

Abstract: En los últimos años se han introducido modificaciones en el régimen jurídico de capacidad de ejercicio de la persona humana por vía de normas especiales, que en algunos casos derogan y sustituyen artículos del Código Civil mientras que otros mantienen su vigencia y provocan desajustes. Ello hace que resulte conveniente adecuar el Código al derecho supranacional, modificar sus disposiciones para incorporar los principios y normas contenidos en las leyes especiales mencionadas. El Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 da respuesta a esos planteos. Las normas proyectadas en líneas generales establecen: en materia de capacidad la regla es la capacidad y la incapacidad la excepción, la capacidad de derecho no presenta modificaciones significativas solo adecuaciones; respecto a la capacidad de ejercicio, no hay un sistema rígido de capacidad-incapacidad, sino que el criterio es la flexibilidad. En cuanto a restricciones o incapacidad en razón de afecciones a la salud mental, se adoptan los principios generales de las normas internacionales referidas al tema, ya incorporados a la Ley 26.657, Ley Nacional de Salud Mental.

Lineamientos generales del régimen de capacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012.

María Cristina Plovanich*

Sumario: 1. 1. Introducción. 2. Cambios legislativos producidos en los últimos años. 3. Aspecto generales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. 4. Régimen de la Capacidad de derecho. 4. a. Contenido. 4. b. Limitaciones. 5. Capacidad de ejercicio. 6. Restricciones a la capacidad por afecciones en la salud mental.

1. Introducción.

El proceso conocido como constitucionalización del derecho privado que se inicia luego de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, en particular por la incorporación en el art. 75, inc. 22 de Pactos, Tratados, Convenciones internacionales que regulan aspectos propios de esta área del derecho, impuso la relectura del derecho privado a la luz de los valores y principios que contienen las normas constitucionales y supranacionales.

La trascendencia de esta recepción normativa ha sido señalada por la Corte Suprema en distintos pronunciamientos, por ejemplo en el caso Arriola dijo: “...*Una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (art. 75 inc.22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las*

naciones...Este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos...”¹.

Uno de los cambios que esta interpretación origina es señalado por Encarna Roca, quien nos dice que la metodología del derecho de las personas implica considerar la Constitución como norma jurídica directamente aplicable a las relaciones entre particulares. También supone abandonar el concepto de persona tradicional, “ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones”, la noción de persona deja de concentrarse en la de “capacidad” o “capacidades”, el objetivo fundamental es el “desarrollo de la persona, los derechos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, y el respeto a la ley y a los derechos de los demás” (art.1-1 de la Constitución española). Del mecanismo de las “capacidades” se pasa al de la personalidad, complejo de derechos que el ordenamiento reconoce al hombre por el hecho de serlo. Por lo tanto, personalidad significa titularidad de derechos fundamentales, entre los que se encuentra la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones². En esa línea Kemelmajer de Carlucci expresa: “...*mediante la vigencia efectiva de los derechos fundamentales se logra que los ciudadanos puedan desarrollar libremente su personalidad. De allí que el reconocimiento de la dignidad de la persona humana exige respetar sus derechos fundamentales*”³.

2. Cambios legislativos producidos en los últimos años.

En los últimos años en lo atinente a la capacidad de ejercicio de la persona humana, se han dictado leyes que ajustan sus disposiciones a las normas supranacionales. Mencionamos: Ley 26.061 sobre Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes; Ley 26529 que sanciona los Derechos de los Pacientes; Ley 26.579 de Mayoría de Edad a los 18 años; Ley 26.657 de

*María Cristina Plovanich, Doctora en Derecho y Cs. Sociales, Profesora Titular de Seminario V-Métodos no Adversariales de Resolución de Conflictos y Derecho Civil I. UBP. Profesora Adjunta de Derecho Privado I y Derecho Privado VII, Facultad de Derecho y Cs. Sociales, UNC. email: mcplovanich@hotmail.com

¹ C.S.J.N., “Arriola”, 25/8/09, ABELEDO PERROT N°: 20090685.

² ROCA TRÍAS, Encarna, “Metodología para un enfoque constitucional del derecho de la persona”, en Estudios de Derecho civil en Homenaje al profesor Dr. José L. Lacruz Berdejo, Bosch, Barcelona, 1993, t.II, p. 1895 y ss.

³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Constitucionalización del Derecho Privado de las Personas, Cuestiones modernas de Derecho Civil, Ed. Advocatus, Córdoba, 2011.

Salud Mental, Ley 26.742 que regula la Muerte Digna, Ley 26743 de Identidad de Género. Todas ellas tienen como propósito respetar los valores de dignidad, libertad, autonomía. En palabras de Rivera: “En los últimos tiempos ha habido algunas tentativas, loables, de modernizar nuestro derecho de las personas físicas”. Ahora bien, esas modificaciones se han introducido en normas especiales que en algunos casos derogan y sustituyen artículos del Código Civil mientras que otros mantienen su vigencia y provocan desajustes, ello hace que resulte conveniente adecuar el Código al derecho supranacional, modificar sus disposiciones para incorporar los principios y normas contenidos en las leyes especiales mencionadas.

3. Lineamientos generales del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012.

El Proyecto 2012 da respuesta a esos planteos. La Comisión encargada de la elaboración del Código Unificado Civil y Comercial 2012, en cuanto a método de técnica legislativa, decide mantener la división en Libros, Títulos, Capítulos, Secciones, y se inclina por incorporar una Parte General que sigue la estructura de la relación jurídica desenvuelta por Savigny. Se supera de este modo la deficiencia que desde lo metodológico se le reprochó a la obra de Vélez Sársfield, que no incluyera –como lo hizo Freitas- una Parte General en la que se traten conjuntamente los elementos de la relación jurídica, esto es: sujeto (personas), objeto (patrimonio, cosas y bienes) causa eficiente (hechos y actos jurídicos). En el Código derogado estos elementos estaban legislados en la Sección I del Libro I (persona), en el Título I del Libro III (objeto de los derechos reales) o sea referido al patrimonio y en la Sección II del Libro II (causa eficiente).

Esta es una de las ventajas que señalamos en el Proyecto de Código unificado 2012, que contiene una Parte General en el Libro I, titulado Parte General, que trata en el Título I a la Persona humana, en el Título II a la Persona jurídica, el Título III dedicado a los Bienes y el Título IV a los Hechos y actos jurídicos. En los Fundamentos la Comisión expresa en relación al método del Código: “*Contiene un Título Preliminar y luego una Parte General para todo el Código, así como partes generales para diversas instituciones que regula. En este aspecto, se sigue la opinión de muchos autores, entre ellos, Freitas, quien introdujo en su proyecto para Brasil una parte general. En esta posición cabe computar todos los proyectos de*

reforma integral realizados en el país: el Anteproyecto de Reformas de Biliboni de 1926, el Proyecto de 1936, el Anteproyecto de 1954, y los Proyectos de 1993 (PEN) y el de 1998". Se advierte que la fuente más directa es el Proyecto de 1998, que dedica el Libro II a la Parte General, dividido en Títulos que tratan cada uno de los elementos de la relación jurídica. Mantiene vigencia lo que señalara Rivera en oportunidad de comentar el Proyecto de 1998, que *"en nuestro país la enseñanza del Derecho Civil se hace a partir de una Parte General..."* *"...el derecho civil se enseña, se aprende, se estudia, se expone a partir de una parte general; las obras más significativas del derecho civil empiezan por la parte general"*⁴. En el Capítulo 2 de la Sección 1ª se trata lo referido a la Capacidad y sus Principios generales. Se asume que no hay un concepto general de capacidad, sino que se define a cada clase de capacidad y en ambas se sienta como principio general que la capacidad es la regla. El Proyecto refleja el respeto a los valores mencionados en el apartado 1 de este trabajo, y en líneas generales establece:

- En materia de capacidad la regla es la capacidad y la incapacidad la excepción, arts. 22 y 23.
- La capacidad de derecho no presenta modificaciones significativas solo adecuaciones, por ejemplo se establecen prohibiciones para realizar determinados actos conforme al régimen de uniones convivenciales que se incorpora.
- Respecto a la capacidad de ejercicio, no hay un sistema rígido de capacidad-incapacidad, sino que el criterio es la flexibilidad.
- En cuanto a restricciones o incapacidad en razón de afecciones a la salud mental, se adoptan los principios generales de las normas internacionales referidas al tema, por otra parte ya incorporados a la Ley de Salud Mental, arts. 31⁵.
- La internación es un recurso extremo, solo se aplica en caso de riesgo para sí o para terceros, al igual que lo dispone el art. 41 de la LSM.

⁴ RIVERA, Julio C.: "Esta manera de enseñar el derecho civil, nació en la Universidad Nacional de Buenos Aires en 1910; en ese año una comisión especial hizo suya la distribución de materias proyectada por los profesores Colmo, Paz y Prayones, quienes habían aconsejado atribuir el primer curso a la parte general compuesta aproximadamente por los contenidos mencionados en el párrafo precedente" en "La reforma integral del derecho privado y su conexión con la tradición jurídica nacional en el Proyecto de Código Civil de 1998", JA 2000-I-991. Abeledo Perrot N° 0003/007488. Citar Abeledo Perrot N°: 0003/007494.

⁵ En adelante LSM.

- Se resguarda y preserva la autonomía, el autogobierno, arts. 31, 33, 36,38.
- Como respeto a la libertad y autodeterminación, en el supuesto de falta permanente o transitoria de salud mental, puede contraerse matrimonio previa dispensa judicial; para otorgarla el magistrado deberá contar con un dictamen anterior de los equipos de salud, y mantener una entrevista personal con el futuro contrayente, art. 405.
- Otra muestra de respeto a la autodeterminación es la posibilidad de designar, cuando se goza de capacidad, a un futuro curador mediante directiva anticipada, art. 139.
- Se mantiene la edad mínima de la imputabilidad para los actos ilícitos en 10 años, Daño involuntario: art. 1750.

4. Régimen de la Capacidad de derecho.

El art. 22 proyectado dispone: "*Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.*"

En lo terminológico se adopta la denominación tradicional en derecho argentino, que utiliza la doctrina y emplea Vélez Sarsfield en su Código Civil, art. 949 y nota⁶. La acepción que se escoge resulta adecuada, tiene arraigo en nuestro sistema jurídico y supera las críticas que se pueden formular a la expresión "goce"⁷.

En doctrina nacional Alfredo Orgaz decía: "*Se llama capacidad jurídica o capacidad de derecho a la aptitud que tiene la persona para ser titular de derechos y deberes. Esta aptitud, ...,constituye la nota esencial de la personalidad*"⁸.

El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 no introduce un concepto de persona como género, sino que trata por separado a cada tipo. Con referencia a la Capacidad de derecho de la persona humana establece que "*goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos*"; la formulación adoptada pareciera mostrar que el legislador se inclina por la postura que indica que la persona es un prius que precede a la idea de capacidad, al que el ordenamiento jurídico le reconoce esa potencialidad como un posterius.

⁶ La doctrina francesa la denomina de goce y la italiana usa la expresión capacidad jurídica o de goce.

⁷ TOBIAS, J., en Código Civil y normas complementarias, Dir. Alberto J. Bueres, T. 1. Ed. Hammurabi, Bs.As., 2005, p. 31.

⁸ ORGAZ, Alfredo, Personas Individuales, Editorial Assandri, Córdoba, 1961, p. 161.

Al definir a la persona jurídica el artículo 141 dice: “*Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación*”.

4. a. Contenido.

Se mantiene la expresión “*aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos*”, de este modo se respeta la tradición jurídica y no se innova en enunciados consolidados. La perspectiva constitucional con que se ha estructurado el Código unificado y el sentido de respeto a la persona humana, permitirá entender su contenido con un sentido generoso, comprensivo tanto de derechos subjetivos como de intereses jurídicamente protegidos, tal como lo postula parte de la doctrina nacional. La noción de capacidad se vincula a la titularidad de derechos subjetivos y deberes⁹, y en los últimos tiempos Tobías postula una comprensión más abarcativa del concepto de derecho subjetivo e indica la necesidad de una mirada diferente a la correlación entre capacidad de derecho y titularidad de derechos subjetivos. Sostiene que “*la consideración de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico ha determinado que en los últimos tiempos se le reconozcan intereses que no se corresponden con el modelo conceptual del derecho subjetivo. A la par de la individualización de nuevos derechos —a la información, a la identidad personal, a la salud, etc.— se asiste a una suerte de pérdida de terreno de la categoría dogmática del derecho subjetivo, entendida como la única idónea para abarcar de manera exclusiva el cúmulo de intereses protegidos por el sistema jurídico*”¹⁰.

Entendemos que las expresiones no resultarán restringidas a la idea estricta de derecho subjetivo entendido como la facultad, o potestad reconocida por el ordenamiento en una norma objetiva, sino que admitirá la visión extensa que desde hace tiempo se impone en doctrina y jurisprudencia. Muestra de ello es el concepto de daño que se incorpora en el art. 1737: “*Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el*

⁹ Para un completo tratamiento del tema ver TOBIAS, José W., La persona humana en el Proyecto, La Ley, Lunes 25 de junio de 2012, AÑO LXXVI N° 117, y en *DFyP*, julio, 2012, p.261.

¹⁰ TOBIAS, J., “Derecho de las personas”, y en La persona humana en el Proyecto, La Ley Lunes 25 de junio de 2012 AÑO LXXVI N° 117, y en *DFyP*, julio, 2012, p.261.

ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva"; o de la Obligación definida por el art. 724: *“es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito...”* .

4. b. Limitaciones.

Esta aptitud, al decir de Alfredo Orgaz¹¹, existe en “los límites de la ley”, art. 53. Por consideraciones de orden superior la ley limita en casos determinados la capacidad de derecho de las personas, de modo que éstas no pueden ser titulares de ciertos derechos concretos. Son prohibiciones particulares que se establecen por resultar incompatible la situación en que se encuentran determinadas personas con un interés que el legislador quiere preservar. No alcanza a una persona determinada, sino para todos los que se encuentren en esa situación, padres, tutores, jueces, etc. En modo alguno se ve afectada la igualdad de las personas, sino que como expresa Orgaz “la verdadera igualdad no consiste simplemente en tratar a todos de la misma manera, sino en tratar de la misma manera a todos los que se hallan en la misma situación”.

Se mantiene el criterio de que solo la ley establece las prohibiciones o incapacidades y, si la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, el criterio interpretativo debe ser restringido. Se apunta como modificación la última parte del artículo: *“La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados”*, *las limitaciones pueden referirse no solo a actos jurídicos sino a hechos o actos no negociales, simples actos lícitos*; podrían surgir dudas acerca de cuál es la categoría a que hace referencia la expresión “simples actos”, si es a la gestión de negocio ajeno o es alguna distinta.

En líneas generales las limitaciones son las mismas existentes en el Código de Vélez y en el sistema argentino; se incorporan las que derivan de los nuevos modos convivenciales aceptados.

Así respecto a los padres dispone el Art. 689.- ***Contratos prohibidos.*** *Los progenitores no pueden hacer contrato alguno con el hijo que está bajo su responsabilidad. No pueden, ni*

¹¹ ORGAZ, Alfredo, ob.cit., p. 163 y 164.

aun con autorización judicial, comprar por sí ni por persona interpuesta, bienes de su hijo ni constituirse en cesionarios de créditos, derechos o acciones contra su hijo; ni hacer partición privada con su hijo de la herencia del progenitor prefallecido, ni de la herencia en que sean con él coherederos o colegatarios; ni obligar a su hijo como fiadores de ellos o de terceros.

La misma prohibición rige respecto de tutores, Art. 120, y curadores, Art. 138. En el capítulo de la donación, art. 1550.

Con relación a las limitaciones para contratar están dispuestas en las disposiciones generales aplicables a todo contrato en el Libro Tercero, Título II. Contratos en general, Sección 5°, Capítulo 4 Incapacidad e inhabilidad para contratar.

Art. 1001.- ***Inhabilidades para contratar.*** *No pueden contratar, en interés propio o ajeno, según sea el caso, los que están impedidos para hacerlo conforme a disposiciones especiales. Los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona.*

Art. 1002.- ***Inhabilidades especiales.*** *No pueden contratar en interés propio:*

- a) los funcionarios públicos, respecto de bienes de cuya administración o enajenación están o han estado encargados;*
- b) los jueces, funcionarios y auxiliares de la justicia, los árbitros y mediadores, y sus auxiliares, respecto de bienes relacionados con procesos en los que intervienen o han intervenido;*
- c) los abogados y procuradores, respecto de bienes litigiosos en procesos en los que intervienen o han intervenido.*

5. Capacidad de ejercicio.

Dice el Art. 23.- "***Capacidad de ejercicio.*** *Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial*".

El texto predica esta categoría de capacidad respecto de la persona humana, y respeta el principio de que la capacidad es la regla y la limitación la excepción; hace expresa referencia a que éstas pueden surgir de la ley o de sentencia judicial.

Se opta por denominar Capacidad de ejercicio a la facultad que implica poder ejecutar por sí los derechos y deberes de los cuales se es titular. Tal como expresa Tobías, no hay denominación exenta de críticas, y precisamente en doctrina nacional este es uno de los juristas que presenta objeciones a la designación escogida¹² pues en su criterio *“existen formas de ejercicio de aquellos que no requieren de esta capacidad, como sucede con aquellas formas de ejercicio que se concretan en actos no negociales —simples actos lícitos— para cuya validez, en muchos casos, resulta suficiente el discernimiento”* y además *“excluiría los hechos humanos puramente recepticios. Surge así el problema, de indudable importancia práctica de determinar si la necesidad de la capacidad de ejercicio se extiende a los casos en que la persona no “obra” o “ejerce”, sino que “recibe” (una manifestación de voluntad recepticia constitutiva de un hecho de “conciencia” o “conocimiento” por parte del destinatario)”*.

Es en materia de capacidad de ejercicio donde se encuentran las mayores innovaciones. Subyace una nueva concepción que parte de los principios constitucionales de dignidad, igualdad, no discriminación, que si bien siempre estuvieron presentes en el sistema jurídico argentino, se vieron robustecidos luego de la reforma constitucional de 1994, Art 75 inc. 22, y la recepción entre otros de la Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (100 Reglas de Brasilia).

Se sientan principios generales, se ordenan y estructuran las reglas conforme los cambios ya introducidos al sistema en los últimos años y las leyes dictadas en consecuencia¹³.

Si bien el art. 23 hace referencia a *limitaciones*, el art. 24 admite la incapacidad: *"Son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer, b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2° de este Capítulo; c)*

¹² TOBÍAS, Jose, Comentario Art. 31 en Código Civil y normas complementarias, Dir. Alberto J. Bueres, T. I. Ed. Hammurabi, Bs.As., 2005, p. 96, 97; en Derecho de las personas, Ed. La Ley, Bs. As. 2009, p. 117 y sgtes. y en "La persona humana en el Proyecto", La Ley Lunes 25 de junio de 2012 AÑO LXXVI N° 117, y en DFyP, julio, 2012, p.261.

¹³Las ya mencionamos: Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes; Ley 26.529 de Derechos de los Pacientes; Ley 26.579, Mayoría de edad a los 18 años, Ley 26.657 de Salud Mental.

la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión".

La inserción de la incapacidad ha merecido la crítica de algunos sectores doctrinarios¹⁴, en especial los vinculados al área del derecho de familia, por entender que es contradictorio con las disposiciones de Tratados y Convenciones, ya que en éstos se consigna la capacidad progresiva. En cambio entre los doctrinarios de parte general prevalece la idea de que es necesario mantener la categoría de la incapacidad; de este modo se pronunciaron las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en el despacho de la Comisión 1. Parte General, al tratar la incidencia de la ley 26.579 modificatoria de la mayoría de edad, en el punto 2 se propició: “Se conserve la terminología tradicional: capaces/incapaces”¹⁵. Se la concibe como una forma de protección para quienes no han alcanzado madurez para ciertas decisiones o por afecciones en su salud mental se encuentran en situación de vulnerabilidad, y no como un menoscabo a la dignidad de la persona.

En cuanto a las limitaciones por razón de edad, continúa el uso del término "menor" y el art. 25 dispone que menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho (18) años. Se elimina la distinción entre menores impúberes y adultos, cuestión que avala la mayoría de la doctrina desde hace tiempo, ya decía María Emilia Lloveras: “...*esta clasificación si bien clara en la teoría no posee significado práctico en nuestro derecho. No es cierto que los incapaces absolutos de hecho enunciados en el art. 54 lo sean respecto a todos los actos de la vida civil....Los incapaces absolutos de hecho realizan diariamente numerosos contratos, generalmente de escaso monto y con dinero de contado: adquisición de pasajes en transporte colectivo, entradas a cinematógrafos, canchas de fútbol, compras de mercadería de contado, etc....Por la falta de trascendencia práctica pensamos que está destinada a desaparecer de nuestra legislación*”¹⁶. Así fue suprimida en el Proyecto de Reforma de 1936, de 1954, en el

¹⁴ VILLAVERDE, María Silvia, Ejercicio de la capacidad jurídica: ¿Incapaces o personas con apoyo? El proyecto del código civil y comercial de la nación ante la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (ONU). Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año IV, Número 8, Septiembre 2012, La Ley, págs.151-157.

¹⁵ XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán, 29, 30 de Septiembre y 1 de Octubre de 2011.

¹⁶ LLOVERAS, María Emilia, “Capacidad e Incapacidad. Capítulo VII” en Lecciones de Derecho Civil, Ed. Advocatus, Córdoba, 1990, p. 128.

de Unificación de 1998, y del mismo modo lo hace el Proyecto de Código Civil Unificado 2012.

En armonía con la Convención sobre los Derechos del Niño incorpora la figura del adolescente, el mismo art. 25 dice: *"Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió TRECE (13) años"*.

En cuanto al ejercicio de los derechos por la persona menor de edad, el art. 26 dispone: *"La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada."*

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los DIECISÉIS (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo".

Mantener la condición de incapaz de hecho, concediendo autorizaciones para realizar determinados actos jurídicos, es una forma de "capacidad progresiva", ahora bien, corresponde distinguir entre autorizaciones expresas para realizar determinados actos jurídicos que están establecidas en el Código Civil y la "capacidad progresiva" a la que alude la Convención y ley 26.061, reconociendo el derecho que le asiste a los niños a ser oídos en todo proceso judicial o administrativo de cualquier naturaleza, en el cual sus intereses se vean afectados. La expresión no distingue entre intereses de carácter patrimonial y

extrapatrimonial, es tarea de los juristas intentar consenso para acordar que tipos de derechos son los que se pueden ejercer¹⁷.

De allí el interrogante de Marisa Herrera, “*cuál debería ser esta división o limitación legal entre los actos que ameritan ser celebrado por los representantes legales y cuáles quedarían fuera de este halo para ser ejercidos de manera directa por niños y adolescentes desde una visión contemporánea, es decir, por aplicación del principio de autonomía progresiva*”¹⁸.

Uno de los parámetros delimitadores es la edad, tal como lo dispone el art. 3 de la Ley 26.061, ya que constituye uno de los tantos elementos que permite conocer el grado de madurez de una persona pero no el único ni el excluyente. Otro de los aspectos a considerar según este artículo es el discernimiento, que desde lo conceptual hace a la voluntariedad de los actos de una persona, aptitud de entendimiento o comprensión, distinguir lo bueno de lo malo. En la teoría del acto jurídico, el discernimiento es uno de los elementos internos de la voluntad (art. 897), al cual se lo define como “*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*”. En doctrina se lo distingue del concepto de capacidad, se afirma que el discernimiento apunta principalmente a la naturaleza concreta del sujeto; la capacidad a una determinación legal abstracta y ordenadora. Expresa Rivera: “*...La capacidad o incapacidad de las personas hace a la aptitud para generar relaciones jurídicas, en tanto que el discernimiento hace a la voluntariedad de los actos de esa persona...la noción de discernimiento como “aptitud de entendimiento o comprensión” tiene en la actualidad una relación más estrecha con la capacidad. Es que la Ley 26.061 que pone en práctica la CDN, establece que debe respetarse “la edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales*”¹⁹. Pero debemos considerar si tiene las mismas connotaciones en la esfera de los derechos personalísimos que en lo patrimonial. El entendimiento en unos y otros puede ser diferente, pues puede comprenderse con más facilidad aquello que es parte de la historia de vida, de los

¹⁷ PLOVANICH, María Cristina, “La representación de niños niñas y adolescentes: una mirada del aspecto patrimonial”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. N° 60. Abeledo Perrot, Bs.As., Julio de 2013, p. 5.

¹⁸ HERRERA, Marisa, Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino, en www.derecho.uba.ar

¹⁹ RIVERA, Julio C. Instituciones de Derecho Civil. Parte General. Tomo I. 5ta. Edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Año 2010, p. 420.

afectos, o más aun el dolor, la angustia que, por ejemplo, una cuestión vinculada a la salud provoca ya que en este proceso, generalmente, habrá acompañamiento, pues afecta a al paciente y al círculo familiar y amical, habrá profesionales que brinden información precisa y relevante para facilitar la comprensión por parte del afectado, sin dejar de considerar que el tránsito por el sufrimiento repercute en una maduración anticipada, lo que permitirá luego conocer con mayor certidumbre cuál es la voluntad, para adoptar una decisión que hace a la esfera de su dignidad personal. El cambio socio-cultural producido en la familia y en la sociedad por el respeto a los derechos humanos de cada uno de los integrantes, en general, hace posible el respeto de las opiniones de esta franja etárea, si bien no podemos decir que lo sea de modo uniforme y en todos los casos.

Mientras que en los actos patrimoniales se encontrarían afectados intereses de terceros. La doctrina mayoritaria pareciera inclinarse por considerar que hay diferencias importantes, en especial porque, reiteramos, en el ámbito patrimonial pueden resultar afectados derechos de terceros, por eso no es lo mismo que el niño sea oído para decidir la venta de un bien, afianzar una obligación, tomar un crédito, que para decidir acerca de un derecho personalísimo como por ejemplo lo relativo a tenencia o régimen de visitas en el caso de padres divorciados. En el campo patrimonial la complejidad de los actos puede requerir información previa a la toma de decisión que a veces resulta difícil obtener, hasta puede ser retaceada por la otra parte, y además exige comprender y analizar variables económicas, financieras, prudencia y reflexión que pueden no haberse alcanzado.

Como expresa Kemelmajer de Carlucci²⁰, una cosa es tener capacidad para realizar actos jurídicos y otra competencia -conforme a su madurez y comprensión- en cuestiones que afectan sus derechos personalísimos, para que la opinión del niño sea tenida en cuenta y hasta sea determinante. En general la doctrina coincide con este pensamiento aunque hay desacuerdos en el empleo de la expresión “*competencia*”, así Rivera considera más apropiado referirse a “*autonomía*”²¹. Por ello, y a pesar de la discrepancia terminológica expresada, aparece como criterio mayoritario la conveniencia de continuar con un régimen de

²⁰ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, El derecho del menor a su propio cuerpo, en Borda, Guillermo A. (director), La persona humana, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 249.

²¹ Esta formulación fue realizada en el seno de la Comisión N° 1 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2011.

incapacidad relativa para los adolescentes y otorgar autorizaciones para realizar determinados actos jurídicos.

No se introducen cambios significativos en el régimen de emancipación. Se consigna que para contraer matrimonio es necesaria la autorización judicial, se superarán de este modo las discrepancias acerca de si basta la autorización paterna para contraer matrimonio o es necesaria también la intervención judicial. Las limitaciones para los emancipados son las mismas que existen en la actualidad, solo que en cuanto a las llamadas prohibiciones relativas, en caso de disposición de bienes recibidos a título gratuito, el art. 29 expresa que: *"El emancipado requiere autorización judicial para disponer de los bienes recibidos. La autorización debe ser otorgada cuando el acto sea de toda necesidad o de ventaja evidente"*. No se permite que la autorización la otorgue el otro cónyuge si fuera mayor de edad.

6. Restricciones a la capacidad por afecciones en la salud mental.

En este trabajo solo haremos referencia a algunos aspectos vinculados al tema, ya que un tratamiento pormenorizado excedería los límites del presente. Las disposiciones reflejan el cambio de paradigma que surge de considerar a la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, relevando y reconociendo efectivamente los derechos fundamentales que las personas con discapacidad tienen. El eje de la discapacidad ya no se centra en la persona y sus carencias, sino en su interacción con el entorno y las dificultades que éste le presenta para participar en forma plena. Se pasa de la integración a la inclusión, se parte de la idea de reconocer que todas las personas deben ser valoradas por su inherente valor como seres humanos, el foco estará en brindar el apoyo social apropiado para eliminar los obstáculos del entorno, se debe centrar en las capacidades más que en las deficiencias.

El art. 31 mantiene como principios comunes los establecidos en lo que ha dado en llamarse el bloque federal de constitucionalidad²², y que se encuentran ya incorporados en la Ley 26.657, Ley nacional de Salud Mental, esto es la capacidad general de ejercicio se presume, aun cuando la persona se encuentre internada en un establecimiento asistencial; las

²² En especial la Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU), aprobada por la ley 26378 y ratificada por Argentina en 2008; las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (100 Reglas de Brasilia), etc.

limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio del afectado; la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario; respeto por la autonomía, etc. Resulta relevante la aplicación del art.12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en virtud del cual las personas con discapacidad, mental o intelectual, son consideradas sujetos de derechos con necesidad de apoyo para ejercerlos y de salvaguardias para evitar el abuso por parte de las personas designadas como apoyo, el art. 34 proyectado prevé que puedan designárselas durante el proceso. Se garantiza la inmediatez en el proceso ya que se impone al juez una entrevista personal con el interesado antes del dictado de la sentencia, art. 35.

Entre la capacidad y la incapacidad o la inhabilitación, entre la autonomía y la protección, hay posibilidades de establecer un sistema mixto. El juez tiene la facultad de mantener a cargo de la propia persona el ejercicio personal de algunos de sus derechos, restringirle otros o designarle un representante para determinados actos; ya mantenérselos es importante para su recuperación e inserción social en la que *se debe promover y facilitar la participación, la autonomía y una real inclusión*. El propósito que cumple la figura del apoyo es el de protección, auxilio, ayuda para facilitar la comprensión y trascendencia de la decisión a adoptar. Los apoyos y el establecimiento de salvaguardias intentan evitar los excesos que los representantes o terceros pudieran cometer en perjuicio de las personas con capacidad restringida. Acá se plantea un régimen de protección mixto, por un lado se establece la autonomía personal y por el otro la colaboración en la toma de decisiones, tal como lo presenta el art. 32, párrafo 2º, correlativo con el art. 43, y concordante con art. 7 inciso g). En una ampliación de la esfera de autonomía personal el art. 139 prevé que *“la persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela”*. Por tanto es obligación del juez tomar en consideración la disposición si es que existiera, de lo contrario deberá escuchar, si la condición de la persona lo permite cuál es su voluntad al respecto, art. 35.

Es criticable la falta de mención a las disminuciones o impedimentos físicos como causa de restricción o incapacidad, pese a que según los términos del art. 31 parecieran quedar comprendidas, en el texto no hay en expresiones al respecto. Es de destacar la opinión de

Tobías²³ en cuanto a que estas situaciones debieron incorporarse en la disposición tal como lo hacen algunos códigos extranjeros, como el español, francés, suizo y de Quebec.

Una cuestión no menor a la que debe prestarse atención, son las dificultades prácticas que por carencia de personal y recursos materiales pueden surgir al aplicar la normativa proyectada, creo que este aspecto corresponde al Poder Ejecutivo que deberá dotar de presupuesto para fijar políticas sociales, fortalecer el sistema de salud y judicial, carencias que hoy se hacen presente de manera dolorosa.

BIBLIOGRAFÍA

GOLDENBERG, I. y TOBIAS, J., “Reformas aconsejables en el régimen de la interdicción e inhabilitación”, LA LEY, 1994-C-886.

HERRERA, Marisa, Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino, en www.derecho.uba.ar

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Constitucionalización del Derecho Privado de las Personas, Cuestiones modernas de Derecho Civil, Ed. Advocatus, Córdoba, 2011.

- El derecho del menor a su propio cuerpo, en Borda, Guillermo A. (director), La persona humana, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001.

LLOVERAS, María Emilia, “Capacidad e Incapacidad. Capítulo VII” en Lecciones de Derecho Civil, Ed. Advocatus, Córdoba, 1990.

ORGAZ, Alfredo, Personas Individuales, Editorial Assandri, Córdoba, 1961.

PLOVANICH, María Cristina, “La representación de niños niñas y adolescentes: una mirada del aspecto patrimonial”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. N° 60. Abeledo Perrot, Bs.As., Julio de 2013.

RIVERA, Julio C., Instituciones de Derecho Civil. Parte General. Tomo I. 5ta. Edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Año 2010.

- “La reforma integral del derecho privado y su conexión con la tradición jurídica nacional en el Proyecto de Código Civil de 1998”, JA 2000-I-991. Abeledo Perrot N° 0003/007488. Abeledo Perrot N°: 0003/007494.

ROCA TRÍAS, Encarna, “Metodología para un enfoque constitucional del derecho de la persona”, en Estudios de Derecho civil en Homenaje al profesor Dr. José L. Lacruz Berdejo, Bosch, Barcelona, 1993, t.II.

²³ TOBIAS, J., “Código Civil y normas complementarias”, dir. A. Bueres, t. 1, Hammurabi, Bs. As. 2005, p. 689; GOLDENBERG, I. y TOBIAS, J., “Reformas aconsejables en el régimen de la interdicción e inhabilitación”, LA LEY, 1994-C-886.

TOBIAS, J., en Código Civil y normas complementarias, Dir. Alberto J. Bueres, T. 1. Ed. Hammurabi, Bs.As., 2005.

- “Derecho de las personas”, y en La persona humana en el Proyecto, La Ley Lunes 25 de junio de 2012, y en *DFyP*, julio, 2012.

VILLAVARDE, María Silvia, Ejercicio de la capacidad jurídica: ¿Incapaces o personas con apoyo? El proyecto del código civil y comercial de la nación ante la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (ONU). Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año IV, Número 8, Septiembre 2012, La Ley.