

Libro I- Parte General

Verde de Ramallo Susana

Labombarda Pablo Martín

Mateos Juan Carlos

I. Introducción

Reconocemos la jerarquía de los directores del proyecto y su indudable nivel académico, como así también la de los doctrinarios que han colaborado en la redacción del mismo, y por ello, este trabajo debe tomarse como una crítica constructiva que pretende hacer un aporte.

Como bien lo dice el Dr. Lorenzetti¹ luego de señalar que ya no existe la diferencia tajante entre derecho público y privado, el *Proyecto “innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado”*. Sin dudas, esta línea general que caracteriza al derecho privado actual es algo elogioso. Otro aspecto positivo es el intento de abordar problemáticas modernas que demandan desde hace años una respuesta de la ciencia jurídica.

No obstante lo antes indicado, llama la atención cierta falta de coherencia en el desarrollo del articulado. Existen contradicciones en algunos casos y redundancias que no se entienden en otros. Ello seguramente se debe a la forma de trabajo, donde se encomendó a los diferentes especialistas que trataran ciertos temas de su competencia. Los capítulos fueron elaborados como compartimentos estancos y más allá de las consultas que -se supone- existieron entre los doctrinarios, se aprecia una falta de ideas generales que se respeten recíprocamente, en especial, en temas que incumben a la parte general y al derecho de familia. Así también, se ha procedido a la derogación de una importante cantidad de leyes complementarias pero otras han quedado vigentes. Ello permite prever que el intérprete deberá asumir una tarea que puede ser dificultosa cuando deba compatibilizarlas con las del Código proyectado. Por otra parte, se han observado algunas modificaciones entre el proyecto que entregó la comisión encargada

¹ Lorenzetti, Ricardo L. “*Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*”, LL del 23/04/2012

de la redacción y el texto que ingresó al Congreso. Por último, otro detalle inconveniente que hemos notado es que se haya omitido la incorporación de notas al articulado del Código, máxime cuando algunos profesores que trabajaron en la redacción manifestaron que presentaron sus trabajos acompañados de las notas respectivas. Sabida es la contribución insoslayable de las notas para corroborar en qué legislación se han basado y por qué razón se establece una norma. Este faltante nos permite concluir que se avecina una ardua labor para los operadores del derecho civil, intérpretes al fin de una u otra forma del Proyecto en caso de que éste llegue a regir, dado que se carecerá de antecedentes sobre las fuentes de las normas que lo componen.

En lo que sigue haremos el análisis puntual de los temas que escogimos. Pero previo a ello se impone una aclaración: los autores de estas líneas somos docentes que compartimos nuestra vocación por el Derecho Civil. Es esa misma afinidad la que nos permite el respetuoso disenso en aquellos temas del derecho privado que involucran a la persona como sujeto de derecho y en sus relaciones de familia, entre otros. Naturalmente, esta tarea conjunta no podía estar exenta de discrepancias y juicios valorativos individuales, máxime cuando estamos frente a una posible reforma integral del Código Civil. Esta circunstancia, sin embargo, no la vimos como un obstáculo para este trabajo conjunto sino como el marco propicio para intercambiar ideas, interpretaciones normativas e hipótesis dispares acerca de las posibles consecuencias sociales y legales en muchos de los temas que aborda el Proyecto. En varios puntos existió, desde un principio, un total consenso. Otros necesitaron más tiempo de elaboración, y por supuesto, en algunos aspectos no fue posible establecer concordancias. No obstante, para no silenciar nada de lo discutido, estimamos conveniente hacer aclaraciones al pie del texto principal, con breves desarrollos y con indicación del autor que –por diferentes razones- sintió necesario incluirlas. Creemos que con esto somos contestes con el espíritu pluralista que el Proyecto intenta reflejar, y lo más importante, trasladamos con abierta sinceridad al lector nuestras opiniones personales.

II. Parte General

Siempre se criticó que el Código de Vélez Sarsfield no tuviera una parte general, por esa razón es bienvenido que este proyecto la incorpore.

II. 1. El comienzo de la existencia de la persona

Siguiendo los lineamientos del frustrado Proyecto de modificación del año 1998, en esta oportunidad se usa la denominación “persona humana” y se elimina la clásica definición que contiene del artículo 30 del código civil vigente.

La decisión de suprimir la definición de persona no sorprende y es acorde con lo que siempre se lee críticamente de la mayoría de los doctrinarios del derecho civil: Un código debe legislar, no traer definiciones. A lo sumo, la inclusión de definiciones debería dirigirse a esclarecer la comprensión de algún tecnicismo jurídico. Adherimos a esta tesis y más en un tema que produce tantos dilemas como es el de abordar a la persona en su esencia y existencia. Creemos que dejar en manos de la ley la construcción de un concepto que involucra a la filosofía, la antropología, la biología, etcétera, es ambicioso y hasta inconveniente.

Lo que sí repite el anteproyecto, al menos en la primera parte de la norma, es fijar el momento de la concepción como el comienzo de la existencia de las personas. Continuando el itinerario marcado por Freitas y su influencia en Vélez Sarsfield y recogiendo los postulados de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, como así también lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación², vuelve a ser la fusión de los gametos femeninos y masculinos la que marca el inicio de la personalidad³.

Sin embargo, en el Proyecto ello es así sólo para los casos de fecundación natural, dado que para los supuestos de reproducción humana asistida, la personalidad se reconoce a partir de la implantación del embrión en una mujer (art. 19). Como se

² CSJN "**Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo**", P.709.XXXVI, 5/III/02 (Fallos 325:292).

³ Esto no es compartido uniformemente por gran parte de los investigadores científicos del área médica y genética. Entre otra bibliografía, puede consultarse: **Peralta Mariscal Leopoldo L y Flores Medina, Pablo S.**, *Análisis artículos 51 a 62 y 63 a 88 en Código Civil* de la República Argentina explicado, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2011; **Banchio, Enrique C.**, *Análisis de los artículos 51 a 88 del Código Civil comentado*, dirección de Bueres Alberto J. y coordinación de Highton Elena I. Editorial Hamurabi, Bs. As. 2007; **Blasi, Gastón Federico**, "*Sobre el inicio de la existencia del ser humano. Un análisis jurídico*", en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona45/45Blasi.htm>, consultado junio 20 de 2012.-**Nicholson, Roberto**, "*El comienzo de la vida humana personal*", en Reflexiones bioéticas, página de Lynette Hooft, <http://www.aabioetica.org/opino.htm>, consultado el 15 de febrero de 2012. Entre nosotros, la misma duda sobre el acierto de la solución legislativa tiene **Pablo Martín Labombarda**, para quien no resulta convincente que se afirme que se es “persona” desde el momento de la concepción. No obstante, dado que todo indica que el criterio legal ya está consolidado y no será revisable, el análisis que aquí hacemos omite abordar el punto y sólo se destina a evaluar exegéticamente el texto de las disposiciones en juego.

anticipa literalmente en los fundamentos del anteproyecto: *“La norma relativa al comienzo de la persona tiene en consideración el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, conforme el cual, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del seno materno”*.

Esta doble categoría para considerar el comienzo de la existencia de la persona- según sea natural o mediante fecundación asistida- es inadmisibles y no respeta el más elemental test de constitucionalidad. La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y demás concordantes, no hacen distinciones, por lo cual el Código Civil no debe hacerlo.

Tampoco alcanza el agregado que se le efectuara al Anteproyecto cuando se presentó al Congreso, en el que se expresa: *“Sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”*. Y decimos que no alcanza, porque desde hace más de dos décadas que se tratan diferentes proyectos de ley y ninguno ha logrado ser sancionado y promulgado. Los autores del proyecto, dado que introducían temas tan conflictivos y de tanto valor bioético (comienzo de la personalidad, maternidad subrogada, etc.) debieron acompañar un proyecto serio sobre fecundación asistida y el destino de los embriones supernumerarios.

Volviendo a los fundamentos que hacen alusión a una explicación científica en el sentido de que *“no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del seno materno”*, deducimos que mientras falte el desarrollo gestacional y perdure la preservación –normalmente en estado de congelamiento- ese embrión no tiene la tutela jurídica que tantos autores y sentencias le han conferido.

Incluso, hoy se habla de tomar a la adopción de embriones como una alternativa a la infertilidad. Al amparo de este proyecto, suena cuanto menos incongruente que se puedan adoptar seres que no son personas y que no se las pueda encuadrar en alguna figura legal.

II.2. Artículo 21

El artículo 21 expresa:

“Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume.

Como se observa, continúa presente esa fórmula que hoy –en términos similares- hallamos en el art. 74 vigente y que motivó tantas exégesis y propuestas de supresión como autores que lo abordaron. Resulta que el concebido o implantado en la mujer, si

no nace con vida, nunca existió. Parece que la comisión redactora no se hizo eco de las sistemáticas propuestas que algunos doctrinarios⁴ vienen haciendo de que el art. 74 actual del código debe derogarse por ser una concesión indebida a la teoría de la ficción jurídica referida a la persona por nacer.

Por eso Cifuentes propiciaba algo como esto: *“la solución del Código en el conjunto de sus normas no es muy firme y valdría más sostener con coherencia, una solución menos conflictuada. Tal sería la que sostuviera que **es persona el concebido y que si muere antes de nacer quedan sin efecto los derechos y bienes que en ese tiempo adquirió, sin borrar al mismo tiempo su personalidad, que tuvo una vida real en el seno de la madre**”*⁵.

Como vimos, el art. 21 del proyecto, en su parte pertinente, deja la puerta abierta para el conflicto interpretativo y esta sería una buena oportunidad para cerrarlo. Siempre que, claro está, se siga sosteniendo la regla de que se es persona desde la concepción.

En definitiva, creemos que en este capítulo se advierten inconsistencias normativas. Podrán ser esenciales o meramente gramaticales. Pero en uno u otro caso, por ahora no exhiben una mejoría y/o superación del capítulo de las personas físicas que todavía hoy nos rige, aun con sus distintas valoraciones críticas y anacronismos que naturalmente la obra de Vélez tiene.

II. 3. Derechos personalísimos

Estos derechos están explícitamente tratados en el Proyecto. Se ha adoptado la corriente doctrinaria de enumerarlos y tratarlos muy someramente. No como otras legislaciones que lo hacen de una manera profunda y acabada.

Se hace un expreso reconocimiento a la inviolabilidad de la persona humana, y al reconocimiento de su respeto y dignidad en el artículo 51.

En el artículo 52 del Proyecto, se reproduce el artículo 105 del Proyecto de 1998, con un importante agregado: además de poder pedir la reparación por los daños ocasionados, se establece expresamente que se podrán efectuar acciones de prevención, lo cual ya había sido reconocido por la jurisprudencia⁶. Así también debe indicarse que

⁴ **Banchio, Enrique C.** *“La dignidad de la persona humana en el derecho civil”*, punto III, ED 245-915, entre muchos otros.

⁵ **Cifuentes, Santos, Elementos de Derecho Civil. Parte General**, Buenos Aires, 1995, Depalma, p. 104.

⁶ **“V. J c/ Editorial Perfil S.A. s/Amparo”**, Juzgado Nacional en lo Civil n° 69, Buenos Aires, Marzo de 2003, fuente diario judicial. En igual sentido se ha dicho: *“Cuando se acciona por considerarse afectado el derecho a la intimidad, se está habilitado para solicitar el dictado de medidas precautorias suficientes que dispongan, hasta el dictado de la sentencia, el cese de los actos que el actor considere lesivos, siempre y cuando se acredite la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, presupuestos básicos*

con la expresión: “o que de cualquier modo quede menoscabada en su dignidad personal...”, se deja abierta la posibilidad de reclamo por cualquier violación a estos derechos.

En este tema es donde vemos alguna incongruencia como lo dijéramos al comienzo. En efecto, el artículo 52 se refiere muy abierta y ampliamente a los derechos personalísimos. Más adelante, en el artículo 1770 -libro tercero, Capítulo 1, Responsabilidad civil, Sección 10ª, supuestos especiales de responsabilidad- se observa una reproducción casi exacta del actual 1071 bis. Dicho artículo 1770 expresa: “*El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación*”. Luego, el artículo 1771 reconoce la reparación de daños por acusación calumniosa al expresar que “*En los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por dolo o culpa grave. El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querrela si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado*”.

Concretamente, la incompatibilidad que a nuestro juicio surge apunta a un aspecto metodológico, ya que en la parte de “responsabilidad” debió hacerse referencia a los artículos de la parte general y establecerse cuál es la responsabilidad que se origina. No era conveniente ni necesario sentar una diferenciación o caracterización puntillosa de cómo hay que interpretar una conducta violatoria al derecho a la intimidad, menos cuando en el capítulo respectivo de la parte general se da un sistema abierto para que dicha prerrogativa no quede encorsetada en ninguna definición que la limite.

de toda medida cautelar” (conf. C NCiv., Sala G, 5/4/88, LL 1988-D, pág. 12).

Un punto que sí es positivo en el texto del artículo 1770 es que elimina el requisito de que la conducta lesiva no sea un delito penal, como lo había reclamado la doctrina mayoritaria⁷.

II.3 a) Derecho a la propia imagen y a la voz

En el artículo 53 se regula la captación o reproducción de la imagen o la voz de una persona. En cuanto a este último elemento de la personalidad, su protección ya había sido reconocida por analogía por la doctrina mayoritaria.

Se reproduce en la norma el concepto de ejercicio regular del derecho a informar sobre acontecimientos de interés general, es decir que no se ejerza abusivamente. Si bien entendemos que la teoría del ejercicio abusivo de los derechos, debe considerarse un principio general y aplicable a todo el derecho, creemos acertado remarcar, podríamos decir, con una función docente de la norma, sobre su ejercicio no abusivo.

II.3 b) Disposiciones sobre el propio cuerpo

El artículo 56 establece: *Están prohibidos los actos de disposición sobre el propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de su persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.*

La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial.

El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable.

El artículo es prácticamente una reproducción del art. 110 del Proyecto de 1998, con la única diferencia que aquél establecía que “su revocación no causa responsabilidad alguna”, mientras que el del actual proyecto establece que “es libremente revocable”.Entendemos que ambas redacciones expresan exactamente lo mismo. Es lógico y compartimos que una persona pueda revocar en cualquier momento y antes de la ablación su voluntad de donar parte de su cuerpo y que ello no puede ser sancionado con reclamos de ningún tipo.

⁷ Cifuentes, Santos, “*Derechos personalísimos*”, 3ra edición. Editorial Astrea, pág. 688, Bs. As. 208; Rivera, Julio C. “*Instituciones de Derecho Civil*”, Tomo II, pág.92, Abeledo Perrot, Bs. As. 1997, entre muchos otros.

II.3.c) Consentimiento informado

El artículo 59 artículo indica qué debe entenderse por consentimiento informado y qué es lo que en concreto debe informársele al paciente. Si bien no es exacto lo que aquí se expresa con lo establecido en el artículo 5 de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, sus contenidos son compatibles. También se indica las personas que pueden dar el consentimiento a falta de óptimas causas físicas o psíquicas del paciente, ellas son: el representante legal, el cónyuge, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. Así también, en casos de urgencia y para evitar un mal grave al paciente los médicos podrán actuar sin dicho consentimiento.

II.3.d) Manifestaciones médicas anticipadas

Apoyamos la inclusión en el artículo 60 de permitir las manifestaciones médicas anticipadas para resolver cuestiones médicas, dado que algunos de nosotros así lo veníamos sosteniendo⁸. Ello está en armonía con lo establecido en el artículo 11 de la ley 26.529 y deberán tenerse en cuenta cuando la persona se halle imposibilitada por razones físicas o psíquicas de manifestarse.

⁸ **Labombarda, Pablo Martín:** *“Las directivas anticipadas y su admisión en el Derecho argentino constitucional y privado”*, Anales, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, N° 38, año 2008, pág.80. De todos modos, el autor quiere dejar a salvo una aclaración: El proyecto habla de que el emisor de las directivas puede “conferir mandato” y “designar a la persona o personas que han de ejercer su tutela”. Como lo expone en el trabajo antes citado, el carácter personalísimo de las determinaciones en juego y los límites que prevé el Código Civil en materia de mandato hacen que poner la decisión en manos de un tercero, por más confianza que en él se deposite –como antecedente típico del mandato-, no congenia con la cualidad subjetivísima que inspira a las directivas anticipadas. Una cosa es reconocerle el derecho a la persona de proyectar su “propio plan de vida”, pero otra distinta es trasladar –aunque sea lícitamente- ese predominio a un tercero. A mayor abundamiento, Labombarda no cree que sea tan sencillo contar con un aceptante a semejante propuesta, y aún si así fuera, imagina no pocas dificultades cuando al “representante” le llegue el momento de intervenir, que deberá exponerse no sólo frente al entorno de todos los afectos del moribundo sino también ante los dictados de su propia conciencia. Ver, por otra parte, la **ponencia** presentada por **Verde de Ramallo, Susana**, en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, donde al respecto que establecía: “De *Lege Ferenda*, propiciar, que vía legislativa se instrumente y autorice en nuestro país la manifestación anticipada de voluntad para las cuestiones relativas a la salud, para aplicar en el momento que dicha voluntad no pueda manifestarse. Dicha manifestación deberá tener las características y requisitos que la ley exija, recomendándose: 1) Que sea hecho ante escribano público u otro funcionario público y ante dos testigos; 2) No se tendrán en cuenta voluntades anticipadas que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico, a la moral o a las buenas costumbres; 3) Para un fiel cumplimiento, se recomienda que el cónyuge o familiar más cercano tenga una copia del mismo, y otro el médico de cabecera del otorgante; 4) Obligación de denunciar la existencia de estos documentos y su incorporación a la historia clínica del paciente; 5) incluir algún tipo de penalidad para quienes sabiendo de la existencia de estos documentos los ocultaren o destruyeran.

II.4.Capacidad

El capítulo segundo del libro primero, trata lo relativo a la capacidad de las personas humanas. Aquí se ve una amplia modificación al régimen vigente y en líneas generales puede decirse que son acertadas las normas propuestas, con algunas excepciones que señalaremos por oscura redacción o que introducen situaciones que podrán originar algunos conflictos.

II.4.a) Incapacidades de ejercicio

El artículo 23 expresa: *“Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”*, es decir que reconoce claramente que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción.

El artículo 24. reza: *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 2ª de este capítulo;*
- c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.*

Con estas previsiones, el Proyecto de Código se estará adecuando a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Convención Internacional de las personas con discapacidad.

Las permanentes referencias a la noción de “grado de madurez”, la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas y las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones, son aciertos.

II.4 b) Los menores en el Proyecto

Observamos que se introduce el concepto de aptitud progresiva, que tanto se ha pregonado, pero mantiene la división de los menores por sus edades. Así, denomina menor de edad a las personas que no han cumplido los 18 años y al menor que cumplió 13 años lo denomina adolescente, seguramente para coincidir con la terminología que emplean los Tratados internacionales.

Merece nuestra aprobación haber recogido lo recomendado por la Convención de los Derechos del Niño en cuanto al interés superior del niño y su derecho a ser oídos en cuestiones que los involucren⁹ (artículo 26).

No obstante observamos cierta oscuridad en algunas de las partes de la norma. Dicho artículo 26 establece: *“La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”*. Inmediatamente agrega: *“No obstante, la que cuente 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...”* Recordemos que el artículo 25 nos definió al menor de edad y al adolescente. Pues bien, en este artículo que estamos analizando, sólo se refiere al “menor de edad”. Las dudas que se nos presentan son: ¿Está refiriéndose sólo al menor de 13 años? De ser así, ¿Quién y cómo determinará si el menor tiene la madurez suficiente para realizar por sí, los actos y de qué tipo de actos se refiere?

La norma continúa estableciendo dos situaciones diferentes respecto a los tratamientos médicos. Así en un párrafo expresa: ... *“Se presume que los adolescentes entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años, tienen aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física”*. A continuación agrega: *“Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, los adolescentes deben 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”*.

Por otra parte, a partir de los 16 años se les da absoluta capacidad en lo relativo al cuidado de su propio cuerpo. Dice la norma en este punto que *“se lo considerará como un adulto”*. Sospechamos que esto creará tensiones en las relaciones entre padres e hijos. Así también la solución de considerar “adulto” a una persona por la sola voluntad de la ley parece antojadiza. Aún ante las discrepancias existentes entre los especialistas, hay un punto en el que sí hay acuerdo mayoritario: la madurez no sólo viene de la mano de la edad cronológica sino también de las condiciones familiares y

⁹ Alguno de nosotros propiciaba esto: **Verde de Ramallo, Susana**: *“La actividad jurídica de los menores y la patria potestad”* en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Universidad Nacional de La Plata, N° 36, nueva serie, pág. 233, 2006.

sociales en que el menor se desarrolló. Por distintas razones de público conocimiento, hoy la población argentina es heterogénea en ese aspecto. En consecuencia, fijar la edad de 16 años como el momento de inflexión para tomar decisiones que involucran al cuerpo del menor se exhibe como una solución riesgosa. Por ello, creemos que debería suprimirse este párrafo.

Fuera de esta digresión, vemos que el artículo es muy desordenado, mezcla conceptos y crea una gran confusión. Debieron separarse claramente las cuestiones relacionadas con los derechos personalísimos de los menores de las cuestiones de índole patrimonial¹⁰. En este sentido, coincidimos con lo propuesto por la Dra. Kemelmajer de Carlucci, cuando expresó que hay que distinguir *“los conceptos de “capacidad” y “competencia”, la primera es una noción empleada principalmente en el ámbito de los contratos, estableciendo en general las leyes, por razones de seguridad jurídica, una edad determinada a partir de la cual se alcanza la mayoría de edad. La competencia, en cambio, pertenece al ámbito de ejercicio de los derechos personalísimos, requiriendo analizar si el sujeto puede o no entender cabalmente; los alcances de su comprensión; su aptitud para comunicarse; razonar y juzgar conforme a sus valores”*¹¹.

II.4.c) Artículo 65¹²

Este artículo en la última parte establece que: *“a pedido de los padres, o del propio interesado con edad y madurez suficiente, puede agregar el apellido del otro”*.

Acá nos planteamos que se habla de edad y madurez suficiente. Respecto a la primera alternativa no habría problema, dado que si la persona tuviera más de 13 años, en función de lo establecido en el art. 26, en el Registro Civil deberían escuchar y hacer

¹⁰ Apoyamos la **ponencia de Bertoldi de Fourcade, María Virginia , Stein ,Patricia, Krede, María Beatriz , “Capacidad progresiva”** *“La ley 26579: Incidencia sobre las reglas generales de la capacidad”* en comisión 1 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Tucumán 2011.- En ella proponen: 1) “Incorporar en el Código Civil el principio de capacidad progresiva en el ejercicio de los derechos fundamentales del niño”. 2) “Mantener el principio de incapacidad, sujeto a representación necesaria de los niños menores a 18 años respecto al ejercicio de sus derechos patrimoniales, salvo las excepciones reconocidas expresamente por la ley”, 3) Instituir nuevamente la emancipación por habilitación de edad para la franja etaria de 16 a 18 años de edad con un régimen similar a la institución derogada, con carácter revocable y con las limitaciones previstas en los artículos 134 y 135 del CC. <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C1/C1-012.pdf>.- Consultado el 18 de marzo de 2012.-

¹¹ **Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho del menor a su propio cuerpo”** en *La persona humana*, director Borda, Guillermo Antonio, La ley, Buenos Aires, 2001, p. 249

¹² Los autores de este trabajo quieren dejar aclarado que la inclusión del análisis este artículo sobre nombre no implica que prestemos conformidad con el resto de las disposiciones sobre el mismo. Por falta de tiempo no hemos podido hacer el análisis. El introducir este artículo es más que nada, a los efectos de graficar algunos de los problemas que se plantean por la redacción defectuosa de las normas en relación a la aptitud progresiva de los menores.

lugar al pedido del menor. Pero si no llega a esa edad (por ejemplo un niño de 11 o 12 años) ¿De que modo se evaluará la “madurez suficiente” del menor? ¿Quién quedará a cargo de esa tarea? ¿Las autoridades del Registro Civil? No creemos que los funcionarios de esa repartición tengan las competencias suficientes para hacerlo. ¿Deberá crearse un cuerpo especial para analizar la situación del interesado? En fin, ante el silencio de la norma se nos ocurren numerosas posibilidades y prácticamente todas nos parecen absurdas.

II.4.d) Emancipación por matrimonio

La figura de la emancipación por matrimonio se mantiene, y felizmente, se esclarece el absurdo legislativo que se generó después de la sanción de las leyes 26.449 y 26.579, indicando expresamente que será bajo autorización judicial.

II.4.e) Restricción a la capacidad por causas de salud

El proyecto habla de personas con “incapacidad” y/o con capacidad restringida por razón de carencias de salud”. Ha eliminado la expresión demente, lo que resulta plausible.

En esta temática se ve una amplia mejora de las disposiciones respecto a lo que establece la ley de salud mental 26.657. No obstante, esta ley sigue vigente y deberá armonizarse la interpretación entre ambas legislaciones.

Queda debidamente esclarecido que el sistema de restricción de la capacidad, lo es para protección de la persona, algo que estuvo establecido en el Código de Vélez, pero que en los hechos no parecía adecuarse a la realidad. Existió mucha estigmatización y discriminación de las personas que padecían enfermedades mentales.

Debemos destacar que el Proyecto reconoce algo que la ley 26.657 parecía no hacerlo. En ciertos casos pueden existir situaciones en las que la persona presente una enfermedad mental grave y sin posibilidades de cura, por lo cual la declaración de incapacidad es la única solución posible para su debida protección. Por supuesto que si la situación se revirtiera –es decir, si lograra una cura a la enfermedad-, siempre y en todo momento, se le podrá levantar la restricción a su capacidad. El artículo 32 expresa: “El juez puede declarar la incapacidad de una persona mayor de TRECE (13) años de edad que por **causa de enfermedad mental** se encuentra en **situación de absoluta ineptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes,** (el remarcado es nuestro). Como puede observarse esta parte del artículo tiene mucha similitud con el actual artículo 141 (reformado por la ley 17.711).

El mismo artículo contempla también la posibilidad de restringir la capacidad de una persona mayor de trece años, que padece una adicción o una alteración funcional permanente o prolongada, de suficiente gravedad, debiendo el juez evaluar si tuviera plena capacidad pueda resultar un daño a su persona o a sus bienes. Este supuesto estaba establecido en artículo 152 bis en los apartados 1 y 2. La expresión “alteración funcional permanente o prolongada”, nos lleva a pensar que se adoptó lo que tantas veces la doctrina reclamó, que la disminución en las facultades podía ser tanto por causas psíquicas o físicas¹³.

También compartimos que se haya adoptado el criterio de legitimar al propio interesado a solicitar la restricción a su capacidad. Si realmente el instituto está pensado para protección de la persona y sus bienes, ¿por qué negarle esa posibilidad si entiende que no puede manejar totalmente su persona o su patrimonio?¹⁴.

II.4.e).1 La sentencia

El artículo 38 expresa: “La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la incapacidad y designar representante. Si el estado de la persona en cuyo interés se sigue el proceso lo hace posible y conveniente, el juez debe especificar los actos que el incapaz puede realizar por sí o con asistencia de uno o más curadores. Si el juez considera que la persona está en situación de conservar su capacidad con limitaciones o restricciones, declara los límites o restricciones a la capacidad y señala los actos y funciones que no puede realizar por sí misma. En ambos casos, designa un curador y determina sus funciones. Se aplican las reglas de este Código relativas a la curatela, y a la tutela, en cuanto sean compatibles, incluidas las reglas de la pluralidad. La sentencia que declara la incapacidad o la restricción parcial a la capacidad de la persona debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a TRES (3) años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios”.

Así, el proyecto sigue sin definir un debate que ya se viene dando desde la sanción de la ley 26.657, en especial, por ese plazo de tres años que el régimen prevé.

Concretamente, fenecido ese plazo y en caso de que no se haya hecho una revisión del juicio ¿la incapacidad o inhabilitación cesó de pleno derecho?. Un

¹³ Así fue recomendado en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Tucumán 1993, Despacho b) (mayoría) “El inciso 2° del art. 152 bis comprende a los disminuidos en sus aptitudes psíquicas y a aquellas personas que por razón de sus deficiencias físicas merecen ser protegidos por medio del régimen de asistencia”, Verde de Ramallo, Susana, Ponencia en la comisión 1 en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán 1993. Revista del Colegio de abogados de La Plata, N° 54, año 1994, pág 221,228 y 229.

¹⁴ Verde de Ramallo, Susana, idem cita anterior, pág. 234

importante sector postula que, dado que la ley no contempla una reconducción del juicio y que la esencia de la ley de salud mental es considerar que la incapacidad de las personas no sea un estado inmodificable, las limitaciones a los actos de la vida civil dejan por sí solas de existir. Pero no puede dejar de observarse un posible problema: si un examen de facultativos –como así dice la ley- determinó que la persona tiene una patología grave con pronóstico desfavorable ¿Resulta que la ley, por sí sola, ahora lo rehabilita automáticamente? En realidad pareciera que no, lo que hace es obligar (en función de lo establecido en el artículo 47) a que se efectúe un nuevo dictamen que, conforme el artículo 36, debe expedirse sobre el restablecimiento de la persona. Lo que no sabemos es cómo va a funcionar esto, si deberá ser el curador quien deba pedir el nuevo examen o será de oficio el juez quien deba solicitarlo, y eventualmente, cómo se efectuará el control del cumplimiento del término.

II.4.e) 2 Dictamen de equipo interdisciplinario

Vemos también que se sigue el criterio de la ley 26.657 en cuanto a que es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario como prueba imprescindible para expedirse el juez en la sentencia. En este caso, el proyecto es más claro al establecer que entre ellos debe haber necesariamente un siquiatra y “otros profesionales cuyas incumbencias los habiliten a tales fines”.

II-4. e) 3 Inhabilitación

Por último, la figura de los inhabilitados se reserva para el supuesto de prodigalidad, que se regula apuntando especialmente a la protección del interés patrimonial familiar. Vemos que, acertadamente, se establece que podrán ser inhabilitados quienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. Recordemos, en tal sentido, que el artículo 152 bis actual requiere que haya dilapidado una parte importante de su patrimonio, lo cual se consideró excesivo¹⁵.

¹⁵ Verde de Ramallo, Susana idem citas 12 y 13, pág.233

Si bien se ha ampliado a los legitimados para pedir la inhabilitación, alguno de nosotros hubiera preferido que se extendiera incluso a los colaterales con obligación alimentaria¹⁶.

III. Palabras finales

Hemos hecho el análisis de una mínima parte de los temas que hubiésemos deseado estudiar e indicamos precedentemente los aciertos, modificaciones y/o supresiones que deberían hacerse. El tiempo ha sido muy limitado y no hemos podido abarcar todo el articulado de la parte que nos compete como profesores de Derecho Civil, parte general.

Nos reconocemos admiradores de Vélez Sarsfield y su obra. Elogiamos que el Código que él elaboró haya podido trascender y aplicarse por más de 140 años desde su entrada en vigencia, aunque con modificaciones y complementaciones que en diversas épocas se le fueron agregando.

La introducción a los fundamentos de este anteproyecto habla de un trabajo que pretende ser un espejo de la constitucionalización del derecho privado e intenta establecer relaciones de igualdad, paradigmas no discriminatorios y reflejar una sociedad pluralista. Los objetivos son loables.

La comisión que lo proyectó puso especial énfasis en que las normas sean redactadas del modo más claro posible, a fin de facilitar su entendimiento por parte de los operadores jurídicos y de los legos. Por cierto, no nos agrada el elevado tecnicismo en el derecho. Genaro Carrió ya decía que la función del derecho se ve comprometida si las reglas jurídicas estuvieran formuladas de manera tal que sólo un grupo pequeño de iniciados pudiera comprenderlas¹⁷.

No obstante, tampoco podemos soslayar que la excesiva parquedad en las fórmulas normativas trae tantas o más problemas de exégesis. Y eso es precisamente lo que se ve en algunas de ellas. Estas falencias se trasladan a la regulación –muy genérica a nuestro juicio- de las técnicas de reproducción humana asistida. Por tanto, si bien es evidente que nuestra legislación civil necesita adecuarse a los días que transitamos, nos da la impresión de que el tiempo que demandó el trabajo de la comisión redactora no es proporcional a la cantidad de temas que se pretenden incluir. No queremos que se mal

¹⁶ Verde de Ramallo, Susana idem citas 12, 13 y 14, pág. 233/234. Los hermanos deberían tener legitimación si ven dilapidar el patrimonio y desquiciar la vida de su hermano, máxime que ante la necesidad tendrán que asistirlo conforme la obligación alimentaria existente.

¹⁷ Carrió, Genaro, “*Notas sobre derecho y lenguaje*”, 4ta. edición, Buenos Aires, 1990, Abeledo-Perrot, p. 49.

interprete: las intenciones de cubrir la mayor parte de vacíos legales siempre es elogiada. La dificultad es cómo hacerlo, ya que en caso de que el procedimiento sea técnicamente defectuoso, no estaremos avanzando. Nos permitimos citar a nuestro codificador que en esto fue un visionario: **“Un Código nunca es la última palabra de la perfección legislativa, ni el término de un progreso”**¹⁸. Ahora, a su turno, el Poder Legislativo debe efectuar un análisis profundo del Proyecto y culminar y afinar lo que hasta ahora se conoce.

¹⁸ Cuenta **Moisset de Espanés, Luis**, que la frase de Vélez estaba escrita en un borrador inédito que formaría parte de la nota de presentación del Libro Cuarto de su código (ver su trabajo *Cambio social y cambio legislativo* y sus remisiones doctrinarias, disponible en <http://www.derehocambiosocial.com/revista009/Cambio%20social.pdf>. acceso del 25/07/12.