados a la ley; deben ser tomados como una guía válida de nuestro accionar si es que pretendemos actuar con equidad y justicia...”. JCivComConciliacionyFamiliaCosquin, 12/08/2021, “E., G. D. V. c. C., E. s/ abreviado”. Cita Online: TR LALEY AR/JUR/129670/2021, [Considerando IV.b.](#)



En tanto se trate de derechos personalísimos, como puede ser la identidad digital de la persona, la imagen o el honor, la libre expresión y en definitiva los que hagan a su autodeterminación, el derecho a ser oído de los NNA, debe hacerse extensivo a todo aquello que estos derechos comprendan.

El límite será, desde luego, la afectación a intereses de terceros<sup>51</sup>, pero consideramos también que, respecto de NNA, otro límite está marcado por aquellas cuestiones que excedan el compendio de derechos personalísimos.

Y aquí se plantea el interrogante de las cuestiones patrimoniales. ¿Podrá una NNA disponer de sus bienes mediante Directivas Digitales Anticipadas?

El CCyC es claro en cuanto a la prohibición de testar por un menor de edad (Art. 2464 del CCyC), no hay dudas ni observaciones al respecto.

Pero, ¿Qué sucede con las directivas anticipadas? ¿Podrán tener éstas, cuestiones relativas a bienes de contenido patrimonial?

La regla será que no podrán disponer de sus bienes por medio del dictado de tales directivas, pero la excepción estará dada por los casos en que intervenga un menor con título profesional habilitante, comprendidos en el artículo 30 del CCyC.

En lo que respecta al título profesional habilitante, éste debe haber sido otorgado por autoridad competente reconocida oficialmente. En particular y dada la especificidad de los entornos digitales, podemos pensar en una persona menor de edad que actúe como modelo, actor o actriz, programador y/o creador de contenidos, o incluso gamer, entendiéndose por tal a aquella persona que obtiene dinero a partir de jugar a los videojuegos que pueden ser deportes electrónicos (eSports) o no.

---

<sup>51</sup> PARODI, María C. – RADELIFFE, María S. "Adolescencia y directivas médicas anticipadas. Ensayando respuestas desde una interpretación integradora del sistema de fuentes", *presentado en Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia*, <http://congresoderechodefamiliasmendoza.com/>.

Al contar estas personas determinadas, con la posibilidad de libre administración y disposición de los bienes obtenidos producto de su profesión y acreditado el origen de los bienes, no encontramos razón para restringir el dictado de directivas anticipadas en la que disponga de los mismos.

Habrá que analizar si la admisión de disposición de tales bienes, alcanza la disposición mortis causa. Más allá de que esta cuestión amerite un tratamiento más extenso, nos limitaremos a sostener que la normativa relativa al testamento y la disposición mortis causa de los bienes es clara al respecto, por lo que, dada la especificidad de la norma, nos inclinamos por considerar que la posibilidad de disposición de bienes de contenido patrimonial por medio de un testamento quedaría vedada para los menores de edad.

Desde luego que, en los casos de comparecencia de NNA, se destaca y revaloriza la importancia de las audiencias y entrevistas previas con el menor, en miras a determinar la comprensión del acto y el grado de madurez con el que cuenta, prestando especial atención a la utilización de un lenguaje adecuado que garantice la efectiva comprensión del NNA facilitándose la comunicación y manifestación de voluntad, tal como concluyeran las 39° Jornadas Notariales Bonaerenses, en el Tema 5.

#### b) Conferir mandato.

El mencionado artículo 60 del CCyC dispone la posibilidad de otorgamiento de mandato respecto a la salud y en previsión a la propia incapacidad. Extenso ha sido el estudio de la diferencia entre mandato y poderes, al cual, por exceder el objeto del presente, solamente remitimos<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> BRANDI TAIANA. *El poder al servicio del derecho de autoprotección*. "Revista del Notariado", <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2016/04/el-poder-al-servicio-del-derecho-de-autoproteccion/>.

Sí mencionaremos que, el poder como instrumento, totalmente ajeno al contrato de mandato, es la herramienta de que puede servirse el instrumento de Directivas Digitales Anticipadas para ser ejecutado o cumplido. Como consecuencia de ello, se admitirá el otorgamiento de poderes que permitan el cumplimiento de las directivas establecidas, en todos aquellos casos en los que, destacamos, podría un menor otorgar este tipo de directivas.

## **V. Registración.**

Por supuesto que todo lo planteado hasta el momento no tendría sentido si no existiera la posibilidad de registración es esas directivas digitales anticipadas.

No sólo es necesario, sino que también así lo exige la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, firmada y ratificada por Argentina<sup>53</sup>.

Es interesante analizar lo dispuesto por la Ley 10/2017<sup>54</sup> de la Comunidad Autónoma de Cataluña que ha previsto, la creación de un registro de voluntades digitales, en el que se inscribirían los documentos de voluntades digitales, pudiendo una persona, una vez fallecido el causante y acreditando un interés legítimo, solicitar un certificado relativo a la existencia de un documento de voluntades digitales. Además la norma preveía que ese registro electrónico de voluntades digitales, si le consta la muerte de un otorgante, podría comunicar de oficio a las personas designadas para su ejecución, sobre la existencia de tales voluntades inscriptas.

Coincidimos con la postura que afirma que los registros existentes bien podrán receptor y registrar las disposiciones sobre los bienes digitales. En todo caso, habrá que evaluar una adecuación y la modificación de esos

---

<sup>53</sup> Ver especialmente: Art. 5; art. 8 inciso 2) punto a) apartado i); art. 9 inciso 2), puntos f), g) y h); art. 12, inciso 4) y 5); y art. 22.

<sup>54</sup> Artículo 10.

registros existentes<sup>55</sup>. Este autor ha presentado en el año 2021 ante la Comisión Asesora de Legislación y Jurisprudencia del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, un proyecto de creación de un Registro de Directivas Digitales Anticipadas, que funcione dentro del ámbito del Registro de Testamentos del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, junto con los fundamentos y un proyecto de reglamento.

## **VI. Protección de datos personales. De su importancia y regulación.**

En el ámbito sucesorio, y en la protección de derechos como a la imagen o la voz de una persona y sobre todo en los ámbitos digitales, el derecho a la protección de datos personales juega un papel muy importante. Cuando hay en juego derechos fundamentales como el de protección de datos personales y de acceso a la información pública, y necesidad de una efectiva tutela, debe recurrirse a una unidad reguladora y de control de datos personales. También se busca estudiar los conflictos que se plantean a la hora de examinar ambos derechos, cuando entran en colisión. Hemos estudiado cómo las plataformas de redes sociales, no permiten el acceso a la cuenta del usuario fallecido o su contraseña, o a datos contenidos en la misma en tanto así lo establecen sus propias políticas. Es constante la relación del derecho a la intimidad, al honor, a la identidad digital, con el derecho de protección de datos personales.

Los datos personales son inherentes a la personalidad humana y se relacionan directamente con su dignidad. De ahí, la importancia de reconocer este derecho como fundamental<sup>56</sup>.

En Argentina, contamos con una ley de protección de datos personales que data del año 2000, número 25.326, y que no cuenta con un tratamiento

---

<sup>55</sup> FRESNO – LONGHI – ROSELLO – VALENCIA, “La herencia de los contenidos digitales”... (Op. Cit.)

<sup>56</sup> MARECOS GAMARRA, *La protección de datos de carácter personal en el Paraguay*, <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/informatico/Adriana-Marecos-Proteccion-de-datos-Py.pdf>. Pág. 4.

específico de los contenidos digitales. Se aplicarán las mismas reglas sobre datos en general, y al respecto se prevé por ejemplo, que el ejercicio del derecho de acceso a datos personales incluidos en los bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes, corresponde en caso de personas fallecidas a sus sucesores universales. Nada se dice en cuanto al derecho de rectificación, actualización o supresión. Sí se permite la legitimación activa para la acción de protección de los datos personales o de hábeas data, a los sucesores universales, tutores o curadores del titular de los datos (Arts. 14, 16 y 34 de la Ley 25.326).

Pero, como bien explica el notario Néstor Lamber, los usuarios de bases de datos digitales, no pueden impedir el acceso a la información y archivos digitales a los herederos del causante, en tanto de ello podría en gran medida, depender la delimitación del contenido de la herencia y las porciones legítimas a respetar. El autor destaca que el derecho de los herederos legitimarios o forzosos o necesarios de acceso a la información y los bienes digitales está en nuestro país, “amparado por el orden público de la legítima”<sup>57</sup>, lo cual claramente se hace extensivo a los países del Cono Sur.

Así, y en lo que a los fines de este trabajo importa, la justificación del acceso a la información y los bienes digitales, está dada por la posibilidad de que el anonimato de estas cuentas se constituya como un método suficiente para burlar la legítima que corresponde a esos herederos; que está protegida por una “norma imperativa que prevalece aún ante la remisión a la ley y juez extranjero, por la expresa prevalencia del derecho imperativo nacional art. 2599, párr. 1º, Cód. Civ. Y Com.)”<sup>58</sup>.

Observamos que la legislación nacional en cuanto a protección de datos ha quedado obsoleta, en tanto es imperioso en la sociedad actual, reconocer

---

<sup>57</sup> LAMBER, Néstor Daniel, *Los bienes digitales...* (Op. cit.) Pág. 5.

<sup>58</sup> Ibid.

y garantizar un elenco de derechos digitales de los ciudadanos, que cada vez más, estamos inmersos en la realidad digital.

Recomendando la profundización en el estudio de este punto, proponemos y pensamos que sería oportuno adaptar la legislación argentina sobre protección de datos personales y regular las garantías sobre los derechos digitales en consecuencia.

## **VII. El testamento y las directivas digitales en derecho comparado.**

Más allá de las leyes desarrolladas en los puntos anteriores, en el ámbito europeo también, la Ley 10/2017<sup>59</sup> de Cataluña, preve la posibilidad de que una persona establezca la gestión de sus voluntades digitales, anticipando en caso de una pérdida de la capacidad, que un apoderado actúe en su representación ante los prestadores de servicios digitales con los que el poderdante tenga cuentas activas, pudiendo por ejemplo, cancelarlas. Se regula, además, la posibilidad de disponer de los datos digitales de una persona una vez fallecida, a través de un testamento designando a un heredero digital, quien podría gestionar la información, archivos, fotos, libros digitales, y cualquier otro archivo digital del causante.

El legislador ha previsto la posibilidad de disponer de los bienes digitales e identidad digital, no sólo a través de ciertas disposiciones testamentarias, sino que también contempló la posibilidad de disponer de aquellos en previsión de la propia incapacidad, mediante un documento particular, destinado sólo a ese fin, e inscribible en un registro especial, creado a tal efecto. El contenido de ese documento podría ser de disposición de los bienes digitales, o bien de una manda en particular, como una comunicación a los prestadores de servicios digitales con los que el causante tenía cuentas activas.

---

<sup>59</sup> La ley Catalana 10/2017, ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional español a través de una sentencia del 17 de enero de 2019, por entender que el Registro Electrónico de Voluntades Digitales que crea la norma, es en realidad un registro jurídico de derecho privado que sólo puede ser establecido por el Estado.

Más allá de las regulaciones nacionales o provinciales, existen en el mundo empresas que han ideado y desarrollado lo que optaron por denominar como “testamento digital”<sup>60</sup>. Ejemplo de ello es “MyWish” que, mediante contratos inteligentes, posibilita la ejecución de los bienes digitales de acuerdo a la voluntad del dueño. La plataforma admite establecer los modos de transferencias de la herencia ante la notificación del fallecimiento del usuario registrado. Se puede configurar una transferencia automática o autoejecutable para luego de determinados días de inactividad<sup>61</sup>.

### **VIII. Conclusiones.**

En una mirada abarcativa, sugerimos también la capacitación permanente no sólo en cuestiones patrimoniales sino también aquellas que hagan a la identidad digital y al ejercicio de los derechos personalísimos. El escribano podrá actuar como albacea designado en el testamento, para lo cual deberá conocer el entramado de derechos que correspondan al causante y a su designación como tal, para poder gestionar de forma correcta la administración y los deseos expresados por el testador.

---

<sup>60</sup> CABAÑA – CURET, “Sólo se vive una vez. Quod Reneduim praeter morem”, *presentado en. XXI Jornada Notariado Novel del Cono Sur*, [http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2019/xxi\\_jornada\\_del\\_notariado\\_novel\\_del\\_cono\\_sur\\_-\\_ponencias\\_presentadas.pdf](http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2019/xxi_jornada_del_notariado_novel_del_cono_sur_-_ponencias_presentadas.pdf), P. 173.

<sup>61</sup> Proponemos profundizar el estudio sobre estas plataformas, derecho comparado y Smart Contracts en: BRAVO, “Legado digital y su gestión. Contratos Inteligentes...” (Op. Cit.).

# LEGISLACIÓN



# Proyecto de Ley de Autoprotección y Poderes Preventivos

(Expediente S-669/2022)

Autor: Ricardo Antonio Guerra.

## **LEY NACIONAL DE AUTOPROTECCIÓN**

### **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.

Personas mayores. Las personas mayores, en el marco de la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores<sup>1</sup> 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.

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.

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 1º.- 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.- Nora del Valle Giménez.- Ana M. Ianni.- Edgardo D. Kueder.

## 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) receptó 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.

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.

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.

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 aún 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 No 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 2005 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. 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

# Comentario sobre el Proyecto de Ley de Autoprotección y Poderes Preventivos

(Expediente S-669/2022)

Esc. Luis R. Llorens<sup>1</sup> - Alicia B. Rajmil

## I. El Proyecto. Razones y fundamentos

El presente comentario, es un breve análisis del proyecto de ley de Autoprotección y Poderes Preventivos presentado en el senado de la Nación en abril del año 2022 (expediente S-669/2022)<sup>2</sup>. Al momento cuenta con dictamen favorable de la Comisión de Legislación general. Adelantamos desde ya, nuestra opinión favorable a su sanción ya que se trata de un avance trascendente en materia de protección de los derechos de las personas en situación de mayor vulnerabilidad.

El proyecto propone “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”(art.1).

Los actos de autoprotección protegen el derecho de todo ser humano a decidir sobre su futuro en los actos autorreferentes. En ellos, el otorgante deja asentadas de manera fehaciente sus directivas con respecto a su persona y bienes para que se conozcan y respeten ante la eventual pérdida

---

<sup>1</sup> Abogado. Notario titular del Registro Notarial 14 del Partido de Morón, provincia de Buenos Aires. Miembro honorario del Instituto de Derecho e Integración (IDeI) del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe (Segunda Circunscripción).

<sup>2</sup> Fue presentado en el Senado de la Nación por los senadores Ricardo Antonio Guerra, Nora del Valle Gimenez, Ana María Ianni y Edgardo Darío Kueider

de su autonomía o discernimiento<sup>3</sup>. El proyecto plantea una regulación suficientemente amplia para abarcar las circunstancias y preocupaciones de cada persona, con disposiciones adecuadas a los paradigmas vigentes en materia de Derechos Humanos.

Se trata de garantizar el derecho de todo ser humano a diseñar su plan de vida, y a que se respete su voluntad, aunque ya no pueda expresarla o defenderla.

El deseo de intervenir en nuestro futuro con nuestras propias decisiones es una inquietud que se ha ido incrementando progresivamente en los últimos tiempos. Muchos son los factores. Entre ellos, la positivización y expansión de los derechos humanos reconocidos y reafirmados por las grandes convenciones internacionales, la modificación de la estructura familiar y el avance de la medicina que, en ocasiones, en pos de la prolongación de la vida, genera sufrimientos extraordinarios sin posibilidades de recuperación.

La ley 26529 y su modificación por ley 26742, en el ámbito de la salud, así como los artículos 60 y 139 del Código Civil y Comercial regularon estos actos, en un avance significativo, pero acotado e insuficiente. Lo cual obliga a recurrir a remisiones y a la aplicación analógica de otras normas para una interpretación armónica y ajustada a derecho y a la realidad.

La Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>4</sup> la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>5</sup> y la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores<sup>6</sup>, las

---

<sup>3</sup> Art. 2. 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

<sup>4</sup> Sancionada por Ley 23.849, promulgada el 16 de octubre de 1990.

<sup>5</sup> Sancionada por ley 26.378, promulgada el 6 de junio de 2008.

<sup>6</sup> Sancionada por ley 27.360, promulgada el 31 de mayo de 2017.

tres con rango constitucional en nuestro país, reconocen la autonomía de todas las personas, en cualquier situación en la que se encuentren, en la medida en que su madurez o sus aptitudes mentales o intelectuales lo permitan, para decidir acerca del propio destino. Por ello el proyecto legitima para otorgar estos actos, a toda persona humana con discernimiento suficiente, es decir, según su propia definición, aquella que comprende el contenido, alcance y consecuencias del acto concreto a otorgar (art.2 in fine). Se promueve así el respeto a la voluntad de todas las personas, especialmente en los actos personalísimos y autorreferentes.

Por otro lado, la legislación vigente en la materia únicamente se refiere a cuestiones de salud y nombramiento de curador. El proyecto amplía las materias que pueden abarcar estos actos, pues esta limitación no se condice con la realidad ni con los requerimientos y preocupaciones de las personas que dependen de las circunstancias de cada ser humano. Desde el artículo 19 de nuestra CN surge con claridad esta esfera de privacidad que no admite limitaciones, cuando no vulnera el orden público ni derechos de terceros.<sup>7</sup>

El proyecto también 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. En ellos se designan representantes para determinados actos en previsión de la pérdida del discernimiento o

---

<sup>7</sup> 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

autonomía del otorgante, evitando demoras que podrían menoscabar su calidad de vida o exponerla a riesgos innecesarios<sup>8</sup>.

Como antecedentes de este proyecto encontramos el presentado por la Diputada Bertone y Otras/os, bajo el N° de Expte “2707-D-2012”, el proyecto presentado en Expediente 8494-D-2016, por los Diputados Hugo María Marcucci, Martín Osvaldo Hernández, y Mario Domingo Barletta, y en el año 2021 el proyecto 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. Todos perdieron en su momento estado parlamentario. Bregamos por que el proyecto que comentamos no corra igual suerte.

## **II. Diez aspectos a destacar.**

1. Personas menores de edad. En cuanto a las personas menores de edad, el proyecto sigue los principios de la Convención de los Derechos del Niño de la ley 26061, de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, de la ley 26.529, sobre Salud, Consentimiento Informado e Historia Clínica, y del artículo 26 del Código Civil y Comercial.

En efecto, el artículo 26 del CCC dispone que a partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. Y presume que entre 13 y 16 años tiene la aptitud de decidir por sí respecto de tratamientos sobre su salud. En los casos en que esté en riesgo su salud o su vida, puede hacerlo con la asistencia de sus progenitores.

---

<sup>8</sup> Artículo 2. (...) “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.”



El proyecto sigue el mismo criterio y así reconoce 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 deberán contar con la asistencia de sus representantes legales.

No hay motivo alguno para que no puedan decidir anticipadamente y plasmarlo de manera fehaciente en un acto de autoprotección

Y si lo pueden hacer sobre aspectos tan sensibles y trascendentes como su salud, resulta lógico extender esta habilitación a otras materias autorreferentes que las involucre. (art. 9.1)

2. Personas mayores. Se suele hablar de la discriminación por edad o cultura del viejismo, que generó la necesidad de sancionar la Convención Interamericana para la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIDHPM). Es frecuente que, en aras a la protección de la persona mayor, se desconozca su voluntad y protagonismo, aún en las decisiones autorreferentes. Esta actitud, muchas veces naturalizada, vulnera su dignidad, su condición de sujeto de derechos y su calidad de ser humano libre y autónomo. Otros deciden por ella, en ocasiones sin consultarla, sin tener en cuenta su opinión o sin darle importancia. Esta situación se acentúa especialmente cuando la persona mayor, si bien conserva su discernimiento, pierde autonomía y se torna dependiente.

La vejez puede implicar un progresivo deterioro de diferente intensidad, pero no supone per se discapacidad intelectual o mental, ni limitación a la capacidad jurídica. La voluntad, las decisiones y en definitiva los derechos, no pierden entidad por el transcurso de los años.

Por eso el proyecto propone el respeto a la voluntad de la persona mayor cuando ha sido expresada fehacientemente, en un todo de acuerdo con los postulados y la normativa de la CIDHPM.

Asimismo, las normas proyectadas disponen para el caso en que la persona mayor ingrese a un residencial gerontológico, la obligación de la institución de brindarle información suficiente sobre sus derechos, incluido el de otorgar un acto de autoprotección, que puede contener disposiciones sobre su estadía en la institución.

También, se establece que la persona mayor debe brindar su consentimiento expreso para el ingreso a un residencial gerontológico o institución similar. Consentimiento o negativa que podrá asentarse anticipadamente en un acto de autoprotección para asegurar su cumplimiento. (art..9.2)

3.Personas con discapacidad. El proyecto se encuadra en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la ley 26657 sobre Salud Mental y el propio código Civil y Comercial. Las normas propuestas se alejan de criterios perimidos, que asociaban discapacidad con incapacidad para el ejercicio de derechos. En este marco reafirma el respeto a la voluntad, los deseos y preferencias de la persona con discapacidad, que cuente con el discernimiento suficiente, expresado fehacientemente en un acto de autoprotección. (art.9.3)

Resulta interesante el apartado 4 del artículo 9 que se titula: Personas en situación de especial vulnerabilidad el cual dispone que: “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”. Son situaciones que se presentan cada vez con mayor frecuencia ante enfermedades especialmente neurológicas y degenerativas, que requieren respuestas adecuadas del Derecho.

4.Prácticas eutanásicas. Si bien nuestra legislación vigente prohíbe las prácticas eutanásicas, el artículo 6 del proyecto reitera esta prohibición para

evitar interpretaciones equívocas con respecto al objetivo de la ley. La eutanasia debe ser materia de un profundo debate en el ámbito de la bioética, por lo que excede los fines del proyecto en comentario.

5. Forma. El artículo 7 dispone que 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.

La trascendencia de las decisiones plasmadas en un acto de autoprotección, requiere las mayores garantías. Es fundamental, para asegurar su cumplimiento, garantizar la autenticidad de su contenido como fiel reflejo de la voluntad del otorgante. Quien lo aplique en el momento oportuno, no debe abrigar la menor duda. Por eso el proyecto regula sobre la forma del acto, que el código no contempla.

La escritura pública es el medio que asegura la autenticidad del acto, su fecha cierta, su matricidad, el pleno discernimiento, la intención y la libertad con que el acto fue otorgado y el debido asesoramiento.

La matricidad 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).

El proyecto brinda también la opción del otorgamiento ante los juzgados competentes.

El mismo artículo dispone que el acto puede ser libremente modificado y revocado por quien lo otorgó. Esta norma resulta, adecuada pues las circunstancias y condiciones de vida de una persona, así como las de quienes gozan de su mayor confianza, pueden variar con los años.

6. Nombramiento de apoyo o curador El artículo 5 se refiere al nombramiento del propio apoyo o curador. Dispone que: “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.” Cabe resaltar la normativa a la cual remite y especialmente la última parte que deja claro que la persona excluida por el otorgante no puede ser designada en ese cargo. Este deseo puede dejarse asentado fehacientemente en el acto de autoprotección.

7. 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. El artículo 8 del proyecto establece que: “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”.

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. La información es centralizada en el Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección que funciona en el Consejo Federal del Notariado Argentino.

8. Responsabilidad de los colegios notariales. Otro aspecto no menor del mismo artículo, es la obligación de los colegios notariales 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. Esta obligación se inscribe en el ámbito de la función social del notariado, que debe estar al servicio de quienes más la necesitan.

9. Directivas anticipadas en salud. De manera especial la normativa propuesta, regula las directivas anticipadas sobre salud. Estas directivas no solo garantizan derechos del paciente, también alivian a familiares, allegados y médicos cuando deben adoptar decisiones tan difíciles, que dejan marcas, culpas, enojos, dudas.

Se destaca la importancia de la información previa, adecuada, clara y oportuna, accesible y comprensible de acuerdo a las circunstancias del paciente, a fin de evitar que el consentimiento informado se convierta en un simple trámite formal, carente de real contenido.

La redacción propuesta deja claro que siempre debe respetarse la voluntad del paciente y en su caso las directivas anticipadas por él mismo otorgadas.

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 al efecto (art.11).

10. Extinción. El artículo 12, finalmente dispone las causas de extinción de estos actos; por el vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición, en el caso en que se haya dispuesto así en el instrumento; por la revocación efectuada, por cualquier medio por el otorgante del acto y por la muerte del otorgante del acto.

### **III. A modo de conclusión.**

Ante la ausencia de una normativa adecuada para actos de tanta trascendencia, el proyecto propone una ley especial e integral que abarque y

unifique los aspectos fundamentales de la materia y la encuadre en los principios y normas de nuestra Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales sobre DDHH vigentes y del propio Código Civil y Comercial de la Nación.

Consideramos que es una normativa necesaria, que avanza cualitativamente en la concreción de los derechos personalísimos y el respeto a la voluntad, los deseos, las preferencias y la dignidad de quienes están transitando quizás, los momentos más críticos de su existencia.

# **JURISPRUDENCIA**

# Un fallo con perspectiva de discapacidad

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL, COMERCIAL Y  
CONT. ADM. DE POSADAS

Expte.: 6543/2023

Posadas, Misiones.

Y VISTOS:

Estos autos caratulados Expte.: 6543/2023 "I. T., E. c/ IOSFA s/ Amparo ley 16.986" y;

RESULTANDO:

1. Se presenta el Sr. E. I. T. con patrocinio letrado de la Dra. Micaela María Tesoriero, Defensora Coadyudante e interpone acción de amparo contra IOSFA a efectos a que se ordene la cobertura del cien por ciento de acompañante terapéutico de lunes a viernes 5 horas diarias.

Manifiesta que desde su nacimiento fue diagnosticado con Síndrome de Down, y que dicha patología provocó un aplazamiento en su desarrollo intelectual y físico por lo que desde temprana edad ha asistido a distintos tratamientos y terapias con especialistas en materia de salud.

Que el permanente trabajo llevado a cabo a lo largo de su vida le permitió lograr avances significativos en su desarrollo general, su buen estado de salud y desempeño académico en la escuela común, culminando la secundaria con apoyo y acompañamiento de los profesionales, la escuela, su maestra integradora y su familia.



Relata que al finalizar la escuela secundaria se volvió necesario continuar con su formación por lo que su psicólogo Lic. Juan Ernesto Brodsky realizó un plan de trabajo a fin de promover su inserción universitaria, por lo cual inició el ciclo lectivo 2023 como alumno regular de la carrera de guía de turismo en la UNAM.

Que para ello su neurólogo, el Dr. Christian Bortoluzzi, le indicó acompañante terapéutico de lunes a viernes 5 horas por día de febrero a diciembre, por lo que presentó los pedidos ante IOSFA, y obtuvo la primer negativa en fecha 30/1/2023 por no contar con una estrategia aliada al tratamiento principal.

Así, el equipo de terapeutas que lo atienden confeccionó la estrategia que acompaña su tratamiento para desarrollar mayor independencia, pero nuevamente la respuesta de IOSFA fue negativa alegando que el AT debía ser cubierto por la institución educativa y no por la obra social.

Que la universidad a través del área de inclusión y siendo él, el primer alumno con síndrome de Down, comenzó una capacitación a profesores, currículas adaptadas y le brinda dos horas de un profesor; pagado por la universidad para reforzar y acompañar su aprendizaje, cumpliendo con lo que establece el art. 23 del Estatuto de la UNAM.

Funda en derecho, cita jurisprudencia, ofrece pruebas y hace reserva del caso federal.

2. A continuación a fs. 16/17, obra Dictamen de la Dra. Silvina Flavia Gutiérrez, Fiscal Federal Interina, quien manifiesta "Con relación a la competencia territorial, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 16.986 y de la documentación agregada en autos, se estima que debe declararse competente para intervenir en la presente."

3. Luego de solicitado el Pedido de Informe establecido por la Ley 16.986 se presenta el Dr. Daniel Eduardo Azar en representación del Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas y de Seguridad IOSFA, y contesta el Informe requerido.

Manifiesta que lo requerido en el presente amparo no se ajusta a derecho ya que solicita el 100% de la cobertura de la prestación de AT, la cual no corresponde que sea brindada por la Obra Social sino que se encuentra a cargo de la Universidad.

Refiere que no se encuentra regulada en la normativa aplicable, ya que no existe la figura del AT para la universidad en la ley 24.901.

Respecto a los hechos, señala que la Unidad de Discapacidad y Adultos Mayores -UDYAM- le denegó la cobertura de AT por carecer de una estrategia aliada al tratamiento principal y/o desarrollar actividades de regulación en tanto organizador psíquico de su acompañado. Que posteriormente cuando se determinó que era para concurrencia a la universidad, volvieron a sostener “que la accesibilidad académica en el nivel superior no recae sobre los agentes de salud sino sobre las propias instituciones educativas que deben propiciar en su ámbito de acciones tendientes a favorecer la plena integración, evitando y eliminando las barreras físicas de acceso a la información académica y actitudinales”.

Señala que la UDYAM expresó: “El requerimiento, así como la carga horaria pretendida, no responde a los motivos que la ley 24.901 contempla para esta figura excepcional ante la existencia de una red familiar, comunitaria y profesional existente y el análisis de los factores personales y ambientales del caso”.

En consecuencia, ratifica que la ley de prestaciones básicas para personas con discapacidad (ley 24.901) no prevé la figura de MAI universitario.

Funda en derecho, ofrece pruebas y hace reserva de recursos.

CONSIDERANDO:

1) En las condiciones reseñadas precedentemente, llegan estos autos para decidir en definitiva si corresponde hacer lugar o no al reclamo del amparista a fin que se brinde la cobertura de Acompañante Terapéutico 5 horas diarias de lunes a viernes -del mes de febrero a diciembre-, solicitado por el Dr. Christian Bortoluzzi.

En primer lugar se encuentra acreditado en autos -y no discutido por las partes que E. es afiliado a IOSFA, y que posee el diagnóstico de "Alteraciones del habla, no clasificadas en otra parte. Miopía Hipoacusia conductiva y neurosensorial. Retraso mental leve Síndrome de Down" conforme surge del CUD que acompaña como prueba documental.

Por su parte, surgen también las objeciones formuladas por la obra social respecto de la procedencia de la cobertura de la prestación requerida por el amparista.

Así las cosas, advierto que la vía elegida por la actora para obtener la cobertura deseada es la correcta, habida cuenta de la inexistencia de otro medio judicial más idóneo para el tratamiento de la cuestión planteada, lo cual se corrobora en el rol que se le asigna a la acción de amparo, luego de la reforma constitucional de 1994.

Que precisamente a partir de dicha reforma, las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional se adecuan a las actuales corrientes de solidaridad de alcance universal, tutelando elementales derechos y garantías, de los que la salud y la vida resultan ser bienes supremos protegidos e, incluso, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido la idoneidad de este tipo de acción en materias relacionadas con

la preservación de la salud y la integridad física (Fallos 323:1339; 329:2552; 332:1200; 336:2333; entre otros).

2) Ahora bien, del análisis de las constancias aportadas y del estrecho marco cognoscitivo que permite abordar la acción de amparo, observo que en fecha 23/11/2022 el Dr. Christian Bortoluzzi, neurólogo solicita acompañante terapéutico “Lunes a Viernes; 5 hs, de febrero a diciembre del 2023”.

Se encuentra debidamente acreditado el plan de trabajo que llevaría a cabo la profesional (AT), detallando las fortalezas que desarrollaría cada tarea. Respecto a su inserción universitaria incluye el acompañamiento para orientarlo en la consideración de los tiempos para cada tarea y en la autonomía de manejo para traslado y circulación en los espacios públicos; así como en el desenvolvimiento social.

Por otra parte el psicólogo tratante, Lic. Ernesto Brodsky, en su plan de trabajo destaca la necesidad de promover la inserción universitaria; y que, dada la edad cronológica de E. es relevante trabajar respecto de la salida exogámica del espacio familiar, detalla: “Apuntar a actividades que le permitan desenvolverse con autonomía”. Todo ello conforme plan de trabajos desarrollados por la AT y psicólogo tratantes del amparista.

Asimismo, existen constancias de que la obra social le deniega la cobertura bajo pretexto de que la UDYAM concluyó que “...la accesibilidad académica en el nivel superior no recae sobre los agentes de salud sino sobre las propias instituciones educativas...regulado por la ley 26.206”; (cfr. comunicación de fecha 23/05/2023).

3) Planteada en dichos términos las posiciones de las partes, considero que es obligación de los magistrados intervenir y resolver las cuestiones presentadas con perspectiva de discapacidad, para salvaguardar el derecho a la salud y a un nivel de vida adecuado conforme las pautas establecidas en

la ley 24.901, en este caso en particular lo previsto por ley 27.716; además de los tratados internacionales con jerarquía constitucional que abordan la materia.

Que siendo E. una persona con condición de discapacidad, debidamente acreditada por el CUD respectivo: la demandada se halla obligada a cumplir aquellos requisitos mínimos que la ley mencionada impone en beneficio de todas las personas con su condición; los cuales son estándares obligatorios para todos los entes que tienen a su cargo la prestación de servicios relacionados con la salud.

Que la ley 24.901 en su artículo 9 define a la persona con discapacidad a toda aquella "que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables a su integración familiar, social, educacional o laboral."

Que el art. 15 prevé, dentro del acápite de prestaciones básicas, las de rehabilitación y señala que "se entiende por prestaciones de rehabilitación aquellas que mediante el desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas, instrumentado por un equipo multidisciplinario, tienen por objeto la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que una persona con discapacidad, alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social: a través de la recuperación de todas o la mayor parte posible de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales. alteradas total o parcialmente por una o más afecciones. sean estas de origen congénito o adquirido (traumáticas. neurológicas. reumáticas, infecciosas. mixtas o de otra índole), utilizando para ello todos los recursos humanos y técnicos necesarios."

Agrega que "En todos los casos se deberá brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuere el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera."

Además la citada ley prevé: art 16 -"Prestaciones terapéuticas educativas. Se entiende por prestaciones terapéuticas educativas, a aquellas que implementan acciones de atención tendientes a promover la restauración de conductas desajustadas, adquisición de adecuados niveles de autovalimiento e independencia, e incorporación de nuevos modelos de interacción, mediante el desarrollo coordinado de metodologías y técnicas de ámbito terapéutico-pedagógico y recreativo". Y en el artículo 17. "Prestaciones educativas. Se entiende por prestaciones educativas a aquellas que desarrollan acciones de enseñanza- aprendizaje mediante una programación sistemática específicamente diseñada. para realizarlas en un período predeterminado e implementarlas según requerimientos de cada tipo de discapacidad". Siendo explícito en su último párrafo en relación al tema:

"Comprende escolaridad, en todos sus tipos, capacitación laboral, talleres de formación laboral y otros. Los programas que se desarrollen deberán estar inscriptos y supervisados por el organismo oficial competente que correspondiere".

Por último, el artículo 18 también prevé la cobertura de prestaciones asistenciales entendidas como aquellas que "tienen por finalidad la cobertura de requerimientos básicos esenciales de la persona con discapacidad (hábitat, alimentación, atención especializada) a los que se accede de acuerdo con el tipo de discapacidad y situación socio familiar que posea el demandante."

Así resulta innegable la amplitud y el carácter integral de la protección que otorga la norma a las personas con discapacidad, previendo incluso lo referido al ámbito educacional, derecho que en el presente caso se encuentra afectado.

En este caso E. también, se encuentra amparado por lo que dispone la reciente ley 27.716 "Ley de Diagnóstico humanizado"; que en su art. 2 inc. D) establece entre sus objetivos "Contribuir a la plena inclusión de las personas con discapacidad, evitando la difusión de estereotipos o el surgimiento de nuevas formas de discriminación".

Y como parte de sus objetivos previstos en el art. 2 el "Contribuir a la plena inclusión de las personas con discapacidad, evitando la difusión de estereotipos o el surgimiento de nuevas formas de discriminación" (inc. d). En este punto se vuelve fundamental distinguir que el negarle la accesibilidad a la educación inclusiva, derecho que lo asiste, configuraría un acto discriminatorio. Más tratándose de una persona como E., quien tiene el deseo de seguir un camino de crecimiento personal y profesional.

Por otra parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -que goza de jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento interno otorgada por ley 27.044- destaca la necesidad de proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluso respecto de aquellas que necesitan un apoyo más intenso.

Así, el art. 24 establece en materia de "educación" en el punto 1 "Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida..."; Mientras que el punto 5 especifica "Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a la

educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás. A tal fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad". Es menester resaltar en este punto que la presente Convención en su artículo 2 establece como definición de "ajustes razonables" "...se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales."

En estrecha relación con la educación, el art. 25 reconoce el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud y el deber de asegurar el acceso a los servicios de salud, incluida la rehabilitación, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, entre otras. Aspectos que se encuentran en este caso en particular resaltados en los planes de trabajos propuestos por los profesionales a cargo del tratamiento de E.

Respecto a lo que refiere a la prestación de acompañante terapéutico, tiene dicho la Cámara Federal de Bahía Blanca ha dicho que: "Pese a la especificidad del sistema normativo que regula las prestaciones a favor de las personas con discapacidad, dada la infinidad de variables que pueden tener lugar en el universo de beneficiarios, siempre cabe la posibilidad de un caso concreto que no encuentre un encuadre perfecto dentro de sus previsiones. En tales casos, debe atenderse a los principios generales que surgen de la ley 24.901, como el de la integralidad de la cobertura (art. 1) y el que propicia la necesidad de atender a las características de la patología del beneficiario, su edad y situación socio familiar (art. 19). También debe atenderse a la concreta necesidad del beneficiario para cuya determinación



-conforme ha dicho este tribunal inveteradamente- debe darse prioridad al criterio del médico tratante, que tuvo contacto directo con su paciente y elaboró un diagnóstico científico, frente a la opinión estandarizada de la prestadora” (cfr. CFABB, Expte. Nº. FBB 4417/2016/CA2, caratulado: “A.J.D. c/ OSDE y otros/ Amparo ley 16.986”; pto. 4.1, del 6/4/17).

Asimismo, la obra social no puede ignorar que el amparista posee CUD emitido en fecha 09/08/2022 donde se consigna además de su diagnóstico como requerimientos “...prestaciones de rehabilitación. Servicio de apoyo a la integración”.

Además, es el profesional de la medicina que trata la patología del paciente de modo particular quien, previo efectuar los estudios correspondientes, indica las prestaciones que le proporcionarán mejores resultados, criterio ampliamente reiterado por la jurisprudencia en materia de salud.

Debo señalar que la demandada intenta fundar el rechazo de la prestación por lo dictaminado por la UDYAM, siendo que ya conoce el reiterado criterio de este tribunal y la Cámara Federal de Apelaciones respecto al carácter que la ley otorga a los arts. 11 y 12 de la ley 24.901 “Que, respecto al agravio fundado en los arts. 11 y 12 de la ley 24901, los que, según la interpretación de la quejosa, exigen la intervención a un Equipo Interdisciplinario (al efecto de otorgar la cantidad de prestaciones), tenemos que ambos artículos ponen a disposición de la persona con discapacidad todas aquellas acciones que favorezcan la integración social de las personas con discapacidad a través de equipos interdisciplinarios y la forma en que ello debe plasmarse según el grado de discapacidad que tenga el individuo; entonces, equivoca el apelante la interpretación respecto a ello, ya que el citado equipo interdisciplinario es una herramienta de acceso de la que podría gozar la persona con discapacidad a programas preventivo-promocionales de carácter comunitario y a todas aquellas acciones que

favorezcan la integración social de las personas con discapacidad y su inserción en el sistema. En consecuencia, ese agravio tampoco prosperará” Expte. 3203/2022 VARGAS, VIOLETA JENNIFFER c/ IOSFA s /AMPARO LEY 16.986; resolución de fecha 29/07/2022, entre otros.

También, tiene dicho la jurisprudencia en la materia que: “La ley 24.901 impone a cargo de las obras sociales la cobertura de las prestaciones básicas que necesiten los afiliados con discapacidad, prestaciones de generosa amplitud que no consienten una interpretación restrictiva y contraria a la finalidad tutelar de la ley, a través de las cuales se pretende lograr la integración social de las personas con discapacidad.” (Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, 13/04/2022, “C., C. del V. c. Instituto de Obra Social de las Fuerza Armadas y de Seguridad (IOSFA) y ex Dirección de Bienestar de la Armada (DIBA) s/ Amparo Ley 16.986”, La Ley Online, TR LALEY AR/JUR/59748/2022).

Finalmente al argumento esgrimido por la demandada ante la negativa de brindar la cobertura de acompañante terapéutico; fundando en que la ley nacional 26.206 (ley de educación Nacional) obliga al establecimiento educativo (en este caso a la UNAM) a brindarle el apoyo necesario al amparista para poder acceder a su derecho a la educación inclusiva.

Es necesario sentar un criterio claro, respecto a que si bien son los organismos educativos son los encargados de asegurar lo previsto en el art. 11 en los incs. “e) Garantizar la inclusión educativa a través de políticas universales y de estrategias pedagógicas y de asignación de recursos que otorguen prioridad a los sectores más desfavorecidos de la sociedad. f) Asegurar condiciones de igualdad, respetando las diferencias entre las personas sin admitir discriminación de género ni de ningún otro tipo...n) Brindar a las personas con discapacidades, temporales o permanentes, una propuesta pedagógica que les permita el máximo desarrollo de sus posibilidades, la integración y el pleno ejercicio de sus derechos. ” de la

citada ley, así las cosas entiendo que la Universidad ha dado cumplimiento a ello, brindándole a E. un contexto de contención y crecimiento mutuo (institución-alumno). Brindando capacitación a los profesores, y afrontando el esfuerzo que le genera a una institución pública el poner a disposición un profesor que hace horas extra curriculares para E., a modo de Profesor de apoyo únicamente para él.

Por otro lado, el programa de abordaje desarrollado por los profesionales tratantes de E., describe claramente las actividades en las que el AT debe contribuir, las que si bien implican un acompañamiento dentro y fuera del establecimiento educativo, están apuntadas a lograr que E. pueda de forma independiente a su grupo familiar (por la edad cronológica que transita), concurrir al establecimiento educativo, siendo capaz de ubicarse en tiempo y espacio, entre otras cosas, para así poder lograr su objetivo académico. Tareas que necesita llevarlas a cabo de forma supervisada por el AT dentro y fuera del establecimiento universitario, por lo que brindarle dicha prestación no puede recaer sobre la Universidad.

Por todo lo expuesto opino que IOSFA ha actuado con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta rechazando la cobertura de la prestación de AT.

En consecuencia, de conformidad con la normativa aplicable al presente caso, se debe lugar a la acción de amparo, y así la obra social demandada deberá autorizar la cobertura de Acompañante Terapéutico 5 horas diarias de lunes a viernes, solicitada por el Dr. Christian Bortoluzzi.

4) Ahora me dirijo a vos E., para hablarte de manera clara para que comprendas lo aquí resuelto.

Después de analizar tu pedido decidí que tu reclamo es válido. Tu derecho a la educación y formación profesional están protegidos por nuestra Constitución Nacional, leyes y tratados internacionales, en especial, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

A partir de mi decisión, tu obra social deberá autorizar sin demora la cobertura de tu acompañante terapéutico para asistir a la universidad. Esa persona te va ayudar en todo lo que necesites responsabilidades como alumno universitario.

para cumplir tus compromisos y Aprovecho esta oportunidad para felicitarte y desearte muchos éxitos en tu carrera y manifestarte que estoy muy orgullosos de vos.

Por último, quiero hacerte saber que si tu Obra Social no cumpliera mi decisión, por favor me des aviso a través de tu Defensora.

5) Respecto de los honorarios que corresponden regular de conformidad a las pautas establecidas por el art. 1255 y cctes. del CyCCN, es facultad de los jueces establecer de manera equitativa el valor de los honorarios cuando la aplicación estricta de la ley arancelaria conduce a una evidente desproporción entre la retribución y la labor cumplida (Lorenzetti Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo VI, Ed. Rubinzal-Cuzoni, Bs. As, año 2015, pág. 779-789).

En ese mismo sentido la Cámara Federal de Apelaciones de Posadas ha sostenido que propósito de estas reformas "...es disminuir el costo de los procesos judiciales, con el objetivo de facilitar el acceso a la justicia de las personas con menores recursos económicos o bien no agravar la situación patrimonial de las personas afectadas por esos procesos (CSJN Fallos: 332:921)" (C.F.A.P., "Expte FPO 21000394/2003 ALEGRE JOSÉ LUIS P.S. Y P.S.H.M. PAOLA A Y OTROS c/ SANATORIO NOSIGLIAOTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", sentencia del 03/05/2021).

En ese orden de ideas, considero que la aplicación estricta del mínimo legal previsto en el art. 48 de la ley n° 27.423 conllevaría a una evidente desproporción dada la etapa procesal y la forma en que ha concluido la causa, por ello, teniendo en cuenta la labor desarrollada en las

presentaciones de la parte actora consistente en una “única presentación inicial” y el resultado obtenido; considero justo y equitativo regular los honorarios de la Dra. Micaela María Tesoriero en 12 unidades de medida arancelaria (UMA) lo cual conforme a Resolución SGA 2722/2023, al día de la fecha, equivale a un total de pesos trescientos cuatro mil cuatrocientos setenta y seis (\$304.476).

Los mencionados honorarios no incluyen el impuesto al valor agregado, monto que, en su caso, deberá ser adicionado conforme a la subjetiva situación del profesional frente al citado tributo.

Respecto al Dr. Daniel Eduardo Azar, en virtud del art. 2 de la ley Nº 27.423, no corresponde su regulación.

5) En último lugar, corresponde intimar a IOSFA al pago de la Tasa de Justicia. Cumplido que sea, corresponderá el archivo de la presente causa.

Por todo ello, y en consideración a los fundamentos desarrollados precedentemente es que;

FALLO:

1) Hacer lugar a la presente acción de amparo y determinar la existencia de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta por parte de la demandada Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas (IOSFA) y, en consecuencia ordenar a que proceda, en un plazo de tres (3) días de notificada la presente, a la autorización y cobertura total e integral de la prestación de Acompañante Terapéutico -5 horas diarias de lunes a viernes-, solicitado por el Dr. Christian Bortoluzzi.

2) Imponer las costas a la parte demandada (conforme art. 14 de la ley 16.986 y 48 del CPCyCN).

3) Regular los honorarios profesionales de la Dra. Micaela María Tesoriero conforme lo dispuesto en el considerando 5), en 12 unidades de medida

arancelaria (UMA) lo cual conforme a Resolución SGA 2722/2023, al día de la fecha, equivale a un total de pesos trescientos cuatro mil cuatrocientos setenta y seis (\$304.476).

Los mencionados honorarios no incluyen el impuesto al valor agregado, monto que, en su caso, deberá ser adicionado conforme a la subjetiva situación del profesional frente al citado tributo.

En relación al representante de la parte demandada, Dr. Daniel Eduardo Azar, y de conformidad con lo establecido por el art. 2 de la mencionada ley de honorarios, no corresponde su regulación.

4) Firme, intimar a IOSFA realizar la previsión presupuestaria pertinente para abonar los honorarios profesionales la que deberá incluir los intereses previstos por el art. 54 (ley 27.423) y acreditar dicho trámite en autos (art. 170 ley nº 11.672 – T.O. 2014 y art. 22 ley nº 22.982). Los mencionados honorarios no incluyen el impuesto al valor agregado, monto que, en su caso, deberá ser adicionado conforme a la subjetiva situación del profesional frente al citado tributo.

5) Intimar a la demandada al pago de la suma pesos cuatro mil setecientos (\$4700) en concepto de Tasa de Justicia (ley nro. 23.898) en el término de cinco (5) días, bajo apercibimiento de aplicar la multa representativa al 50% de la tasa omitida y su posterior ejecución (cfr. arts. 1, 6, 9, 13 de la ley nro. 23898, Ac. C.S.J.N. 41/2018).

Póngase en conocimiento que el pago de la Tasa de Justicia ley nro. 23.898 puede ser efectuado de modo alternativo por transferencia electrónica de fondos, conforme a la operatoria prevista en la R.G. AFIP Nro. 1778 /2004 (Texto vigente según R.G. AFIP Nro. 4577/2019), a través de la generación del correspondiente volante electrónico de pago (VEP).

Protocolizar. Notificar en forma electrónica. Firme y cumplido, cesar la intervención del Sr. Fiscal Federal y archivar.

### **Comentario de la Esc. María Celeste Ghione**

El Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y Contenciosos Administrativo de Posadas, Misiones, ha hecho lugar a un recurso de amparo<sup>1</sup> presentado contra una obra social, ante la negativa de ésta a cubrir un acompañante terapéutico para uno de sus afiliados con Síndrome de Down, a quien denominan "E."

Si bien a la fecha el fallo no se encuentra firme y ha sido recurrido por la demandada, resulta interesante destacar varios aspectos del mismo:

1) A través de la resolución judicial se reconoce a una persona adulta con Síndrome de Down su derecho a la educación universitaria, garantizado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>2</sup>, la ley 24.901 y la ley 27.716. En este sentido, el Juzgado entiende que la cobertura del acompañante terapéutico corresponde a la obra social y no al establecimiento educativo -quien venía realizando valiosos esfuerzos por integrar a "E."- por encontrarse íntimamente relacionado con las prestaciones de servicio de salud que debe cubrir. En efecto, el cursado de una carrera universitaria forma parte de las recomendaciones de los terapeutas para que "E." pueda lograr mayor integración social y autonomía.

2) El fallo dedica un apartado, redactado en lenguaje sencillo, dirigido directamente a "E.", a fin de ponerlo en conocimiento de la resolución favorable. Se trata de una tendencia que vienen siguiendo distintos

---

<sup>1</sup> Autos caratulados "I. T., E. c/ IOSFA s/ Amparo ley 16.986" (Expte.: 6543/2023). Fecha: 11/03/2023

<sup>2</sup> Art. 24 punto 5: "Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás. A tal fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad".

tribunales principalmente cuando sus resoluciones tienen por destinatarios a personas menores de edad o con discapacidad. Tendencia que comenzó en 2013 cuando se dictó el primer fallo redactado de esta manera realizado por la Suprema Corte de Justicia de México. Se trató del caso de un hombre, Ricardo Adair, con síndrome de Asperger. En Argentina el primer caso fue dictado por el titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 7, Diego Iparraguirre, en el caso de M. H., asistida por una curadora de la Defensoría General de la Nación en el año 2014. A partir de allí numerosos tribunales han avanzado en el uso del lenguaje claro<sup>3</sup>.

Resulta muy valorable esta actitud, que no olvida quiénes son los destinatarios finales de las resoluciones, quiénes deben comprender el alcance de sus derechos y a quién interesa, en definitiva, la sentencia. Gestos como este logran ubicar, aunque sea por un instante, a la persona en el centro de su vida, lugar del que nunca debería haber sido corrida. No se trata únicamente de utilizar palabras más sencillas y cotidianas, sino también de dirigir el discurso de forma directa a la persona implicada. “Aprovecho esta oportunidad para felicitarte y desearte muchos éxitos en tu carrera y manifestarte que estoy muy orgullosos de vos” escribe el juzgador, en un mensaje dirigido no solo a “E.” sino a todos los lectores, recordándonos que estamos hablando de personas humanas, de sus derechos, de sus vidas y del respeto a la dignidad que todos merecemos.

3) El fallo emplea el término “perspectiva de discapacidad”, haciendo referencia a la necesidad de juzgar teniendo en cuenta las leyes 24.901 y

---

<sup>3</sup> F. J. B. vs. F. A. C. s. Filiación CCC Sala III, Corrientes, Corrientes (16/12/2020), Rubinzal Online, RC J 4249/21; B. T. D. R. y otro s. Guarda judicial con fines de adopción, Juzg. C.C. Lab., de Personas y Fam., Joaquín V. González, Salta (18/11/2020), Rubinzal Online, RC J 7932/20; S., C. y otros s. Protección de personas, Juzg. de Paz, Mburucuyá, Corrientes; (30/09/2020), Rubinzal Online, RC J 6625/20; F. M. E. y otro s. Adopción, Juzg. Fam., Niñez y Adolescencia N° 5, Corrientes, Corrientes (21/12/2022), Rubinzal Online, RC J 336/23; entre otros. Este último caso tomó trascendencia mediática ya que se decide comunicar la resolución a la familia conformada por los peticionantes y la niña mediante un cuento redactado especialmente por la escritora Fabiana Azpetegui y la colaboración de la Prosecretaria y Oficial Auxiliar del Juzgado, y el juez, redactado con base en los aportes de los protagonistas de la historia, el que es titulado “Un milagro de Navidad para Hanna”.



27.716, como así también los tratados internacionales con jerarquía constitucional que abordan la materia. Si bien no se extiende sobre los alcances del concepto, consideramos a la mencionada perspectiva como un enfoque que busca reconocer las dificultades que representa la discapacidad producto de las estructuras sociales estandarizadas, y, a partir de este reconocimiento, la actuación para eliminar o minimizar las barreras en aras de lograr la inclusión debida. En este sentido, el fallo ha adoptado esta perspectiva, teniendo en cuenta las indicaciones de los profesionales respecto de la importancia que reviste para "E." el cursado de una carrera universitaria, tarea que sólo podría lograr con el acompañamiento de un terapeuta. Se trata de entender que para lograr la igualdad en el plano material, es necesario adoptar medidas especiales para el caso concreto.

En definitiva, resoluciones como las comentadas buscan asegurar a las personas el protagonismo de sus propias vidas, ya sea hablándoles

# PRÁCTICA NOTARIAL

# Poder otorgado por persona con Síndrome de Down

Esc. Mercedes Córdoba

“no me gaste las palabras  
no cambie el significado  
mire que lo que yo quiero  
lo tengo bastante claro”

**Mario Benedetti**

En esta oportunidad traemos un modelo de poder para gestiones administrativas y judiciales con un apartado en lenguaje sencillo.

Tuvimos necesidad de redactarlo ante el requerimiento de Tomás, que llegó a la escribanía en compañía de su hermana. Tomás tiene 20 años y síndrome de Down, tiene discapacidad intelectual moderada y CUD (Certificado Único de Discapacidad). Su hermana relata que hace un par de meses falleció su papá. Hasta ese momento era beneficiario de la obra social que le correspondía por el trabajo de su padre. Ante el fallecimiento, la obra social le anticipa que le corresponde tramitar la pensión por el fallecimiento y adherirse al P.A.M.I. ( Dado que Tomás concurre a un centro educacional de oficios, utiliza el transporte que le provee la obra social y servicio médico de clínica, cardiología, endocrinología, psicología y psiquiatría con profesionales que lo tratan desde la infancia y que no tienen convenio con P.A.M.I. es inminente que le dejarán de prestar los servicios. Consultaron con una abogada que está dispuesta a hacer el reclamo administrativo para que se le garantice su derecho a la salud y en su caso un amparo judicial. Paralelamente solicitarán nombramiento de apoyo pero este trámite puede durar meses y el reclamo administrativo debe ser inmediato. La discapacidad

en el caso de Tomás es evidente por lo cual nos planteamos la posibilidad o no de autorizar el poder. Existe una carga muy grande de prejuicio para con las personas con síndrome de Down. La discriminación es una constante para con las personas con discapacidad, se exacerba cuando la discapacidad es visible, persistiendo en el notariado la resistencia o quizá el temor a diferenciar entre padecimiento mental e incapacidad de ejercicio .

Siguiendo a Rajmil (2021) distinguimos entre capacidad jurídica de discernimiento, partiendo de la afirmación de que la capacidad es una categoría jurídica, cuya limitación proviene de la ley o de una sentencia judicial y el discernimiento es una cuestión propia de cada persona y sus circunstancias, atendiendo a los paradigmas vigentes en materia de ejercicio de derechos de las personas con discapacidad.

La convención de derechos para personas con discapacidad, con rango constitucional por ley 26.378 año 2008 en su art. 12 reconoce primero la plena capacidad jurídica de todas las personas, incluidas las personas con discapacidad y la igualdad de ejercicio. En algunas oportunidades para el ejercicio habrá que adoptar “las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. La Observación N° 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2014 con relación al Art. 12 nos aclara en el apartado 13 “La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales. En instrumentos jurídicos tales como la Declaración Universal de Derechos

Humanos (art. 6), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 16) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 15) no se especifica la distinción entre capacidad mental y capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cambio, deja en claro que el "desequilibrio mental" y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica”.

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad , de la cual los notarios somos destinatarios como profesionales del Derecho auxiliares de la Justicia nos conmina a adecuar nuestras actuaciones cuando nos encontramos frente a personas vulnerables. Específicamente en la sección 2ª se nos insta a adoptar las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial (o notarial en este caso) en el que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que ésta pueda comprender su alcance y significado.

La Guía Notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad, publicada en el año 2019 por la Unión Internacional del Notariado, que presenta al notario como apoyo y autoridad para el ejercicio de derechos, establece directrices acerca de la forma en que debe proceder cuando su actuación involucre personas sobre las que haya recaído una sentencia de incapacitación, y personas con discapacidad en las que no haya recaído esta sentencia.

En cuanto a la necesidad de adaptar nuestro lenguaje destacamos los siguientes puntos de la Guía: Utilizar lenguaje sencillo. Se recomienda la elaboración de oraciones cortas, en lenguaje sencillo, evitando tecnicismos,

con letra lo más clara posible y con un formato que facilite la lectura y la comprensión, en caso en que sea escrita. Las personas con discapacidad intelectual y/o psicosocial, así como las personas sordas, hipoacúsicas, sordociegas y las personas mayores pueden requerir mayor tiempo y disponibilidad personal para comunicarse, por parte del operador. Se sugieren como buenas prácticas de atención aplicar los ajustes que resulten necesarios; como, por ejemplo, para el caso de no comprender la consulta que realiza una persona con discapacidad, preguntar nuevamente evitando situaciones de nerviosismo, otorgando a cada persona el tiempo necesario, y evacuando las dudas en lenguaje sencillo y claro. Es esencial la lectura explicativa, simplificadora y aclaratoria del documento público, por parte del notario. Se recomienda que se brinde el tiempo necesario para que la PCD se exprese, ante la práctica enraizada de sustituirla. 5 En consecuencia, es recomendable adaptar el lenguaje utilizado en función de circunstancias tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, la situación de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se sugiere que las preguntas e información que se brinde se realicen en forma clara y con una estructura sencilla. 8. Manejarse con naturalidad y no tratarles como niños. 10 Dirigirse directamente a la persona con discapacidad y no tercerizar la comunicación. Si la persona con discapacidad está acompañada, se recomienda que el operador se dirija directamente a la PCD y no a su acompañante o intérprete, evitando así la tercerización en el manejo de la información.

Y con relación al juicio de discernimiento que efectuamos antes de formalizar el acto se nos recomienda:

- Salvo resolución judicial, la capacidad se presume siempre y no hay restricción alguna.
- El Notario no realiza un juicio médico: lo “determinante” no es que la persona padezca o no y en qué grado una determinada patología, no es una

valoración puramente médica pues influyen diversos factores o circunstancias como en cualquier ser humano tales como los factores culturales, educacionales, sociales etc. Lo determinante para el notario es comprobar que la persona con discapacidad tiene una percepción clara con arreglo a su aptitud y discernimiento de las consecuencias del acto que está realizando y de que se han utilizado los sistemas de apoyo necesarios para ello en ausencia de influencia indebida ni abuso de algún tipo.

- El juicio notarial de capacidad o discernimiento no se refiere a una capacidad abstracta ni a una capacidad perfecta sobre cualquier aspecto de la vida. Eso no lo hacemos ni con las personas en quienes no concurre una discapacidad. Nuestro juicio de comprensión se refiere a un hecho y un acto concreto con unas coordenadas específicas y un momento concreto.

- Se recomienda dejar constancia en el instrumento público de todas las actuaciones realizadas por el notario como apoyo institucional, así como de las medidas de apoyo, materiales, funcionales o de cualquier índole que han permitido a la persona ejercitar el derecho concreto de que se trate.

Esperamos que el presente modelo sirva como disparador de la posibilidad de empezar a actuar como apoyos institucionales para las personas con discapacidad entre los notarios que nos lean.

**Nº .- Fº .- PODER ESPECIAL PARA GESTIONES ADMINISTRATIVAS Y JUICIOS.- TOMAS NIEVES a ANGEL DE LA GUARDA.- ESCRITURA NÚMERO .-** En la ciudad de Rosario, departamento del mismo nombre, Provincia de Santa Fe, República Argentina, a los días del mes de de DOS MIL VEINTITRES, ante mí María Mercedes Córdoba de Silva, Notaria Titular del Registro Nº 157, COMPARECE: TOMAS NIEVES, quien acredita identidad en los términos del art. 306 inc. A del código civil y comercial con D.N.I. Nº 40.814.2\*3, y manifiesta ser de nacionalidad argentina, de apellido materno

Morales, que nació el 09 de octubre de 1998, soltero, con domicilio en Entre Ríos 1133 piso 2 dto 7 de esta ciudad CUIT 20-408142\*3-9- Y EXPONE QUE OTORGA PODER ESPECIAL DE GESTIONES ADMINISTRATIVAS Y JUICIOS a favor de ANGEL de la GUARDA, D.N.I. N° 14.811.741, Mat. Federal T Folio Mat. Provincial L. XXX F 357.para que en su nombre y representación intervenga en todos los asuntos de índole administrativo o judicial en los que el mandante tenga interés o sea parte. En consideración de que el señor Nieves tiene síndrome de Down y discapacidad intelectual y para la autorizante asegurarse de que el requirente comprenda en forma completa el contenido del presente apoderamiento se lo explicó en los siguientes términos: Tomás tu hermana me contó por teléfono que están teniendo algunos inconvenientes con la obra social para que se autoricen tus terapias. Me dijo que ahora vos estás yendo a un centro de día en transporte, tenés tu doctora endocrinóloga, vas a la psiquiatra, a la psicóloga. Todo eso lo pagan en parte tu mamá y en parte tu obra social. A veces las obras sociales no quieren pagar a la doctora o a Guillermo que te lleva en el transporte, entonces hay que hacer reclamos. A veces a pesar de esos reclamos siguen sin querer autorizar las terapias y hay que reclamar ante oficinas del estado o hasta hacerles juicio. Si vos estás de acuerdo con reclamar por tus derechos ante las obras sociales, los organismos del estado y en los tribunales tendrías que designar a algunas personas para que lo hagan. En los tribunales solo los abogados pueden hacer reclamos. Si estás de acuerdo en que esa persona sea Angel, vamos a hacer una escritura de apoderamiento, que vos vas a firmar para que cuando ellas vayan a actuar por vos ante la obra social, las otras dependencias administrativas o los Tribunales, todos sepan que fuiste vos quien les dió permiso para hacerlo. FACULTADES: a) GESTIONES ADMINISTRATIVAS: Gestionar ante las administraciones públicas y autoridades argentinas y extranjeras, nacionales, provinciales o municipales y sus dependencias y reparticiones en general, Ministerios, secretarías de estado y Tribunales de faltas cualquier fuero y jurisdicción, legislaturas y



municipalidades, empresas públicas y privadas, empresas de correos, Cajas de jubilaciones; Administración Nacional de la Seguridad Social, Obras Sociales, Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, oficiales o privadas, y demás reparticiones públicas o privadas, autónomas o autárquicas, nacionales, mixtas, provinciales o municipales, sin excepción alguna, pudiendo peticionar toda clase de asuntos, con facultad para presentar todo tipo de declaraciones, documentos y formularios y asistir a audiencias; b) CONSTANCIAS: tramitar, obtener, modificar, firmar y demás constancias y formularios de cuit, cuil o cdi, o el que correspondiere de acuerdo a cada acto, gestionando todo tipo de instrumentos públicos o privados, como así también claves informáticas de accesos a sistemas; c) JUICIOS: ejercer las acciones o gestiones ante Tribunales; instar juicios; presentar escritos, escrituras, testimonios, partidas, títulos y documentos; recusar, prorrogar o declinar jurisdicciones; constituir domicilios especiales; celebrar conciliación o mediación; entablar o contestar demandas; oponer o contestar excepciones, prescripciones y caducidades; aceptar o exigir fianzas, cauciones, arraigos y demás garantías; asistir a audiencias y juicios verbales, al cotejo de documentos o firmas, a exámenes periciales y solicitarlos; citar de evicción; designar o proponer administradores de bienes, tasadores, inventariadores, rematadores, martilleros, letrados, partidores, escribanos y toda especie de peritos, aceptando o impugnando sus operaciones y peritajes; solicitar, aceptar o rechazar divisiones de condominio, mensuras, deslindes y amojonamientos, particiones de todo tipo y adjudicaciones de bienes; pedir testimonios e inscripciones; acordar términos y conceder esperas y/o quitas; reconocer obligaciones; hacer novaciones que extingan obligaciones; renunciar o aceptar renunciaciones de derechos; pagar o cobrar y percibir judicial o extrajudicialmente, dar y exigir recibos; celebrar o rescindir transacciones; comprometer las causas en árbitros o arbitradores; intervenir en todos los incidentes; pedir caducidad de instancia; interponer o renunciar recursos, terminar el proceso por los

modos anormales; intervenir en la ejecución de sentencias; solicitar la venta judicial de los bienes; tramitar juicios sucesorios en los cuales el poderdante tenga interés o sea parte; probar el vínculo familiar o el derecho a los bienes de la herencia o la sociedad conyugal; aceptar o repudiar herencias o legados, reconocer o desconocer testamentos, herederos, legatarios, acreedores y cesionarios; hacer manifestaciones de bienes y tomar posesión de ellos; formular la cuenta particionaria, firmar partición privada; inscribir títulos; otorgar y firmar los instrumentos públicos y privados necesarios para ejecutar los actos enumerados y en definitiva practicar cuantos más actos, gestiones y diligencias sean necesarios y conducentes al mejor desempeño de este mandato EXTINCIÓN: Este poder no se extinguirá mientras el compareciente tenga vida y hasta sea declarada su eventual pérdida de capacidad en proceso judicial. Aún restringida eventualmente su capacidad solicita se ordene judicialmente la subsistencia de este apoderamiento; SUSTITUCIÓN: este poder podrá ser sustituido conforme al artículo 377 del Código Civil y Comercial. Leo, ratifica y firma por ante mí que doy fe.

# **HORIZONTES**

# La ilegitimidad de la legítima hereditaria y su inconstitucionalidad

Esc. Gloria Gover

“Cada paso nuevo  
encierra el peligro a  
fracasar y esa es una de las razones  
por las que se teme a la libertad”  
 (“El miedo a la libertad”)

**ERICH FROMM**

## **I. Introducción**

Este trabajo no tiene como objetivo hacer una reseña profunda de la evolución de la legítima que fue cambiando a través de la historia, ni sus modificaciones en los distintos períodos, sino defender el derecho de las personas a planificar su vida y en especial su patrimonio según el proyecto que se ha propuesto.

Destacando la constitucionalidad del derecho privado y las convenciones internacionales ratificadas por nuestro país y que están en nuestra Constitución Nacional, rescatando el derecho de propiedad, el derecho a la libertad y la autonomía de la voluntad, considerando que es ilegítima la legítima hereditaria e inconstitucional porque tiene en cuenta un concepto arcaico y feudal, con el eufemismo de resguardar el patrimonio de los herederos forzosos, cuando en realidad, se debe resguardar el mismo, a favor de quién lo hizo con el fruto de su trabajo.

La obligación de los padres es, en la medida de sus posibilidades, darles herramientas a sus hijos para que estudien, trabajen y hagan su propio patrimonio. Consideramos que debe ser una decisión voluntaria y no una imposición legal donar a los hijos teniendo en cuenta las proporciones fijadas. Somos partidarios de la libertad de testar.

El título de este trabajo debe a que no nos parece válida, suficiente, ética, ni justa la institución de la legítima hereditaria y porque es contraria a la sociedad actual, ya que no se adapta al signo de los tiempos que corren.

Además nos gustó utilizar el oxímoron la “ilegitimidad de la legítima” para complementar una palabra con otra que tiene un significado opuesto, expresando en forma retórica nuestro pensamiento.

La legítima ha sido contemplada en el Código Civil de VÉLEZ SÁRSFIELD, teniendo algunas modificaciones en el Código Civil y Comercial de la Nación.

El término ilegítimo significa “que carece de legitimidad, título válido o justificación suficiente en derecho.”<sup>1</sup>

“Ilegítimo también es contrario a las normas de una sociedad determinada”.<sup>2</sup>

¿Qué es la legitimidad en derecho?

“En términos jurídicos, se habla de legitimidad cuando una norma jurídica es obedecida sin que medie el recurso al monopolio de la ley y apela al ideal de ética o justicia que debe incorporar toda norma”.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> <https://dpej.rae.es/lema/ileg%C3%ADtimo-ma>

<sup>2</sup> <https://economipedia.com/definiciones/ilegitimo.html>

<sup>3</sup> <https://www.hayderecho.com/2020/02/14/legalidad-y-legitimidad-juridica-la-equidad-como-punto-de-e-n-c-u-e-n-t-r-o/#:~:text=En%20t%C3%A9rminos%20jur%C3%ADdicos%2C%20se%20habla,que%20debe%20incorporar%20toda%20norma>

Además consideramos que a partir de la constitucionalización del derecho privado y con la ratificación de los tratados Internacionales de nuestro país y su incorporación a la Constitución Nacional, todo ese plexo normativo, tiene jerarquía sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Por lo tanto, consideramos “inconstitucional la institución de la legítima hereditaria”, haciendo hincapié en el art. 75 inc. 22) de nuestra Carta Magna.<sup>4</sup>

O sea, que con la ratificación que hizo nuestro país, no sólo asumimos una responsabilidad a nivel nacional, sino que también la tenemos frente a la comunidad internacional.

Nos parece que en estos tiempos, ya no podemos hablar más de la antinomia “solidaridad” y “libertad”.

El orden público limita la autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio y se fundamenta en el interés familiar. Y no lo podemos enfrentar con la autonomía de la voluntad, con el concepto de libertad y la autodeterminación.

Hoy el concepto de familia que tenían los romanos, o el que tenía Vélez en la época de la redacción del Código Civil fue cambiando. La familia es dinámica y el derecho también.

En las familias donde existen lazos de amor, armonía, equidad entre las partes, donde hay democratización de los lazos familiares, son los propios padres/madres los que quieren repartir sus bienes entre sus hijos en igual proporción y por supuesto una mayor porción si uno de ellos tiene una

---

<sup>4</sup> **Art. 75 inc. 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.

discapacidad (haciendo uso de la “mejora” que introdujo el Código Civil y Comercial de la Nación en el artículo 2448).<sup>5</sup>

No consideramos que la mejora sea una buena alternativa porque seguirá siendo una ampliación de la legítima disminuyendo parte de la libre disponibilidad.

No estamos de acuerdo con que se privilegie más el interés de los descendientes que el interés del progenitor/a, que estando vivo/a puede decidir lo que quiere hacer para después de su muerte, ya que ha planeado su futuro y tiene un “proyecto de vida” un “plan de vida”, que hasta por una cuestión generacional nada tiene que ver con los proyectos de sus hijos.

Nos estamos refiriendo a un “deseo” del testador y no a una “imposición” del Estado.

Consideramos que los padres (ya adultos) no estarían en pie de igualdad con los hijos, (mayores que ellos en edad) a los que tienen que beneficiar obligatoriamente, estando vivos y pudiendo hacer uso de su “libre albedrío” para “planificar sus vidas.

Los operadores del derecho debemos actuar con sentido común, razonabilidad, lógica jurídica, responsabilidad y con criterio humanitario, interpretando la necesidad y el deseo de cada consultante, teniendo en cuenta no sólo los aspectos normativos, sino también los sociológicos, éticos, morales, afectivos, sentimentales y espirituales.

## **II. La legítima en el Código Civil**

---

<sup>5</sup> **Art. 2448:** Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

En el derecho argentino se contempla y regula la posibilidad de la persona fallecida de disponer y transmitir su patrimonio a la persona o personas que la sobreviven, denominadas herederos forzosos para el Código Civil a través de la sucesión.

Menciono algunos de los artículos del antiguo Código Civil, 3591, 3592 y 3714.<sup>6</sup>

### **III. La legítima en el Código Civil y Comercial de la Nación**

A diferencia del art. 3592 del Código Civil, el art. 2444 del Código Civil y Comercial de la Nación se refiere a los legitimarios.<sup>7</sup>

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no hay una definición de legítima, limitándose a designar a los herederos, que denomina legitimarios, y que se limita a los ascendientes, descendientes y al cónyuge.

En el código unificado sigue vigente el principio que prohíbe al testador imponer una limitación al goce de la legítima.

En el Código Civil la prohibición está en el art. 3598.<sup>8</sup>

El Art. 2447 del Código Civil y Comercial descarta todo tipo de imposición a la porción legítima por parte del testador.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Art. 3591: "La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos".

Art. 3592: "Tienen una porción legítima, todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del Título anterior".

Art. 3714: "Son herederos forzosos, aunque no sean instituidos en el testamento, aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos, sin justa causa de desheredación."

<sup>7</sup> Art. 2444: "Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge".

<sup>8</sup> Art. 3598.- El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título. Si lo hiciera, se tendrán por no escritas.

<sup>9</sup> Art. 2447.-Protección. El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, se tienen por no escritas.



La legítima en la reforma mantiene el carácter de orden público y el sistema imperativo de su protección. Hay reducción de las legítimas y la incorporación del sistema de la mejora (una tercera porción de la que puede disponer el testador cuando existen herederos con discapacidad).

Esta posibilidad de mejora, ya existió en el derecho romano, también existe en el derecho comparado. La posibilidad de ampliar la porción disponible cuando existen herederos con discapacidad, se hace en consonancia con los tratados internacionales que protegen a estas personas, que han sido ratificados por el país (Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada, mediante Ley 26.378).

#### **IV. Derecho comparado**

En nuestro ordenamiento jurídico existen dos formas de sucesión por causa de muerte.

a) Una es la sucesión testamentaria, en la cual se respeta la voluntad del causante donde se establecen las personas que van a ser llamadas a suceder a través de un testamento válido.

b) La otra es la sucesión ab intestato o intestada, que procede en caso de no haber testamento, y donde el llamamiento a suceder se realiza por ley, la que establece un orden sucesorio.

Existen internacionalmente dos sistemas, el primero de ellos es el del derecho de sucesiones romano, que es un sistema que procura la transmisión por igual del activo y del pasivo de la persona fallecida, pasando por tanto los herederos a ocupar el lugar del causante. "El principio general era la libertad de testar. El instituto de la legítima encuentra su antecedente en el derecho romano. En los últimos tiempos de La República y comienzos del Imperio, esta situación se fue modificando y surgieron en Roma las

denominadas sucesiones necesarias, como defensa de la propiedad colectiva”.<sup>10</sup>

“Con la implementación paulatina de la legítima, el testador perdió su libertad ilimitada de testar y de disponer libremente de su patrimonio”.<sup>11</sup>

Por otro lado, el sistema de derecho de sucesiones anglosajón, es el que considera que, al momento del fallecimiento del causante, hay un momento oportuno para satisfacer sus deudas, y en general para extinguir su pasivo a costa de su activo.

El derecho Inglés tiene un sistema de libertad absoluta; se trata de un régimen donde se otorgan derechos alimentarios a determinados parientes y al cónyuge para los casos en que no se haya previsto por el testador. Sistema que, adelanto, me parece más equilibrado y justo. No hay herederos legítimos, el testador puede dejar sus bienes a quien le parezca.

El sistema de la libertad de testar, es propio de los países del Common Law, por lo tanto, se encuentra vigente en Inglaterra, Canadá y en la mayoría de las legislaciones de Estados Unidos y en algunos países de Latinoamérica, como por ejemplo, México.

“Desde hace ya varios años, el concepto de familia tradicional se ha modificado, dando lugar a al aparición del concepto de familias ensambladas, las uniones de hecho y las parejas de personas del mismo sexo. Si como consecuencia de la transformación que ha sufrido en nuestra época el concepto de familia, pudo modificarse el instituto del matrimonio

---

<sup>10</sup> CASTILLO, Alicia V. “La legítima. Análisis desde la óptica de la familia actual, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales”.Doctrina, pág. 52

<sup>11</sup> BERENGUER, Marcela Claudia. La flexibilización de la legítima hereditaria. Tesis de Doctorado, Universidad Católica Argentina, Facultad DE Derecho, Argentina. <http://biblioteca.digital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/flexibilización-legítima-hereditaria-berrenguer.pdf> p. 21”.

¿por qué no pensar en la posibilidad de modificar el instituto de la legítima, adaptándola al concepto de familia actual?.<sup>12</sup>

VALENCIA ZEA, Arturo, al explicar su proyecto de Código de Derecho Privado, dijo: “Cada generación reclama su propia individualidad, criterios o ideas originales que en vez de restar seguridad y precisión a las normas, permiten su evolución y progreso [...] El argumento de autoridad, o sentido genuino de la ley, tiene apenas un valor relativo. No podemos aspirar a que nuestra forma de pensar sea la misma de nuestros sucesores, así como tampoco nuestros antepasados pudieron vincularnos con sus maneras de concebir y resolver los problemas jurídicos”.<sup>13</sup>

“Otros ordenamientos jurídicos como el cubano han reconocido una legítima cualificada en el orden sustantivo, a partir de la exigencia en los “herederos” especialmente protegidos de tres requerimientos: vínculo parental en el orden de los descendientes o de los ascendientes o vínculo conyugal, dependencia económica respecto del causante e inaptitud para trabajar. Requisitos que han sido esculpidos a través del sentido jurisprudencial a ellos atribuidos, y en el que, a pesar de cierto emparentamiento con las personas con discapacidad, a muy lamentar nuestro, las dimensiones que el legislador cubano le da a los “herederos” especialmente protegidos, no coincide en todos sus ángulos con el de las personas con discapacidad, si bien sería atinado un acercamiento, al menos vía jurisprudencial, en este orden”.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Ob. cit. CASTILLO, pág. 55.

<sup>13</sup> VALENCIA ZEA, Arturo, Proyecto de Código de Derecho Privado, Bogotá 1980. pág. 15 y 16.

<sup>14</sup> Revista Nro. 5. Año 3, Instituto de Derecho e Integración, Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción, 2011, PEREZ GALLARDO, Leonardo B. Legítima y discapacidad: una relectura de los requisitos exigidos ex lege por el beneficio de la especial protección o cualidad del legitimario asistencial. , pág. 21. Rosario, Argentina.

## **V. La adhesión del Código Civil Comercial de la Nación a la denominada “constitucionalización del derecho privado”**

El Preámbulo de la Constitución Nacional reza: “Asegurar los beneficios de la libertad”. Y con la institución de la legítima “se está vulnerando la libertad” del propietario de los bienes que precisamente no tiene ninguna intención de adelantar la herencia, es decir, regalar los bienes que le pertenecen.

El ser humano por su derecho a la “autonomía personal” tiene libre albedrío en lo que atañe a su vida y con sus bienes, el Estado no puede tomar decisiones por él.

El testador tiene amplia libertad para actuar, por lo tanto debe prevalecer la voluntad del causante.

Dice, el artículo 19 de la Constitución Nacional: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden público y a la moral ni perjudique a terceros están solo reservadas a Dios”.

El orden público se refiere a principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos. En derecho privado, el orden público actúa como un límite a la autonomía de la voluntad, en virtud del cual resultan nulos los actos o contratos cuyo contenido sea contrario a los intereses de una comunidad, manifestados en principios y reglas de Derecho.

En esos principios se apoya el régimen jurídico para hacer prevalecer los intereses de la sociedad sobre los intereses de los particulares.

“La ley de orden público está por debajo de la Constitución y de los Tratados Internacionales, así como sometida al control de constitucionalidad de los jueces. Los jueces cuando aplican las normas de orden público

también están supeditados a la Constitución y no pueden reformarla aplicando leyes contrarias a ella, por más que sean de orden público”.<sup>15</sup>

“Se propone que las normas de orden público en materia sucesoria, basadas en las relaciones familiares del siglo XIX, deben modificarse en virtud de las nuevas formas de familias y relaciones interpersonales en las que se prioriza el respeto por la libertad y la mayor autonomía, incluida la disposición de los bienes post mortem, dejando a salvo la protección para sujetos vulnerables.

Recordamos que la autonomía de la voluntad es la libertad que gozan los particulares para defender sus propios intereses. Por una parte, la autonomía de la voluntad trae consigo el reconocimiento de la posibilidad del individuo de desplazarse en un radio de acción tan suficientemente razonable, que le permita plantearse resolver sus [...] problemas “personales y patrimoniales” con una libertad legalmente garantizada, tanto en su fuero interno para decidir, como en su decisión misma de vincularse o no vincularse y en los términos y alcances decididos, pero en todo caso con autodeterminación, lo que le hace tener una participación protagónica en la vida jurídica activa, en la medida de sus alcances”.<sup>16</sup>

“El principio de la autonomía de la voluntad debe tener mayor espacio de realización, tanto en el derecho de familia, considerando como se ha ido modificando la estructura familiar a lo largo de estos últimos años surgiendo el concepto de familias ensambladas, como así también en el derecho sucesorio, estableciéndose cierta limitación de orden público con el único

---

<sup>15</sup> MANILI, Pablo L. L. Ley. Tomo La Ley 2020-F-ISSN0024-1636. Año LXXXIV N° 201, Buenos Aires, Argentina, martes 27 de Octubre de 2020. “El orden público y el Derecho Constitucional”.

<sup>16</sup> [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx) <http://biblio.juridicas.unam.mx>. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alberto.

objetivo de fortalecer la unidad básica de la sociedad, y basándose en los principios de solidaridad y responsabilidad familiar”.<sup>17</sup>

Obvio que esto ha dado lugar al fraude y a la simulación, tendiendo a evadir las normas de orden público, vulnerando la intangibilidad de la legítima hereditaria, incluso con la constitución de sociedades comerciales, especialmente en las sociedades de familia.

“Es necesario adecuar nuestro sistema a la realidad social actual, con la vigencia de nuestro Código Civil y Comercial, no se respetan los cambios operados en nuestra sociedad argentina y en nuestro derecho”. “Creo firmemente que la sanción del Código Civil y Comercial era la oportunidad para instalar en nuestro ordenamiento la libertad de testar”.<sup>18</sup>

Se puede opinar que el nuevo código debió consagrar la libertad de testar como regla principal en la sucesión por causa de muerte, con los límites impuestos por las obligaciones asistenciales.

Vamos a justificar nuestros dichos: respecto a la propiedad privada, el artículo 14<sup>19</sup> de la Constitución Nacional hace referencia a ella, por lo tanto, se estaría violando la libre disposición del patrimonio, privando al causante de disponer de sus bienes más allá de lo que la ley establece, violando su sentido de justicia y sabiduría.

El artículo 16, del mismo cuerpo legal, dice que todos los habitantes del suelo argentino son iguales ante la ley. ¿Es compatible la existencia de herederos legitimarios con este precepto constitucional?

---

<sup>17</sup> BERENGUER, Marcela Claudia. La flexibilización de la legítima hereditaria. Tesis de Doctorado, Universidad Católica Argentina, Facultad DE Derecho, Argentina. <http://biblioteca.digital.uca.edu.ar/repositorio/tersis/flexibilización-legítima-hereditaria-berrenguer.pdf>. p. 91.

<sup>18</sup> GAMBOA, María Carolina, 2017. Universidad Siglo XXI. Trabajo final de graduación. Abogacía. Legítimas y libertad de testar en el derecho argentino. ¿Un sistema inconstitucional? , p. 13

<sup>19</sup> Art. 14: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio a saber [...]”de usar y disponer de su propiedad” [...].

Según GIULISASTI, Jorgelina: “Es evidente que el sistema (legitimario) se sustenta en vínculos familiares, pero excluye aquellos admitidos en el nuevo Derecho de Familia, en el que se protegen otras relaciones socioafectivas, que no pueden ser ignoradas por el legislador, como las de los convivientes o la del progenitor afín”.<sup>20</sup>

Pero, con las legítimas pensamos que, “no todos sus habitantes son iguales ante la ley”, y además se tiene más en cuenta el derecho de los herederos forzosos que el derecho del titular del patrimonio.

“El único elemento constitutivo de igualdad que el legislador ha tenido en cuenta para determinar las alícuotas de la herencia legítima es el biológico, es decir, los lazos de sangre”.<sup>21</sup>

Hay numerosos pactos, tratados, y convenciones que Argentina ratificó y leyes que hay que tener en cuenta y, por eso “la legislación debe ser armoniosa y respetuosa” y no deberían ser dejados de lado porque forman parte de nuestro derecho interno, y están contemplados en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, la que tiene supremacía jerárquica sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Los tratados y convenciones a los que me refiero son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Americana de Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica, la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención

---

<sup>20</sup> GIULISASTI Jorgelina, [microjuris.comhttps://aldiaargentina.microjuris.com](https://aldiaargentina.microjuris.com). Doctrina la legítima frente a la reforma del CCCN y su proyección hacia el futuro.

<sup>21</sup> SALOMON, Marcelo J. “Derecho Sucesorio y legítima hereditaria propuesta para su reformulación desde la Constitución Nacional”, en Derecho de Familia, nº 53, Bs. As, Ed. Abeledo Perrot, 2012,pp.46/52.

sobre toda forma de eliminación de la discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana sobre la Protección de Derechos del Adulto Mayor.

## **VI. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (aprobada por ley 27.360)**

La mencionada Convención dice en su Preámbulo...que “la persona a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, [...] con participación activa en la esfera económica”. También expresa que [...] “incorporar y dar prioridad al tema del envejecimiento en las políticas públicas”[...] Los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

“Los Estados parte en la presente Convención reconocen 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”. “La persona mayor tiene derecho a la libertad de expresión y opinión”[...].

El Artículo 3 señala principios generales aplicables a los estados miembros de la Convención, entre ellos podemos destacar: el inc. b) la valorización de la persona mayor; inc. c) [...] autonomía de la persona mayor; inc. d) [...] no discriminación; inc. h) la autorrealización; inc. i) [...] enfoque de curso de vida.

El Artículo 4 señala medidas que deben adoptar los países partes, y el mismo reza que: [...] “Los Estados Partes [...] adoptarán medidas para prevenir, sancionar y erradicar aquéllas políticas contrarias a la presente



Convención, tales como [...] infantilización, inc.d) plena efectividad de los derechos económicos”.

El Artículo 5 establece una de las prohibiciones más que importante, la discriminación por razones de edad, y a su vez, señala una serie de políticas públicas que podrían adoptar los estados partes.<sup>22</sup>

El Artículo 6 habla muy especialmente del derecho a la dignidad en la vejez.<sup>23</sup>

El Artículo 7, más que fundamental para el abordaje del tema que nos compete, menciona el derecho a la autonomía de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Art. 5: Igualdad y no discriminación por razones de edad. Queda prohibida por la presente Convención la discriminación por edad en la vejez. Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros.

<sup>23</sup> Art. 6: Derecho a la vida y a la dignidad en la vejez. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población. Los Estados Parte tomarán medidas para que las instituciones públicas y privadas ofrezcan a la persona mayor un acceso no discriminatorio a cuidados integrales, incluidos los cuidados paliativos, eviten el aislamiento y manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, el dolor, y eviten el sufrimiento innecesario y las intervenciones fútiles e inútiles, de conformidad con el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento informado.

<sup>24</sup> Art. 7: Derecho a la independencia y a la autonomía. Los Estados Parte en la presente Convención reconocen 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. Los Estados Parte adoptarán programas, políticas o acciones para facilitar y promover el pleno goce de estos derechos por la persona mayor, propiciando su autorealización, el fortalecimiento de todas las familias, de sus lazos familiares y sociales, y de sus relaciones afectivas. En especial, 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. c) Que la persona mayor tenga acceso progresivamente a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad, y para evitar su aislamiento o separación de ésta.

El Artículo 16 dice: “La persona mayor tiene derecho [...] a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar o unidad doméstica” [...].

Otro derecho fundamental y que debería ser ensalzado es el mencionado en el artículo 23 expresa: “Toda persona mayor tiene derecho al uso y goce de sus bienes y a no ser privado de estos por motivos de edad. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas necesarias para garantizarle a la persona mayor el ejercicio del derecho a la propiedad, incluida la libre disposición de sus bienes y para prevenir el abuso y la enajenación ilegal de su propiedad”, ello sin distinguir entre actos a título gratuito u oneroso, ni actos entre vivos o de última voluntad.

El artículo 30 menciona que: “los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho a la persona mayor a ser propietaria, controlar sus propios asuntos económicos” [...].

Ninguno de estos artículos menciona a la herencia forzosa o igualitaria, y a su vez, no encontramos ninguna referencia a que los miembros de una familia tengan que entregar los bienes a sus parientes al momento de su fallecimiento, es que ese no fue el espíritu de esta Convención.

## **VII. Posiciones doctrinarias a favor de la libertad de testar. Nuevas miradas**

MOLINARIO se mostró adversario del sistema legitimario por entender que va en contra de la libertad individual y que favorece la falta de esfuerzo de los hijos que recibirían gratuitamente una serie de bienes que harían innecesario su trabajo, no obstante ello, admite a la legítima única y exclusivamente como prestación alimentaria, propiciando en definitiva la

reducción del porcentaje de la cuota legítima, por entender inconstitucional el fijado en el Código Civil velezano.<sup>25</sup>

SALOMON, por su parte, propone instaurar un sistema hereditario basado en la sucesión testamentaria y mantener la legítima hereditaria, pero reducirla de modo que no exceda el 33 % del patrimonio del causante y se basa para ello en la postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia al interpretar la garantía de inviolabilidad de la propiedad privada y el principio de “no confiscatoriedad”.<sup>26</sup>

ORIBE sostiene la inconstitucionalidad –absoluta– de la legítima, es decir, de todo el sistema legitimario, por entender que afecta el derecho de propiedad que garantiza el art. 17 de la Constitución Nacional, así como la posibilidad de que una persona disponga libremente de su patrimonio, producto de su trabajo lícito cuyo ejercicio le garantiza el art. 14 de la Constitución Nacional, y señala que la institución de la legítima fomenta el ocio y la desconfianza entre los miembros de la familia”.<sup>27</sup>

LUIS ROGELIO LLORENS manifiesta que: “Es sabido que vivimos en una sociedad sujeta a una evolución de una entidad y rapidez nunca vista. Una evolución de tal tipo que se traduce en una consiguiente adecuación del derecho vigente en esa sociedad.

Empero, en medio de estos cambios muchos temas jurídicos aparentan ser inamovibles. Se cree que son de equis modo, que no pueden ser de otra manera y, por ende, no se sopesan modificaciones.

---

<sup>25</sup> MOLINARIO, Alberto D. “Inconstitucionalidad del monto de las cuotas legitimarias”, En Revista Jurídica La Ley, t.90, p. p. 914/922.

<sup>26</sup> SALOMON, Marcelo J. “Derecho Sucesorio y legítima hereditaria propuesta para su reformulación desde la Constitución Nacional”, en Derecho de Familia, nº 53, Bs. As, Ed. Abeledo Perrot, 2012,pp.46/52.

<sup>27</sup> ORIBE, Dionisio, “Inconstitucionalidad de la legítima” en Revista Jurídica La Ley, 07/03/2013

Tal ocurre en el derecho sucesorio con los llamados “herederos forzosos”, los legitimarios, a quienes las leyes de la mayoría de los países inspirados en el derecho “continental” les confieren una parte del acervo hereditario del que no pueden ser privados sino por razones de indignidad o justa causa de desheredación.

En nuestro país esa porción es importante, según la previsión del artículo 2.445 del Código Civil y Comercial, aunque menor que en el régimen velezano. Sin embargo, con el nuevo régimen han desaparecido las causales de desheredación, que permitían respetar la voluntad del causante en determinadas circunstancias. Sólo sobreviven las enunciadas como causales de indignidad que están determinadas por la ley sin su intervención “.

“El punto es aún más grave si se considera que esa creencia en la estabilidad de la legítima se ha hecho carne en nuestra sociedad y los notarios vemos muy a diario cómo los hijos actúan como si los bienes de quienes les preceden ya fueran suyos. Y a los padres, como si nada pudieran hacer con su propio patrimonio. Muchos ignoran, resignados, la posibilidad de testar”.

“El instituto de la legítima fue introducido en la antigua Francia para proteger la igualdad de los ciudadanos y para enfrentar el problema de la antigua costumbre de instituir heredero sólo al hijo mayor para mantener unido el matrimonio familiar y el poder de la familia. Con el mayorazgo la subsistencia de los integrantes de la familia, incluidos los más vulnerables, quedaba así sometida a la buena voluntad, caprichos o egoísmos del beneficiario de la manda.

Creemos que la vuelta a una inclinación por el mayorazgo en la actualidad es impensable, por lo que calificamos a ese peligro como altamente improbable. Además, no se trata de oponerse a la limitación a la libertad de testar indiscriminadamente, sino de que las restricciones queden

circunscriptas a favor de las personas carentes o excedidas en su madurez o que padecen discapacidades trascendentes.”

“Pero lo más acuciante lo percibimos los notarios en la consulta diaria cuando los hijos no esperan tranquilos la fortuna de los padres y se consideran cada vez más dueños de ella a medida que los progenitores envejecen. Los atropellos suelen ser notorios y surge el desamparo y la violencia doméstica”.

“Si bien los criterios de justicia son objetivos, lo cierto es que también el legislador y el operador jurídico deben considerar la aplicación de esos principios objetivos a las circunstancias concretas de la sociedad en los que han de imperar. No creemos que el principio de igualdad que aplicó la Revolución francesa en el siglo XVIII y que incidió en nuestra legislación hasta nuestros días , deba aplicarse ya de igual manera.

Las convenciones internacionales citadas apuntan justamente, con criterio solidario, a la protección de las personas en situación de mayor vulnerabilidad (personas menores de edad, discapacitadas o adultos mayores) y no a los parientes sólo por su condición de tal.

¿Por qué razón un progenitor está obligado a dejar su patrimonio a personas adultas que tienen la posibilidad de trabajar y de ganarse el pan “con el sudor de su frente”, más aún cuando esas personas resultan ingratas con el progenitor?

¿Por qué razón no es posible disponer de los bienes a favor de las personas, parientes o no, en situación de mayor vulnerabilidad en cumplimiento de las mandas convencionales? ¿O de instituciones que los atienden y los benefician?

¿Por qué razón es obligatorio dejar bienes a los hijos cuando, quizás, del causante dependían alimentariamente otras personas?

Tanto la normativa supra legal citada, como las razones expuestas precedentemente, basadas fundamentalmente en la realidad a la que las normas deben aplicarse, nos convencen de la necesidad de un cambio profundo de la legislación sucesoria, que ha de partir de la eliminación lisa y llana del heredero legitimario. Las restricciones a la capacidad de testar deberían estar vinculadas sólo con el derecho alimentario y con la obligación de prestar asistencia a las personas en especial situación de vulnerabilidad.

Por su parte, el notario, no debería caer en la costumbre de indicar al consultante que la legítima instituida en el Código Civil y Comercial le impide disponer de sus bienes libremente. Hoy es obligación del notario asesorar acerca de toda la legislación vigente, incluida la normativa convencional.

Especialmente para que el testamento y las donaciones incluyan todas las disposiciones que el disponente crea justas para la protección de personas en situación de mayor vulnerabilidad. Será cuestión de la judicatura decidir si esas disposiciones basadas en los más íntimos deseos, en el derecho constitucional de propiedad y en las convenciones ya citadas, pueden verse afectadas por normas de nuestra legislación positiva de indudable obsolescencia, al decir de Carrión Olmos". Compartimos plenamente la postura de Llorens que con tanta lucidez expuso.<sup>28</sup>

En el Primer Congreso Notarial Argentino celebrado en Buenos Aires en 1917, se propició la absoluta libertad de testar. En él se formularon reflexiones sobre la frecuencia con que los notarios han observado los casos de personas que protestan contra la ley, porque no les permite disponer más libremente sus bienes y sobre la verdadera solución que estaría, no en reducir las legítimas, sino en declarar la amplia facultad de testar".<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> LLORENS, Luis R. microjuris.com. "La legítima: las normas, su encuadre sociológico y lo justo". LLORENS Luis R. fecha: 13-abr-2021. Cita: MJ-DOC-15892-AR 1 MJD15892.

<sup>29</sup> Ob cit. PEREZ GALLARDO, Leonardo B. pág. 15.

La doctora BERENGUER afirmó que: “los padres son, por lógica elemental, las personas más idóneas para tomar decisiones, también en lo económico, referidas a las familias que han formado. Tienen el derecho y la obligación, tanto en el orden natural como en el positivo, de velar por ella en vida, con el riesgo cierto de errores y aún de injusticias. De la misma manera, y por simple razonamiento, debe atribuírseles el suficiente margen de flexibilidad para que a la hora de testar, puedan adoptar según su recto criterio las medidas y previsiones más beneficiosas para su familia”.<sup>30</sup>

Hoy en día no podemos seguir con lazos atávicos a las tradiciones sucesorias y al legado legislativo, los padres deben tener el carácter absoluto del *ius disponendi*.

Es oportuno citar las palabras de JOAQUIN COSTA que recuerda a Valet de Goytisolo dice: “Podrán los padres equivocarse, pero el error es en ellos meramente posible y, en todo caso, no sucederá sino por excepción y accidentalmente; el legislador, al contrario, no puede acertar nunca; el error es congénito y connatural a su regla.”<sup>31</sup>

Algunos hijos cuando constituyen una nueva familia, con la crianza de los hijos, sus trabajos y las distintas ocupaciones que se tienen en el mundo moderno, a veces no tienen tiempo para ocuparse de sus padres, situación que venimos observando en nuestras notarías.

Que una persona, después de haber dedicado a sus hijos atenciones y desvelos durante media vida, de ayudarles en las necesidades de la niñez, sufrir las preocupaciones de la adolescencia, soportar los gastos y dedicación que requiere su formación integral, tenga, además, que dejarles forzosamente buena parte del resto que quede de su patrimonio, no es solidaridad, sino más bien inequidad.

---

<sup>30</sup> Ob. cit. BERENGUER, Marcela Claudia.

<sup>31</sup> Ob. cit. BERENGUER, Marcela Claudia., pág. 133. Citado en Alterini, Atilio Aníbal, López Cabana, Roberto M. “La porción legítima a favor de los hijos. Su excesiva extensión” LL 1983-D, 1064.

“El parentesco por sí sólo, no puede constituir fundamento ético ni jurídico si no le acompaña una justa causa, como necesidades derivadas de la edad o de discapacidades”.

Según Isis Del Carmen Estrada Flores, ANDRÉS BELLO es uno de los académicos que se declaró partidario de la libertad de testar y que ha sido el más estudiado. El sostuvo: “En el corazón de los padres, tiene el interés de los hijos una garantía mucho más eficaz que la protección de la ley”. También ha sido el que más influencia ha tenido no sólo en la formación de los códigos, sino en la implantación de la libertad de testar en los códigos de Honduras, México, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Costa Rica, y Panamá. Andrés Bello podría sin lugar a dudas reconocerse como el origen de la libertad de testar en los Códigos Latinoamericanos.

El mismo dijo: “...los notarios debemos dar respuesta a las inquietudes que vive la sociedad. Rehusarnos es un gesto de cobardía que la historia no nos perdonará”.<sup>32</sup>

Para la doctrinaria Taiana de Brandi “Un aspecto trascendente en la actividad del notariado latino es su función social, que se vincula estrechamente con la protección de los derechos personalísimos. Tanto en la elaboración de documentos notariales como en el asesoramiento brindado a sus requirentes, el notario desarrolla una labor personalizada y trascendente para garantizar el respeto y el efectivo ejercicio de dichos derechos. Así, recepta, interpreta y encuadra legalmente la voluntad genuina de sus requirentes, protegiendo su derecho a la autodeterminación personal (art. 19 CN), para plasmar luego dicha voluntad, de manera fehaciente, en documentos auténticos y adecuados”.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> ISIS DEL CARMEN ESTRADA FLORES. <http://hdl.handle.net/10803/301769>. “Libertad de testar, legítima y solidaridad intergeneracional”. “Las legítimas alimentarias en el Derecho Comparado”.

<sup>33</sup> TAIANA DE BRANDI, Nelly A. cita a Rivas Martínez, José. Revista del Notariado 931 “El derecho de autoprotección y la eutanasia”. ,pág. 48.



¿Cuántas veces un presunto donante nos requiere donar la totalidad de sus bienes a un tercero a quien tiene un sentimiento de amor, afecto y agradecimiento por sus actitudes y le decimos que tiene que respetar la legítima hereditaria?, situación a veces no comprendida porque su derecho personalísimo, en lo que se refiere al aspecto patrimonial, choca con su obligación legal, este también es el razonamiento del notario Luis Llorens.<sup>34</sup>

Para GAMBOA: “Considero que se puede afirmar que el nuevo código debió consagrar la libertad de testar como regla principal en la sucesión por causa de muerte, con los límites impuestos por las obligaciones asistenciales”. Y se pregunta:

¿es constitucional el sistema de legítima hereditaria vigente en nuestro derecho y de acuerdo a la evolución social y cultural de nuestro país? ¿El nuevo código contempla la nueva realidad en materia de familia y en materia sucesoria? ¿Por qué un padre no puede beneficiar económicamente a un hijo que lo necesita? ¿Por qué quien ha compartido su vida con otra persona sin tener vínculo patrimonial no puede aspirar a heredar exclusivamente a su compañero? ¿Por qué puedo decidir en vida hacer lo que quiera con mi patrimonio y no puedo hacerlo para después de mi muerte?<sup>35</sup>

ZANNONI nos dice que: “No debemos, pues, tentarnos con responder echando mano de ilusiones sobre el retorno al pasado, a los viejos modelos. La historia no tiene retorno y tampoco es verdad el nostálgico “todo tiempo pasado fue mejor”. Creemos que lo que nos sucede a nosotros, hombres y mujeres de la segunda mitad del siglo XX, no del siglo XXI, es que no podemos cabalmente comprender los nuevos modelos”.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Revista Nro. 11, Año 7, Instituto de Derecho e Integración, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción, 2015, Rosario, Argentina, LLORENS, Luis R. RAJMIL, Alicia B. “Régimen de capacidad de las personas humanas y de los derechos personalísimos en el Código Civil y Comercial.

<sup>35</sup> GAMBOA, María Carolina, año 2017. Universidad Siglo XXI. Trabajo final de graduación. Abogacía. “Legítimas y libertad de testar en el derecho argentino. ¿Un sistema inconstitucional?”.

<sup>36</sup> ZANNONI, Eduardo A. “Derecho de Familia”. Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998, p. 36.

Como expone el maestro CIURO CALDANI, “Si bien toda ella se refiere a la justicia y tiene importantes despliegues de amor y utilidad, la sucesión testamentaria, la ab intestato y la legítima poseen distintos sentidos de utilidad. La sucesión testamentaria deja más espacio al amor y la utilidad como los entienda el testador; en la sucesión legítima imperan los criterios de amor y utilidad que establece el legislador”.<sup>37</sup>

El Artículo 55 del Código Civil y Comercial dice: “El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es “contrario a la ley”, a la “moral” o las “buenas costumbres”.

Se trata de “derechos personalísimos”, que son parte de los “derechos humanos” porque tiene que ver con decidir por sí mismo en cuestiones relativas a sus convicciones personales para organizar su patrimonio y todo lo atinente a su vida sentimental, afectiva y familiar a partir de su plan y proyecto de vida.

No es contrario a la ley porque los Tratados Internacionales de Derechos Humanos deben prevalecer sobre el código unificado; no es contrario a la moral porque ésta estudia el comportamiento humano (y lo que es “moral” para unos puede ser “inmoral” para otros); lo mismo opinamos con respecto a qué son “buenas costumbres”, éstas cambian según las épocas y la evolución de la sociedad.

Tampoco se perjudicaría a terceros; al contrario, pensamos que se estaría “perjudicando” a una persona que está viva y es propietaria de bienes, por lo tanto, la única que puede decidir sobre qué hacer con los mismos.

---

<sup>37</sup> Ob. cit. PEREZ GALLARDO, Leonardo, pág. 45

### **VIII. Doctrina que está a favor de la ilegitimidad**

Menciono la doctrina de varios autores a quienes adherimos en sus posturas: El Dr. PÉREZ GALLARDO cita el Notario Calatayud SIERRA, quién “propone una absoluta abrogación de las legítimas y de las reservas, y en sustitución de las primeras, el establecimiento de derecho de alimentos a cargo de la herencia y a favor de los descendientes del causante.” Como así también cita a PABLO DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, que “aboga por la supresión de las legítimas y en su lugar un sistema de alimentos respecto de los hijos o nietos que, al fallecimiento del testador, estén en situación de pedirlos” y por último cita a IGNACIO GOMÁ LANZÓN que expone que “el progresivo desarrollo del individualismo y de la libertad personal parecen exigir la reducción o eliminación de las legítimas en aquellas legislaciones en las que su existencia supone una verdadera traba para la libertad de testar que permita al causante a adaptar su sucesión a las necesidades familiares”.

JOSÉ ARISTÓNICO GARCÍA SÁNCHEZ dice que “son precisamente los notarios quienes tienen un “conocimiento directo del pensamiento de los testadores”. De modo que acusa a las legítimas de ser una institución anacrónica cuya rigidez los avispados encuentran mil escapes para burlar y que, en cambio, para los ciudadanos de a pie que son los más, se convierten en obstáculos insuperables que les impiden conseguir el mejor favor familiae”. No obstante, sus palabras finales se dirigen a la reorientación de las legítimas a los efectos de “asegurar la responsabilidad del testador respecto de los que lo necesiten y solo en la cuantía en que lo necesiten”.<sup>38</sup>

JOSÉ OLEGARIO MACHADO dice que: “Creando por su propia autoridad herederos forzosos, se los priva de disponer de lo que es fruto de su trabajo. No se ha tenido la suficiente confianza en la solidez de los vínculos que ligan a la familia argentina, cometiendo la injusticia de creer que, por cualquier

---

<sup>38</sup> Ob. cit. PEREZ GALLARDO, Leonardo, pág. 45

causa, los padres y los hijos olvidarían esos deberes sagrados. La herencia forzosa es un elemento de atraso, de falta de aspiraciones y de actividad en los individuos, que daña el progreso de las sociedades modernas. Se esteriliza el esfuerzo de los padres que han adquirido una fortuna, porque los hijos en vez de trabajar, de esforzarse por conquistar una posición propia, esperan tranquilos esa fortuna que tantos desvelos ha costado a sus padres, para gozar de los placeres que ella proporciona”.<sup>39</sup> VICTORIO MAGARIÑOS argumenta que la familia actual no es una comunidad de intereses patrimoniales o políticos, como en otros tiempos. Hoy la familia se basa en la intimidad, en el afecto, en el amor y en la ayuda recíproca. A los padres, después de desvivirse por los hijos y darles una formación integral y cumplidos los deberes derivados de la convivencia, no se les puede impedir en justicia que dispongan libremente de sus bienes para después de su muerte.

No se puede sustituir su criterio, basado generalmente en el amor y en el conocimiento de las necesidades y méritos, por una imposición ciega y desconfiada del legislador. La legítima es hoy un privilegio por razón de parentesco, una causa desincentivadora para la juventud y una limitación infundada de la libertad”.<sup>40</sup>

## **IX. Asignaciones alimenticias que se deben a ciertas personas**

Si bien cuando comenzamos con este trabajo estábamos muy inflexibles, a medida que íbamos leyendo otros autores y otras legislaciones, nos pusimos en el lugar de los “herederos en estado de vulnerabilidad” y no pudimos dejar de lado la empatía y sensibilidad con la cuestión de los “alimentos”.

---

<sup>39</sup> MACHADO, José Olegario. “Exposición y Comentario. Código Civil Argentino”. Tomo IX, pág. 369/70. Félix Lajouane. Editor. Buenos Aires. 1901.

<sup>40</sup> MAGARIÑOS, Victorio, notario. “La necesaria libertad de testar”. [https://www.iustel.com>diario\\_del\\_derecho>noticia.asp?ref\\_iustel=1202063](https://www.iustel.com>diario_del_derecho>noticia.asp?ref_iustel=1202063)

También nos preguntamos sobre el rol que cumple la “familia ensamblada”. Especialistas como GROSMAN y MARTINEZ ALCORTA definen a la familia ensamblada como “la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa”.<sup>41</sup>

En este trabajo nos preguntamos ¿les corresponderían alimentos?

Consideramos que sería justo que les correspondieran.

Cuando nos pusimos a considerar este tema, surgió la opinión doctrinaria de cómo se legisla en el derecho comparado el tema de las “asignaciones forzosas”, de la obligación de dar “alimentos post mortem” y preferimos llamarla “asignaciones alimenticias que se deban a ciertas personas” (como lo establece el Código Civil chileno) porque el término “forzosa” suena a imposición, que es precisamente con lo que no concordamos.

Por todo lo expresado precedentemente, estamos a favor de la absoluta libertad de testar, pero concediendo alimentos: a la viuda del causante, a la pareja conviviente inscripta o no, en ambos casos que hayan dejado su profesión u oficio para dedicarse al cuidado de su familia y no puedan volver a reinsertarse en el mercado laboral, o padecieran de alguna enfermedad hasta su rehabilitación, salvo que hayan contraído nuevo matrimonio o nueva convivencia inscripta o no, o tengan posibilidades de solventarse económicamente o no pudieran subsistir por alguna incapacidad, siempre que no hayan contraído nuevas nupcias o tuvieran alguna convivencia inscripta o no; a los hijos o a cualquier persona que no siendo su hijo haya recibido del difunto el trato de tal, incluyendo discapacitados, hijos de familias ensambladas que revistan el carácter de personas económicamente

---

<sup>41</sup> GROSMAN, Cecilia y MARTINEZ ALCORTA, Irene. “Familias ensambladas”. Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000, pág. 35.

vulnerables y a los ascendientes enfermos o que no puedan subsistir por su magras jubilaciones o pensiones.

Dejamos aclarado que si el solicitante fuera el cónyuge o el conviviente, el Tribunal deberá considerar su edad y la duración del matrimonio, a los efectos de tener en cuenta la madurez, ya sea para contraer matrimonio o para convivir con una persona y la duración de los mismos, a los efectos de evitar especulaciones o conveniencias en perjuicio de otros beneficiarios más necesitados.

## **X. Conclusión**

Es un desafío abandonar las doctrinas y las legislaciones heredadas y hacer un salto cuántico para salir de un lugar y pasar a otro. Se trata ni más ni menos que aggiornarse al nuevo paradigma. Debemos repensar la legítima hereditaria y tener otra mirada respecto a la misma.

“La tendencia del Derecho Sucesorio moderno viene marcando la necesidad de mayor autonomía de la voluntad y libertad en materia sucesoria, lo que implica flexibilizar las normas de orden público que caracterizan las instituciones, tales como la legítima hereditaria, con el propósito de propiciar la tutela de los derechos humanos fundamentales y una adecuación a las características de este siglo. Y es que en materia sucesoria hoy no podemos ser estrictamente “patrimonialistas”, sino sensibilizarnos con temáticas que incluyen miradas multidisciplinarias, donde el ser humano sea el epicentro de referencia”.<sup>42</sup>

“Contrario al criterio de algunos autores, la defensa del principio relativo de testar no conculca con la protección y respaldo de los derechos de los más vulnerables; “la libertad de testar desempeña, en una sociedad envejecida, un papel adicional: favorecer a los cuidadores de personas mayores. En efecto, se valora la función que puede desempeñar cada vez

---

<sup>42</sup> Ob. cit. PUENTES GOMEZ, Anabel, pág. 273.

más la libertad de testar ante dato sociológico del aumento de las personas de edad avanzada”.<sup>43</sup>

Tenemos que dejar de lado las tradiciones jurídicas que enmascaran la libertad de testar con términos como el orden público o el interés familiar.

Esa tradición que generacionalmente nos fue transmitida por la inmigración, pertenece al pasado.

En la era de los derechos humanos y la constitucionalización del derecho privado, no tenemos dudas de su “ilegitimidad” y de su “inconstitucionalidad”.

Esta institución consideramos que es “ilegítima” porque no es una normativa válida, ni ética, ni justa.

Y es “inconstitucional” a partir de la constitucionalización del derecho privado y con la ratificación de los tratados Internacionales de nuestro país y su incorporación a la Constitución Nacional, todo ese plexo normativo, tiene jerarquía sobre el Código Civil y Comercial de la Nación atento el art. 75 inc. 22) de nuestra Carta Magna, dado que se han violado todos los tratados internacionales ratificados por nuestro país y por ello, asumimos no sólo una responsabilidad nacional sino también una a nivel internacional.

De lege ferenda somos partidarios de la conveniencia de la “derogación” de la institución de la legítima hereditaria por ser ilegítima e inconstitucional.

Por otro lado, no debemos abusar de la noción de “orden público”, consideramos que con el eufemismo de defender la legítima hereditaria, estamos afectando derechos y garantías constitucionales.

La autonomía de la voluntad está por encima del orden público.

---

<sup>43</sup> PUENTES GOMEZ, Anabel, “La obligación de dar alimentos post mortem y la legítima. Un acercamiento en busca de nuevas miradas para la protección de los más vulnerables”. Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial. Números 4-5. Años 2015-2016, pág.273.

La institución de la legítima, es una manifiesta “violación” al derecho fundamental de la propiedad privada y a los principios de la libertad, de la dignidad, del derecho a la intimidad, de la no discriminación, de la autonomía de la voluntad, del derecho a la autoestima y agregamos del “derecho a la felicidad” (aunque por ahora no se encuentre legislado a nivel nacional).

“El 4 de Julio de 1776 en una declaración unánime de los trece estados de EEUU se sostuvo que la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad son derechos inalienables”.

Sin el ejercicio de esos derechos, no tiene ningún asidero tener una vida con propósito.

La vida tiene una razón de ser. Sin un propósito, la vida es una marcha sin sentido.

“ [...] cada hombre [...] guarda la libertad interior de decidir quién quiere ser (espiritual y mentalmente), porque incluso [...] es capaz de conservar la dignidad de seguir sintiendo como un ser humano.”

“Y es precisamente esta libertad interior la que nadie nos puede arrebatarnos, la que confiere a la existencia una intención y un sentido”.<sup>44</sup>

No se puede permitir que el Estado le diga a las personas cómo vincular sus vidas y su patrimonio.

Eso sería una actitud esencialmente paternalista que nos conduce a la infantilización siendo personas adultas. El Estado debe confiar más en sus ciudadanos, en los padres/madres que saben qué es lo mejor para sus hijos

Hoy en día, en pleno siglo XXI, no podemos seguir con lazos atávicos a la tradición jurídica sucesoria y al legado legislativo, los padres/madres, deben tener el carácter absoluto del *ius disponendi*.

---

<sup>44</sup> FRANKL, Viktor “El hombre en busca de sentido”. Editorial Herder, 1979, pág. 91.



El derecho es cambiante, dinámico, evoluciona con los años. Todo nuevo paradigma significa un cambio. Los cambios a veces son difíciles de incorporar

En la actualidad, la familia no es una comunidad de intereses patrimoniales o políticos; en la actualidad no responde a una economía familiar primitiva y medieval.

Hoy la familia se basa en el amor, la ayuda entre sus miembros, la intimidad y ha evolucionado y cambiado.

Hay padres/madres que consideran que algunos hijos no han madurado, o no tienen voluntad de trabajar, estudiar y sacrificarse, como han hecho ellos para que crezca su patrimonio y amparados en que algún día heredarán, siguen sin hacer ningún esfuerzo.

¿Quién mejor que un padre o una madre para evaluar lo correcto para sus hijos?

Vemos en nuestras notarías la felicidad que le produciría a una persona distribuir sus bienes como le parece más justo y equitativo y queda sorprendida con nuestra respuesta cuando nos preguntan cosas que para ellos son justas desde el punto de vista familiar y sucesorio y les tenemos que responder muy a nuestro pesar: “lo suyo es muy lógico, coherente, y tiene sentido común, pero la ley no lo permite”.

Si los padres cumplieron con sus deberes y obligaciones derivados de la responsabilidad parental, para brindarles herramientas para desenvolverse en la vida, como brindar un hogar, alimentación, vestimenta, educación, salud y dar amor a sus hijos, no se les puede impedir que dispongan libremente de sus bienes.

Es considerado pensar que esos padres/madres al no dejarles nada material, les están dejando una enseñanza para el futuro. Ya les han dado

todas las herramientas para que puedan defenderse en la vida, ahora es el turno de ellos.

Ahora les toca a ellos disfrutar como quieran, como deseen, como se merecen después de una larga vida de trabajo, tal vez de privaciones para que no les falte nada a sus hijos.

Es lógico que tengan derecho a darse todas las satisfacciones que no pudieron disfrutar de jóvenes para darles una mejor calidad de vida.

Tal vez necesiten también la seguridad de administrar su patrimonio para tener una vejez digna y no tener que pedirles ayuda económica a sus hijos. Esto es un acto de grandeza por parte de ellos: seguir autoabasteciéndose, sin pedir ayuda, porque con las magras jubilaciones y pensiones que la mayoría cobra, no les alcanza para subsistir.

Queremos mencionar a GARCÍA GOYENA, con quien concordamos en sus apreciaciones cuando dice que: “El legislador no puede amar como un padre, ni conocer los vicios y virtudes, las desigualdades y las necesidades de los hijos”. “Sólo los padres conocen el carácter de cada hijo, sus debilidades, sus inclinaciones y sus aptitudes, su grado de capacidad intelectual, su conducta, sus recursos, los reveses de la fortuna, las desigualdades naturales que separan a uno de otros hijos... podrán los padres equivocarse, pero el error es en ellos meramente posible, y en todo caso no sucederá sino por excepción y accidente; el legislador al contrario, no puede acertar nunca, el error es congénito y natural a su regla, yerra porque no puede menos que errar”.

Como alguna vez leímos: “si un padre decide no dejarle nada a sus hijos, sus legítimas razones tendrá.”

## **BIBLIOGRAFIA**

Ley 24.430 Constitución de la Nación Argentina

Ley 26.994 Código Civil y Comercial de la Nación

Ley 26.378 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

Ley 27.360 Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

# Obra Social. Restitución de afiliación a persona jubilada

Dra. Verónica Velasco y Dra. Nadia Bausinger

## **I. El fallo. La solución.**

Recientemente, el Juzgado Federal de Rosario N° 1, dictó una medida cautelar en autos «M., A. B. C/ OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS DE COMERCIO Y ACTIVIDADES CIVILES - OSECAC S/AMPARO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES donde ordenó a la obra social Osecac a que restituya la condición de afiliada a la actora jubilada y a su hijo en calidad de adherente en las mismas condiciones que gozaban antes de obtener la jubilación.

Nuestros clientes, la Sra. A. M. y su hijo M. C., mayor de edad con síndrome de Down y retraso mental leve. Este último cuenta con Certificado Único de Discapacidad vigente, y firmó un poder especial para juicio ante escribano público para que podamos representarlos en el juicio de amparo contra la obra social.

Que el citado poder hecho “en lenguaje sencillo” nos otorgaba el rol de poderdantes en el juicio.

El mismo fue redactado luego de dos entrevistas personales de M. C., con la escribana donde el joven pudo expresarse sobre diferentes aspectos de su vida.

También fue consultado sobre los alcances del poder, que en el futuro juicio que se iba a empezar, qué se iba a reclamar y porqué estaba con su madre en el reclamo de continuidad de afiliación y si el mismo conocía perfectamente la trascendencia del acto y por tal motivo nos otorga el mismo.

El Juzgado Federal n.º 1 de Rosario dio curso al amparo pero solicitó la intervención del Defensor Público Oficial presuponiendo una incapacidad por parte del actor.

Con atinado criterio, el Defensor Público Oficial solicitó el cese de su intervención aludiendo al principio general mencionado así como a la Resolución DGN N.º 327/2022 que ha recomendado a los Defensores Públicos ante solicitudes específicas de intervención "...debe ponderarse cuando la actuación se requiere meramente porque la persona presenta un certificado de discapacidad o diagnóstico en salud mental. En estos supuestos, la existencia de un diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a suponer una incapacidad. Incluso aun cuando la persona se encuentre internada en un establecimiento asistencial, la capacidad se presume (art. 5 de la Ley 26.657 y art. 31 Inc. A del CcyCN)."

## **II. El principio general en materia de capacidad. Conceptos. Evolución.**

El acceso a la justicia es un derecho humano básico que se corresponde con la afirmación de la dignidad y no discriminación de la persona frente al Estado.

A pesar de las normativas nacionales e internacionales en la materia, muchos colectivos estigmatizados de personas se han visto privadas de este derecho humano básico, lo que constituye una violación evidente de sus derechos. Dentro de este grupo, se encuentran las personas con discapacidad intelectual. En este sentido, la sociedad en general y el Estado en particular, sea por acción o por omisión, fueron construyendo barreras actitudinales, prácticas y legislativas, que fueron impidiendo el ejercicio de las personas con discapacidad intelectual del derecho humano del acceso a la justicia.

Las restricciones, limitaciones e impedimentos para el acceso de las personas con discapacidad al ejercicio de los derechos, en igualdad de

condiciones que los demás, ha sido el producto de una construcción histórica, que se ha fortalecido a través de los siglos Este modelo va a constituirse como la base de la restricción de los derechos humanos de las personas con discapacidad intelectual en base a la estigmatización.

Esto ocurre a pesar de existir instrumentos internacionales de carácter universal y regional de protección de los derechos humanos como la Convención, Convención Sobre Los Derechos De Las Personas con Discapacidad ley 26.378.

Se erige como principio general básico, en el art. 3 de la Convención, obligando a los Estados al cambio de prácticas contrarias a los derechos humanos de las personas con discapacidad (art. 8 inc. b de la Convención), la adecuación de la normativa interna a la luz del Modelo Social de la Discapacidad (art. 4 inc. a).

En igual sentido, el art. 13 de la Convención, establece la obligación de los Estados de asegurar que las personas con discapacidad tengan el acceso a la justicia en igualdad de condiciones que los demás.

Es muy importante no dejar de lado el art 12 que refiere al principio de “autonomía” de las personas con discapacidad (personas capaces) para disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones que los demás, y por lo que negarle ese derecho implica una clara violación a sus derechos humanos.

### **III. Conclusiones**

En el caso que llevamos a cabo, estábamos presentes a un reclamo de salud de carácter URGENTE ya que el corte de las prestaciones de ambos afiliados especialmente de M. C., traía muchos perjuicios que ponían en

juego su Derecho a la salud, y para avalar tal perjuicio se acompañó documental respaldatoria de su médico tratante y terapistas.

Ante esta circunstancia que apremiaba M. C. junto a su madre iniciaron reclamos administrativos ante la Obra social de la cual no obtuvieron respuesta,

La idea de hacer un PODER ESPECIAL con idioma simple surgió en base a 2 hechos fundamentales, por un lado, los Derechos que avalan a toda persona con discapacidad en base al modelo social del mismo, la cual podía otorgarnos un poder especialmente ante estas circunstancias.

Por otro lado la posibilidad de que otra vez más el juzgado nos pidiera iniciar acción judicial previa en Juzgado de Familia de curatela o apoyo lo que demandaría varios meses de espera para que se dictara una medida cautelar lo que pudo solucionarse particularmente en este caso de Urgencia a través de un poder teniendo en cuenta el principio de capacidad de las personas con discapacidad.