

## PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

### ASPECTOS VINCULADOS AL REGIMEN JURÍDICO DE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS<sup>1</sup>.

#### I. Introducción.

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación presentado por la comisión integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente y Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, en cumplimiento del decreto presidencial 191/2011, propone un cambio sustancial de nuestro régimen jurídico.

De aprobarse la iniciativa, nuestro código civil, vigente desde el 1º de enero del año 1871, habrá cumplido su ciclo. El Derecho Privado debe responder hoy a los principios constitucionales y a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por nuestro país, de acuerdo a la supremacía consagrada por la propia Constitución Nacional Argentina (art. 31<sup>2</sup> y 75 inc. 22<sup>3</sup>).

El Proyecto, acorde con este criterio, recepta la constitucionalización del derecho privado, como lo indica en sus fundamentos. Los nuevos paradigmas que portan los instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscriptos por nuestro país tienen amplia consideración en los diferentes ámbitos regulados. Se proponen así nuevos criterios en el tratamiento de temas vinculados con las formas de procreación humana; la condición jurídica de las personas menores de edad, su derecho a ser oído y al ejercicio autónomo y progresivo de sus derechos; la participación de las personas con discapacidad en los asuntos que le conciernen, el respeto a sus derechos y la mínima restricción posible a su capacidad de ejercicio; el régimen que regula las relaciones parentales, la familia, el matrimonio y la convivencia; el derecho sucesorio; los derechos de incidencia colectiva, de los consumidores, de los bienes ambientales y otros aspectos relacionados con la vida cotidiana de las personas y sus relaciones jurídicas. En sus fundamentos la comisión afirma que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

Toda nueva legislación y especialmente aquella que impacta de manera profunda en cuerpos normativos vigentes de larga data, suele generar en un principio temores, prejuicios,

---

<sup>1</sup> En base al análisis elaborado conjuntamente con el notario Luis R. Llorens, presidente de la comisión de Relaciones con la Comunidad del Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, miembro honorario del Instituto de Derecho e Integración e integrante del comité de referatto de su revista.

<sup>2</sup> Art 31: "Esta Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación"

<sup>3</sup> Art. 75 inc. 22": "...Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes."

rechazos y resistencia. Por ello, esta obra nos impone a todos los operadores del derecho la obligación de abocarnos a un análisis concienzudo, esmerado y prudente de su contenido.

La protección de los derechos individuales, sociales y colectivos y su incidencia en la calidad de vida de las personas y en el progreso de la comunidad son los ejes que deben guiar el estudio, las críticas y la interpretación de la reforma propuesta.

El Instituto de Derecho e Integración tiene por objetivo el estudio de la condición jurídica de las personas en situación de vulnerabilidad. Desde este lugar nos permitimos presentar las siguientes observaciones al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

## II. Antecedentes

En primer lugar señalamos que para analizar el tratamiento del régimen jurídico de capacidad de las personas que regula el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación debemos hacerlo no sólo en relación a nuestro Código Civil vigente. Es necesario partir de nuestra Constitución Nacional (entre otros del artículo 75 en sus incisos 22 y 23) para pasar a considerar el régimen jurídico completo sobre capacidad de las personas, regulado en nuestro país por:

- a) Convención Internacional de los Derechos del Niño (aprobada por nuestro país por ley 23.849/1990 e incorporada a nuestra Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 22, con rango constitucional)
- b) Ley 26.061/05. Sobre Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.
- c) Ley 26.529/09. Sobre Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Y su modificación por la Ley 26.742 recientemente aprobada por el Congreso de la Nación.
- d) Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aprobada por ley 26.378/2008
- e) Ley 26.657/10. Sobre Salud Mental.

Estas normas conforman si dudas un nuevo sistema jurídico sobre capacidad de las personas que impacta profundamente el régimen de nuestro Código Civil.

El Código Civil Argentino, en la redacción del Dr. Dalmacio Vélez Sársfield, contenía un régimen de capacidad de las personas al que se lo puede calificar de rígido. Así, en materia de minoridad, por ejemplo, conforme con el art. 128, “Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren ...” (originariamente 22 años; luego, desde la sanción del Decreto-Ley 17.711/78, 21 años; y actualmente 18 por efecto de la ley 26.579).

De igual manera, las distintas categorías de menores se tasaban también por fecha fijadas como lo indica, por ejemplo, el art. 127.

En materia de mayores “dementes”, ellos se constituían en “incapaces absolutos”, de acuerdo con el art. 54, sin que hubiera posibilidad de morigeración alguna, aún cuando se tratara

de un caso de mera disminución de las facultades intelectuales, aunque ella fuere de grado menor.

Recién el Decreto-Ley 17.711 en el año 1968 introdujo la primera atenuación con la categoría de los inhabilitados, al agregar al Código Civil Argentino el art. 152 bis, que incluye, entre otros, a “los disminuidos en sus facultades”, quienes “podrán otorgar por sí solos actos de administración (sin la conformidad del curador), salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.” Para disponer de los bienes los inhabilitados requieren la asistencia del curador. Es decir que no lo reemplaza totalmente en el ejercicio de sus derechos como en el caso de los declarados insanos.

Este régimen se vio alterado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, vigente en nuestro país desde el año 1990 y que hoy forma parte del plexo normativo constitucional, que garantiza al niño, entre otros derechos, el de expresar su opinión y el de que su opinión sea tenida en cuenta. E introduce en el Derecho Argentino el concepto de autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos en oposición al rígido sistema de incapacidad absoluta imperante.

Esta convención no sólo afectó al régimen de minoridad del código civil, sino también el de los mayores incapacitados en virtud de la remisión que efectúa el art. 475 del mismo cuerpo.

Luego se dictó la ley 26.061 sobre protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, que garantiza a los menores *el ejercicio* y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos (art. 1°) y les reconoce el derecho a ser oído y “a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta” (art. 2, 3, 24, 27), entre otros.

Posteriormente, la ley 26.378 tornó obligatorio en nuestro país la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ella es norma, inclusive, para las personas con deficiencias intelectuales o mentales (art. 1°)<sup>4</sup>, entre sus principios se señala “la autonomía individual incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas” (art. 3°); y el ya famoso art. 12° obliga a los estados partes a adoptar “las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de la capacidad jurídica, respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” y que las restricciones a la capacidad de obrar sean “proporcionales”.

---

<sup>4</sup> Artículo 1. Propósito. El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

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.

La ley 26.657 introdujo en el código civil argentino el art. 152 ter que dispone que “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad (...) deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”. La redacción parece descartar la posibilidad de una interdicción total. Debemos señalar también que esta ley parte de la presunción de capacidad de todas las personas (art3º), se refiere 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 (art7º). La ley protege el respeto a la voluntad de la persona con enfermedad mental.

Indudablemente, este breve resumen demuestra que el régimen legal vigente amerita una reforma que lo integre en un solo cuerpo armónico. Dicho cuerpo armónico imperiosamente debe resultar acorde con los postulados constitucionales (Convención Internacional de los Derechos del Niño) y de las convenciones internacionales (la ya citada Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y otras como la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación). Debería además continuar la evolución de las normas nacionales precedentemente resumida.

### III. El Proyecto:

#### 1. Capacidad: LIBRO PRIMERO. Título I. Capítulo 2. Sección 1ª

En materia de capacidad de hecho o capacidad de ejercicio según el Proyecto en estudio, el art. 23 sienta como principio general: “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”. Las disposiciones que restrinjan la capacidad de ejercicio de las personas no sólo pueden estar previstas en el Código Civil sino también en otras leyes especiales, por lo que consideramos que la norma debe establecer: “...excepto las limitaciones expresamente previstas *en la ley...*”

#### 2. La capacidad de ejercicio. Principio general:

El mismo artículo el 23 sienta el principio general en cuanto habla de “ejercer por sí misma”, para luego consignar las excepciones que son “limitaciones”. Es decir que la capacidad es la regla. Lo cual resulta acorde con la normativa que señaláramos antes, especialmente con los postulados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en tanto ellas no admiten *ningún caso* que el menor o el mayor sujeto a un régimen de protección sea privado de ejercer sus derechos por sí mismo en la medida de que tenga aptitudes suficiente para ello y de los derechos a opinar, a ser oído y a que su opinión sea, al menos, tenida en cuenta. Para estas normas

superiores ya no existen “incapaces”, pues a *todas las personas* se les reconocen los derechos precedentemente enunciados. Partiremos de este principio general para realizar las siguientes observaciones

El artículo 24 proyectado se refiere a las personas incapaces de ejercicio, en alusión a la actual incapacidad de hecho o de obrar. Y establece lo siguiente:

“Son incapaces de ejercicio

a) Persona por nacer

b) Persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2<sup>a</sup>

c) La persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.”

De acuerdo a la normativa vigente que hemos señalado, no corresponde catalogar a estas personas de “incapaces de ejercicio”. Sólo es posible regular su capacidad limitada en los supuestos previstos por la ley o por sentencia judicial, a fin de sostener la regla general en la materia que es la capacidad. Insistimos, la incapacidad debe ser siempre la excepción. Por tanto, como primera conclusión, entendemos que resulta inapropiado y contradictorio con el principio general del artículo 23 y lo dispuesto en las convenciones internacionales ya citadas, hablar en el proyecto de “incapaces” (art. 24; art. 32, art. 138, etc.). Debería hablarse únicamente de personas con capacidad restringida. Podría objetarse a este razonamiento que resulta inapropiado si la falta de discernimiento de un menor o de un mayor sujeto a un régimen de protección es tan importante que le impida de manera absoluta ejercer esos derechos. Podría sostenerse así que, en la práctica, quien carece de manera absoluta de discernimiento no puede ejercer esos derechos también de manera absoluta.

Sostenemos, que la capacidad es una cuestión de la ley y que el discernimiento es una cuestión de la naturaleza. El hecho de que una persona carezca de la manera más absoluta imaginable de la aptitud de discernir y de expresar sus deseos, sólo le impide otorgar actos jurídicos (art. 1.045 C.C.; art. 261 del anteproyecto en cuanto considera involuntario el acto hecho sin discernimiento), hecho que no le ocasiona una falta de capacidad en tanto y en cuanto la ley o el juez así no lo declaren. Así, en el régimen velezano, si un incapaz otorga un acto jurídico, ese acto será nulo (art. 1.044); mientras que si una persona capaz otorga un acto sin el discernimiento necesario al momento de otorgarlo, el acto ha de ser anulable (art. 1.045) por falta de discernimiento, pero no de capacidad.

En definitiva creemos que la protección de los derechos fundamentales de las personas y en especial aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, exige claridad en esta materia, en la que históricamente persistió esta confusión de conceptos. Sólo la ley o una sentencia judicial pueden restringir la capacidad de ejercicio de una persona, y no pueden hacerlo

de manera generalizada ni absoluta. Tal como lo manda nuestra legislación vigente las limitaciones deben ser excepcionales y determinar los actos y funciones que comprende.

### 3. Personas menores de edad<sup>5</sup>. Libro Primero. Título I. Capítulo 2. Sección 2ª

El proyecto propone nuevos criterios en el tratamiento de temas vinculados con la condición jurídica de las personas menores de edad, como su derecho a ser oído, su participación en los asuntos de su interés y al ejercicio autónomo y progresivo de sus derechos en relación al derecho a su propio cuerpo. Valoramos un gran avance en la materia en cuanto a la recepción de los principios de la CDN y la recepción de ciertos ejes establecidos para el trato jurídico de los menores de edad por la ley específica 26061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Pero también observamos cierta falta de claridad y algunas limitaciones que contradicen los principios generales que el mismo proyecto pregona, y los principios establecidos en la citada ley especial 26.061, especialmente en materia patrimonial. De acuerdo a nuestra interpretación de la reforma que se propone, el punto más disvalioso es aquel que mantiene la relación, tantas veces cuestionada por la doctrina avocada a los derechos del niño, entre capacidad y minoría de edad.

En el artículo 23, como dijimos, se regula la capacidad de ejercicio de los derechos, sentando el principio general “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”. Sin embargo, esta regla a nuestro entender, es inmediatamente restringida y hasta invertida para los menores de edad: En el artículo 24, se declara a los menores “incapaces de ejercicio” con el eufemismo de la siguiente acotación “cuando no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente con el alcance previsto en la sección 2da.” Decimos eufemismo, porque en dicha sección, en el art. 25, se declara que la persona que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente “puede ejercer por sí los actos que le son permitidos en el ordenamiento jurídico”. De este modo el ejercicio de los derechos queda reducido al margen de lo permitido en el ordenamiento y no conforme a una regla general que habilite el ejercicio con las debidas excepciones puntuales.

El proyecto establece que son menores de edad las personas que no cuentan con 18 años y dentro de esta categoría ubica a los adolescente que son los que cuentan con más de 13 años.

A los menores en general entonces les son permitidos:

- 1) El derecho a ser oído en todo proceso judicial que le concierne (art. 26)

---

<sup>5</sup> En base al trabajo elaborado conjuntamente con la Dra. María Claudia Torrens, docente de la Facultad de Derecho de la UNR y miembro del Instituto de Derecho e Integración, a publicarse en la Revista del Instituto de Derecho e Integración Nº 8

2) Participar en las decisiones sobre su persona (art. 26)

Si es mayor de 13 años y menor de 16 años

1) Tiene 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 ( art. 26) .

2) Debe contar con asistencia de sus progenitores para el consentimiento en aquellos casos de “tratamientos invasivos que comprometan su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida” (art. 26)

Si es mayor de 16 años se lo considera “adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”( art. 26)

Sin embargo, de acuerdo a nuestra interpretación y como dejamos ya establecido, el proyecto se aleja de los avances logrados por la teoría y práctica sobre reconocimiento de los Derechos del Niño en los siguientes puntos neurálgicos:

1) Confundir minoría de edad con incapacidad: Lamentablemente el proyecto reitera la clasificación del menor de edad como “persona incapaz”, conforme lo realiza el código civil velezano del siglo XIX. Así, si bien recepciona los novedosos giros del lenguaje técnico del siglo XXI en esta materia al hablar de capacidad de ejercicio, reitera la inclusión de los menores de edad en el ámbito de las personas incapaces. Así lo hace en el señalado artículo 24.

No estamos desconociendo la necesidad de establecer límites en el ejercicio de los derechos en el caso de los menores de edad, pero entendemos que el desafío para un nuevo código, es superar la idea tradicional acerca de la asociación cuasi automática entre incapacidad y niñez - adolescencia. En nuestro país son numerosas las posiciones teóricas que avalan esta afirmación. En un importante análisis de la ley 26.061 se ha sostenido: “El sistema de protección integral involucra la satisfacción y/o restitución de derechos mediante el diseño, implementación y ejecución de políticas públicas como una de las tantas formas de proteger y garantizar derechos. Pero también se refiere al modo de ejercer esos derechos”<sup>6</sup>. García Méndez ha reiterado las dificultades que conlleva para la efectividad de los derechos de los niños la confusión entre incapacidad y niñez, sosteniendo que “...la incapacidad política de la infancia está precedida por una incapacidad civil, la que a su vez se basa y legitima en un larga serie de incapacidades “naturales”, que el derecho de menores solo se tomó el trabajo de “reconocer” y otorgar estatus “científico”<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> NELLY MINYERSKI y MARISA HERRERA , *Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061*, en “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” Compilador Emilio García Méndez, Editores del Puerto , 2008 2da edición actualizada Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Pág. 48 ( El subrayado es nuestro)

<sup>7</sup> EMILIO GARCIA MENDEZ, *Infancia, ley y Democracia: Una cuestión de Justicia*, en EMILIO GARCIA MENDEZ y MARY BELFO (compiladores) *Infancia, ley y Democracia en América Latina* Editorial Temis De palma, Bogotá Buenos Aires 1998. Pág. 24.

La doctrina europea apoya la diferenciación de menores de edad e incapacidad. En la legislación alemana “ en el caso de los niños de 7 años, no se habla de incapacidad civil, sino de capacidad limitada”<sup>8</sup>y en particular la doctrina española ha sostenido que “Menor de edad e incapacidad no son conceptos sinónimos sino todo lo contrario”, Carlos Lasarte Alvarez afirma: “ Así pues, no cabe ya trazar un foso entre mayor de edad ( capaz) y menor de edad ( incapaz), sino manifestar que el Derecho positivo ha acabado por reconocer que la adquisición de la capacidad de obrar es gradual y paulatina”<sup>9</sup>

En igual sentido, afirma Díez Picazo en relación al Código Civil Español: “Fuera de las coordenadas expuestas, nada se puede afirmar respecto de un principio general de incapacidad de obrar del menor. El Código Civil no contiene ningún precepto que así se pronuncie, sino supuestos concretos y específicos en lo que únicamente se permite la actuación de los menores que tengan una cierta edad bien por sí solos, bien con sus padres o tutor, es decir, éstos no suplen la voluntad del menor” <sup>10</sup>

Puntualizamos entonces, nuevamente en nuestro país, que una regulación que establezca que incapacidad de ejercicio y minoría de edad son isomórficas, es absolutamente contraria a nuestro sistema legal y constitucional. La Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo rango constitucional ha sido establecido por el art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional y la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, legislación específica para la materia, deben ser tenidas en cuenta para todo tipo de elaboración legislativa. Nuestro Estado de Derecho, reconoce a la niña, niño y adolescente su calidad de sujeto de derecho, establece el principio del interés superior del niño y exige que los mismos sean oídos y participen en los asuntos de su interés con autonomía progresiva para ejercer los derechos. Esto entraña la obligación de construir instrumentos jurídicos que les permitan ejercer su calidad de sujeto de derecho.

2) Advertimos que el proyecto en el artículo 26 establece la representación como el único medio en virtud del cual los menores de edad pueden ejercer derechos. El citado artículo lo expresa así: “la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”. No estamos realizando una observación crítica de la representación de un menor de edad, ya que consideramos que la misma constituye un medio idóneo para el desenvolvimiento de derechos.

---

<sup>8</sup> AGUSTIN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo* t I, 10ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 2009 PÁG. 10

<sup>9</sup> CARLOS LAZARTE ALVAREZ, *La capacidad de obrar: edad y emancipación de menores*, en la capacidad de obrar del menor, Exhiobris ediciones, SL Madrid, 2009 Pág 10

<sup>10</sup> DIEZ-PICAZO Y GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I tecnos Madrid 2005 pág.384)



La crítica se detiene sobre la constitución de la representación como el medio a partir del cual se le permitirá ejercer derechos.

La autonomía progresiva reconocida en el art. 5 de la CDN establece que en “consonancia con la evolución de sus facultades” el niño debe ser orientado para ejercer sus derechos. El Comité de Derechos del Niño, órgano encargado por la CDN de supervisar la efectividad de los derechos en ella contenidos, ha sostenido en diversas “Observaciones” que los Estados partes de la CDN deben garantizar que los niños ejerzan sus derechos por sí mismo cuando estén en condiciones de hacerlo.

Debemos reconocer, que el Proyecto analizado, impone importantes límites a la representación, los que son regulados en el Libro segundo Título VII sobre responsabilidad parental. Así, por un lado los principios generales regulados para el desempeño de los responsables parentales, en el artículo 639, ya comentados en el presente trabajo, que necesariamente deben respetarse. De este modo, cuando el menor ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, siempre debe respetarse su derecho a participar, a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta de acuerdo a su desarrollo y madurez. Por otro lado, se establecen límites muy importantes, en relación a la representación de los adolescentes, como ya lo hemos descrito en el artículo 677. Sin embargo, permanece intacta nuestra objeción, atento a que ella se sustenta en la redacción del citado art. 26, el que a nuestro entender, dejaría en serias dificultades la efectividad de los derechos de los niños y los supuestos avances que menciona el proyecto. Máxime cuando seguidamente, el mismo artículo aclara que sólo podrán ejercer, aún contando “con edad y grado de madurez suficiente”... “los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”. Creemos que aquí se está invirtiendo la regla general establecida en el artículo 23, porque la persona menor de edad debería (conforme lo establece el artículo 23) poder ejercer por sí sus derechos cuando cuente “con edad y grado de madurez suficiente” con excepción de aquellos actos prohibidos por el ordenamiento general.

Entendemos, entonces que deben corregirse las insistentes formas de determinar una incapacidad general de ejercicio del menor, ya que los límites impuestos podría confundir la pretendida capacidad de ejercicio con la antigua incapacidad de obrar relativa establecida como regla de incapacidad por nuestro vigente art. 55.

Igual criterio sigue el proyecto en lo relativo a la tutela, el artículo 117 (Libro Primero, Título IV, Capítulo 10, Sección 2ª) establece que: “Quien ejerce la tutela es representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial, sin perjuicio de su actuación personal en ejercicio de su derecho a ser oído y el progresivo reconocimiento de su capacidad otorgado por la ley o autorizado por el juez.” Aplaudimos la participación del menor en estos casos,

pero insistimos en que la regla general debe ser la capacidad y la ley debe específicamente establecer las limitaciones y no al revés.

3) Los límites a la participación de los menores: Consideramos que el proyecto limita innecesariamente la participación del menor en aspectos especialmente patrimoniales.

Por ejemplo en las siguientes disposiciones:

El artículo 26 dispone: “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 limita el ámbito de ejercicio de derechos a las decisiones sobre su persona. La participación del menor de edad debe garantizarse en todos los asuntos de su interés, relativos a su persona y a sus bienes, de acuerdo a las normas constitucionales e internacionales así como a la ley 26.061, ya analizadas, que reconocen este derecho en todos los ámbitos de su vida.

El art. 646 enumera los deberes de los progenitores y en su inciso c), establece que deben “respetar el derecho del niño y del adolescente a ser oído y a participar de su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos”. Reiteramos que según nuestro criterio el derecho a ser oído y a participar se extiende a todos los actos de la vida del menor.

El artículo 690, por su parte, establece que los progenitores pueden celebrar contratos con terceros, en nombre de los hijos en los límites de su administración y que deben informar al hijo que cuenta con edad y grado de madurez suficiente. Creemos que aquí también se impone el derecho del hijo a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta, no simplemente limitarse a informarle esta decisión.

En base a las consideraciones vertidas realizamos las siguientes sugerencias:

Artículo 26: Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. *Sugerimos agregar “ en los casos en que no puede ejercerlos por sí misma”*

No obstante la persona que cuenta con edad y grado de madurez suficiente, puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. *Sugerimos: No obstante la persona que cuenta con edad y grado de madurez suficiente, puede ejercer por sí sus derechos salvo en los actos prohibidos por el ordenamiento jurídico.*

...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. *Sugerimos agregar: “y sus bienes”.*

Se presume que los adolescentes entre 13 y 16 años tienen aptitud para decidir por sí respecto a tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. ...

*Sugerimos agregar: “En todos los casos tienen derecho a participar en la toma de decisiones que involucren su salud.”*

*Fundamentos: art 5, 12 y 14 CDN, 2, 3, 19, 24 y 27 Ley 26061, art 2 inc e) ley 26.529 modificada por ley 26742*

#### 4. Los mayores “incapacitados”:

A partir del art. 31 comienza la sección 3° del Libro Primero, Capítulo 2; titulada “Restricciones a la capacidad”.

El artículo 31 establece las reglas generales a partir de las cuales debemos analizar el régimen que el proyecto propone. Así establece dicho artículo:

“La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:

- a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;
- b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;
- c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;
- d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;
- e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;
- f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades”

De este artículo surge el principio fundamental en la materia: “la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume y sus limitaciones son de carácter excepcional”; lo cual resulta acorde con los postulados constitucionales y convencionales en la materia. Pero creemos que los incisos d) y e), que sólo le reconocen el “derecho a recibir información” y a “participar en el proceso judicial”, deberían ser mucho más amplios ya que el derecho a participar, conforme con el art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad exige el respeto de “los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” sin distinción de ámbitos.

El artículo 32 establece: Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad de una persona mayor de TRECE (13) 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.

Cuando por causa de enfermedad mental una persona mayor de TRECE (13)

años de edad se encuentra en situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes, el juez puede declarar la incapacidad.

No acordamos con el segundo supuesto de la norma. Entendemos que declarar la incapacidad absoluta de una persona contradice la normativa vigente en la materia, a la que hemos hecho referencia, especialmente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ( arts 3, 4, 12), así como las reglas generales establecidas en el art 31 del proyecto y la última parte del propio artículo analizado

Nos remitimos a los fundamentos vertidos ut supra, pero insistimos en que más allá de que la naturaleza prive totalmente a una persona de discernimiento, siempre tendrá el derecho de opinar y de ser escuchado, pueda hacerlo o no. El actual art. 152 ter del CC (introducido por ley 26.657), ya citado y que consideramos prudente reiterar, establece que: “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”. Es decir que en todos los casos en que se declare la incapacidad de una persona se debe especificar las limitaciones. No admite una incapacidad absoluta. Esto es así porque según las normas vigentes en la materia (CDPD, ley 26657) las limitaciones a la capacidad de obrar de las personas con discapacidad mental deben ser valoradas con criterio restrictivo y han de respetar en la mayor medida posible la autonomía de su voluntad y el ejercicio de sus derechos. La sentencia debe establecer siempre de manera expresa que actos no puede realizar la persona por sí misma, como se manda en el primer supuesto de la norma propuesta por el proyecto.

Con respecto al artículo 33 que establece quienes son las personas legitimadas para solicitar la declaración de incapacidad o capacidad restringida, consideramos que debe incluirse a la persona autorizada en una directiva anticipada por el propio interesado.

El art. 48 del proyecto establece que pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes, expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. Observamos que las normas que regulan el proceso y la protección de las personas con capacidad restringida y con incapacidad parecieran no aplicarse a esta categoría. Por ejemplo las normas que se refieren a medidas cautelares, participación del propio interesado en el proceso, el derecho a la asistencia letrada, revisión de la sentencia (arts 33, 35, 36, 40). Aunque consideramos que esta no es la interpretación correcta, por una cuestión de claridad legislativa se impone extender estas disposiciones al caso de los inhabilitados.

5. Régimen de Representación y Asistencia. Libro Primero, Título I, Capítulo 10, Sección 1ª y 3ª

A partir del artículo 100 el proyecto regula el régimen de representación y asistencia. Así el artículo 100 establece como regla general que: "Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí". Y el artículo 101 que "Son representantes:

a) de las personas por nacer, sus padres.

b) de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad paterna, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe;

c) de las personas incapaces o con capacidad restringida por razones de salud mental, el curador que se les nombre."

Al respecto señalamos que el artículo 100 se refiere sólo a las personas "incapaces" para establecer como regla general que ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí, pero el artículo 101 establece que el curador que se les nombre es representante también de las personas con capacidad restringida por razones de salud mental. Nos preguntamos entonces si no lo es en el caso en que se restrinja la capacidad de una persona por problema de adicciones. Por su parte el art 102 establece que las personas con capacidad restringida son asistidas por el curador. Pareciera que la sentencia deberá determinar cuando el curador actuará en representación de la persona con capacidad restringida y cuándo la acompañará con su asistencia. Aunque siempre debemos estar a la interpretación que menos restrinja el ejercicio de los derechos, creemos necesario mayor claridad en cuanto a la función del curador en los diferentes supuestos.

6. Directivas Anticipadas. Nombramiento de curador: (Artículo 60 , Libro Primero, Título I, Capítulo 3 y Artículo 139, Libro Primero, Título I, Capítulo 10, Sección 3ª)

El proyecto dispone en su artículo 60: Directivas médicas anticipadas. "La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas".

Por su parte, el art. 139 dispone que "La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela".

Señalamos lo siguiente:

a) El proyecto se refiere a persona "capaz". Sin embargo entendemos que el derecho del menor de edad a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los asuntos de su interés y al

progresivo ejercicio de sus derechos reconocidos por la CDN y ley 26.601, y en materia de salud por el art 2 inc. e) de la ley 26529, lo habilitan a otorgar este tipo de directivas cuando cuenta con aptitud de discernimiento suficiente, o competencia bioética en materia de salud. De esta manera su opinión podrá ser ponderada al momento de la decisión junto con las decisiones de sus representantes legales y demás circunstancias clínicas. No es más que efectivizar el derecho a ser oído.

En materia de personas mayores declaradas incapaces, entendemos que si la sentencia no impide al afectado otorgar este tipo de actos estaría habilitado para hacerlo. Aún más, entendemos que una sentencia que declara la “incapacidad” de una persona, no podría restringirle a esa persona el derecho a opinar y a que esa opinión sea tenida en cuenta. (Art. 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; art. 475 del código civil; art. 2, 3, 24 y 27 de la ley 26.061). Dicho esto – obviamente – en la medida en que las circunstancias personales de la persona le permitan emitir opiniones.

b) La expresión “plenamente capaz” plantea dudas en relación a las personas menores de edad con respecto al artículo 26<sup>11</sup> proyectado: ¿Cuándo debemos considerar “plenamente capaz” a una persona para otorgar directivas médicas anticipadas? ¿A los 13, 16 o 18 años?

c) Cuando la norma se refiere al mandato en previsión de la propia incapacidad y al nombramiento de curador no está claro si se limita sólo el ámbito de la salud. Consideramos que el derecho de las personas a dictar directivas anticipadas excede el ámbito de la salud y que no hay razón para permitirlo sólo para un ámbito tan trascendente como la salud y no para otros.

Por otro lado, a pesar del título del artículo, la norma autoriza la designación de las personas que han de ejercer la curatela. Y de la conjunción de los artículos proyectados 60 y 139 resulta que toda persona “capaz” puede designar a su eventual curador. Entendemos que ese curador lo ha de ser para atender tanto las cuestiones atinentes a la persona como las atinentes a los bienes (cuestiones patrimoniales).

---

<sup>11</sup> El artículo 26 del anteproyecto establece que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante la persona que cuenta con edad y grado de madurez suficiente, puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. 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. Establece las siguientes presunciones: a) entre 13 y 16 años: aptitud para decidir por sí respecto a tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. En caso contrario deben prestar su consentimiento con asistencia de sus progenitores. En caso de conflicto entre ambos se resuelve en base a la opinión médica, teniendo en cuenta el interés superior del adolescente. b) A partir de los 16 años es considerado igual que un adulto para las decisiones sobre el cuidado de su propio cuerpo.

d) El mismo artículo dispone que “Cualquiera de estas designaciones (incluye la dada por los padres) debe ser aprobada judicialmente”, lo que nos parece apropiado. Sin embargo, entendemos que debió ampliarse la norma en el sentido de que el juez no debería tener la potestad de designar curador a quien el interesado hubiere rechazado expresamente, como lo hacen por ejemplo la legislación alemana y la peruana.

e) Y finalmente nos preguntamos si el artículo 60 configura una excepción al artículo 380 inciso h), que establece la extinción del poder por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado.

Sugerimos la siguiente redacción:

*Artículo. 60. Directivas anticipadas. Toda persona, en previsión de una eventual pérdida de su discernimiento, tiene derecho a anticipar directivas y conferir mandato acerca de las materias autorreferentes a su persona y a su patrimonio.*

*Dichas disposiciones podrán versar, entre otras, sobre cuestiones atinentes a su salud, sobre la designación del propio curador, sobre las personas que quedan habilitadas para solicitar la apertura de regímenes de protección y sobre la designación del administrador de los bienes del otorgante tanto durante la sustanciación del proceso como luego de él. También podrá designar separadamente a una persona para que asuma la responsabilidad de gobernar su patrimonio y a otra para que atienda a su cuidado personal, dándoles instrucciones para ello.*

*Podrá, asimismo, nombrar una o más personas para que, llegado el caso, la representen y lleven a cabo los actos necesarios para cumplir con la voluntad expresada. El mandato así otorgado subsistirá mientras no sea revocado o anulado judicialmente”.*

Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento por quien la manifestó

Con respecto al art. 139 sugerimos la siguiente redacción:

*“Toda persona en uso de su pleno discernimiento puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela”.... “Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente pero el juez no podrá designar curador a quien el interesado hubiere rechazado expresamente.*

## 7. Subsistencia del mandato a la declaración de incapacidad. Libro Primero, Título IV, Capítulo 8, Sección 2ª.

El artículo 380 del proyecto establece la extinción del poder “por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado”.-

En primer lugar afirmamos que la norma sólo puede referirse a la pérdida de la capacidad declarada judicialmente, ya que la capacidad se presume.

En segundo lugar sostenemos que el poder se extinguirá sólo en cuanto a los actos o tipo de actos cuyo ejercicio la sentencia limite. El poder continuará vigente para aquellos actos que deban realizarse dentro de la órbita de actuación permitida a la persona cuya capacidad se restrinja por sentencia judicial.

La restricción judicial al ejercicio de la capacidad del representado no pone fin al mandato cuando fue otorgado para ser cumplido después de la pérdida del discernimiento o restricción judicial a la capacidad de ejercicio del representado.

*Por lo expuesto sugerimos la siguiente redacción del inciso h) del artículo 380: El poder se extingue...h) por la restricción judicial al ejercicio de la capacidad del representante o representado, sólo en cuanto a los actos o tipo de actos cuyo ejercicio la sentencia limite. El poder continuará vigente para aquellos actos que deban realizarse dentro de la órbita de actuación permitida a la persona cuya capacidad se restrinja por sentencia judicial. La restricción judicial al ejercicio de la capacidad del representado no pone fin al mandato cuando ha sido dado en el interés común de éste y del representante, o en el interés del representante y/o de un tercero; cuando hubiese peligro en su demora y cuando fue otorgado para ser cumplido después de la pérdida del discernimiento del representado”.*

Esperamos que el presente informe pueda constituir un aporte constructivo para el logro del objetivo buscado por el proyecto en estudio y fundamentalmente para efectivizar la protección a los derechos fundamentales de todas las personas.

*Alicia Rajmil por el Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe (2ª circunscripción).*