

El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Fernández, Silvia Eugenia

Publicado en: Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre) , 25

Sumario: 1. El régimen de capacidad de la persona. — 2. La persona menor de edad en el nuevo Código Civil y Comercial. — 3. El régimen de capacidad de mayores de edad. — 4. Conclusión.

Cita Online: AR/DOC/3834/2014

Estas líneas tienen por objeto formular un primer paneo —sintético, por cierto, por razones de espacio— sobre el régimen de capacidad jurídica diseñado por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994) (1).

Como ha sido explicitado por los propios autores de la Reforma —Fundamentos de elevación del Proyecto (2)—, se trata de un cuerpo jurídico asentado en el ineludible piso del derecho internacional de los derechos humanos (3), a tono con el cual debía revisarse y diseñarse la nueva normativa, conforme al imperativo de ejercicio de control de convencionalidad estatal (4). Bajo esta lupa humanitaria la Comisión analizó cada una de las instituciones jurídicas a regular, introduciendo sustanciales modificaciones a tono con la perspectiva internacional referida y la doctrina de los organismos internacionales autorizados (Corte IDH; Comité de Derechos del Niño; Comité de los derechos de las personas con discapacidad).

Este tamiz humanitario habría de cernir igualmente el análisis del régimen de capacidad jurídica o "capacidad" a secas, en el nuevo Código. A continuación proponemos entonces un sucinto esquema de las principales modificaciones, deteniéndonos en aquellas que consideramos sus notas más relevantes.

1. El régimen de capacidad de la persona

En el Libro Primero —Parte General— y dentro del Título I —Persona Humana—, el nuevo Código Civil y Comercial —en adelante, CCyC— regula en su Capítulo 2do., el régimen de "Capacidad". Define claramente la capacidad de derecho (5) y la capacidad de ejercicio, estableciendo en lo que a esta última respecta: "Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial." (art. 23). Claramente el principio general es la capacidad (6), con las únicas excepciones que prevé el Código y las que determine una sentencia judicial —referencia que alude al supuesto de restricción al ejercicio de la capacidad en relación a mayores de edad, en las condiciones establecidas por la legislación (art. 24 inc. c), art. 31 y ss.).

El Código derogado calificó liminarmente la condición de capacidad de las personas desde una primera perspectiva: la edad. Mayores y menores de edad han sido, en la estructura tradicional, definidos como capaces e incapaces respectivamente (art. 54, 56, 57 y concs.). Por excepción, ciertos actos específicos fueron autorizados a otorgar en favor del menor de edad (art. 56). De tal modo, para estas personas, el principio lo fue la incapacidad, con puntuales y escasas excepciones de reconocimiento de capacidad. A su turno, respecto de las personas mayores de edad, el Código originario diseñó un criterio mixto —biológico/jurídico— conforme el cual calificar a las personas con discapacidad mental —"dementes" en la

terminología de Vélez— cuya capacidad de hecho se limitaba en su "protección", sustituyendo su actuación jurídica en forma absoluta y genérica por la figura de un curador. Tratándose de dos universos y situaciones diversas —la de las personas menores de edad y de los adultos con discapacidad mental— las analizaremos en forma separada.

2. La persona menor de edad en el nuevo Código Civil y Comercial

En primer lugar corresponde señalar que el CCyC reemplaza las tradicionales nociones relativas a la minoridad púber e impúber (art. 54 Código derogado); haciéndose cargo de la evolución de nuestros niños y niñas en la sociedad contemporánea y siguiendo los lineamientos de legislaciones comparadas (7) distingue entre "niños" y "adolescentes", siendo la línea demarcatoria la edad de 13 años (art. 25) (8). Recordamos que el Código Civil estableció el discernimiento para los actos lícitos a partir de los 14 años, derivando allí las categorías de niños acordes a la condición de "pubertad".

En el nuevo Código en cambio, la edad es tan sólo una pauta a considerar, atendiendo la norma más especialmente al concepto empírico-jurídico de madurez suficiente —suficiente para el acto concreto de que se trate—. ¿Por qué en la nueva legislación no basta la consideración rígida de edad? Sencillamente porque el nuevo Código, observando las normas constitucionales cumple el mandato que deriva de la obligación estatal de control de convencionalidad referida y, en consecuencia, regula el sistema de capacidad jurídica de niños, niñas y adolescentes a la luz del principio constitucional de autonomía progresiva (art. 5 CDN; OC-17 Corte IDH).

La noción de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos traslada el eje desde el concepto rígido de capacidad determinado a partir de la pauta etaria, hacia la noción más empírica que deriva del campo bioético, de competencia. Este parámetro, claramente independizado de la capacidad civil de ejercicio, habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular, aun cuando éste no ostente plena capacidad y en tanto se evalúe que, a pesar de ello, puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión que la involucra (9). Esta evaluación depende de factores que exceden la pauta etaria, y se relacionan con el alcance de un cierto grado de madurez y desarrollo, a valorar concretamente en cada caso, desarrollo que se adquiere progresivamente, conforme la evolución personal de cada niño/a, contorneando así su autonomía progresiva para el ejercicio de derechos (10).

Al momento de redacción del Proyecto de Reformas, la autonomía progresiva no era un concepto ajeno al derecho interno argentino; por el contrario, ya la ley 26061 incorporó expresamente esta noción, elevándola al rango de componente descriptivo de la noción de interés superior del niño, estableciendo que a los fines de la satisfacción de éste debe respetarse: "su condición de sujeto de derecho...edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales" (art. 3 ley cit.).

De tal modo, la autonomía progresiva se constituye en el nuevo Código en la pauta que define a contrario sensu a las personas "incapaces de ejercicio"; así el art. 24 enumera entre ellas a "...b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo...". Se excluye así del concepto de incapacidad al menor que sí cuenta con las condiciones que allí menciona: la edad y el grado de madurez suficiente.

Las dos pautas mencionadas —edad y grado de madurez— predeterminan entonces inicialmente el límite entre la noción de incapacidad y de autonomía progresiva.

Sin duda resulta más sencillo adherir a un régimen donde una pauta objetiva como la edad, preestablezca y "advierta" al operador sobre la existencia o no de capacidad en la persona. Sin embargo, éste es justamente el desafío de la Reforma, que además involucra, comprende o pone de manifiesto el vínculo tan íntimo entre bioética y derecho, precisándose entonces un análisis amplificatorio que excede a la sola consideración civilista.

El nuevo sistema, reiteramos, exige "edad y madurez suficiente" para validar la actuación autónoma de niños y niñas. Ello quiere decir, que iguales edades no significan "capacidades iguales" y que un mismo niño presentará capacidad suficiente para ciertos actos y no para otros. El criterio es dinámico, mutable: así, vgr., mientras un adolescente cuenta con capacidad para solicitar y decidir el empleo de métodos de anticoncepción —vgr. preservativos— no la presentaría para consentir —por sí solo— una intervención quirúrgica que pone en riesgo su salud o una cirugía estética —vgr., puede pensarse en la situación de las jóvenes y el "boom" de las cirugías mamarias estéticas—.

Así, el adjetivo de suficiencia referido a la madurez del niño, niña o adolescente, no solo califica sino que define y limita dicha madurez: razones y argumentos constitucionales exigen no desvirtuar ni deformar la noción de autonomía progresiva, la que debe mantener siempre presente en sus raíces —implícito—, que un niño no es un adulto. Que infancia y adultez son dos etapas vitales diversas, que claramente involucran condiciones personales distintas, disímil maduración y que en el caso de las personas menores de edad justamente exige, bajo ciertos recaudos, la intervención del Estado y de los adultos responsables a fin de cumplir el mandato de medidas especiales de protección (art. 19 CADH (11)) en su favor.

Decimos esto, porque el régimen de capacidad de infancia, al tiempo que recibió el influjo sin duda positivo de la doctrina de protección integral que involucra la noción de especialidad y el reconocimiento de la autonomía progresiva del niño, fue también desinterpretado y bastardeado por algunos voceros de una "especialidad jurídica" en infancia, llevando a concluir aquello que la doctrina de protección integral no sostiene. Bajo la autonomía progresiva el niño no decide en todo caso sobre sus derechos: autonomía progresiva significa que el niño debe ser asistido a fin de poder desplegar gradualmente una actuación autónoma de sus derechos, no todos ejercibles con independencia por igual.

Esta advertencia —no siempre tenida en consideración— fue incluida en la propia OC.17 sobre Condición jurídica del niño, 2002, de la Corte IDH. Así, la Corte sostiene: "al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, la Corte ha establecido que 'no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana'. En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en 'los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos', advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando 'carece de justificación objetiva y razonable'. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraría la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran." (pto. 46). "Se puede concluir, que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. (...)" (pto. 55).

Acorde la doctrina de los organismos internacionales, entonces, el Código aprehende claras pautas en que, sin riesgo de discriminación alguna, puede sostenerse la incapacidad de las personas menores de edad; "Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: a. la persona por nacer; b. la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; (...)" (art. 24). El artículo 26 aporta la consecuencia legal, herramienta necesaria para el ejercicio de la capacidad: "La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales (...)."

Ahora bien. La discriminación sí se configuraría en el caso de no atender, justamente, a aquellas "desigualdades de hecho" o "distinciones objetivas y razonables" (OC17 cit.), que se aprecian, claramente, frente a la situación de niños y adolescentes. Claramente, y en palabras

de la misma Corte Interamericana, "(...) La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años (...)" y ello debe ser tenido en consideración a los fines de determinar su interés superior. (pto 101, OC 17 cit.). Acorde esta distinción fácilmente aprehensible además desde la experiencia de vida, el Código distingue la situación de "niños" y "adolescentes", estableciendo una pauta etaria delimitatoria, que no es azarosa sino coincidente con la presunción de adquisición de un cierto grado de madurez. Así, la referencia a "niños, niñas y adolescentes" empleada incluso en la propia ley de protección integral 26.061, cobra definición técnica en el marco del sistema legislativo de capacidad civil (el Código).

Así entonces, el Código Unificado diferencia claramente la condición de niño y adolescente, conforme la pauta etaria de los 13 años de edad (art. 25): "Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años."

Pasando a la consecuencia que acarrea el reconocimiento de esta autonomía progresiva, mientras que como dijéramos en el caso de personas carentes de edad y madurez suficiente, el ejercicio de derechos depende de la actuación de los representantes legales, cuando niños y adolescentes satisfacen la explicada exigencia mixta de edad y madurez suficiente, se excluye la función representativa pura en cabeza de los padres: "...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". (art. 26). Desde que este ejercicio personal puede generar conflictos con las decisiones de los representantes, la norma brinda respuesta a través de la facultad de adolescente de defender su posición con el auxilio de asistencia letrada. Por razones de espacio no podemos profundizar la cuestión y debates relativos a la actuación con la asistencia de la figura del "abogado del niño". Baste con sintetizar que la genérica previsión del art. 27 inc. c) ley 26.061 (12) es especificada por conducto del CCyC al someter el recurso a esta garantía a las condiciones de edad y madurez suficiente y al pedido del hijo, respondiendo a los múltiples debates generados en punto al alcance de la norma citada (13).

La efectiva realización del concepto de autonomía progresiva requiere la garantía del derecho del niño a ser oído, frente a cualquier cuestión que lo involucre (14). Así, dispone el art. 26 citado: "...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." Al regular cada institución del derecho familiar que involucre los derechos e intereses de niños y adolescentes, se refuerza este derecho-exigencia constitucional.

2.a. Ejercicio de derechos y toma de decisiones en el campo de la salud.

El CCyC ha dedicado una norma expresa al ejercicio de derechos de niños y jóvenes en el ámbito sanitario. Ello en virtud de tratarse de netos derechos personalísimos, cuya regulación no empalma con el régimen de ejercicio en materia de derechos patrimoniales. Aclarando esta afirmación mediante un ejemplo: una cuestión es la evaluación de la competencia del paciente para someterse a un tratamiento médico y otra su capacidad para la celebración del contrato médico; lo primero es una cuestión de legitimación decisional, lo segundo, una netamente patrimonial (15); claramente el niño o adolescente carece de capacidad para la suscripción autónoma de un contrato médico que involucra compromisos patrimoniales, pero sí puede ostentar competencia para la prestación del consentimiento médico —según el caso, la condición del niño y la práctica médica de que se trate— y sin duda la tiene —siempre— para ser informado y expresar opinión respecto al acto médico que lo involucrará (16).

El Código regula la participación en el ámbito sanitario acorde la distinción general efectuada entre niños y adolescentes, confiriéndola en forma personal a los segundos. A su vez, introduce un segundo distingo fundado en un límite etario puro: los 16 años de edad:

Artículo 26: "(...) 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."

Se advierten así tres situaciones contempladas por la norma.

a. La pretensión de ejercicio de derechos y actos que no comprometen la salud del adolescente ni provocan riesgo en su integridad física —y psíquica—: la sola petición del adolescente hace presumir su aptitud para el acto que desea practicar.

b. Frente a tratamientos invasivos sí comprometen la integridad, salud o vida del adolescente, se exige la asistencia del representante, con el consentimiento del niño.

Siendo previsible la generación de conflictos entre las opiniones de quien consiente y quien/es asienten, habrán de resolverse —judicialmente—, en consideración a dos pautas: el interés superior del niño y la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización del acto. En materia sanitaria este interés superior procura "respetar la dignidad del niño como persona"(17).

c. A partir de los 16 años el sistema se independiza de las previsiones incapacidad y competencia, considerándose como un mayor de edad al efecto de la decisión médica.

¿Cuáles son las razones que fundamentan esta opción legislativa? ¿cuáles los antecedentes, de jurisprudencia, derecho comparado y doctrina especializada, que se han tomado en consideración para la redacción de la previsión legal?

Fue en Inglaterra a partir del conocido caso "Gillik" (18) que se desarrolló la noción sintetizada en las referencias doctrinarias como "Gillik competent", para hacer alusión a una categoría de niños que, sin contar con la edad que los ordenamientos establecen para prestar consentimiento válido en términos jurídicos generales, pueden sin embargo hacerlo frente a derechos personalísimos, en función de su edad y grado de madurez. Así, en el derecho comparado se construye la doctrina de la capacidad natural, que afirma que el ejercicio de derechos fundamentales depende de las efectivas condiciones de madurez, que se van adquiriendo progresivamente hasta su plenitud (19). Así se incorpora el parámetro de "mayoría anticipada" para actos médicos. (20) (21).

En nuestro país varios precedentes reconocieron el ejercicio de derechos personalísimos por menores de edad; así para la colocación de un método anticonceptivo-DIU- (22), para el ejercicio de derechos sexuales independientemente de la autoridad de sus padres (23), para la continuación de embarazo adolescente (24), autorizando intervención quirúrgica de readecuación sexual y registral peticionada por el adolescente (25), para el cese de intervenciones distanásicas (26), no pudiendo presumirse el consentimiento para padecimientos crueles y degradantes (27), para ordenar sobre una menor de edad una intervención quirúrgica que salvaría su vida, a pesar de la manifestación contraria de la niña y sus padres (28); entre otras.

La ley 26.529 sobre Derechos del paciente en su relación con los profesionales de la salud, en su art. 2° inc e) expresó en punto al principio de autonomía: "...Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley n° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud."

2.b. El impacto de la capacidad civil en el ejercicio de la responsabilidad parental (29)

Acorde con la reconceptualización de la institución de patria potestad, como una función establecida en interés del hijo, el CCyC la define a partir de sus 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 en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez." (art. 639). Coherente con ello, se enuncian como deberes y derechos de los progenitores: "...b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos..." (art. 646). Cara y contracara, o anverso y reverso, entre ejercicio de autonomía progresiva y responsabilidad parental.

A su turno, el ejercicio de la responsabilidad parental por progenitores adolescentes también recibe el influjo de la recepción de la autonomía progresiva: se muta radicalmente la regulación actual que dispone la tutela en favor de quienes ejercen la responsabilidad parental sobre el padre adolescente (art. 264 bis). El art. 644 dispone: "Los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud. Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo. El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como su entrega con fines de adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local. La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen." (30).

El Código mantiene el régimen de emancipación: "Emancipación. La celebración del matrimonio antes de los dieciocho años emancipa a la persona menor de edad. La persona emancipada goza de plena capacidad de ejercicio con las limitaciones previstas en este Código. La emancipación es irrevocable. La nulidad del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, excepto respecto del cónyuge de mala fe para quien cesa a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada. Si algo es debido a la persona menor de edad con cláusula de no poder percibirlo hasta la mayoría de edad, la emancipación no altera la obligación ni el tiempo de su exigibilidad." (art. 27). Por su parte, adecua la situación de la persona menor de edad que cuenta con título habilitante para ejercer profesión en los siguientes términos: "Persona menor de edad con título profesional 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).

3. El régimen de capacidad de mayores de edad

A partir del art. 31 —Sección 3ª del Capítulo 2do referido— el Código unificado regula el régimen de restricciones a la capacidad de las personas mayores de edad.

En la regulación tradicional de Vélez —con más la modificación de la ley 17.711—, las personas mayores de edad que por causa de afectación mental se ubicasen en situación de riesgo de otorgar actos perjudiciales a su persona y/o patrimonio, podían ser declaradas incapaces para todos los actos de la vida civil. La declaración de interdicción aparejaba asimismo la designación de un curador para la celebración de estos actos.

Mucho tiempo después del Código de Vélez y aún de la modificación de la ley 17.711 —en lo que al tema respecta, la incorporación del art. 152 bis con la figura de la inhabilitación y su consecuencia, el curador asistente—, se aprobó en el ámbito interamericano la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad", ley 25.280, y más ampliamente en el escenario de Naciones Unidas y con impacto universal, la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", ley 26.378 —en adelante, CDPD—.

Si bien ninguno de estos instrumentos cuenta con rango constitucional (31), ostentan jerarquía superior a las leyes (art. 31 CN), obligando así al Estado en el marco del ya referido control de convencionalidad a contrastar la vigencia de sus normas —tanto de fondo como procedimentales— con los nuevos paradigmas contenidos en estos instrumentos y otros del derecho internacional en la materia (32).

Ha de reconocerse a la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) el mérito de afirmarse como el primer tratado de consenso universal que importa la especificación concreta de los derechos de las personas con discapacidad desde la perspectiva de derechos humanos, adoptando el modelo social de la discapacidad (33).

A su turno, en el año 2010, nuestro país sancionaría la Ley Nacional de Salud Mental 26.657, que rige las intervenciones estatales y sociales, públicas y privadas, en materia de derecho a la salud en dicha área. El objetivo de la ley es el aseguramiento del "(...) derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires." (art. 1). (34), (35).

Brevemente, el cambio trascendental que en la cuestión relacionada con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad aporta el art. 12 de la CDPD, así como los arts. 3 y 5 de la ley 26.657 sobre Salud Mental, radica en que conforme el primero se reconoce el derecho humano a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, no apareciendo así posible el dictado de sentencias atributivas de "incapacidad" de las personas por su sola condición de salud mental, debiendo por el contrario los Estados diseñar modelos de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica del involucrado. En efecto, el citado art. 12 dispone: "Igual reconocimiento como persona ante la ley. 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener

acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria."

En tanto, según los arts. 3 y 5 de la ley 26.657 la capacidad de la persona es presumida, no pudiendo efectuarse calificaciones jurídicas ni sanitarias fundadas exclusivamente en diagnóstico y/o antecedentes de salud mental. Reza el art. 3: "En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas. En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: a) Status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso; b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona; c) Elección o identidad sexual; d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización." Y agrega el art. 5: "La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado."

De tal modo, luego de la sanción de estas normas y de la incorporación al Código Civil del art. 152 ter, que exigió la promoción del mayor grado de autonomía posible y la determinación concreta de los actos jurídicos para los cuales la persona carecía de capacidad —acorde el principio de presunción de capacidad— los operadores judiciales debían rediseñar sus intervenciones jurídicas en un marco respetuoso de los derechos fundamentales reconocidos. A esto obliga, justamente, el control de convencionalidad arriba mencionado, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado cualquier actitud estatal que desoiga estos compromisos internacionales.

Frente a este panorama, el CCyC incorpora una serie de principios generales ajustados a los postulados convencionales. Así, en el art. 31 se dice:

"Reglas generales. 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.

El Código incorpora así no solo reglas generales "de fondo" sino también "de forma" o procedimentales: tales, la participación de la persona en el proceso de restricción de su capacidad, el derecho a la asistencia letrada, el diseño de procesos que faciliten la información y la comprensión para la toma de decisiones.

En punto al a concreta cuestión de la capacidad jurídica y sus eventuales limitaciones, el nuevo Código diseña como regla general la restricción al ejercicio de la capacidad y, sólo

excepcional, subsidiariamente y al único fin de protección de los derechos de la persona, su eventual declaración de incapacidad.

Dispone el art. 32 del Código: "Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece 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. (...)" En cuanto a la incapacidad total, ella es subsidiaria, excepcional y sujeta a un estricto test de pertinencia: "(...) Por excepción, cuando la persona 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, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador."

En el supuesto de restricción a la capacidad, no procede la tradicional figura sustitutiva del curador, sino la designación de persona/s de apoyo, cuya función es "promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona" (art. 43). En efecto "(...) En relación con dichos actos (36), el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida."

Es importante destacar que la capacidad restringida supone que la persona conserva su capacidad, la cual es limitada solo para determinado/s acto/s. La excepcionalidad de la restricción 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 código establece expresamente que la restricción a la capacidad solo puede ser en beneficio de la persona (art. 31 inc. b).

Es que el concepto de "salud mental" es mucho más amplio que el de ausencia de enfermedades mentales; por lo demás el escenario social exhibe una multiplicidad de condiciones de las personas que alejan las calificaciones de las puras determinaciones médicas; hoy ya no se habla de "personas con enfermedad mental" sino de personas con discapacidad intelectual o psicosocial. Esta concepción es acorde al modelo social de la discapacidad propuesto por la CDPD, que ubica a la discapacidad, no ya como una condición personal del sujeto, sino como el resultado de su interacción con las diferentes barreras que ofrece o presenta el medio (arts. 1 y 2 CDPD). Así, la salud mental es entendida como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. (conf. art. 3° ley 26.657) (37) (38).

No es tarea sencilla determinar el sistema conforme el cual debieran regularse los mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar "el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica" de las personas con discapacidad mental (art. 12 CDPD). Más lineal y "fácil" es sin duda mantener una solución uniforme, como la interdicción que previó la regulación civil. Sin embargo, esta respuesta viola los derechos humanos de las personas con discapacidad y compromete al Estado Argentino en su responsabilidad internacional. Necesariamente entonces, los operadores jurídicos deben aprehender este contexto normativo como un cambio de paradigma frente a la visión decimonónica de las personas con padecimientos mentales, como una válvula de escape del concepto biológico-jurídico de incapacidad latente en el Código Civil (39) y también en los diseños procesales provinciales.

Ante este complejo desafío, la doctrina exhibió dos líneas que derivan de las dos alternativas posibles: mantener el régimen vigente, modificando la regulación para acercarla lo más posible a la Convención (40), o implementar un cambio radical, un nuevo diseño jurídico

ajustado a las exigencias convencionales (41). En la primera línea ha quedado el intento de la ley 26.657, que mediante la redacción del art. 152 ter perdió la oportunidad de efectuar una revisión profunda del régimen legal, y olvidó la vigencia de un sistema preexistente sobre los efectos de la incapacitación —arts. 472 y ss. C.C.—

Desde mucho tiempo atrás doctrina (42) y jurisprudencia (43) han intentado la flexibilización de los sistemas restrictivos de capacidad de obrar, mediante la implementación de alternativas graduales acordes a la diversidad propia de la discapacidad.

En este sentido, el art. 152 ter, en el contexto de una reforma altamente ansiada, anunciante de un "nuevo régimen de salud mental", se conformó con acercarse —tímida y confusamente (44)— a un ya sólido andamiaje jurisprudencial-doctrinario, al disponer que "las declaraciones 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". No se visualiza la compatibilidad de esta regla de capacidad con la dualidad insania/inhabilitación que se mantuvo; más aún cuando en la inhabilitación el principio era ya la capacidad (45).

El Código Civil y Comercial introduce modificaciones relativas a las condiciones y recaudos procesales, desde la perspectiva que los mismos resultan sustanciales al derecho comprometido y por tal razón no pueden dejarse librados a la discrecionalidad en la modificación de los códigos procesales provinciales. Así, se modifica lo atinente a la legitimación para solicitar la restricción (46), resultando sustancial el reconocimiento de la legitimación de la propia persona interesada, reconociéndole la facultad de iniciar o promover su propio proceso (art. 33 inc. a). Ello a su vez, se encuentra directamente relacionado con lo estipulado en el art. 36 en cuanto a que la "persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa". Aunque la norma no lo indique expresamente, teniendo en cuenta el derecho de acceso a la justicia (art. 13 CDPD y Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las Personas en situación de vulnerabilidad), así como lo que establecen los arts. 31 inc. e) y 36 párr. 2, la solicitud de declaración de incapacidad o de capacidad restringida por el propio interesado debe admitirse a trámite sin más requisito que la solicitud de la persona ante la autoridad judicial. Incluso, de carecerse de patrocinio letrado, deberá el Juez hacerle saber su derecho a designar abogado y que en caso de no tenerlo "se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio" (cfr. art. 36).

¿Cuál es la consecuencia de la restricción a la capacidad? Ya no la designación de un curador sustituto. El nuevo sistema exigirá que al momento de la sentencia que eventualmente involucre la restricción para la realización de determinados actos, el juez designe a la persona/s o redes de apoyo que posibilitarán y coadyuvarán a la persona en el ejercicio de su capacidad. Dice así el art. 38: "Alcances de la sentencia. La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación."

La Convención marca que algunas PCD necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica, no que precisen reemplazo y exclusión. Por el contrario, nuestra legislación civil es tributaria del "asistencialismo", de la asunción de la representación de otros a los que no se consulta ni se hace partícipes; lisa y llanamente se los sustituye, aunque "por su bien", para protegerlos, asumiendo que un "otro" puede tomar las mejores decisiones. La Convención avanza al determinar estándares básicos y medios instrumentales genéricos a través de los cuales los derechos humanos que reconoce puedan plasmarse en la realidad. Lo hace a través del reconocimiento de la necesidad de implementación de medidas de "apoyo", que apuntan al ejercicio de las propias aptitudes, al respeto de la calidad de ciudadanos y personas,

asumiendo la dignidad del riesgo. Impone el cambio del paradigma de sustitución de la voluntad al basado en la toma de decisiones con apoyos y salvaguardas —art. 12—. El modelo sustitutivo y representativo puro es así inadmisibles.

La denominación "apoyos" constituye un término general, a partir del cual cada Estado debe determinar el contenido a imprimir desde su ordenamiento jurídico, con la salvedad de inadmitir modelos contrarios al convencional. (art. 12).

Ahora bien, ¿qué significa una "figura de apoyo" en términos de la Convención? Ella recepta el término "apoyo" de modo genérico, en relación al ejercicio de otros derechos —amén de la capacidad—; refiere a los apoyos como un mecanismo de ejercicio de derechos humanos en general (Preámbulo). Así, las medidas de apoyo se expanden a todas las áreas de desenvolvimiento de la PCD. El apoyo es la herramienta; el fin es "la libertad de tomar las propias decisiones", que excede el ámbito netamente jurídico (art. 3). El apoyo puede adoptar múltiples formas y actuar en diversos ámbitos, desde el prestado por la familia —especialmente preferido conf. arts. 4, 5 y 23 CDPD—, el asistencial en sus diversas áreas (personal, económico, social, de salud, educación, finalmente, jurídica).

Los apoyos constituyen ajustes "a medida", por eso la Convención no enumera sus clases y formas; sí impide los sistemas representativos clásicos. Incluso en relación a quienes necesitan un soporte más intenso. Justamente en virtud del reconocimiento de la diversidad propia a la discapacidad, la toma de decisiones con apoyo adopta numerosas modalidades.

Así, el art. 43 dispone: "Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas."

Se satisface así la exigencia del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas y se respeta la herramienta central que la misma aporta al ejercicio de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad.

La Reforma ha también incorporado normas concretas relativas a los derechos y garantías de la persona en condición de internación por salud mental. Sin perjuicio de la regulación de la ley especial —ley 26.657— determinadas exigencias se han considerado de entidad tal como para ser incluidas en la norma de fondo, acorde el compromiso de derechos fundamentales de la persona en situación de internamiento (47).

La situación del "inhábil" en tanto, queda también modificada a la luz del diseño descripto. Ya no cabe la inhabilitación en relación a personas con discapacidad mental. La figura queda así limitada a la situación del pródigo. "Pródigos. 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. 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. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes." (art. 48). La declaración de inhabilitación importa la designación de un apoyo, que debe asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia. (art. 49).

4. Conclusión.

Hemos intentado brindar un brevísimo y genérico panorama de las principales modificaciones en materia de capacidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial.

El paulatino pero vigoroso proceso de constitucionalización que hace años atraviesa —y alimenta mediante fallos jurisprudenciales comprometidos— la República Argentina, no permite ya que la atribución y reconocimiento de derechos sea direccionada en forma exclusiva por normas de fondo gestadas por fuera de este proceso humanitario. La Reforma hace honor a dicho reconocimiento internacional y propone un plexo de normas respetuoso de la dignidad de la persona, principio liminar de la doctrina de los derechos humanos, en favor, también, de los más desfavorecidos o vulnerables: niños, niñas y personas con discapacidad.

(1) (1) Recordamos que el nuevo Código tiene su origen en el Anteproyecto presentado por la Comisión de Reformas designada por Decreto 191/2011, integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti —presidente— Aída Kemelmajer de Carlucci y Elena Highton; este Anteproyecto luego de elevado al Poder Ejecutivo fue sometido a debate ante la Comisión Bicameral y sancionado por el Honorable Senado de la Nación en fecha 28 de noviembre de 2013. El día 1 de octubre de 2014 el proyecto obtuvo la sanción en Diputados, siendo promulgado el día 7 de octubre del corriente año, como ley 26.994 (B.O. 8-10-2014).

(2) (2) Los Fundamentos de elevación postulan: la constitucionalización del derecho privado, la formulación de un código con identidad cultural latinoamericana basado en un paradigma no discriminatorio, respetuoso de una sociedad multicultural.

(3) (3) Sobre el impacto del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho de familia, ver entre otros, Gil Domínguez, Andrés; Fama, María Victoria; Herrera, Marisa, Derecho constitucional de Familia. Ediar, t. I, p. 18; Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo. El derecho de familia desde la constitución nacional, Universidad, Bs. As., 2009, p.46.

(4) (4) El llamado "control de convencionalidad" en términos de la CIDH abarca dos significaciones: por un lado refiere al practicado por la propia Corte respecto a las normas estatales ante la Convención Americana de Derechos Humanos (confr. CIDH in re "La última tentación de Cristo", "Boyce c/ Barbados"), actuación calificada por algunos autores como "control interno supra nacional" — "desde arriba"-; en segundo lugar, el término comprende el control que los propios jueces nacionales deben efectuar respecto de sus normas en relación con la CADH, "segundo nivel" del control de convencionalidad, control "nacional" o "desde abajo". En este último sentido la CIDH se ha expresado en "Myrna Mack Chang" (25/11/03), "Tibi" (7/9/04) —ambos voto del Juez Cancado Trindade—, y Corte en pleno en "Almonacid Arellano" (26/9/2006), "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú" (24/11/2006), "Radilla Pacheco" (23/11/2009), "La Cantuta" (29/11/2006), "Boyce vs. Barbados" (20/11/07), "Fermín Ramírez y Raxacó Reyes" (9/5/2008), "Heliodoro Portugal" (12/8/2008), "Manuel Cepeda Vargas" (26/5/2010), "Comunidad Indígena Xámok Kásek" (24/8/2010), "Fernández Ortega" (30/8/2010), "Rosendo Cantú" (31/8/2010), "Ibsen Cárdenas y otro" (1/9/2010), "Vélez Loor" (23/11/2010), "Gomes Lund" (24/11/2010), "Cabrera García-Montiel Flores" (26/11/2010), "Gelman" (2011) entre otros. Ver SAGUES, N. "El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos, sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo." Biblioteca

jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en www.juridicas.unam.mx, fecha de consulta, marzo 2014.

(5) (5) ARTÍCULO 22.— Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.

(6) (6) En forma concordante, art. 52 C. Civil.

(7) (7) Vgr., el Código del Niño y Adolescente de Bolivia, Estatuto del Niño y Adolescente del Brasil, Ley orgánica de protección del niño y adolescente de Venezuela, Código de niñez y adolescencia de Ecuador, instauran la divisoria entre niñez y adolescencia en los 12 años.

(8) (8) Cabe advertir que toda vez que el Código hace referencia al ejercicio de derechos por "adolescentes" en forma exclusiva, estará marcando que sólo refiere a éstos y no a los niños, señalando a los mayores de la edad referida.

(9) (9) Minyersky, Nelly "Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los derechos del niño". Grosman, Cecilia; Herrera, Marisa, comp. Hacia una armonización del derecho de familia en el MERCOSUR. Lexis Nexis p. 255. Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa. Ley de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Ediar, p.453 y ss. La OC-17 de la CIDH ha establecido que se "...deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de su derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso en la medida posible...".

(10) (10) En el proceso inciden factores biológicos, psicológicos y sociales; no todos los niños dejan de serlo a la misma edad, lo que complejiza el concepto "evolución de facultades". Lansdown, Gerison "La evolución de las facultades del niño", Innocenti insight, Centro de Investigaciones Innocenti, UNICEF 2005, www.unicef-ir.org. Pellegrini, M. Victoria. "Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de personas menores de edad" RDF 42, p. 88.

(11) (11) En el Caso "Villagrán Morales" la Corte IDH destacó la existencia de un "muy comprensivo corpus iuris de derecho internacional de protección de los derechos de los niños" (del cual forman parte la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana), que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer "el contenido y los alcances" de las obligaciones que ha asumido el Estado a través del artículo 19 de la Convención Americana, en particular al precisar las "medidas de protección" a las que se hace referencia en el mencionado precepto. Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la Calle"). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63

(12) (12) "...a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine".

(13) (13) Ver explicaciones de los Fundamentos. Moreno, Gustavo Daniel. "La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño". RDF n° 35, p. 56 y ss. Gil Domínguez; Famá; Herrera, op cit. p 471 y ss. Faraoni, Fabián "La voluntad de las niñas, niños y adolescentes en la determinación del régimen de comunicación" RDF 50 p. 189. CNCiv. Sala K (28/9/2006); id. Sala C.

(14) (14) Conf. art. 3 ley 26.061, a "ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos", respetando "su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento, y demás condiciones personales; art. 24, derecho a "participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés"...en "todos los ámbitos...estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo". Obs. Grl. 12, CRC "Derecho del niño a ser oído", 2009.

(15) (15) HERRERA, Marisa; De la Torre, Natalia. "Biopolítica y salud. El rol del Estado en la prevención del daño en adolescentes. Autonomía y paternalismo justificado." RDD. Daños a la salud. Rubinzal Culzoni, 20011-3, 551.

(16) (16) Esta autodeterminación se encuentra intrínsecamente vinculada a la noción de consentimiento informado, que realiza el derecho de toda persona a recibir la información necesaria para decidir autónomamente las cuestiones que la afectan. El principio requiere información, comprensión, libertad y competencia para la toma de decisión. Kraut, Alfredo. "Ausencia de consentimiento médico: la decisión por otro"*. JA 1997— I— 745. Kemelmajer de Carlucci, Aída "El derecho del niño a su propio cuerpo" Bergel, Salvador Darío; Minyersky, Nelly (comp.), Bioética y Derecho. Rubinzal Culzoni, 2003, p. 114, CSJN "Asociación Benghalesis vs. Ministerio de Salud" (fallos 323:1339).

(17) (17) "Declaración de Ottawa de la Asociación Médica Mundial sobre el Derecho del Niño a la Atención Médica (1998).

(18) (18) "Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority" Corte de los Lores, Gran Bretaña, 1986, que rechazando la oposición materna entendió que los menores de 16 años con madurez suficiente pueden pedir sin autorización de sus padres, asesoramiento médico y dar su consentimiento para la realización de prácticas. El derecho de los padres a elegir un tratamiento médico para sus hijos concluye cuando éstos están en condiciones de comprender.

(19) (19) El Código civil español en su art. 162 exceptúa de la representación legal: "...los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo...". La "Declaración de Ottawa

de la Asociación Médica Mundial sobre el Derecho del Niño a la Atención Médica" (1998) establece que "...si el niño tiene la madurez y comprensión suficientes, el consentimiento informado se debe obtener del niño mismo." (art. 10).

(20) (20) En Inglaterra, el Acta de Reforma de Derecho de Familia de 1969 autoriza a los adolescentes mayores de 16 años a consentir tratamientos médicos, quirúrgicos u odontológicos, prevaleciendo su decisión por sobre la de sus representantes; para el niño que no alcanzó dicha edad, se aplica la doctrina "Gillick competent". En España, la ley 41/2002 el consentimiento por representación no se requiere para los mayores de 16 años. En los Países Bajos se exige autorización paterna para los menores de 12 años, la actuación es conjunta entre los 12 y 16 y a partir de los 16 la actuación es exclusiva del joven. En Quebec el niño mayor de 14 años puede consentir por sí sólo cualquier tipo de intervención médica, salvo cuando la intervención puede implicar grave riesgo para la salud o traer consecuencias graves. Famá, María Victoria. "El derecho de niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo en el marco de la responsabilidad parental." Kemelmajer de Carlucci, Aída, Dir.; Herrera, Marisa Coord. La familia en el nuevo derecho, Rubinzal Culzoni, p. 343 y ss. Kemelmajer de Carlucci, Aída. "El derecho del niño a su propio cuerpo", cit. p. 142. El "Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina" (Convenio de Oviedo, Consejo de Europa, 4/4/1997) establece: art. 6. 2: "La opinión del menor será tomada en consideración como un factor...más determinante en función de su edad y su grado de madurez."

(21) (21) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "El derecho del niño..." cit. p. 117. La ley de sangre 22.290, establece como edad mínima los 16 años, requiriendo consentimiento paterno. Otras normas no fijan un piso etéreo sino subjetivo; la ley nacional 25.673 Programa Nacional de Salud y Procreación Responsable dispone que puede brindarse información y tratamientos anticonceptivos a menores de edad. El decreto 1282/03 los considera "...beneficiario sin excepción ni discriminación alguna...de las políticas de salud sexual y reproductiva en consonancia con la evolución de sus facultades."; "a su pedido y de acuerdo a su desarrollo" tendrá derecho a recibir información, procurando la concurrencia del representante legal para los casos de adolescentes menores de 14 años, lo que se torna exigencia para la colocación de un método anticonceptivo. La ley básica de Salud CABA n°153, y su dec. 2316 establecen en el art. 4. 3: "Toda persona que esté en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional actuante, que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, puede brindar su consentimiento informado para la realización de estudios y tratamientos. Se presume que todo/a niño/a o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formarse un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello; en especial tratándose del ejercicio de derechos personalísimos".

(22) (22) Cám. Civ. y Com. La Matanza, Sala 118/12/01,

(23) (23) TSCABA 14-10-2003. CCiv. y Com. San Isidro sala 1° 7/5/2002.

(24) (24) Juzgado n° 1 de Mendoza 16/9/08, "B., L. A."

(25) (25) Juzg. 1ra. Inst. y 2da. Nominación Civil y Comercial de Villa Dolores, 21/9/07 "C. J. A. y otra"

(26) (26) Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia n° 2 de Neuquén 20-3-2006. LL Patagonia 2006-278, niño de 11 años.

(27) (27) J.CCom. 9°Nom. Rosario 15/8/2008, ante un paciente de 20 años —por entonces menor-

(28) (28) T. Flia n°2 MDP, 6-2-2009, inédito.

(29) (29) "El lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico; es necesario reemplazar la expresión "patria potestad" por la de "responsabilidad parental", dando cuenta de los cambios producidos en la relación padres e hijos. (Fundamentos).

(30) (30) Según los Fundamentos, el sistema actual excluye a los menores de edad de la posibilidad de reafirmar su rol de padres; crea una desigualdad según dichos adolescentes estén o no unidos en matrimonio, considerándolos hábiles en el primer caso para asumir tal rol, no así en el segundo. Se regula un régimen de ejercicio de la responsabilidad parental limitada, reconociendo que los progenitores adolescentes pueden llevar adelante los actos de la vida cotidiana, como principales responsables, con limitaciones en actos graves, para los que requiere el asentimiento de cualquiera de sus padres, sin que sea designado previamente tutor del nieto.

(31) (31) A la fecha de redacción del presente ha recibido media sanción el Proyecto legislativo que propone la elevación a rango constitucional de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ley 26.378. Ver Versión taquigráfica provisional, Cámara de Senadores de la Nación, Período 131°, 20. Reunión — 10. Sesión ordinaria — 4 de diciembre de 2013.

(32) (32) Consenso de Panamá, Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, Principios de Brasilia , Declaración de Montreal de Discapacidad Intelectual, Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, Declaración de Caracas, Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, Declaración de los Derechos de los Impedidos, 1975; Declaración de Caracas de la OPS y OMS para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud; Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (1991); Declaración de Montreal sobre la Discapacidad Intelectual (2004); Principios de Brasilia (2005); Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de

libertad en las Américas (2008), entre otros. Ver, Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones, Instrumentos Internacional de Derechos Humanos y Salud Mental, Serie "Difusión de derechos básicos de personas usuarias de servicios de salud mental y abordaje de las adicciones", Documento N° 1, Año 2010

(33) (33) Sobre los modelos de abordaje en materia de personas con discapacidad, se recomienda por su profundidad, PALACIOS, A. El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad." Ed. Cinca, Madrid, 2008, 1° edic

(34) (34) Se consideran parte integrante de la presente ley los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991. La Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, de 1990, y los Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, de 1990, son instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas. (art. 2).

(35) (35) Sobre el nuevo esquema legal, ver KIELMANOVICH, Jorge. "El nuevo juicio de interdicción y de inhabilitación (ley 26.657), LL 17/2/2011; MAYO, Jorge y TOBIAS, José "Nueva ley de salud mental 26.657" Supl. Act. LL 5/5/2011; PAGANO, Luz M. "Las internaciones involuntaria en la ley 26.657" ED 11/2/2011, RIVERA, Julio y HOOFT, Irene "La nueva ley 26.657 de Salud Mental" JA 25/5/2011, entre muchos.

(36) (36) Los que se dispone restringir mediante sentencia.

(37) (37) Y el Decreto 603/2013 reglamentario, explicitando estas nociones, agrega que se ha de entender "por padecimiento mental a todo tipo de sufrimiento psíquico de las personas y/o grupos humanos, vinculables a distintos tipos de crisis previsibles o imprevistas, así como a situaciones más prolongadas de padecimientos, incluyendo trastornos y/o enfermedades, como proceso complejo determinado por múltiples, componentes, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 26.657." (art. 3).

(38) (38) Acorde este carácter dinámico, se exige la revisión de las sentencias de restricción de la capacidad jurídica, en los siguientes términos: "ARTÍCULO 40.— Revisión. La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado. Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido."

(39) (39) KRAUT, Alfredo y DIANA, Nicolás. "Un breve panorama de la legislación, la jurisprudencia y el Proyecto de Código Civil y Comercial." Revista de Derecho Privado y Comunitario. Proyecto de Código Civil y Comercial — I, 2012 — 2. Rubinzal Culzoni, p. 145.

(40) (40) Vgr. mediante la aplicación del sistema de determinación de "incapacidades" flexibles.

(41) (41) SASTRE CAMPO-MÁRQUEZ DE CALLEJA, "Un nuevo contexto para la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad", Guía de Buenas prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la administración de justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia. Ver AGUIRRE ZAMORANO, Pío-TORRES VELA, Manuel, Dir. Consejo del Poder Judicial España. p. 25. PÉREZ BUENO, Luis Cayo, Capacidad jurídica: El nuevo paradigma de los apoyos, www.convenciondiscapacidad.es/CapacidadJuridica19032009.doc; KRAUT, Alfredo-DIANA, Nicolás. "Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria". LL 08/06/2011, 1

(42) (42) CIFUENTES; RIVAS MOLINA; TISCORNIA; Juicio de insania...cit., p. 270 y ss. VALENTE, L. "Nuevas proyecciones acerca de la problemática de los dementes" Revista de Derecho de Familia y de las personas. LL año I n° 3 , p. 211. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída "La demencia como base de las nulidades en el Código Civil", Revista de Derecho privado y comunitario, n° 8 Rubinzal Culzoni, p. 10. TOBÍAS, José. "Enfermedad mental y derecho privado" LL 1997-E-1405. KRAUT, Alfredo. Salud mental y tutela jurídica. Rubinzal Culzoni, p. 63, entre otros

(43) (43) CNCiv sala C 12/8/85. ED 116-126; Juzg. CCom de Federación, "S, J. A. s/ inhabilitación" 18/5/2007, establece incapacidades parciales; Trib. Flia. N°1 MDP "B.L. s/ Inhabilitación" (6/5/2009, firme): decreta la inconstitucionalidad del art. 152 bis C.C. y establece un sistema de apoyo para actos de disposición y administración, integración del consentimiento; decreta prohibición de contratar sin el apoyo; establece como salvaguardia la rendición de cuentas, autorización judicial para actos de disposición y revisión de la sentencia en 3 años. Trib. Flia N° 1 MDP "D., E. s/ Insania" (22/10/09, no firme): decreta inconstitucionalidad del art. 141 C.C.; rechaza la incapacidad, establece un régimen de apoyo para actos patrimoniales aplicando analógicamente las normas de curatela, con autorización judicial para actos de disposición; Trib. Flia. N° 2:3-6-2010 entre otros.

(44) (44) Se mencionan como indistintamente, declaraciones de "insania e inhabilitación", cuando los principios —incapacidad y capacidad respectivamente— son justamente opuestos en ambas.

(45) (45) NAYO, Jorge - TOBÍAS, José. "La nueva ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil". Revista de derecho de Familia y de la Persona, LL marzo 2011, p. 153.

(46) (46) "Legitimados. Están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida: a. el propio interesado; b. el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado; c. los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado; d. el Ministerio Público.

(47) (47) Artículo 41: "Internación. La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular: a. debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad; b. sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros; c. es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente; d. debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica; e. la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión. Toda persona con padecimientos mentales, se encuentre o no internada, goza de los derechos fundamentales y sus extensiones." Art. 42.— Traslado dispuesto por autoridad pública. Evaluación e internación. La autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación. En este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato."