

Comisión n° 1, Derecho Privado. Parte general: “Nuevas reglas referidas al régimen de capacidad de la persona humana”

## **CAPACIDAD DE LA PERSONA HUMANA: NUEVAS REGLAS**

**Autor:** Claudia Wagner\*

### **Resumen:**

*En el régimen de capacidad de la persona humana, las modificaciones más importantes se producen en la capacidad de ejercicio, ya que se busca adecuar el Código a la Convención Internacional de los derechos del niño y a la Convención Internacional sobre las personas con discapacidad.*

*A los menores se les reconoce una autonomía progresiva. Su edad es solo una pauta a considerar, atendiendo la norma al concepto de “madurez suficiente” para el acto concreto de que se trate.*

*Se elimina por discriminatoria la categoría de “dementes” que se reemplaza por dos sistemas: uno de capacidad genérica y otro excepcional de incapacidad. La doctrina se pregunta si este último se ajusta al derecho convencional. Lo cierto es que tal medida es un remedio extremo que sólo ha de adoptarse en los casos en los que no haya una alternativa menos restrictiva para la protección de la persona, y siempre en su exclusivo beneficio.*

### **1. Subtítulo. Capacidad: principales modificaciones introducidas por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación**

El nuevo código dedica el Libro Primero a desarrollar la Parte General, y dentro de este libro, luego del Capítulo 1 destinado al comienzo de la existencia, regula en el Capítulo 2 la Capacidad de la persona humana.

Lo primero a destacar en este aspecto, es que el nuevo código deja de lado la vinculación de la noción de persona con la capacidad jurídica del Código de Vélez, donde se concebía a la persona como tal por tener capacidad de derecho. Cuando en realidad es al revés, se tiene capacidad por ser persona, la existencia de la persona es el antecedente necesario para ser titular de derechos y deberes. Por eso es que se introduce el término “persona humana” en reemplazo del “ente” que el Código de Vélez denominaba “persona de existencia visible”. El antecedente en este sentido fue el Proyecto de reformas de 1998 donde se afirmó que la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano por el hecho de serlo y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, además de dar la falsa idea de que la personalidad del sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico.

---

\* Profesora Adjunta Derecho Civil Parte General y Contratos Fac. de Cs. Juríd. y Soc. UNL; titular Derecho Civil Parte General y Contratos, Fac. de Derecho Universidad Católica de Santa Fe.

Otro aspecto a destacar, es que la regulación de la capacidad se hace armonizando el Código con las Convenciones Internacionales aprobadas por nuestro país, así como con las leyes especiales sancionadas en los últimos años, superando así el panorama de contradicción normativa que existía. Finalmente, la claridad de los textos, ya que se utilizan términos sencillos, que pueden ser entendidos por todos y no sólo por abogados, así como no discriminatorios.

En la Sección Primera del mencionado capítulo 2, se introducen los Principios Generales distinguiendo entre:

- capacidad de derecho, que es la aptitud de que goza toda persona humana para ser titular de derechos y deberes jurídicos, aunque pueda ser limitada por la ley respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados, y
- capacidad de ejercicio, que es la aptitud que se reconoce a toda persona humana para ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones previstas en el Código o en una sentencia judicial. Como otro ejemplo de terminología más clara, se llama capacidad de ejercicio a lo que en el Código Civil se llamaba capacidad de hecho, dando una idea mucho más clara y comprensible de a qué se refiere. Las modificaciones más importantes se producen justamente en este régimen de la capacidad de ejercicio, ya que se busca adecuar el Código a la Convención Internacional de los derechos del niño y a la Convención Internacional sobre las personas con discapacidad, incorporando normas más flexibles, otorgando a los jueces facultades para la determinación de las restricciones e imponiéndoles el deber de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas.

Se elimina la distinción entre incapaces de hecho absolutos y relativos y se incluye en el art. 24 como incapaces de ejercicio: a-las personas por nacer; b-la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y c-la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

La disposición prevista en el inciso a) “persona por nacer”, es idéntica a la del Código de Vélez (artículo 54 punto 1). Las diferencias las encontramos en los incisos b) y c), o sea en cuanto a los menores y a los llamados por Vélez “dementes”. El sordomudo directamente desapareció como incapaz de ejercicio, respondiendo a un reclamo unánime de la doctrina que consideraba anacrónico el sistema.

En cuanto a la persona menor de edad: el art. 25 distingue entre: -menor de edad: es la persona que no cumplió 18 años, -adolescente: es el menor de edad que cumplió 13 años (esta denominación vendría a reemplazar la de menor adulto bajándose la edad de 14 a 13 años). El art. siguiente establece que la persona menor de edad (menos de 18) ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, o sea que es un incapaz de ejercicio, conforme surge también del inciso b) del art. 24, incapacidad que se mantiene, especialmente para los actos patrimoniales, en protección de estas personas. Pero luego se agrega: “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. Tiene derecho a ser oída y a participar en las decisiones sobre su persona”. Este agregado responde al principio de reconocer la autonomía progresiva de que viene hablando la doctrina desde hace tiempo. La edad es solo una pauta a considerar, atendiendo la norma al concepto de “madurez suficiente” para el acto concreto de que se trate. La noción de autonomía progresiva, que surge de la convención internacional de los derechos del niño y es recogida en la ley 26.061, abandona el concepto rígido de capacidad según la edad, hacia la noción de

competencia que permite al menor el ejercicio por sí mismo de derechos, aún cuando no cuente con plena capacidad, cuando se evalúe su madurez para tomar una decisión y comprenderla conforme a su madurez.

Así, a lo largo del Código se contemplan distintos supuestos donde los menores pueden ejercer por sí sus derechos, por ej. para agregar el apellido del otro padre, o pedir la inscripción del apellido por el que es conocido, consentir su adopción, en la administración de sus bienes, pedir que se les rinda cuentas, reclamar a sus progenitores, ejercer la responsabilidad parental de sus hijos, etc

Luego se introduce una nueva diferenciación a esta ya mencionada entre persona menor de edad y menor de edad adolescente:

-los menores entre 13 y 16, años tienen aptitud para decidir por sí respecto a tratamientos no invasivos, que no comprometan el estado de salud o provoquen riesgo en su vida o integridad física, si los tratamientos son invasivos, comprometen su estado de salud o ponen en riesgo su integridad o su vida, es necesario el consentimiento del menor con asistencia de los progenitores. En caso de conflicto se resuelve teniendo en cuenta el interés del menor, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

-A partir de los 16 años, el adolescente es considerado adulto para las decisiones atinentes a su propio cuerpo. En los fundamentos del Proyecto se justifican estas normas sosteniendo que entre los 13 y 16 años se adquiere conciencia del propio cuerpo, y que es por eso que se les permite tomar decisiones reconociéndoles autonomía en lo relativo al cuidado del mismo, conforme las reglas generales aceptadas en el ámbito de la Bioética y en el derecho comparado, que han desarrollado en forma exhaustiva la noción de “competencia” diferenciándola de la capacidad civil tradicional. Esta norma expresa está referida a actos personalísimos y distingue la competencia de la capacidad.

## **Emancipación**

Se regula en el art. 27 para el supuesto de que un menor de edad contraiga matrimonio. Según el art. 404, el menor que no haya cumplido 16 años puede contraer matrimonio previa dispensa judicial, para lo cual el juez ha de tener en cuenta el grado de madurez alcanzado. Los menores entre 16 y 18 años pueden hacerlo con autorización de sus representantes legales.

Para los emancipados se propone un régimen de capacidad prácticamente idéntico al propuesto por Vélez aunque se elimina la posibilidad de que el asentimiento para disponer a título oneroso de bienes recibidos a título gratuito pueda ser otorgado por el cónyuge mayor de edad.

## **Capacidad laboral del menor**

El art. 30 reconoce capacidad para el ejercicio profesional al menor que ha obtenido título habilitante, así como la administración y disposición de los bienes adquiridos por este ejercicio. Este artículo debe ser interpretado en forma conjunta con el art. 681 que estatuye que el menor de 16 años no puede ejercer oficio, profesión o industria sin autorización de sus progenitores. Nada se dice de la capacidad para celebrar contrato de trabajo lo queda regulado por la ley de Contrato de Trabajo, modificada por la ley 26.390, que dispuso que pueden hacerlo a partir de los 16 años, con autorización de los padres.

## **Restricciones a la capacidad jurídica**

En la Sección 3ª se trata de las restricciones a la capacidad jurídica. En primer lugar, se establecen reglas generales que buscan adecuar nuestra normativa a lo previsto en la Convención Internacional de las personas con discapacidad e incorporar los principios ya previstos en la ley de salud mental Nro 26.657. Estas reglas son algunas de fondo y otras de forma: a- la presunción de capacidad aún en casos de internación; b- la limitación excepcional de la capacidad y sólo para protección; c- la intervención interdisciplinaria tanto en el tratamiento como en el proceso judicial, o sea no sólo de facultativos (médicos psiquiatras o legistas) como dice el Código, sino también de psicólogos, terapeutas ocupacionales, asistentes sociales, etc; d- el derecho de la persona a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; e- el derecho de la persona a participar en el proceso judicial con asistencia letrada que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; f- la necesidad de elegir las alternativas terapéuticas que menos restrinjan la libertad (la internación como último recurso).<sup>1</sup>

En cuanto a las restricciones a la capacidad de ejercicio, se distinguen dos supuestos: personas con incapacidad y personas con capacidad restringida.

**-personas con capacidad restringida:** a toda persona mayor de 13 años el juez puede restringirle la capacidad para determinados actos, cuando padezca 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. Estas personas de capacidad restringida vendrían a reemplazar a los inhabilitados del art. 152 bis incisos 1º y 2º pero la fórmula es más amplia por lo que no sólo quedarían incluidos los ebrios y toxicómanos sino también cualquier otra adicción grave. Al hablar de alteración “mental” excluye a las personas que padezcan alteraciones físicas acogiendo así el criterio de interpretación restrictiva del inc. 2º del art. 152 bis del C.C. El juez debe designar los apoyos necesarios para que la persona pueda realizar los actos que se le restringen.<sup>2</sup> Estos apoyos, que sustituyen al tradicional “curador”, deben favorecer la autonomía de la persona y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Es de destacar que la persona en este caso conserva su capacidad de ejercicio, la cual solo se le limita para determinados actos. “Es importante destacar que la capacidad restringida supone que la persona conserva su capacidad, la cual es limitada en su ejercicio sólo para determinado/s acto/s. la restricción excepcional no se fundamenta en una característica de la persona (criterio subjetivo), sino en una situación que requiere de la conjunción de dos presupuestos (criterio objetivo)...el art. 32 exige un criterio mixto a los fines de la eventual restricción a la capacidad: la limitación no se funda en la condición de discapacidad, lo

---

<sup>1</sup> “La reformulación que propone el Código Civil y Comercial no constituye un cambio de etiquetas, sino modificación sustancial de la concepción de la persona -oculta o minimizada bajo su condición diagnóstico/jurídica en la lógica anterior- y de la regulación de sus derechos humanos mediante el reconocimiento de su capacidad jurídica.” KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; FERNANDEZ, Silvia y HERRERA, Marisa. Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código. Rev. La Ley, Bs.As., 18/08/15, pág. 2.

<sup>2</sup> “...la intervención del apoyo no se refiere o limita al momento o instante del ejercicio concreto del acto, sino que tiene que ver con todo el proceso de información, comprensión, formación del consentimiento en el marco de la toma de decisiones por la persona”. FERNANDEZ, Silvia Eugenia. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial bajo la lupa de los derechos humanos. Revista Código Civil y Comercial Año 1. Número 1. Ed. La Ley, Bs.As., Julio 2015, pág. 85.

cual sería cuestionable desde la exigencia convencional de eliminación de discriminación por motivo de discapacidad.”<sup>3</sup>

**-personas con incapacidad:** por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad de cualquier modo y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador. La doctrina se pregunta si se ajusta al derecho convencional esta posibilidad que da el nuevo código de, en supuestos excepcionales, incapacitar a una persona y nombrarle un representante. Las respuestas son variadas y van desde aquellos que lo consideran inconstitucional a los autores que admiten la realidad de que, en algunos casos, tal es la única solución que puede dar el derecho. Lo cierto es que tal medida es un remedio extremo que sólo ha de adoptarse en los casos en los que no haya una alternativa menos restrictiva para la protección de la persona, y siempre en su exclusivo beneficio.<sup>4</sup>

En ambos casos se reduce la edad a 13 años en consonancia con la categoría creada de adolescente a partir de los 13 y se deja de lado la utilización del término “demente”, término anacrónico y discriminatorio para designar a las personas con diferentes padecimientos mentales.

Se regula el procedimiento de restricción corrigiendo algunas cuestiones como por ej. se elimina la legitimación activa del cónsul si el demente fuera extranjero y de “cualquier persona del pueblo”, legitimación que la doctrina unánimemente había criticado. Por otro lado se incorpora como legitimados al propio interesado y al conviviente mientras dure la convivencia. En el caso de los “parientes” se aclara que estos son hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Se prevé la posibilidad de limitar provisionalmente la capacidad durante el pleito mediante la asistencia o representación de un curador, así como la designación de redes de apoyo o personas con funciones específicas, según el caso. El juez debe entrevistar personalmente al interesado y garantizar su participación en el proceso. En cuanto a la prueba se exige el dictamen de un equipo interdisciplinario, ajustándose así a lo ya previsto en la ley de salud mental.

Pero el cambio más importante aparece en el art. 38, que refiere a la sentencia. Este artículo se ajusta a las modificaciones que ya había introducido la ley de salud mental por cuanto el juez debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar qué actos se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Además debe designar los apoyos, o curadores según el caso, y establecer las modalidades de actuación para la validez de los actos.

Se consagra así la necesidad de reconocer aptitud a la persona cuya capacidad se restringe, para realizar por sí aquellos actos que pueden realizar, no obstante sus

---

<sup>3</sup> FERNANDEZ, Op. Cit., pág. 83.

<sup>4</sup> “En rigor, la designación de un representante legal supone limitar la capacidad jurídica, lo cual está expresamente prohibido por la CDPC. Peor la CPDP no prohíbe que el Estado implemente algún sistema o procedimiento para declarar incompetente a una persona (cualquier persona) siempre y cuando lo haga sobre la base de un criterio que reúna los siguientes tres elementos: a) legitimidad; b) proporcionalidad; y c) no discriminación. Cabe destacar que este criterio no solo surge de la aplicación de la CDPD, sino también de todos los tratados de derechos humanos. BARIFFI, Francisco. El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Cinca Ediciones, Madrid, España, 2014; en FERNANDEZ, Op. Cit., pág. 87.

limitaciones, lo que redundaría en una mejoría de su salud y contribuye a su recuperación. Este sistema es superior al previsto en el Código Civil, donde se hacía una división tajante entre dementes interdictos, absolutamente incapaces, y las personas capaces, no permitiendo contemplar y dar solución a muchos casos concretos que no encajaban ni en un supuesto ni en el otro. Situación que había sido parcialmente superada por la introducción de la institución de la inhabilitación por la ley 17.711.

Se implementan entonces dos sistemas: uno de incapacidad genérica y otro de capacidad genérica, ambos flexibles y graduables, recogiendo el reclamo de la doctrina argentina acerca de la necesidad de buscar nuevas líneas de equilibrio entre las opuestas exigencias de libertad y protección de las personas, de modo de asegurarles toda la libertad posible otorgándoles al mismo tiempo la protección necesaria.

El artículo 40 incorpora la necesidad de revisar la sentencia que declara la incapacidad de una persona o la restringe en un plazo no superior a los tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y entrevista personal con el interesado. Esta necesidad de revisar la sentencia aparece ya en la ley 26.657 y en el art. 12 inc. 4º de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 26.535, que dice: “los Estados Partes...asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica...estén sujetos a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”.

La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida la capacidad, sólo procede si: a- está fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario que la justifique; b- si existe riesgo de daño para la persona o terceros; c- es un recurso restrictivo, que debe durar lo menos posible y ser supervisado periódicamente; d- debe garantizarse el debido proceso, el control judicial y el derecho de defensa; e- la sentencia que la aprueba debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión; f- solo en caso que no admita dilación por encontrarse en riesgo la vida de la persona o de terceros puede hacerlo la autoridad pública. Siendo ésta una materia siempre cambiante, el Proyecto se remite para su complementariedad a la legislación especial.

Los actos celebrados con posterioridad a la inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que contrarían lo dispuesto en la sentencia inscripta son nulos.

En cuanto a los anteriores, pueden ser declarados nulos si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida siempre que se cumpla alguno de los extremos: enfermedad mental ostensible a la época de celebración del acto; el que contrato con esta persona sea de mala fe; o el acto sea gratuito

En el supuesto de fallecimiento de la persona, los actos anteriores a la inscripción de la sentencia no podrán impugnarse salvo que: la falta de salud resulte del acto mismo; la muerte se haya producido después de iniciada una acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida; el acto sea a título gratuito; o que el que contrato sea de mala fe

El art. 47 dispone sobre el procedimiento para el cese, que debe ser dispuesto por el mismo juez previo examen de un equipo interdisciplinario. Si el restablecimiento no es total el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede hacer por sí o con la asistencia de su curador o apoyo. Vemos aquí otra vez el respecto a la capacidad progresiva.

Finalmente, en los arts. 48 a 50 se regula la posibilidad de inhabilitar al pródigo. O sea, las personas con adicciones o facultades disminuidas de los incisos 1 y 2 del art. 152 bis son ahora personas con capacidades restringidas. Los pródigos en cambio, en atención a la diferente naturaleza de su patología, pasan a ser una categoría autónoma, la de inhabilitados. No se exige ya la necesidad de que haya dilapidado una parte importante de su patrimonio, lo que sin duda es correcto porque carece de sentido esperar a que pierda una parte importante para recién después inhabilitarlo, esto no es conveniente ni para el pródigo ni para su familia.

En cuanto a la familia aparecen cambios importantes por cuanto el C.C. exigía ascendientes, descendientes o cónyuge y el nuevo código lo amplía al conviviente y lo circunscribe a hijos menores o discapacitados. O sea son excluidos los ascendientes y los hijos mayores no discapacitados. Pero aún con este nuevo alcance continúa siendo necesaria la presencia de un cierto núcleo familiar, lo que se fundamenta en la necesidad de limitar al mínimo la libertad individual, dejando de lado el interés del propio pródigo así como el interés social en juego. También aparece la posibilidad de que el juez extienda la inhabilitación a “otros actos”. Esta amplitud permite que se agregue algún acto de administración por ejemplo.