

Título: La capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial: entre la autonomía y la protección

Autor: Lafferrière, Jorge Nicolás

Publicado en: DFyP 2017 (abril), 06/04/2017, 209

Cita Online: AR/DOC/591/2017

Sumario: I. Introducción. — II. La tendencia a la autonomía. — III. La protección de las personas vulnerables en relación a su capacidad de ejercicio en el Código Civil y Comercial. — IV. Prohibiciones para personas incapaces o con capacidad restringida en el CCC. — V. Balance de convergencias y divergencias

(*)

I. Introducción

La derogación del Código Civil de Vélez Sarsfield (ley 340 y sus modificatorias) y la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994, en adelante CCC) constituyen un hito para el derecho civil que signa la vida jurídica argentina. Entre muchos temas afectados por el nuevo código, nos proponemos estudiar la problemática de las modificaciones operadas en torno a la capacidad de ejercicio de la persona humana.

Este trabajo (1) parte de constatar una tendencia: por influencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos, se impulsa el respeto a la autonomía personal como exigencia de la dignidad humana. A su vez, las Convenciones y las legislaciones específicas también expresan la necesidad de protección de los derechos de ciertas personas en razón de su particular vulnerabilidad. Nuestra hipótesis de trabajo es que se verifica una tensión entre la autonomía y la protección en relación a la capacidad de ejercicio. Nos proponemos analizar cómo se presenta esa tensión en las normas del Código Civil y Comercial.

Nuestro estudio se concentrará, sobre todo, en la regulación civil de la capacidad de las personas menores de edad y las personas con padecimientos mentales. No profundizaremos lo relativo a las personas por nacer, que según el CCC son incapaces de ejercicio (art. 24 inciso a CCC) y actúan por medio de sus representantes, que son sus padres (art. 101 inciso a CCC) (2). Lógicamente, en relación a estas personas por nacer, no existe una tensión entre autonomía y protección, en razón que siempre serán personas dependientes. En esta etapa de la vida queda claramente en evidencia la necesidad de contar con normas sobre capacidad de ejercicio a fin de garantizar a estas personas el respeto de sus derechos, tanto patrimoniales (3), como extrapatrimoniales (por ejemplo, alimentos, personalísimos, etc.). Es decir, por su condición de seres humanos son aptas para ser titulares de derechos y de hecho poseen algunos derechos fundamentales por ser tales. Esos derechos se verían frustrados si no existiera un sistema jurídico proporcionado y eficaz para poder ejercer esos derechos.

Los cambios en la capacidad de ejercicio de las personas menores de edad y las personas con padecimientos mentales reconocen como antecedentes fundamentales las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 (aprobada por nuestro país por ley 23849 y con jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en adelante CDN) y la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad (aprobada por ley 26378 y con jerarquía constitucional por ley 27044, en adelante CDPD). Igualmente, en el plano legal, las leyes 26061 de Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la ley 26657 de Salud Mental, significaron reformas importantes que prepararon el terreno para los cambios que ahora introduce el CCC. También hay que tener en cuenta la cláusula constitucional contenida en el art. 75 inc. 23, que resulta una directriz de relevancia insoslayable.

Damos por sentadas las normas generales del CCC sobre capacidad (arts. 22 y 23), que permiten advertir que la regulación civil y comercial de la capacidad de ejercicio responde a una directiva común en materia de personas humanas, aunque luego se despliega en matices que son relevantes y que procuraremos identificar (4).

A continuación presentaremos en qué forma se plasma la tendencia a la autonomía y cómo subsisten disposiciones de protección. Luego haremos una aproximación a lo que podríamos llamar convergencias y divergencias entre la regulación de las personas menores de edad y las personas con padecimientos mentales.

II. La tendencia a la autonomía

II.1. La autonomía de las personas menores de edad

Desde la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño la cuestión de la capacidad de las personas menores de edad ingresó en una etapa de revisión. En efecto, el art. 5 CDN dispone: "Artículo 5. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

Luego de la CDN, en Argentina se sancionó la ley 26061 que es considerada un hito en la materia de derechos del niño (5). Sin embargo, esta ley no modificó las disposiciones del Código Civil en materia de capacidad. El cambio más significativo luego de la CDN fue la reducción de la mayoría de edad a los 18 años operada por ley 26.579, que sin embargo no modificó las normas referidas a niños impúberes y menores adultos.

En esta materia, se considera que el CCC supone un cambio importante al introducir la noción de "autonomía progresiva" y una regulación más detallada y amplia de actos y derechos que las personas menores de edad pueden realizar por sí.

En términos generales, podemos decir que la regla del CCC en materia de personas menores de edad es que se trata de personas incapaces de ejercicio (art. 24 inciso b) y su protección opera a través de un sistema de representación (arts. 26 y 101 CCC), ejercido por los padres a través del instituto ahora denominado "responsabilidad parental". En casos excepcionales, la protección se realiza a través de la tutela. Aunque en lo terminológico se adopta la denominación "autonomía progresiva", en la regulación normativa concreta se adopta un sistema básico de representación que cede ante las sucesivas autorizaciones que realiza el legislador, ya sea en función de criterios estrictos de edad, o bien criterios más flexibles de valoración de la edad y grado de madurez suficiente. Para Silvia Fernández, la edad y grado de madurez constituyen las pautas que "predeterminan el límite entre la noción de incapacidad y de autonomía progresiva" (6).

La regulación del ejercicio de la capacidad por parte de las personas menores de edad en el CCC ha dado lugar a una renovada controversia. Algunos entienden que el principio en materia de personas menores es la "capacidad" mientras que la incapacidad sería la excepción a la regla cuando el menor no tiene edad o madurez suficiente (7).

En cambio, la mayoría de la doctrina entiende que el sistema que adopta el CCC es el de la incapacidad de ejercicio como regla y la capacidad progresiva como principio de interpretación (8). En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015), se firmaron dos despachos sobre el punto: para la mayoría (a la que adherimos), la regla es la incapacidad mientras que la capacidad es progresiva; para la minoría, la regla es la capacidad y las incapacidades son la excepción (9). El debate allí planteado permite entrever los distintos aspectos sobre los que existen interpretaciones divergentes, ya sea en relación con el ejercicio de la capacidad en general, como a actos y derechos en particular. Aquí creemos oportuno aclarar que en este trabajo no profundizamos los principios jurídicos vinculados con la familia y sus responsabilidades primeras e indelegables en la crianza de los niños, contracara de los aspectos civiles de capacidad y que también están en la base de la situación de incapacidad de ejercicio de los niños.

Ahora bien, en este marco, varias son las normas que enfatizan la importancia de la autonomía de la persona menor, sobresaliendo el artículo 639 CCC dedicado a la "responsabilidad parental" y que dispone: "ARTÍCULO 639.- Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez".

Si bien el art. 639 habla de una "autonomía progresiva", la interpretación del texto no significa que quede autorizado a realizar cualquier acto en función de su evolución. En realidad, el art. 639 tiene que armonizarse con el art. 26 que dispone: "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. 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..."

En función de la redacción del art. 26 CCC debemos repasar el ordenamiento jurídico para identificar esas normas que van "permitiendo" a la persona menor de edad ejercer por sí ciertos actos.

En este sentido, tenemos una norma que podríamos decir que confiere una autorización de carácter general. Nos referimos a lo referido al consentimiento para tratamientos médicos y el cuidado del propio cuerpo: "Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis 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 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo"

(art. 26). La complejidad de este artículo excede el alcance de este trabajo y será motivo de un estudio específico posterior.

Otras normas relevantes en esta tendencia a la autonomía son [\(10\)](#):

- Título habilitante: "La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella" (art. 30 CCC). En torno a este artículo, se ha suscitado una cuestión interpretativa sobre la edad mínima requerida para este ejercicio profesional por cuenta propia. Según explica Muñiz, "este texto debe interpretarse en concordancia con lo dispuesto por el artículo 681, en función del cual se entiende que se requiere la autorización de los progenitores hasta los dieciséis años, y luego de esa edad cuenta con plena capacidad a estos fines" [\(11\)](#)

- Adición del apellido: la persona con edad y grado de madurez suficiente puede solicitar la adición del apellido del otro progenitor (art. 64),

- Actuación judicial: el adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en caso que exista un conflicto de intereses con su representante (artículo 109 inciso a) o en caso de conflicto de intereses entre diversas personas incapaces que tiene un mismo representante legal (artículo 109 inciso c).

- Matrimonio: "El menor de edad que no haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio previa dispensa judicial. El menor que haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. A falta de ésta, puede hacerlo previa dispensa judicial" (art. 404).

- Adopción: se requiere el "consentimiento" para la adopción desde los 10 años (art. 595 inciso f CCC),

- Responsabilidad parental: Los adolescentes progenitores tienen la titularidad de la responsabilidad parental, aunque con las restricciones fijadas por el art. 644 CCC.

- Posesión: las personas menores de edad pueden adquirir la posesión a partir de los 10 años (art. 1922).

- Reclamo contra los progenitores: "El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada" (art. 679).

- Estar en juicio: "El hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para reconocer hijos" (art. 680).

- Ejercicio de oficio: "El hijo menor de dieciséis años no puede ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar a su persona de otra manera sin autorización de sus progenitores; en todo caso, debe cumplirse con las disposiciones de este Código y de leyes especiales" (art. 681). "Se presume que el hijo mayor de dieciséis años que ejerce algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria" (art. 683).

- Contratos por servicios: el adolescente debe dar su consentimiento en caso que los progenitores pretendan celebrar contratos por servicios a prestar por el hijo o para que aprenda algún oficio (art. 682).

- Contratos de menor cuantía: "Los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana celebrados por el hijo, se presumen realizados con la conformidad de los progenitores" (art. 684).

- Administración de bienes: los hijos tienen la administración de los bienes adquiridos mediante trabajo, empleo, profesión o industria aunque convivan con sus progenitores (art. 686 inciso a)

Esta enumeración permite advertir que tanto en aspectos extrapatrimoniales como patrimoniales, el CCC otorga una serie de permisos a las personas menores de edad para que actúen por sí. En algunas ocasiones, se adopta un criterio de edad fijo, ya sea los trece o dieciséis años. En otros casos se remite a un criterio de "edad y grado de madurez suficiente". Saux agudamente señala que es una cuestión abierta quién discierne el "grado de madurez", sosteniendo que en la mayoría de los casos corresponderá al juez, pero pueden darse situaciones en que queden involucradas otras personas: "a veces, los propios padres en ejercicio de la responsabilidad parental, o hasta un funcionario público que conforme a la ley resultara competente, funcional y territorialmente en relación con el acto en cuestión, cuando éste deba documentarse en instrumento público" [\(12\)](#).

II.2. La autonomía de las personas con padecimientos mentales

El artículo 12 de la CDPD establece reglas en materia de capacidad jurídica que impusieron la necesidad de revisión de las normas civiles sobre ejercicio de la capacidad en caso de personas con discapacidad mental o intelectual. En Argentina, la ley 26.657 de Salud Mental [\(13\)](#) marcó un primer cambio significativo en las disposiciones del Código Civil, al introducir en 2010 el artículo 152 ter que obligaba a personalizar en las

sentencias las funciones y actos que se limitan, a contar con una evaluación interdisciplinaria y a revisar las sentencias cada tres años. Sin embargo, fue una reforma parcial e incompleta (14). Con el CCC, se considera en general que la regulación es más coherente, partiendo del principio de capacidad (art. 31) y buscando implementar un sistema de apoyos para la toma de decisiones que favorezca la autonomía y el respeto a las preferencias de las personas (arts. 32, 38, 43, etc.).

El CCC regula las llamadas "restricciones" a la capacidad poniendo el eje en principios fundamentales vinculados con: a) la capacidad jurídica, que incluye la capacidad de ejercicio, como principio; b) la intervención de un equipo interdisciplinario que permita conocer mejor la realidad total y dar respuestas que promuevan la autonomía; c) la adopción del modelo de apoyos para el ejercicio de la capacidad; d) la necesidad de dictar sentencias personalizadas indicando los actos y funciones que se limitan, respetando la voluntad y preferencias de las personas con padecimientos mentales (15).

En razón de que la regla es la capacidad, a lo largo del articulado debe presumirse que las personas con capacidad restringida pueden realizar todo lo que no fue restringido por la sentencia. Entre las normas que enfatizan este punto, podemos mencionar el artículo 44 sobre la nulidad de los actos que se celebran contrariando lo dispuesto por la sentencia de restricción de la capacidad. En otras normas también se hace la aclaración, como lo establece el artículo 885: "No es válido el pago realizado a una persona incapaz, ni con capacidad restringida no autorizada por el juez para recibir pagos, ni a un tercero no autorizado por el acreedor para recibirlo, excepto que medie ratificación del acreedor. No obstante, el pago produce efectos en la medida en que el acreedor se ha beneficiado". Otra disposición que también se refiere a los alcances de la sentencia la encontramos en el artículo 603 que señala que la adopción por personas casadas o en unión convivencial puede ser unipersonal "si el cónyuge o conviviente ha sido declarado persona incapaz o de capacidad restringida, y la sentencia le impide prestar consentimiento válido para este acto".

En definitiva, a diferencia de las personas menores de edad, en el CCC no encontramos una enumeración de los actos que las personas con capacidad restringida puede hacer, sino que tales limitaciones surgirán de la sentencia (cfr. art. 38 CCC).

III. La protección de las personas vulnerables en relación a su capacidad de ejercicio en el Código Civil y Comercial

III.1. Normas comunes de protección en el Código Civil y Comercial

Del análisis precedente se advierte una tendencia a la autonomía, aunque con una diferente configuración de base: mientras que en las personas menores de edad se parte de un esquema de incapacidad que va cediendo a través de permisos dados por el ordenamiento jurídico, en el caso de las personas con capacidad restringida el principio es la capacidad de ejercicio y las incapacidades surgen de la determinación por sentencia judicial. En este marco, a lo largo del Código Civil y Comercial encontramos diversas normas orientadas a la protección y que actúan como mecanismos para superar las incapacidades de ejercicio. En efecto, es un principio básico e inveterado del derecho civil que las limitaciones a la capacidad de ejercicio están puestas "para protección" de la persona incapaz y en su beneficio. La tendencia a la autonomía no puede ignorar que las personas son particularmente vulnerables y que en atención a ello hay que disponer medidas adecuadas de ayuda para que puedan ejercer sus derechos.

A continuación, presentamos una lista de las medidas de protección dispuestas por el CCC y que son comunes a personas menores de edad y personas con capacidad restringida. Vale señalar que estas normas de protección no se limitan a la propia "capacidad de ejercicio" sino que se vinculan con diversos aspectos de la vida de las personas incapaces o de capacidad restringida.

- Sistemas de representación y asistencia: la forma más clara de protección de las personas incapaces y con capacidad restringida es el sistema de representación y asistencia. En cuanto a la representación, se trata del supuesto propio de las personas menores de edad (art. 101 inciso b) y de las personas incapaces (art. 32 in fine y 101 inciso c), mientras que para las personas con capacidad restringida es una medida excepcional prevista en el art. 101 inciso c) CCC, en tanto autoriza a designar apoyos con funciones de representación para determinados actos. En el resto de los casos, actúan los apoyos con funciones de asistencia que son delimitadas judicialmente, resultando particularmente relevante el artículo 43 CCC. A su vez, el art. 103 regula la actuación, judicial o extrajudicial, del Ministerio Público en relación a las personas incapaces y con capacidad restringida.

- Protección de la vivienda: la presencia de legitimarios incapaces o con capacidad restringida habilita a que el juez de oficio ordene la inscripción de un bien bajo el sistema de protección de vivienda (art. 245). A su vez, la protección no es oponible en caso que deban cobrarse "obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida" (art. 249). Según el art. 250, si el constituyente de la protección de vivienda "está casado o vive en unión convivencial inscripta, el inmueble no

puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente". Igualmente, la desafectación debe ser autorizada judicialmente si existen "beneficiarios incapaces o con capacidad restringida" (art. 255).

- Contribuciones de los cónyuges: según el art. 455, la obligación de los cónyuges de contribuir a las necesidades de los hijos, comprende tanto a los que sean menores de edad como los que tengan "capacidad restringida", o "discapacidad".

- Atribución del uso de la vivienda familiar: según el artículo 526, el uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes "si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad";

- Deber de comunicación: establece el artículo 555 que "los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado".

- Competencia en acciones de filiación: según el artículo 581, "cuando las acciones de filiación sean ejercidas por personas menores de edad o con capacidad restringida, es competente el juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida o el del domicilio del demandado, a elección del actor". Por su parte, el artículo 720 dispone que "en la acción de filiación, excepto que el actor sea persona menor de edad o con capacidad restringida, es competente el juez del domicilio del demandado".

- Derecho a ser oídos: entre las reglas procesales para el derecho de familia, el artículo 707 establece: "Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes. Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso".

- Pago a persona incapaz o con capacidad restringida: otra norma de protección es el artículo 885 que dispone: "Pago a persona incapaz o con capacidad restringida y a tercero no legitimado. No es válido el pago realizado a una persona incapaz, ni con capacidad restringida no autorizada por el juez para recibir pagos, ni a un tercero no autorizado por el acreedor para recibirlo, excepto que medie ratificación del acreedor. No obstante, el pago produce efectos en la medida en que el acreedor se ha beneficiado".

- Nulidad de los actos jurídicos y privilegio del incapaz: la nulidad de los actos jurídicos celebrados por una persona incapaz o con capacidad restringida es una medida de protección. En el CCC encontramos normas para los casos de personas con sentencia de restricción a la capacidad (arts. 44-46), pero no encontramos una norma explícita referida a las personas menores de edad. Se puede considerar incluida la nulidad en la redacción del artículo 386 CCC, pero hay que lamentar la falta de una norma explícita. El punto ha sido criticado en relación a la teoría general de las ineficacias. Igualmente, corresponde mencionar el artículo 1000 que dispone: "Efectos de la nulidad del contrato. Declarada la nulidad del contrato celebrado por la persona incapaz o con capacidad restringida, la parte capaz no tiene derecho para exigir la restitución o el reembolso de lo que ha pagado o gastado, excepto si el contrato enriqueció a la parte incapaz o con capacidad restringida y en cuanto se haya enriquecido". Este texto, que sigue al artículo 1165 del Código Civil de Vélez, es claramente una forma de protección de las personas incapaces o con capacidad restringida. Su contenido se vincula con el artículo 388 sobre las consecuencias de la nulidad relativa [\(16\)](#).

- Locación: dispone el artículo 1195 la nulidad de "la cláusula que impide el ingreso, o excluye del inmueble alquilado, cualquiera sea su destino, a una persona incapaz o con capacidad restringida que se encuentre bajo la guarda, asistencia o representación del locatario o sublocatario, aunque éste no habite el inmueble".

- Prohibición de celebrar contrato de comodato: según el artículo 1535, no pueden celebrar contrato de comodato "los tutores, curadores y apoyos, respecto de los bienes de las personas incapaces o con capacidad restringida, bajo su representación".

- Responsabilidad civil: según el artículo 1745 en caso de muerte, la indemnización debe consistir en:.. "b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes".

- Pago indebido: dentro del marco general que dispone cuándo el pago es repetible, el artículo 1799

establece, como situación especial, que "la restitución a cargo de una persona incapaz o con capacidad restringida no puede exceder el provecho que haya obtenido". La norma es concordante con el citado artículo 1000 para el caso de restituciones como consecuencia de la nulidad del contrato.

- Causas de indignidad: según el inciso d del artículo 2281, son indignos para suceder los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de un mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia o de oficio. Sin embargo, "esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice".

- Sucesiones: entre las normas de protección encontramos el artículo 2297 que establece: "La aceptación de la herencia por el representante legal de una persona incapaz nunca puede obligar a éste al pago de las deudas de la sucesión más allá del valor de los bienes que le sean atribuidos. Igual regla se aplica a la aceptación de la herencia por una persona con capacidad restringida, aunque haya actuado con asistencia, o por su representante legal o convencional". El pacto de indivisión regulado por el art. 2331 requiere aprobación judicial "si hay herederos incapaces o con capacidad restringida". A su vez, la partición debe ser judicial: "a) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes" (art. 2371).

- Prescripción: según el artículo 2543, el curso de la prescripción se suspende: "c) entre las personas incapaces y con capacidad restringida y sus padres, tutores, curadores o apoyos, durante la responsabilidad parental, la tutela, la curatela o la medida de apoyo".

- Protección en derecho internacional privado: en el título dedicado al derecho internacional privado, dispone el artículo 2641 que "la autoridad competente debe aplicar su derecho interno para adoptar las medidas urgentes de protección que resulten necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes, cuando se encuentren en su territorio, sin perjuicio de la obligación de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público y, en su caso, de las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada, excepto lo dispuesto en materia de protección internacional de refugiados".

- Socios con responsabilidad limitada: la ley que aprobó el CCC modificó el art. 28 de la Ley 19.550 para que disponga: "Artículo 28.- En la sociedad constituida con bienes sometidos a indivisión forzosa hereditaria, los herederos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida sólo pueden ser socios con responsabilidad limitada. El contrato constitutivo debe ser aprobado por el juez de la sucesión. Si existiere posibilidad de colisión de intereses entre el representante legal, el curador o el apoyo y la persona menor de edad, incapaz o con capacidad restringida, se debe designar un representante ad hoc para la celebración del contrato y para el contralor de la administración de la sociedad si fuere ejercida por aquél."

III.2. Protección de las personas menores de edad

En relación a las personas menores de edad, dado que el punto de partida es la incapacidad de ejercicio, podemos decir que todo el sistema está inicialmente pensado para su protección. La misma relevancia y centralidad que presenta la noción de "interés superior del niño" supone un abordaje basado en la protección. Además, la familia misma es el elemento de protección por excelencia, en tanto "es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (art. 16 inciso 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Ya hicimos referencia a la postura que sostiene que la capacidad sería la regla para personas menores de edad. Aquí queremos señalar que aún esos autores reconocen que existe una "tensión" entre autonomía y protección, como lo expresa Famá: "El Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) se hace eco del modelo de protección integral de derechos y, por ende, recoge sus reglas estructurales; entre ellas, la concepción jurídica de la infancia como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal y social. En este contexto, el CCyC. reconoce la capacidad progresiva de NNyA dejando atrás la categoría binaria de capacidad/incapacidad emergente del Código Civil, y reformulando los roles tradicionalmente asumidos por los sujetos "pasivos" de las relaciones que vinculan al niño en el ejercicio de sus derechos: los progenitores (y en su ausencia, otros responsables) y el Estado. Precisamente por ello, pone en evidencia la referida tensión entre autonomía, protección e intervención, silenciada en el modelo de representación del Código derogado, aportando en algunos supuestos reglas precisas y, en otros, dejando la decisión en manos de los operadores, quienes deberán determinar los alcances y límites del derecho a la autodeterminación de NNyA". (17) Por su parte, Silvia Fernández sostiene: "El sistema no hubiese sido respetuoso de la línea humanitaria que atraviesa íntegramente al CCyC si hubiese reemplazado la intransigente solución del CC —incapacidad para todo menor de edad— por otro diseño que pecase de igual extremismo: afirmar que todo niño o niña resulta capaz para todos los actos jurídicos. De haberse así entendido, la consecuencia hubiera sido la lisa y llana desprotección de

las personas menores de edad. Esta solución sería, además, francamente violatoria de la doctrina internacional" (18). De este modo, ya sea que se adopte una u otra postura, todos coinciden en señalar esta tensión entre autonomía y protección. Y hay coincidencia en la importancia de las medidas de protección.

La progresividad propiciada por la CDN para la capacidad de ejercicio de las personas menores de edad tiene que ser interpretada a la luz del art. 3 que se refiere al interés superior del niño y que lo contextualiza en la familia: "Artículo 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas". Además, la CDN armoniza los derechos de los niños en el marco más amplio de la protección de la familia y de los derechos de los padres (19).

La incapacidad de ejercicio de las personas menores de edad no puede ser estudiada fuera del contexto familiar, por ser la familia el núcleo primigenio en el que se transmite la vida humana y en que la persona es criada y educada. En este sentido, la misma noción de "responsabilidad parental" denota una aproximación de cuidado y protección de un vulnerable (por quien se debe responder) y hay muchas normas que señalan un deber de protección. Así surge del artículo 638: "La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado".

A continuación, y sin perjuicio de las normas comunes antes mencionadas, proponemos una enunciación de las normas de protección que van directamente orientadas a las personas menores de edad:

- Limitaciones a la capacidad del menor emancipado: cuando la persona menor de edad se emancipa por matrimonio, adquiere la plena capacidad de ejercicio. Sin embargo, en lo que se considera una forma de protección, el CCC mantuvo las mismas limitaciones a la capacidad de ejercicio para los emancipados que venían del Código Civil de Vélez Sársfield (arts. 27 y 28 CCC). En el mismo sentido, el artículo 450 aclara que "las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial ni ejercer la opción prevista en el artículo 446 inciso d)". Incluso, el nuevo Código no incorporó la emancipación por habilitación de edad desde los 16 años, como lo había pedido una parte de la doctrina.

- Responsabilidad parental de progenitores adolescentes: la norma sobre ejercicio de la responsabilidad parental por progenitores adolescentes (art. 644 CCC) es un buen ejemplo de la tensión que estamos señalando. Se reconoce la titularidad de la responsabilidad parental a los adolescentes, pero se establecen unos resguardos en salvaguarda del hijo menor de edad a través de mecanismos de consulta a los padres, en algunos casos necesarias e incluso una potestad de intervención ante omisiones o bien de oposición a decisiones perjudiciales para el hijo. De allí se advierte que, en una de las más serias responsabilidades que puede tener una persona, como es la de criar y educar a otro, la regulación del CCC avanzó en términos de autonomía pero con importantes restricciones de protección.

- Prohibición de celebración de actos entre tutor y pupilo: como protección, dispone el artículo 120 que "quien ejerce la tutela no puede, ni con autorización judicial, celebrar con su tutelado los actos prohibidos a los padres respecto de sus hijos menores de edad. Antes de aprobada judicialmente la cuenta final, el tutor no puede celebrar contrato alguno con el pupilo, aunque haya cesado la incapacidad".

- Dispensa de la prescripción: una medida de protección es la posibilidad de "dispensa" de la prescripción ya operada en caso que la persona menor de edad quede sin representante. Lo dispone el artículo 2550 y señala "en el caso de personas incapaces sin representantes el plazo de seis meses se computa desde la cesación de la incapacidad o la aceptación del cargo por el representante".

- Indivisión hereditaria: el artículo 2330 permite al testador imponer la indivisión de la herencia por un plazo no mayor a diez años. Sin embargo, en caso de haber herederos menores de edad, el plazo puede durar hasta que todos ellos lleguen a la mayoría de edad.

- Norma sobre sustracción de menores: una norma muy importante de protección es el artículo 2642: "En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño. El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión. A petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad

competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño, niña o adolescente".

III.3. Protección de la capacidad de ejercicio de las personas con padecimientos mentales

También en torno a la regulación de las restricciones a la capacidad por razones de salud mental subyace la tensión entre autonomía y protección, como lo reconoce el mismo art. 12 de la CDPD y el Comité de la CDPD en el párrafo 29 de la Observación General Nro. 1 cuando señala que el régimen de apoyo "debe proteger todos los derechos, incluidos los que se refieren a la autonomía (derecho a la capacidad jurídica, derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, derecho a elegir dónde vivir, etc.) y los relativos a la protección contra el abuso y el maltrato (derecho a la vida, derecho a la integridad física, etc.)" (párrafo 29).

En este sentido, así como hemos pasado revista a las normas sobre autonomía, en la CDPD encontramos la finalidad de protección en el mismo artículo 1: "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".

El énfasis dado a la autonomía no puede soslayar la necesidad de protección que presentan las personas con padecimientos mentales en virtud de su vulnerabilidad. Como afirman Navarro Lahitte y Bellotti, "una protección inferior comporta un criterio abandonico que llevaría a un nuevo modelo de prescindencia puesto que coloca a una población en condiciones de particular vulnerabilidad a sufrir los avatares de la explotación y el abuso a los que se encuentran expuestos, sin instancia a la cual recurrir" (20). Como sostiene Galli Fiant comentando el CCC: "Parte de la capacidad como regla, y permite al juez evaluar y determinar en cada caso el alcance de las funciones del curador o apoyos necesarios, para no invadir la esfera de autonomía más allá de lo necesario para su protección" (21). Y esta autora realiza una interesante observación: "El magistrado y los funcionarios de los demás órganos de protección deben ser celosos custodios del bienestar de la persona con un padecimiento mental, pero tienen que aprender a escuchar al interesado y escuchar a sus allegados. La visión "patrimonialista" del viejo Código ha llevado a tener una mirada sospechosa sobre la familia, a proteger al enfermo de los abusos económicos cometidos en su propio entorno. El nuevo paradigma conduce a una protección de esta persona vulnerable dentro del medio de familia y de afectos que debe contenerlo" (22).

Como aclaración, debemos decir que no profundizaremos las normas del CCC que contienen medidas de protección para personas con discapacidad en general. En este punto, vale advertir que la discapacidad comprende otros ámbitos que exceden al campo de la salud mental y de allí que encontremos en el CCC normas sobre personas con discapacidad que se aplican a las personas que pudieran sufrir una discapacidad por salud mental, pero que no se ciñen únicamente a esos casos. La expresión "personas con discapacidad" (como término diferenciado de personas con capacidad restringida o incapaces) está presente en el CCC en diversos artículos (23) y tiene un alcance mayor que la de personas con capacidad restringida, que pueden o no ser personas con discapacidad en el sentido técnico del término. Entre las protecciones a las personas con discapacidad podemos mencionar la del artículo 48 sobre declaración de inhabilitación, la del artículo 59 sobre necesidad de apoyos para el consentimiento en investigaciones en seres humanos, la del artículo 304 sobre apoyos para personas con discapacidad auditiva en las escrituras, la del deber de contribución de los cónyuges (artículo 455), atribución de la vivienda (artículo 526), la consideración de como cosas y partes necesariamente comunes: "j) las instalaciones necesarias para el acceso y circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles, externas a la unidad funcional" (artículo 2041 inciso j y 2048) y la mejora a favor del heredero con discapacidad (art. 2448).

Ya hemos hecho mención en el apartado 3.1. a todas las normas comunes que consagran protecciones. Otras normas del CCC específicamente dedicadas a la protección de las personas con capacidad restringida son:

- Influencia indebida o conflictos de intereses con los apoyos: en el discernimiento de los apoyos, el art. 43 señala que el juez debe intervenir para evitar influencia indebida y conflictos de intereses. Se trata de una directiva presente en forma expresa en el art. 12 CDPD y que quiere ser una forma de protección. Respecto a la influencia indebida, en la Observación General Nro. 1 del Comité de la CDPD se afirma: "Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores." (24). La Observación General no incluye una definición de "conflicto de intereses". Por nuestra parte, entendemos que hay "conflicto de intereses" cuando una persona que ejerce una función de representación o apoyo se encuentra en una posición en la cual el ejercicio de dicha función es susceptible de beneficiar su propio interés, en detrimento de aquel de la persona física o moral representada o asistida. La regulación del

CCC señala esta directiva para la evaluación de los "apoyos" y no contempla disposiciones específicas sobre qué sucede si se producen estas situaciones con posterioridad a la designación.

- Nulidad de los actos: el art. 44 contempla la nulidad de los actos que contrarían a la sentencia que restringe la capacidad, mientras que el art. 45 se refiere a la nulidad de los actos anteriores a la inscripción de la sentencia. Según el artículo 386 se trata de una nulidad relativa, regulada a su vez por el art. 388 que aclara que "la parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo".

- Caducidad de la oferta: según el artículo 976, "La oferta caduca cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación".

- Repetición del pago de deudas de juego: la persona incapaz o con capacidad restringida, o inhabilitada, puede repetir lo pagado en razón de un juego de puro azar, esté o no prohibido por la autoridad local (art. 1611).

- Fideicomiso: el artículo 1668 permite que el fideicomiso dure hasta la muerte o cese de la restricción a la capacidad, en caso que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida.

IV. Prohibiciones para personas incapaces o con capacidad restringida en el CCC

A lo largo del CCC encontramos otras normas que resultan algo ambiguas en tanto establecen "prohibiciones" pero que no están orientadas directamente a una protección de la persona con capacidad restringida o con incapacidad. A continuación las enunciamos:

- Prohibición de ser tutores: dispone el art. 110 que no pueden ser tutores las personas "inhabilitadas, incapaces o con capacidad restringida" (25). En el mismo sentido, la incapacidad o la declaración de capacidad restringida son causales de terminación de la tutela (art. 135 inciso b).

- Prohibición de ocupar cargos en asociaciones civiles: según el artículo 176 los directivos de una asociación civil cesan en sus cargos por "muerte, declaración de incapacidad o capacidad restringida, inhabilitación, vencimiento del lapso para el cual fueron designados, renuncia, remoción y cualquier otra causal establecida en el estatuto". En los principales Códigos comentados no encontramos mayor análisis de esta disposición que podría resultar en una seria restricción a la capacidad de ejercicio para personas con padecimientos mentales. Pensamos que la norma sólo debería aplicarse si la sentencia efectivamente dispuso la limitación de la capacidad para estos actos y no dispuso ningún apoyo para la toma de decisiones.

- Prohibición de ser testigos: otro supuesto que se ubica en esta misma línea es el artículo 295 que dispone: "Testigos inhábiles. No pueden ser testigos en instrumentos públicos: a) las personas incapaces de ejercicio y aquellas a quienes una sentencia les impide ser testigo en instrumentos públicos". La norma comprende a las personas menores de edad (26). En lo que respecta a personas con padecimientos mentales, Burundarena comenta el artículo enfatizando la concordancia de esta disposición con el artículo 12 de la CDPD y las normas sobre capacidad del mismo CCC (27).

- Suspensión de la responsabilidad parental: según el artículo 702, el ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure: "c) la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio". Esta restricción de capacidad no configura un supuesto de "extinción" de la responsabilidad parental, sino de suspensión de la misma. Al respecto, Basset considera que "la fórmula es adecuada y suficientemente flexible para permitir evaluar la aptitud para desempeñar el rol materno o paterno en cada caso, sin que el dictado de una sentencia limitativa de su capacidad conlleve a un inexorable apartamiento" (28). Cabe señalar que por disposición del artículo 704 CCC, los alimentos a cargo de los progenitores subsisten durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental. Por tal motivo, Basset considera que "la determinación de una cuota alimentaria en concreto dependerá de las circunstancias de cada caso, sin que la asistencia debida al niño o adolescente pueda ir en detrimento de la reserva de recursos económicos necesarios para la atención de la salud de su progenitor enfermo" (29).

- Extinción de contratos: también el artículo 1329 establece que el mandato se extingue: "e) por la muerte o incapacidad del mandante o del mandatario". Por su parte, el artículo 1333 dispone que "producida la muerte o incapacidad del mandatario, sus herederos, representantes o asistentes que tengan conocimiento del mandato deben dar pronto aviso al mandante y tomar en interés de éste las medidas que sean requeridas por las circunstancias. Si se produce la muerte o incapacidad del mandante, el mandatario debe ejecutar los actos de conservación si hay peligro en la demora, excepto instrucciones expresas en contrario de los herederos o representantes". Nos hemos referido al tema en relación a la interpretación de esta norma en relación a un eventual "mandato de autoprotección" y a las normas sobre directivas anticipadas en materia de incapacidad (30). Otros contratos que finalizan por "incapacidad" son: la cuenta corriente se cierra por incapacidad del cuentacorrentista (arts. 1404 y 1441); el contrato de agrupación (art. 1461 inciso d); el contrato de agencia (art.

1494 inciso a); contrato de franquicia (art. 1522 inciso a).

- Cese del fiduciario: el fiduciario cesa por "incapacidad, inhabilitación y capacidad restringida judicialmente declaradas, y muerte, si es una persona humana" (art. 1678).

- Prohibición de ser albaceas: según el artículo 2528, "los herederos pueden solicitar la destitución del albacea por incapacidad sobreviniente, negligencia, insolvencia o mala conducta en el desempeño de la función, y en cualquier tiempo poner término a su cometido pagando las deudas y legados, o depositando los fondos necesarios a tal fin, o acordando al respecto con todos los interesados". El art. 2531 establece que el albaceazgo acaba por la incapacidad del albacea. Para Santarelli, la incapacidad sobreviniente del artículo 2528 "no se refiere a la pérdida de la capacidad de ejercicio por declaración judicial de incapacidad o de restricción de la capacidad, prevista en el art. 2531 del CCC, sino a la carencia de aptitudes físicas o intelectuales, o sea falta de idoneidad o de aptitud para el ejercicio de su función; persona que carece de conocimientos y experiencia; o sufre de una enfermedad que le impide desempeñarse, etcétera" (31).

En los casos antes enumerados, no siempre queda claro el motivo de las prohibiciones que pesan sobre las personas incapaces o con capacidad restringida. Es decir, no se sabe si estamos ante una causal de protección, o bien ante una suerte de incapacidad de derecho. Para Tobías, en casos como el artículo 110, nos encontramos ante un supuesto de "incompatibilidad" (32).

Analizando el listado precedente podemos advertir una dificultad metodológica y de fondo en el CCC. En principio, las prohibiciones para las personas con "incapacidad" son coherentes con la definición adoptada por el CCC en el artículo 32 último párrafo. En efecto, es lógico que una persona "que se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz" (artículo 32 in fine) no pueda ser testigo (art. 295 CCC), o tutor (110), u ocupar cargos en asociaciones civiles (art. 176), etc.. También resulta consistente con el resto del articulado que tal prohibición se extienda a los casos en que de manera explícita la sentencia ha previsto una restricción a la capacidad para ser testigo, como lo hace el mismo artículo 295 CCC.

En cambio, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 295 CCC, en el caso de los artículos 110, 135, 176 y 1678 la redacción ha incluido a las "personas con capacidad restringida" sin aclarar que las prohibiciones previstas en el articulado se harán operativas en caso que la sentencia de restricción de la capacidad así lo disponga. Creemos que estas normas deben interpretarse como aplicables al caso que la sentencia haya dispuesto esa limitación. Si no se interpretan así estas normas, pareciera que se invierte el principio de capacidad que el propio CCC sienta. Por otra parte, cuando las normas en general hablan de un contrato que cesa por "incapacidad", esa redacción comprendería al supuesto en que una sentencia dispusiera que la persona con capacidad restringida no pueda realizar por sí ese contrato y requiera un apoyo.

En todo caso estas normas se presentan como particularmente complejas y abren una línea de investigación que esperamos retomar en otro trabajo sobre las finalidades de estas prohibiciones o limitaciones y su consistencia con el resto de los principios vigentes en materia de capacidad jurídica.

V. Balance de convergencias y divergencias

Para finalizar, formulamos unas primeras reflexiones en términos de convergencias y divergencias en la regulación de la capacidad de ejercicio.

Si bien las limitaciones a la capacidad en el caso de las personas menores de edad y las personas con alteraciones mentales obedecen a diferentes fundamentos y condiciones de base, que explican en alguna medida las diferencias de régimen, podemos advertir que en ambos casos se constata la misma tensión entre autonomía y protección.

Ahora bien, creemos que se puede afirmar que en todos los casos la vulnerabilidad de las personas (por nacer, menores de edad, con padecimientos mentales) se encuentra en la base de las medidas de protección en relación a la capacidad de ejercicio.

Sin embargo, cuando se trata de personas por nacer y menores de edad, también debe incorporarse la dimensión correspondiente al ejercicio de la responsabilidad parental, como dimensión fundamental del derecho de los padres a educar a sus hijos, en el marco de las normas sobre respeto y promoción de la familia.

Además, en el caso de las personas menores de edad, la regla es la incapacidad, mientras que la capacidad progresiva es la excepción. En cambio, en las personas con padecimientos mentales, la regla es la capacidad, mientras que la incapacidad es la excepción.

En relación a la capacidad de las personas menores de edad, tenemos que tener en cuenta que la CDN consagra como criterio rector el interés superior del niño. En cambio, en la CDPD no aparece la idea de "interés superior de la persona con discapacidad" y el criterio parece ir orientado hacia la idea de "autonomía". Así lo

dice explícitamente el Comité de la CDPD: "Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias". Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del "interés superior" no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de "la voluntad y las preferencias" debe reemplazar al del "interés superior" para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás" (33).

En lo terminológico, respecto a las personas menores se mantiene la terminología de incapacidad de ejercicio y se adopta una idea de autonomía progresiva, pero también un sistema de "protección". En cambio, en las personas con padecimientos mentales se habla de "restricciones a la capacidad" y de "apoyos para la toma de decisiones".

Esta presentación pretende formular algunos planteos generales en torno a la tensión entre autonomía y protección en relación a la capacidad de ejercicio y dejar planteados interrogantes que merecen una ulterior reflexión, sobre todo en la determinación de los fundamentos que subyacen en las restricciones a la capacidad. En todo caso, creemos que la autonomía no puede ser el único valor reinante en la materia, en la convicción que exista una dignidad común y una vulnerabilidad común que requiere adecuada protección.

(*) Pontificia Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. Profesor Titular Ordinario de Principios de Derecho Privado. Buenos Aires. Argentina.

(1) El presente artículo se inscribe en el proyecto de investigación IUS 9/16 de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina que se titula "Vulnerabilidad y capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial: entre la autonomía y la protección".

(2) Ver LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "La persona por nacer", en Limodio, Gabriel (editor), Derecho y Persona Humana en el Código Civil y Comercial, Editorial El Derecho, Buenos Aires, 2016, págs. 229-312.

(3) Los derechos patrimoniales de las personas por nacer quedan sujetos a la condición del nacimiento con vida, a tenor del art. 21 CCC, que replica a los anteriores arts. 70 y 74 CCC.

(4) Sobre la capacidad en general, ver TOBIÁS, José W., en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Alterini, Jorge Horacio (director), Buenos Aires, La Ley, 2015, Tomo I, p. 173-204; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, Muñiz, Carlos, "La Capacidad Jurídica. Consideraciones Generales. La capacidad de derecho", en Derecho y Persona Humana en el Código Civil y Comercial, Limodio, Gabriel (editor), Buenos Aires, Editorial El Derecho, 2016, páginas 449-469.

(5) TOBIÁS, José W., Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, cit., p. 211.

(6) FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia, "El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 25, AR/DOC/3834/2014.

(7) FAMÁ, María Victoria, "Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial", LA LEY 20/10/2015, 1, AR/DOC/3698/2015: "Una lectura apresurada y aislada de la norma nos llevaría a afirmar que en los mismos términos propuestos por la ley 17.711 se mantiene la regla de incapacidad de las personas menores de edad en el ejercicio de sus derechos, con excepción de aquellos actos que la ley expresamente autorice a realizar si cuentan con edad y grado de madurez suficiente. Sin embargo, un examen integral y una interpretación armónica de todo el ordenamiento en clave convencional nos lleva a la conclusión inversa: son tantas las excepciones a esta regla a lo largo del articulado del Código que el principio no puede ser otro que la capacidad, siendo la incapacidad o, mejor dicho, la restricción de la capacidad, la excepción a la regla cuando se verifica que NNyA carecen de madurez suficiente para decidir en forma autónoma".

(8) COBAS, Manuel, Código Civil y Comercial Comentado, T. I, LORENZETTI, Ricardo Luis (director), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, p. 115; OLMO, Juan Pablo, comentario al art. 26, en Código Civil y Comercial de la Nación. Rivera, Julio César, Medina, Graciela (directores), Esper, M. (coordinador), Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 79; TOBIÁS, José W., en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, cit., p. 207; FERNÁNDEZ, Silvia, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, dirigido por Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián, 1ª ed., Buenos Aires, 2015, Edit. Infojus, t. 1, p. 67.

(9) "Despacho A (Mayoría) En materia de menores de edad la regla es la incapacidad de ejercicio y la excepción, la capacidad de ejercicio. Ossola, Palmero, Saux, Reyna, Carlavan, Chaipperro, Plovanich, Valente, Muñiz, Lafferriere, Giavarino, Balmaceda, Mazzinghi, Jorge, Mazzinghi, Gabriel, Castro, Montaldo, Gonzalez, Cossio, Escudero, Zerdan, Ibáñez, Abasolo, Isuquiza, Hess, Louge Emiliozzi, Borda, Rappoport Arnolfo, Diego, Rappoport, Daniela, Gonzalía, Sierz, Palacios, Peralta Mariscal, Palacios Amanda. Despacho B

(Minoría) En materia de menores de edad la regla es la capacidad de ejercicio y la excepción, la incapacidad de ejercicio. Wallace. Curti, Lotrica, De la Torre, Wolkokics; Lloverás; Loyarte, Vega, Herrera, Peracca, Molina de Juan, Zabalza, Schiro, Duprat) disponible en <http://jndcbahablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-01.pdf>

(10) Para una consideración más sistemática del tema ver MUÑIZ, Carlos "Régimen de capacidad de los menores en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado ", en Derecho y Persona Humana en el Código Civil y Comercial, Limodio, Gabriel (editor), Buenos Aires, Editorial El Derecho, 2016, páginas 471-526.

(11) MUÑIZ, Carlos, op. cit., p. 509.

(12) SAUX, Edgardo I., "Aporte para debate en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, octubre 2015). Tema de la Comisión nro. 1 (Parte general): "Nuevas reglas al régimen de capacidad de la persona humana", La Ley Online; AR/DOC/2978/2015

(13) Ver KRAUT, A.J., DIANA, N. "Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria", LA LEY, 2011-C, 1039.

(14) LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás; MUÑIZ, Carlos, "Los procesos civiles relativos la capacidad: de la Ley de Salud Mental al nuevo Código Civil y Comercial", Revista Pensar en Derecho, UBA, nro. 9, 2016, p. 141-196; QUIRNO, Diego N., "El sistema de protección de los incapaces e inhabilitados frente a la Ley de Salud Mental", DFyP 2014 (agosto), 01/08/2014, 151, AR/DOC/2270/2014; Mayor, Jorge A., TOBÍAS, José W., "La nueva ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil", LA LEY, 14/02/2011, 1 - DFyP 2011 (marzo), 24/02/2011, 153.

(15) Para un análisis más amplio del tema, ver PEYRANO, Guillermo F., LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, Restricciones a la capacidad, Buenos Aires, Editorial El Derecho, 2016.

(16) Sobre el tema ver Leiva Fernández, Luis F.P., en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, ALTERINI, Jorge Horacio (director), Buenos Aires, La Ley, 2015, Tomo V. p. 257.

(17) FAMÁ, María Victoria, "Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial", cit.

(18) FERNÁNDEZ, Silvia, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, cit., p. 63.

(19) Así se desprende del Preámbulo de la CDN que afirma: "Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión". También debe recordarse que en la CDN no aparece la expresión "autonomía".

(20) NAVARRO LAHITTE, María Adelina; BELLOTTI, Lucas, "El ejercicio de la capacidad jurídica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", eDial.com - DC20CB, 06/04/2016.

(21) GALLI FIANT, María Magdalena, "Personas con capacidad restringida y su protección", LA LEY 05/04/2016, 05/04/2016, 7, AR/DOC/800/2016.

(22) Id.

(23) La definición del CCC sobre discapacidad la encontramos en el artículo 48 CCC: "A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral". El mismo texto se repite en el artículo 2448 CCC con ocasión de la regulación de la mejora a favor del heredero con discapacidad. Puede advertirse que se sigue casi textualmente a la ley 22431, que en su artículo 2 dispone: "A los efectos de esta ley, se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral". Por su parte, el artículo 9 de la ley 24901 dispone: "Entiéndese por persona con discapacidad, conforme lo establecido por el artículo 2º de la ley 22.431, a toda aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables su integración familiar, social, educacional o laboral". Finalmente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por ley 26378) establece: "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" (art. 1). Sobre el tema ver Olmo, Juan Pablo, "Mejora a favor del

heredero con discapacidad", LA LEY 27/10/2015, 27/10/2015, 1 - LA LEY2015-F, 527 - DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 147, AR/DOC/2533/2015. Para Olmo, "de darse algún supuesto en la práctica en el cual la persona tiene discapacidad a la luz de la CDPD y no así de la definición del artículo 2448 CCyC, la consideramos igualmente beneficiaria de la mejora" (op. cit.). Igualmente, sostiene que a los fines de la mejora el certificado de discapacidad no es exigible, sino que es un modo de acreditarla.

(24) Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación general N° 1 (2014) (CRPD/C/GC/1), n. 22.

(25) En el CCC Comentado dirigido por Ricardo Lorenzetti se afirma: "Va de suyo que aquellas personas que cuentan para su mejor desempeño en las circunstancias de su vida y para la celebración de actos jurídicos válidos con el auxilio del sistema de representación o del sistema de asistencia o con apoyos para la toma de decisiones, no resultan adecuadas para desempeñarse como tutores de personas menores de edad" (Burundarena, Ángeles, Código Civil y Comercial Comentado, T. I, Lorenzetti, Ricardo Luis (director), cit., p. 487.

(26) TOBÍAS, José W., en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Tomo II, cit., p. 444.

(27) BURUNDARENA, Ángeles, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, dirigido por Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián, cit., p. 486-487.

(28) BASSET, Úrsula, C., en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Alterini, Jorge Horacio (director), cit., Tomo III, p. 860.

(29) Id.

(30) LAFFERRIÉRE, Jorge Nicolás, Muñiz, Carlos, "Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado", La Ley, Revista DFyP 2015 (junio), p. 147-165, AR/DOC/1411/2015.

(31) SANTARELLI, Fulvio G., en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Alterini, J.H. (director), cit., Tomo XI, p. 792-793.

(32) TOBÍAS, José W., en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, cit., p. 192.

(33) Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación General N° 1 (2014) (CRPD/C/GC/1), n. 21.

Información Relacionada

Voces:

CAPACIDAD ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA
NACION ~ ESTADO DE VULNERABILIDAD ~ PERSONA HUMANA ~ PERSONA CON INCAPACIDAD
~ PERSONA CON CAPACIDAD RESTRINGIDA