

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

LA REGULACIÓN DE LA PERSONA HUMANA. ASPECTOS GENERALES ¹

Por Fernando José D. LÓPEZ DE ZAVALIA*

Señoras y Señores:

Siguiendo con nuestro análisis, corresponde ingresar al análisis de la Parte General del nuevo Código unificado.

I.- LA PERSONA HUMANA. TERMINOLOGÍA. COMIENZO DE SU EXISTENCIA

Sobre los problemas que se enuncian en este encabezado, corresponde observar:

1.- Cambio terminológico. Ausencia de definición

El primer cambio es de orden terminológico. Lo que los artículos 31 y 51 del actual Código denominan “persona de existencia visible”, pasa a llamarse en el nuevo Código “persona humana”, descartando otras terminologías posibles tales como la de “personas individuales” que acuñara Orgaz, “personas naturales” del Código español, y “personas físicas” del código italiano.

A diferencia del art. 51 C. Civil, el nuevo código no contiene una definición, pero de su sola designación como “humana”, entendemos que se llega al mismo concepto, pues será tal todo ser humano, es decir toda aquella persona que presente “signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes”.

2.- Comienzo de la existencia

Según el art. 19 del nuevo Código *“La existencia de la persona humana comienza con la concepción”*. El texto sigue la tradición jurídica² que encarnara el art. 70 del C. Civil, aunque suprimiendo la alusión al “seno materno”, como ámbito donde acontece la concepción, único que podía contemplar el texto de Vélez en el momento histórico de su sanción.

¹ Exposición dictada en el marco de la Diplomatura sobre el Nuevo Código Civil y Comercial. Universidad Austral.

* Abogado y Procurador (UNT). Especialización en Derecho Societario (UNT). DEA Universidad Complutense de Madrid). Doctorando (Universidad Nacional de Córdoba.) Profesor Titular de Derecho Civil II (UNSTA – Tucumán). Ex Profesor Titular de Derecho Privado I, y Derecho Privado III (USPT – Tucumán). Ex Profesor adjunto de Derecho Civil III (UNSTA – Tucumán)

² El art. 70, inspirado en el Esboço de FREITAS, sigue la tradición romanista. En ese sentido, se ha dicho que «La jurisprudencia clásica fiel a su estilo no elabora al respecto una “teoría general de la persona” sino que mediante la solución de casos cotidianos concretos considera en modo cada vez más preciso que la persona tiene su inicio en la concepción y no en el nacimiento. Este último de ser con vida, en definitiva, no es otra cosa que la ratificación de la personalidad de quien la ha iniciado en el vientre materno. Lo expuesto me ha permitido considerar que la jurisprudencia romana conoció ambas posturas, nacimiento y concepción, hasta que la más justa, esta última, desplaza a la primera. Lo que significa que los juristas romanos conocen y trabajan ambos supuestos biológicos (nacimiento y concepción) para brindar finalmente protección jurídica desde la concepción. Pero esta última tendencia se mantiene considerando el nacimiento sujeto a que se produzca con vida como ratificación de quien se inicia en el vientre materno» (COSTA José C: *Protección al concebido y los problemas modernos provenientes de la fecundación extracorpórea*, en *XIV Congreso Latinoamericano de derecho romano*); Como lo ha demostrado Pierangelo CATALANO la personalidad del *nasciturus* no era una mera ficción en las fuentes romanas, y por ello postula la existencia de una “paridad ontológica” entre concebido y nacido, para concluir que dicho principio general se encuentra claramente afirmado en el Libro I Título V (*De statu hominum*) y encuentra correspondencia terminológica en el último libro del Digesto (Libro L) en su Título XVI (*De verborum significatione*). Señala el mismo autor, que el principio de la paridad, el cual se fue formando sobre la base de la Ley de las XII Tablas, no resulta consecuencia de una ficción, es decir de una construcción imperativa.. El criterio de que la personalidad aparece con el nacimiento –señala Catalano- no es genuinamente latino, sino un agregado de la pandectística postsavigniana (CATALANO, Pierangelo *“Diritto e persone”*, G. Giappichelli Editore, Torino, Noviembre de 1996 p. 196 y ss)

En el texto finalmente sancionado, se suprimió la segunda parte que contenía el Proyecto elevado al Congreso, que prescribía: “*En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado*”.

Dicha supresión, aunque positiva, es absolutamente incompleta, pues entra en colisión con otros textos del mismo Código, como los arts. 560 y 561.

Analicemos ambas cuestiones:

2.1 Una supresión positiva: Es positiva porque recoge la crítica formulada por la doctrina al texto originariamente proyectado³, la tendencia marcada por la jurisprudencia y doctrina mayoritarias, y las conclusiones a las que se arribara en las XV, XIX y XXIV Jornadas nacionales de Derecho Civil, realizadas en Mar del Plata (1995), Rosario (2003) y en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires (2013) respectivamente⁴.

2.1.1. Conclusiones que están fundadas ante todo en la experiencia común, pues no es necesario acudir a la biología, para advertir que cada hombre que camina o ha caminado sobre la faz de la tierra, cada uno de nosotros en definitiva, fue en un principio ese embrión o célula primera con la que guarda una substancial identidad; y que por lo tanto, aniquilar ese primer acto o manifestación de humanidad, equivale a impedir el desarrollo de un irrepetible individuo de la especie, con toda su eminente dignidad, hecho que representa una verdadera tragedia, pues la desaparición o ausencia de un solo ser humano sobre la tierra, implica que toda una visión del universo que es única, personal e intransferible del sujeto, se extingue con él, y se pierde para la humanidad en su conjunto⁵.

2.1.2. Cuando de la experiencia común, y el mundo de la vida, se trasladan los interrogantes al de la conjetura científica, se constata que, según postulan las ciencias biológicas, el embrión es verdadero individuo de la especie humana. Este es un dato científico, que tampoco puede perderse de vista, a la hora de legislar sobre estas cuestiones⁶. Siguiendo sus enseñanzas⁷, a partir de la fecundación, o unión de dos gametos, existe un organismo vivo diferente de los que configuran las individualidades de sus padres⁸, porque a partir de entonces hay un "quid", o entidad con ADN propio, código genético distinto, y capacidad para desarrollar por sí mismo todo el programa contenido en dicha información genética⁹. Esto ya fue señalado nada menos que por LEJEUNE¹⁰.

3 Ver, entre otros ARIAS DE RONCHIETTO – LAFFERRIERE: *La Persona por nacer*, en *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, UCA, p. 99 a 106; TOBIÁS: *La persona humana y el proyecto*, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p. 57 a 62

4 Conf.: REVIRIEGO, Nicolás: Comentario al art. 19 en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dirigido por RIVERA – MEDINA, Tomo 1, p. 117. En las XXIV Jornadas de Derecho Civil, presentamos Ponencia en el sentido que finalmente adoptara el despacho mayoritario, que concluyó que “Comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno”

5 Debemos a Romano GUARDINI en su ensayo *La aceptación de sí mismo* (Bs. As. 2011), páginas verdaderamente preciosas donde expone este problema.

6 Ver PALMERO, Juan C.: *Nuevas fronteras de la definición histórica de de personas físicas del art. 51 del Código Civil*, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 3, N° 5, p. 159 y ss; id. *El derecho a la intimidad y el genoma humano*, *El derecho de la Salud*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2007.

7 Para la bibliografía, remitimos a la indicada en nuestro trabajo “*Técnicas de reproducción humana asistida y el proyecto de código*”, publicado en *La Ley* del 23 de Agosto de 2012, especialmente la señalada en la nota 10.

8 Por ello se ha dicho que “La fecundación es así el comienzo y desarrollo del nuevo organismo y comporta una serie de eventos e interacciones celulares que permiten el encuentro entre el espermatozoide y el ovocito para la formación del cigoto o embrión en estado de una célula, el nuevo individuo de la especie humana.” (TOMAS Y GARRIDO Gloria María: *El estatuto científico del embrión*, Tribuna Siglo XXI, Madrid 2007)

9 Como enseña una Catedrática de Biología molecular “La dotación genética del cigoto es mucho más que la suma del material genético aportado por cada uno de los gametos de los progenitores. Es el genoma de un nuevo individuo en situación de arranque para vivir. Los procesos epigenéticos que ocurren durante el tiempo de la fusión de los gametos ponen en marcha el reloj de arena de la vida de un nuevo ser” (LOPEZ MORATALLA Natalia, *El embrión humano como individuo: una visión epigenética*)

10 En sus palabras, « [...] cada individuo tiene un inicio exacto: el momento de la fecundación. La fecundación artificial lo demuestra. De ahí que el Dr. Edwards y el Dr. Steptoe, cuando volvieron a situar el

En realidad, la biología no nos puede decir mucho acerca de la "persona" humana, porque ese es un concepto primero filosófico, y luego jurídico; lo que sí nos puede contestar, y de hecho lo hace, es a partir de qué momento existe un organismo vivo diferente de los que configuran las individualidades de sus padres; ese momento es la "fecundación", o unión de dos gametos. Por ello, la biología no nos puede decir que el embrión es una persona, pero siguiendo aquella lógica tampoco puede afirmar lo contrario, es decir, que el óvulo fecundado no es una persona. A un relativismo escéptico que duda de toda certeza, no se le han de tolerar incoherencias a la hora de decidir nada menos que sobre la vida humana; por el contrario, se le ha de exigir la congruencia en la duda hasta sus últimas instancias. En consecuencia, todo lo más que podríamos extraer de dichos postulados, es una situación sembrada de dudas o incertidumbre, pues en definitiva no podríamos saber si la acción de interrumpir dicho «proceso dinámico y continuo biológico» antes de su término natural, importaría – o no- matar un ser humano, o si la acción de criopreservarlo, conllevaría un inaceptable atentado contra su dignidad, y una flagrante violación a los derechos humanos más fundamentales.

Ahora bien, esa clase de duda sería fatal para la tesis que rechazamos, pues impondría la abstención del hecho, tanto desde un punto de vista ético, como jurídico. Desde la primera perspectiva, porque como bien enseñara Sebastián SOLER, apelando incluso a la sabiduría popular¹¹, «si alguien tiene dudas acerca de la ilicitud de su hecho y a pesar de ello actúa, su obrar es culpable y no de buena fe». Y desde la segunda, porque como bien enseñara ROXIN¹²: «Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente —aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo— en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo», razón por la cual páginas más adelante, dará los siguientes ejemplos: «si el cazador furtivo duda si el objeto divisado entre la maleza es una pieza de caza o un paseante, posee dolo del § 292 y de los §§211 [asesinato], 212 [homicidio]»¹³; «A quien en cambio duda de si tiene delante de sí una persona o un espantapájaros, pero se aventura (lo deja al azar) y dispara a pesar de todo, se le castiga por delito doloso según el § 212, si el objeto era una persona y resulta muerta»¹⁴.

En otras palabras, aún bajo el actual paradigma científico, la única consecuencia ética y jurídica válidamente predicable sería la abstención de tales hechos, porque un cambio de paradigma podría traernos la desgraciada – y sumamente trágica- confirmación de haber perpetrado un verdadero genocidio

2.1.3. Las soluciones inicialmente propuestas por el Proyecto para individuos de la especie humana tales como el embrión – además de violar textos de rango constitucional, a los que luego aludiremos- también afectaban los fundamentos mismos de la legitimidad del Estado, pues como se ha dicho: **«La legitimidad del Estado moderno se basa ante todo en su función de protector de la vida. Esa protección no es el resultado de una decisión mayoritaria, sino que es la condición para que se pueda exigir a las minorías que se sometan a las decisiones de la mayoría. Allí donde se priva de derechos a la minoría, ni siquiera la mayoría puede legitimar»**¹⁵.

Como bien escribiera para Alemania el diputado socialdemócrata Adolf ARNDT, la interpretación constitucionalmente relevante del principio general de igualdad de la Constitución alemana, significa que al Estado le ha sido sustraída toda capacidad de determinar quién es persona, porque conforme al artículo 3, a todo ser vivo que haya sido engendrado por hombres le corresponde la misma dignidad¹⁶. Conceder al Estado el derecho de determinar arbitrariamente qué individuo de la especie humana es persona en el sentido de

embrión de Luisa Brown primera niña probeta del mundo- en el seno de la madre, estaban perfectamente seguros de que ese embrión no era ni un tumor, ni un animal, sino un ser humano en su extrema juventud. Después de más de mil casos de fecundación extracorpórea realizados en el mundo, una doble evidencia se impone: el embrión humano se desarrolla completamente por sí solo, por su propia virtud y está dotado de una increíble vitalidad».

11 SOLER: *Derecho Penal Argentino*, T II, § 34, V

12 ROXIN: *Derecho Penal. Parte General*, Madrid 1997, § 12, I, 3, p. 425

13 ROXIN: *Derecho Penal. Parte General*, § 12, I, 5, p. 455

14 ROXIN: *Derecho Penal. Parte General*, § 12, II, 1, p. 458

15 SPAEMANN: *“Limites acerca de la dimensión ética del actuar”*, EIUNSA, Madrid 2003, cap. 28

16 Citado por SPAEMANN, op. cit. cap. 29.

la ley y quien no, y a partir de qué momento lo es, “significaría privar a los derechos humanos de su carácter de derechos fundamentales. Pues mediante la respectiva definición de hombre se podría limitar en todo momento el número de aquellos a quienes les está permitido reclamar ese derecho”¹⁷. Por ello, correctamente apuntaba ya Sergio COTTA¹⁸, «En el centro de la reflexión antropológica debe estar la noción de *individuo real*. Esta es preferible a la en el fondo ambigua de persona»¹⁹.

2.1.4. Y todo esto, que configura una verdad biológica y ontológica, y el presupuesto necesario de la legitimidad misma de todo el Estado moderno, también constituye un axioma de rango constitucional, a partir del juego de los arts 29 y 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica – conjugado con los arts. 3 y 24 del mismo Tratado²⁰- y 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño²¹, textos incorporados a nuestra Constitución por el art. 75, inc. 22.

Aunque, desde una perspectiva abierta a valores materiales trascendentes al sistema, hubiera sido inadmisibles que se regulara de otro modo, y por lo tanto tampoco era estrictamente necesario hacerlo, han sido positivizados por la Constitución y los Tratados. Se trata de todo un bloque de constitucionalidad, que define claramente a la persona física, como necesaria respuesta del derecho frente al individuo de la especie humana formado a partir del momento de la concepción; respuesta que, como a renglón seguido se ha de ver, obedece a un imperativo de coherencia de todo el sistema.

Ello hace que la supresión del texto merezca aprobación.

2.2. La supresión es insuficiente: Sin embargo, es absolutamente incompleta, pues entra en colisión con otros textos del mismo Código, como los arts. 560 y 561, aspecto que ya preanuncia el art. 21 que sigue distinguiendo entre el “concebido”, y el “implantado”.

El primero de los textos expresa que el consentimiento para las técnicas de fertilización “debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”. Con solo fijar la vista en el verbo empleado por la norma, que habla de una

17 SPAEMANN, op. cit. cap. 28.

18 *Sei tesi per una riflessione politica sulla societa attuale. Oltre l'egemonia della politica*. La Scuola, Brescia, 1980. p. 36

19 En el mismo sentido, se ha expresado (NÚÑEZ LADEVÉZE: *Sobre el sujeto de los derechos humanos*, Madrid, 2007 p. 17 y 18): «[...] lo que se entiende como *igualdad de la naturaleza humana* o de *todos los hombres* es distinto de lo que se entiende por *igualdad* de todos ante la ley. La palabra “todos” en “*igualdad de todos ante la ley*” es discriminatoria, y no puede aplicarse a *todos* los hombres; pero la palabra *todos* en “*todos los hombres*”, o “*todas las personas*”, no puede ser decidida por la ley, ya que su contenido no puede ser acordado por transacción o compromiso político. Si se decidiera así no tendrían sentido los Derechos Humanos, porque, o bien tienen un fundamento en algo previo e incuestionable, a lo que llamamos “*naturaleza humana*”, que es anterior a los sentimientos sobre lo que ha de ser esa naturaleza, o bien los Derechos Humanos son convenciones relativas, susceptibles de modificación o de pacto y adaptables a las necesidades políticas de cada Estado particular. El “*todos*” de “*todos los hombres*” se define con relación a “*la naturaleza humana*”. Pero si hay algo así como una “*naturaleza humana*”, ha de ser trascendente a lo que la ley, los pactos, las convenciones o las decisiones asamblearias digan sobre qué es o no ha de ser, sobre qué ha de protegerse o qué ha de quedar excluido de la protección legal relativa a esa presunta “*naturaleza*”. Y si no hay una naturaleza humana que incluya en el *input* cromosómico el ingrediente de la racionalidad, el “*todos*” de la Declaración es aleatorio, arbitrario y equívoco, cualquier cosa menos Universal»

20 Por el artículo 3 del Pacto de San José de Costa Rica: «*Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*»; por el art. 4.1. «*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*»; por el art. 24: «*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*»

21 A su turno, el art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada mediante Ley 23.849, establece: “*Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”. El art. 2 de la ley 23.849, dispone expresamente: “*Con relación al art.1º de la convención sobre los derechos del niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad*”.- En cuanto al valor de dicha declaración, y en particular si este es igual al de una reserva, desde 1993 la Comisión Internacional de Derecho se ha abocado a tratar como tópico “*The law and practice relating to reservations to treaties*”, conforme decisión aprobada por la Asamblea General, en la resolución 48/31 del 9-12-93, y en cuyas conclusiones de 1998, se quiso dejar en claro, que reservas y declaraciones tenían el mismo valor, en relación con las tres convenciones de Viena, y se encontraban sujetas a un mismo régimen jurídico, de allí «que las declaraciones interpretativas, así como están mentadas en la ley aprobatoria, integran la validez del Tratado para la Argentina. Tienen el mismo régimen jurídico de vigencia que las reservas y un régimen más amplio de validez» (BASSET).

“utilización”, basta para advertir la instrumentación, y consiguiente “cosificación” del individuo de la especie humana que configura el embrión, y al que el propio artículo 19 le reconoce el carácter de persona. Y luego todavía el 561 agrega que se trataría de una *res* “descartable” o desechable, pues prescribe que el consentimiento “es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

Pero conforme lo expusiéramos en otra parte²², desde una perspectiva filosófica, una persona nunca podría configurar el objeto de un derecho subjetivo, y por lo tanto el objeto mediato de un contrato. Por un principio filosófico muy caro a los kantianos, pero que hoy es universalmente aceptado, toda persona (en sentido filosófico, lo que equivale a decir, todo individuo de la especie humana) es un fin en sí mismo²³, un verdadero autofin, que no puede convertirse en medio para la felicidad de otra; por este motivo, aquello que es un fin en sí mismo, nunca podría configurar el objeto de un derecho subjetivo para otro. Por ello es que el art. 15 de nuestra Constitución Nacional, en el mismo texto que declara abolida la esclavitud, prescribe que todo “contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice”. Parece innecesario demostrar, que la Constitución Nacional no utiliza el signo lingüístico “compra” en sentido técnico, esto es, aludiendo al negocio bilateral y oneroso de intercambio de una cosa por un precio en dinero, sino en términos mucho más amplios, como sinónimo de contrato a secas – sea este a título oneroso o gratuito- pues, en definitiva ha de entenderse que se encuentran igualmente interdictos por dicho precepto los contratos de donación, o arriendo “de personas”, e incluso también los actos unilaterales que tengan por objeto la adquisición de derechos sobre ellas, tales como un testamento, un legado, o una oferta contractual dirigida a ese fin²⁴.

En consecuencia, si el embrión es un individuo de la especie humana, le corresponde el status de persona desde un punto de vista jurídico²⁵; por lo tanto, todo negocio jurídico, convenio, o contrato que en definitiva tuviera por objeto la adquisición de un embrión, o su producción cual si se tratara de un locación de obra, configuraría en realidad un “*contrato sobre personas*”, en los términos de la prohibición constitucional. Lo que repugna a la Constitución Nacional, y a la conciencia moral de occidente, es toda relación por la cual un individuo de la especie humana se encuentre bajo el señorío de otro, con el status de un objeto del cual puede disponer libremente, como si se tratara de una cosa de su propiedad²⁶; toda relación de poder en que el ser humano en su integridad se torne “objeto” de un derecho subjetivo, como una verdadera cosa “sometida a la voluntad y acción de una persona”, según la fórmula feliz que don Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD tomara de AUBRY ET RAU en el art. 2506.

Cabe, en consecuencia, predicar la inconstitucionalidad de ambos artículos.

3.- Las técnicas de FIV y el quebrantamiento del principio de igualdad

Vinculado al anterior, existe un segundo problema de preocupante gravedad.

Los fundamentos del anteproyecto hoy pretendidamente sancionado por el Congreso, proclamaban que el texto presentado al PEN habría de ser un Código de la

22 En nuestro trabajo “*Técnicas de reproducción humana asistida y el proyecto de código*”, publicado en La Ley del 23 de Agosto de 2012, y también en otra Ponencia presentada en estas mismas Jornadas ante la Comisión 1.

23 En la *Crítica de la razón práctica* (Bs. As., 2003) de KANT, pueden leerse los siguientes pasajes: «solamente el hombre, y con él toda criatura racional, es fin en sí mismo» (Libro I, Cap. III, p. 77); «es fin en sí, es decir, jamás puede ser usado por nadie (ni siquiera por Dios) como medio sin ser al mismo tiempo fin, y, por consiguiente, que la humanidad en nuestra persona debe ser sagrada para nosotros mismos» (Libro II, Cap. II, V, p. 115)

24 Hemos analizado estas cuestiones, en una Ponencia presentada ante la Comisión 4 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que aprobara por unanimidad la siguiente conclusión: “Debe incorporarse la prohibición legal expresa de los embriones como objeto de los contratos, en tanto repugna los principios que surgen del artículo 15 y concordantes de la Constitución Nacional, que excluye a la persona humana como objeto de un derecho subjetivo”

25 En nuestro trabajo “*Técnicas de reproducción humana asistida y el proyecto de código*”, publicado en La Ley del 23 de Agosto de 2012, y también en otra Ponencia presentada en estas mismas Jornadas ante la Comisión 1.

26 Ver EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Tratado de Derecho Constitucional*, T II, Bs. As. 1994, § 221, p. 125.-

igualdad, un Código basado en un paradigma no discriminatorio, y un Código de la constitucionalización del Derecho Privado, y en particular de los tratados de derechos humanos.

En esta breve reflexión, vamos a tratar de demostrar con un ejemplo la falsedad de dichas afirmaciones, para probar que, en importantes supuestos, ha de ser un Código de la desigualdad, de la discriminación, y de la violación de derechos humanos fundamentales.

3.1.- Como la igualdad, lo mismo que los derechos humanos, son ideales de realización progresiva, para facilitar ese examen vamos a hacer uso a un recurso lingüístico: el de la intertextualidad, y a poner en parangón textos del nuevo Código, con otros textos del primitivo Código de Vélez, que fueran derogados justamente por no ajustarse a ese ideal de igualdad.

Los textos de Vélez, luego derogados por la ley 23.264, que interesan a los fines de esta exposición son los arts. 341, 342, y 344²⁷. Del juego de esos textos surgía que los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos carecían de derecho a la identidad biológica, a los vínculos de paternidad y filiación biológica, y a la sucesión en la herencia de sus padres biológicos.

Tales categorías de hijos se encontraban en una situación de “desigualdad” respecto de las restantes, que vino a suprimir la ley 23.264.

3.2.- Por una de esas extrañas paradojas de la historia, el nuevo Código ha vuelto a establecer categorías distintas de hijos, con diferentes derechos según sea la adscripción a la respectiva categoría, como lo demuestran sus arts. 562, 563, 564, 575, y 577.

En efecto: el texto sancionado distingue claramente entre dos categorías de filiación: la filiación “por naturaleza”, y la filiación derivada de “las técnicas de reproducción humana asistida”²⁸.

Los hijos derivados de esta segunda categoría, lo mismo que los adulterinos, incestuosos o sacrílegos del antiguo derecho, carecen de derecho a la identidad biológica, a los vínculos de paternidad y filiación biológica, y a la sucesión en la herencia de sus padres biológicos.

Es decir, lo mismo que los hijos sacrílegos de antaño que venían al mundo con una marca de nacimiento (pues, en palabras del dicho popular, en sentido biológico no tenían ni padre, ni madre, ni perro que les ladre), hogaño los hijos derivados de “las técnicas de reproducción humana asistida”, también habrán de venir al mundo con una marca de

27 Cuya fuente es K.-S. ZACHARIÆ: *Le droit civil français* (Paris, 1854), § 172.

28 El término «asistida», cumple una clara función persuasiva, tendiente a generar la falsa creencia de que se está “ayudando” al solicitante de la técnica médica. Sin embargo, al margen de los problemas éticos que plantea su utilización que luego serán materia de análisis – y sopesando los cuales, con carácter general mal podría decirse que, en sentido propio, se está ayudando al hombre- como bien lo ha señalado Francesco D’AGOSTINO (*Bioética: Estudios de Filosofía del Derecho*, EIUNSA, Madrid 2003, Segunda parte, capítulo III, p. 116 a 118), en un gran número de casos, estas técnicas son utilizadas excediendo la estricta finalidad de un mero acto médico terapéutico, tendiente a “curar” a una persona con un diagnóstico de infertilidad derivado de una patología; ello hace que, en palabras del filósofo italiano «si en la FA la finalidad terapéutica se acallara, considerara superflua, o incluso excluida, el carácter manipulador de la práctica quitaría al jurista todo criterio de referencia para calificar la práctica misma, salvo el manifiesto por la mera voluntad contractual de las partes. Pero emerge ante todo la humillación del papel científico del médico, que deja de ser aquel que en ciencia y conciencia define un itinerario terapéutico para un paciente. Si no es reducible a una patología, la *causa* de un contrato que tiene por objeto una práctica de FA para el médico no puede ser más que una mera prestación técnica con fines lucrativos, y para la otra parte (que podríamos seguir llamando “paciente”, pero sólo forzando el sentido del término) es el cumplimiento de su voluntad, una voluntad incuestionable, cuyas motivaciones últimas bien podrían ser en sí estrictamente reservadas o evidenciarse sólo a su debido tiempo. En definitiva: si se suprime la finalidad terapéutica de la práctica, inevitablemente se desnaturaliza la relación médico/paciente; y en particular el médico está destinado a transformarse en un obediente, aunque bien pagado, servidor de la voluntad del paciente, su fuente de trabajo. Se trata de una humillación que ya la misma deontología médica debería poder estigmatizar y prevenir» (p. 117). Por ello, la terminología tiende a enmascarar realidades subyacentes, y cumple el rol de una redefinición persuasiva en la que a una palabra que, en un determinado uso significativo, presenta una cierta carga histórico-emotiva, se la emplea para un uso redefinido, pretendiendo mantener la misma carga. Para el problema de las definiciones persuasivas, ver Uberto SCARPELLI: *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959, p. 38.

nacimiento; serán hijos producidos en laboratorio, de “industria nacional” – como si se tratara de meros electrodomésticos, “fabricados en Tierra del Fuego”- y que no habrán de gozar de los mismos derechos de quienes cuenten con una “filiación por naturaleza.

Para justificar las diferencias de régimen, los autores del proyecto convertido en ley nos dicen que debe distinguirse lo biológico, de lo genético, pues en las técnicas de fertilización habría vinculación genética con el aportante de gametos, mas no biológica. Como yo recién me enteraba que la genética no era biología, acudí a autores de Filosofía de las Ciencias para que me aclararan el punto, y no encontré allí un fundamento racional al distingo. Por ello, no pude evitar acordarme del cielo de los conceptos jurídicos de IHERING, donde cada cabello es divisible en 999,999 partículas exactamente iguales, y donde “lo que hayas pensado, lo habrás querido, y lo que hayas querido, será realidad”²⁹

Pues no se diga que ello se hace teniendo en miras la protección de la “familia”, a la que dicho niño adviene, pues se trataría de una justificación análoga a la que en su hora se utilizara para fundar textos como el del primitivo Código de Vélez³⁰, proteger de “escándalos” a la familia “bien constituida”, en detrimento del interés del menor.

He aquí algunas de las curiosas soluciones de este pretendido Código de la igualdad, basado en un paradigma no discriminatorio, y de la constitucionalización del Derecho Privado...

4.- Las incoherencias internas de régimen que generan las técnicas FIV

La denominada “voluntad procreacional” cuyo ejercicio supone las técnicas de FIV, merece una serie de comentarios y observaciones aparte, pues su introducción en el nuevo Código Civil pone en crisis no solamente la coherencia ideológica, sino también la validez ética de todo el sistema:

4.1.- Por un lado, viene a invertir peligrosamente el juego de la autonomía de la voluntad, tal como tradicionalmente lo veníamos conociendo.

4.1.1. En efecto, tradicionalmente el juego de la autonomía de la voluntad era muy limitado, y prácticamente nulo en materia de derecho de familia, pues por más “voluntad” que se empeñara, ella era impotente para alterar los nexos de filiación derivados de la realidad biológica.

Pues adviértase que la denominada “voluntad procreacional” expresada positivamente por el comitente de la fertilización, tiene como contrapartida negativa la voluntad “no procreacional” del aportante de gametos, voluntad negativa que – por ahora- no ha de jugar en la filiación “por naturaleza”, pero sí en la filiación derivada de “las técnicas de reproducción humana asistida”, y precisamente para “alterar” los nexos de filiación biológica.

4.1.2.- En cambio, esa autonomía era bastante amplia en materia patrimonial, como lo demuestra el actual art. 1197 C. Civil: “**Las convenciones hechas en los contratos** forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. Con normas como la del art. 561, el código sancionado pareciera iniciar una tendencia a ampliar el campo de acción de la autonomía de la voluntad en materia de derecho de familia³¹, mientras que, como contrapartida, podría observarse una dirección a restringirlo en materia patrimonial, como lo pone de manifiesto el texto de su art. 765³², ya que, aún

29 IHERING, Rudolf von: Bromas y veras en la jurisprudencia, parte III, p. 283 y 292

30 En ZACHARIÆ: *Le droit civil français* (Paris, 1854), § 172, puede leerse: «elle répond le mieux au sens littéral de l' art. 335 et a l' esprit de la loi, qui est empêcher le scandale et la discorde dans les familles». Desde luego que la situación sería análoga, pero no idéntica; allí se trataba de proteger de escándalo, fundamentalmente a la familia «biológica», y aquí principalmente a la «encomendada».

31 Tendencia que tampoco puede decirse que responda a una lógica constante, pues, como contrapartida, en materia de concubinato no se da cabida a dicha “autonomía”, pues no se respeta la *intentio juris* negativa del efecto jurídico.

32 Texto que, por lo demás ha de plantear serios problemas hermenéuticos y de compatibilización. A título de ejemplo, los arts 1525 y 1527 se contraponen al 765, creando una antinomia normativa, pues en el primer párrafo del 1527 se dice que el deudor se libera "entregando la moneda convenida". Incluso más, el 765 es facultativo - el deudor "podrá" - mientras que el 1527 contiene un imperativo - el deudor "deberá", que en su momento será materia de examen.

cuando en ejercicio de esa autonomía se hubiere estipulado por contrato “dar moneda que no sea de curso legal en la República”, contra el tenor expreso de la autoregulación de intereses “ el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”³³.

33 No es del caso examinar en esta oportunidad, la compleja problemática de las obligaciones en moneda extranjera, tema que ofrece una serie de variantes y matices que requieren un examen en profundidad, pues no es lo mismo, por ejemplo, que se trate de un mutuo en dicha moneda – operación donde habrá de entrar en juego la causa fin del acto, a que se lo utilice como una cláusula de estabilización. Como observación general, cabe apuntar que si no se toma debida nota de las limitaciones que padecen perspectivas puramente formales, como las matemáticas, para abordar realidades que no se dejan fácilmente encorsetar en su estricta lógica formal, la realidad puede terminar jugándonos una mala pasada, para devolvernos una mueca irónica burlona y cruel, pero completamente vacía de humanidad, y de todo contenido existencial. Y ello al punto que OLIVECRONA, al enfrentar las dificultades que afloran a la hora de definir el dinero (y que son usualmente recordadas por la doctrina: Ver, entre otros, Bruno INZITARI: *La moneta*, cap. I.1, incluida en el Vol. VI del *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell' Economia*, dirigido por Francesco GALGANO, Padova 1983, y autores allí citados) ha terminado calificando de “huecas” a las palabras que sirven para designar unidades monetarias; pero como en breve se ha de ver, el derecho – *el Ius*- nunca podría apuntar – desde una perspectiva filosófica- a ningún concepto vacío. En efecto, en un célebre pasaje, el citado autor nos ha legado la siguiente reflexión: «¿Qué es, pues, una libra? En el billete de una libra se lee que el Banco de Inglaterra promete pagar a quien lo presente la suma de una libra. Pero, ¿qué sucede si se pide al venerable Banco de Inglaterra que cumpla su promesa? Se recibirá otro billete con la misma inscripción, y así hasta el infinito. Nunca se recibe la libra misma [...] Parecería que la libra se ha desvanecido en el aire. El profesor Hawtrey la ha comparado con la sonrisa del gato Cheshire, que es lo único que queda cuando el gato mismo ha desaparecido» (Karl OLIVECRONA: *Lenguaje jurídico y realidad*, México, 2007, p. 37). No es del caso examinar en esta oportunidad el acierto o error del pensamiento del jurista escandinavo; pero, en cambio, sí es oportuno señalar que la imagen utilizada por el autor refleja bastante apropiadamente la situación en la que se ha de encontrar un acreedor que, en pago de su crédito, reciba moneda envilecida, pues lo único que ha de tener frente a sus ojos y llevar a sus bolsillos, será la sonrisa burlona del prócer estampado en el papel, que habrá de quedar luego que todo contenido económico hubiere fugado del billete. Es que tal será la amarga sensación – la de víctima propiciatoria de una broma de muy mal gusto- que a la postre habrá de experimentar el apesadumbrado acreedor que recibiera moneda que ya no sirviera más para cumplir eficazmente sus tradicionales funciones económicas de *instrumento de cambio, medida de valores y reserva de liquidez*, y que, al decir de INZITARI, jurídicamente se traducen en otras tantas expresiones tales como *medio de pago, unidad de medida de valores, e instrumento de capitalización de valores patrimoniales* (INZITARI: *op. cit.*, cap. I.1, p. 4 y 5; CARBONNIER, Jean: *Droit Civil*, T. III, Paris 1974, p. 23 y ss; VALLET DE GOYTISOLO: “*La antítesis inflación-justicia*”, publicada en Revista Jurídica de Cataluña, LIX, set-oct. 1960, y reproducida por la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Chile, año XXIX, N° 115, Marzo de 1961; en análogo sentido, entre nuestros autores, ver, entre otros: MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de Obligaciones*, Córdoba 1994; T I, p. 245 a 248; PIZARRO – VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, T I, § 157, p. 349 a 350). Es esta una situación que ha sido muy bien descrita por don Juan VALLET DE GOYTISOLO, recordando aquellas palabras del Fausto de GOETHE: “¡Cómo goza la querida multitud! El que da es asaltado; llueven joyas como en un sueño, y todos quieren tener alguna cosa. Pero lo que cogen con tanta avidéz no les aprovecha apenas; los tesoros se les escapan enseguida y el pobre diablo no tiene en las manos más que escarabajos; se los sacude y revolotean alrededor de su cabeza. Los otros, en lugar de bienes sólidos han atrapado frívolas mariposas. ¡Oh, el bribón que promete todo y no da nada!” (VALLET DE GOYTISOLO: “*Sociedad de masas y Derecho*”, Madrid 1969, p. 494; y también en “*La antítesis inflación-justicia*”, cit.; ver también, entre nuestros autores, la glosa a su pensamiento efectuada por Luis MOISSET DE ESPANÉS: *Las obligaciones de valor actualizadas y la tasa de interés*, Publicada en Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, en Homenaje a Pedro León). En tales situaciones, suena en verdad a una perversa burla, completamente ajena a toda recta comprensión de lo que pudiera entenderse por “derecho”, aquella afirmación meramente teórica – cuando no exclusivamente retórica- según la cual «en las obligaciones de dar dinero, el pago de la suma debida como capital satisface in natura al acreedor», dicha por calificada doctrina. Mofa que bien podría calificarse de perversa, pues como también lo recuerda VALLET DE GOYTISOLO, glosando el pensamiento de Jacques Rueff, probablemente el primer autor en expresar que la inflación es una invención diabólica, fue Goethe en su Fausto, al narrar que Mefistófeles, disfrazado de bufón del rey, le inspira al canciller la “fórmula mágica” que ha de solucionar todos los problemas del gobernante, fórmula que consiste nada menos que en la inflación (VALLET DE GOYTISOLO: “*La antítesis inflación-justicia*”, cit.). En semejantes circunstancias, y contra afirmaciones tan alejadas de la realidad como las que vengo de apuntar, bien podría oponer la siguiente cita de un conocido Iusfilósofo español contemporáneo: “*Lo justo* es lo mismo que *lo suyo*; por lo tanto, según hemos visto, lo justo es una cosa o un conjunto de cosas. No es lo que se llama derecho subjetivo, sino las cosas que, desde la perspectiva de ese derecho, reciben el nombre de objeto del derecho subjetivo. Sin embargo, en el lenguaje de los juristas romanos y, en general, en el de la tradición jurídica - las excepciones comenzaron muy probablemente con Ockham- *lo justo, lo suyo, o la cosa justa* (que de estas tres maneras se llama) recibe el nombre de *ius*, derecho. El *ius* o derecho no es, en este sentido, el derecho subjetivo, sino la cosa. La fórmula primitiva de la justicia reza «*ius suum cuique tribuendi*», dar a cada uno su derecho, fórmula que equivale - ya en Cicerón- a dar a cada uno lo suyo. Porque el arte del derecho consiste en determinar lo suyo de cada uno y lo suyo se llamó *ius*, los expertos en ese arte se llamaron juristas [...] No se trata de negar la existencia del derecho subjetivo o facultad moral sobre la cosa. Lo que queremos decir es que el *ius* o derecho del que hablamos no es el derecho subjetivo. Y que el arte del jurista no es el arte o la ciencia de los derechos subjetivos, como interpretaron algunos autores del s. XIX. La justicia, al ser definida como la virtud de dar a cada uno su derecho, no puede definirse primariamente como la virtud de reconocer a cada uno su derecho subjetivo, porque esto cambia sustancialmente la definición de la justicia, en la cual *su derecho* es la cosa

4.2.- Incluso más: en algunos casos esa “voluntad” es casi omnímoda, pues puede “aniquilar”, o infringir un trágico destino de vida en eterno estado de congelamiento, a quienes el propio código ha declarado “personas humanas”. Es que si bien es cierto que el art 19 declama que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”, más adelante el art. 560 viene a desmentir el aparente alcance de ese texto al expresar que el consentimiento para las técnicas de fertilización “debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”; y luego todavía el 561 agrega que “es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”

4.3.- Finalmente, la regulación de la autonomía de la voluntad es incongruente, aún en el propio sistema de filiación. En efecto: hemos dicho que la voluntad “no procreacional” del aportante de gametos, por ahora no ha de jugar en la filiación “por naturaleza”, pero sí en la filiación derivada de “las técnicas de reproducción humana asistida”. Y hemos dicho “por ahora”, pues la incongruencia salta a la vista, lo que deja el mantel tendido, y el camino abierto para nuevas innovaciones profundizando en la lógica del modelo, ya que, en definitiva, desde una perspectiva biológica toda filiación es “por naturaleza”, como que el proyecto, con función claramente persuasiva, denomina “asistida” a la obtenida mediante FIV.

Es que siguiendo hasta sus últimas consecuencias la lógica interna del proyecto, no se advierte por qué misteriosos motivos la voluntad “no procreacional” podrá en unos casos ser válida, y materia de un negocio jurídico, y en otros inválida e irrelevante. Para una cosmovisión que pretende renegar de toda concepción tradicional de la familia, suena en verdad a pacatería ñoña, el negarse a aceptar que la filiación derivada de un acto sexual pueda ser materia de autoregulación por contrato entre partes, del mismo modo que la originada por producción en laboratorio. En la lógica interna del proyecto parece un verdadero resabio de moral “burguesa”, más propio de un puritanismo victoriano, el no dar cabida a la voluntad “no procreacional” del aportante del “material biológico”, por el solo hecho de haber mediado o intervenido una relación sexual.... Un espíritu malévolo podría argumentar: ¿Por qué ese distingo en favor de la técnica si el método tradicional, es más rápido y eficaz, menos riesgoso para la madre y el hijo, e incluso hasta más divertido? Cuál es, entonces, el fundamento del distingo? Y la respuesta me parece bastante obvia: se trata de fomentar el negocio de los laboratorios. No importa que sea más costoso, que traiga más riesgos para la madre y el niño, y para el futuro de la especie humana..... hay que fomentar a toda costa el “negocio” de los laboratorios....

5.- La condición jurídica de la persona por nacer

El nuevo art. 21 viene a reemplazar los arts. 70 *in fine*, 71, 74 y 75 del Cód. Civil.

El texto sancionado prescribe en tres párrafos sucesivos: “**Los derechos y**

suya. El cambio en la definición - que se opera sobre todo a partir de la escuela moderna del derecho natural- no es indiferente, como alguno podría pensar. Si, por ejemplo, se reconoce a todo hombre el derecho a los alimentos, esto querrá decir - de acuerdo con la hipotética definición de justicia como dar a cada uno su derecho subjetivo- que se es justo con todos, cuando a todos se reconoce la facultad de adquirir los alimentos. Se les reconoce la facultad, pero no se les da alimentos. Esta es la teoría individualista y liberal de la justicia, basada en una concepción egoísta de la sociedad; es la justicia burguesa (de la burguesía liberal nacida a fines del s. XVIII). En cambio, según la doctrina propia y estricta de la justicia, como sea que el derecho o *ius* de cada uno es una cosa, afirmar de todos el derecho a los alimentos es reconocer que todos tienen como suya una parte alícuota de los alimentos producidos en el mundo, de forma que si uno pasa hambre mientras el otro está sobrealimentado, con el hambriento se comete injusticia [...]” (HERVADA, Javier: *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Pamplona 2001, cap. II, § 3, 1, p. 42-43). Quien se encuentra hambriento, quien padece hambre y sed de justicia de la cosa objeto de su derecho subjetivo (en el caso: del eficaz *instrumento de cambio, medida de valores y reserva de liquidez*, que de manera objetiva y eficaz sirva a tales fines) incrementado por largos años de postergada espera, parafraseando dichos de DANZ (aunque volcados en el contexto de otro debate sobre el cual no habré de tomar partido en esta oportunidad), “no pretende, evidentemente, en su interna voluntad, adquirir algo simplemente *imaginario*, como el crédito” dinerario en una moneda devaluada que no cumple las funciones que estaba llamada a desempeñar, “porque eso no le sirve para acallar el hambre” (DANZ, E: *La interpretación de los negocios jurídicos*, Madrid 1926, p. 21. El pasaje ha alcanzado cierta celebridad, pues es frecuentemente citado: v.g.: ORGAZ, Alfredo: *El acto o negocio jurídico*, incluido en *Nuevos estudios de Derecho Civil*, p. 200 a 218, nota 21; LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando: *Las doctrinas de la intención jurídica y de la intención empírica*, en *Revista jurídica*, n° 9, de la Facultad de Derecho de la U.N.T.)

obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida [...] Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. [...] El nacimiento con vida se presume”

5.1. El nuevo texto es, si cabe, todavía más categórico que el del actual art. 74 que prescribe que “*si muriesen [...] serán considerados como si no hubieran existido*”, pues ya no dice que “serán considerados como”, sino directamente que se considera que nunca existió. De ese modo, parecería dar apoyo a la tesis tradicional que sostenía que la personalidad del *nasciturus* se encontraba sujeta a una condición resolutoria, cuyo cumplimiento operaba retroactivamente su extinción³⁴. La tesis contraria, con argumentos que hubieran merecido un detenido examen³⁵, postulaba que la personalidad era definitiva, y que lo que estaba sujeto a una condición resolutoria eran solamente los derechos adquiridos³⁶.

5.2. Desde el punto de vista de su capacidad de hecho, o de ejercicio el art. 54 inc. 1º lo declaraba absolutamente incapaz; el art. 24 del nuevo código se limita a declararlo incapaz, y aunque ha suprimido la clasificación legal en incapaces absolutos y relativos, veremos que desde un punto de vista doctrinario la distinción subsiste como categoría dogmática.

II.- LA CAPACIDAD. CLASES. CAPACIDAD DE HECHO Y DE DERECHO

La doctrina, al referirse a las calidades del sujeto, a través de una fatigosa elaboración que no puede estimarse definitivamente cumplida, ha ido separando distintos conceptos que si bien se encontraban implícitamente definidos en el Código Civil, han sido expresamente contempladas en el texto sancionado.

1.- Sus clases. Su formulación rigurosa. Consecuencias de su ausencia

Cabe distinguir entre la capacidad de hecho, y la capacidad de derecho. La capacidad de hecho, de obrar o de ejercicio es la genérica aptitud para actuar por sí. Distinta de la capacidad de hecho es la de derecho (jurídica o de goce) consistente en la aptitud para ser titular de un derecho.

A la primera expresamente contemplada en los nuevos artículos 23, y 24, aludían los artículos 53 a 62 del Código Civil. De la segunda se ocupa el nuevo artículo 22, que encuentra sus antecedentes en los arts. 31 y 52 del Código Civil

1.1. La ausencia de capacidad, sea la de ejercicio, sea la de derecho, trae como consecuencia la nulidad del acto, como expresamente lo disponen los arts 1041 a 1043 C. Civil, y lo reitera el art. 44 C.Civ.Com para la capacidad de ejercicio.

En efecto, en cualquiera de sus formas, la capacidad configura un presupuesto del acto jurídico³⁷, esto es un requisito que influye en su regularidad, pero es **extrínseco** y **anterior** a él. Su carácter anterior y extrínseco se manifiesta en que existe independientemente del acto, predicable de alguien o de algo, aunque ningún acto se haya concluido, pero teniendo presente la posibilidad de su concertación futura, y en que subsiste después de él para cualquier otra operación, sin que en ningún momento, mirado el negocio como algo autónomo, queden incorporados a él³⁸. Por ser **extrínseco** y **anterior**, resulta casi un pleonasma señalar que debe existir como tal en el momento mismo del acto³⁹.

Ahora bien, los enunciados normativos que establecen presupuestos para la regularidad del acto tales como la capacidad son de formulación rigurosa. Ello quiere decir

34 BORDA, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, n° 228, p. 232; LLAMBÍAS, Jorge J.: *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, Bs. As. 2007, T I, n° 329, p. 233 y 234; RIVERA: Julio César: *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Bs. As. 2004, T I, n° 323, p. 362 35 Y que incluso han sido volcados en la actualización de la obra de LLAMBÍAS (op. cit., n° 343-1, p. 238 y 239).

36 CIFUENTES, Santos: *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, Bs. As. 2005, § 49, p. 104; TOBÍAS: La persona humana y el proyecto, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p.63 y 64.

37 CARNELUTTI, Francesco: *Teoría General del Derecho*, Madrid 1955, n° 104, p. 305 y 306

38 SANTORO-PASSARELLI, Francesco: *Dottrine generali del diritto civile*, n° 27, p. 129 y 130.

39 CARIOTA FERRARA, Luigi, *il Negozio Giuridico* (Napoli, 1949), n° 130, p. 589

que el sujeto los tiene o no los tiene en absoluto, de un modo taxativamente determinado por la norma, y perfilado de tal manera que no existe margen alguno para la apreciación del juzgador.

Por ello, su ausencia configura un vicio rígido, invariable, insusceptible de más o menos, y que se presenta en igual dosis en todos los actos de la misma especie, motivo por el cual la ley declara su invalidez por sí misma, sin cooperación de otro órgano o poder. Tal es, precisamente, lo que diferencia en nuestro sistema civil la nulidad de la anulabilidad, hipótesis esta última donde el vicio es flexible, elástico, indefinido, variable en los actos de la misma especie, susceptible de más o de menos y ligado a circunstancias concretas cuya apreciación requiere un acto de juzgamiento por parte del juez⁴⁰. Pese a su aparente supresión por el nuevo Código, el distingo subsiste, como lo demuestran los arts. 44, 45, y 387 de dicho cuerpo normativo⁴¹.

1.2. La razón de esta formulación rigurosa de los enunciados normativos que establecen presupuestos tales como la capacidad, responde a una exigencia de orden Constitucional: al estar reglando la aptitud del sujeto para la adquisición de derechos – sea medida *in abstracto* y de modo genérico para una serie de actos, sea referida *in concreto* a un acto determinado- o para el ejercicio por sí de sus derechos, lo que está en juego en el última instancia es la garantía de la igualdad ante la ley, con la consecuente prohibición de toda forma de discriminación. Pero además está en juego la seguridad del tráfico y los derechos de terceros, que no pueden sufrir una perpetua incertidumbre acerca de la validez o invalidez de los actos realizados en función de la supuesta ausencia de requisitos cuya determinación exija fatigosas investigaciones de hecho. Por ello, toda restricción debe ser fijada por la norma de modo taxativo, determinado, e idéntico en todos los actos de la misma especie.

Es cierto que el requisito de aptitud fijado por la norma de formulación rigurosa, está muchas veces ligado a un supuesto de hecho especificado por otro enunciado normativo de formulación elástica, donde existe un margen para la apreciación porque la hipótesis misma contemplada es flexible, indefinida, variable en los actos de la misma especie, susceptible de más o de menos. Así por ejemplo, la incapacidad por demencia (doctrina del art. 54 inc. 3, C. Civil, y 24 inc. c C.Civ.Com), supone un juicio de estas últimas características tanto para discernirla (doctrina de los arts. 140, y 151 C.Civ., y 32 C.Civ.Com), como para dejar sin efecto la anterior declaración (doctrina de los arts. 150, y 151 C.Civ, y 47 C.Civ.Com). El ejemplo se refiere a un supuesto de incapacidad de hecho, pero también resulta válido por la analogía de situaciones de incapacidad de derecho e incluso porque, según cierta doctrina, dicha incapacidad de ejercicio puede derivar en una de derecho⁴², en los supuestos que el acto no se pueda realizar de modo alguno (V.G.: doctrina del art. 3615 C. Civil, para un buen número de autores)⁴³.

Pero ese juicio es necesariamente anterior y previo, no solamente para garantizar el derecho de defensa del afectado, sino también porque configura un **requisito constitutivo** para el emplazamiento o desplazamiento en el status de capacidad. Ese juicio previo, realizado dentro del marco de garantías que posibilita el ejercicio de la función

40 LLAMBÍAS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T II, n° 1888, p. 507 y 5008; SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI: *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T II, n°s 2627-A y 2627-B; BORDA, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T II, n° 1244; CIFUENTES, Santos: *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, § 268, p. 404; RIVERA: Julio César: *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, T II, n°s 1532, 1533, p. 884 a 886.

41 Por lo demás, resulta objetable que el nuevo código no dispusiera qué sanción habrá de corresponder a los actos celebrados con incapacidad de derecho, habida cuenta de que no solamente ha suprimido la enumeración de actos nulos, sino también una regla de clausura del sistema como el art. 18. Por lo demás, la innovación introducida por el art. 388, que, en determinados supuestos otorga legitimación también a la parte capaz para pedir la nulidad del acto, contraría los fundamentos mismos de todo el régimen de protección de los incapaces, pues permite alegar una nulidad reconocida en exclusivo beneficio del incapaz.

42 Según cierta doctrina (SANTORO-PASSARELLI, Francesco: *Dottrine generali del diritto civile*, n° 1, p. 25), que compartimos, todos los supuestos de actos que no son susceptibles de concluirse por un representante, conllevan para el incapaz de hecho, también una incapacidad de derecho. Contra: CARIOTA FERRARA, Luigi, *il Negozio Giuridico*, n° 130, p. 586, quien no ve, en la especie, un supuesto de incapacidad jurídica.

43 LLAMBÍAS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, n° 768, y doctrina citada en nota 119; RIVERA: Julio César: *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, T I, n° 502, p. 499 y 500

jurisdiccional, y efectivamente encaminado a discernir la situación de capacidad de la persona tiende a impedir – o al menos dificultar- que el distingo de diferentes status de capacidad efectuado por la norma de formulación rigurosa del ejemplo dado, sea arbitrario.

Más adelante se habrá de volver sobre estas cuestiones, donde se juega un correcto manejo de la técnica jurídica, sobre todo al abordar el concepto de capacidad progresiva del menor, que puede prestarse a algún equívoco.

2.- La capacidad de derecho. Los incapaces

El nuevo art. 22, sobre las huellas del art. 18 del Proyecto de 1998 y las más lejanas de los arts. 31 y 52 C. Civil, prescribe: ***“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”***.

2.1. El texto no innova en la materia, y solamente introduce modificaciones en punto a redacción, pues la doctrina unánimemente enseña que toda persona es capaz de derecho, y que no hay incapacidades absolutas de derecho, porque ello implicaría la negación de la personalidad. Hay, en cambio, incapacidades referidas a ciertos derechos.

2.2. Donde discrepa la doctrina es en la enumeración de los supuestos de incapacidad de derecho....

2.2.1. La mayoría de la doctrina nacional partió de la premisa que toda prohibición, restricción o impedimento a la posibilidad de ser reconocido como titular de derechos o facultades importa una incapacidad jurídica⁴⁴, para dar a este concepto una gran amplitud, donde quedó absorbido gran parte del de legitimación, considerando, v.g., los problemas del art. 1361 como supuestos de incapacidades de derecho.

2.2.2. Para un sector francamente minoritario de la doctrina al que adherimos, no toda prohibición o impedimento para la titularidad de una relación jurídica importa sin más una incapacidad de derecho, sino únicamente aquellas que representan una restricción *in abstracto* y genérica de la aptitud del sujeto, pues toda limitación *in concreto* de dicha aptitud – donde lo que está en juego es la posibilidad del negocio frente a determinadas personas, o en relación a determinados objetos- es analizada como un problema de legitimación⁴⁵. Entre los supuestos que se mencionaban, figuraban aquellos que excedían el ámbito de la personalidad reconocido a las personas por nacer, o el admitido para las personas jurídicas, todas las hipótesis de actos que al no ser susceptibles de conclusión por un representante legal conllevaban para el incapaz de hecho también una incapacidad de derecho⁴⁶.

2.2.3. Se trata de una disputa que ha de permanecer abierta.

3. La capacidad de ejercicio. Los incapaces, y la supuesta desaparición de las categorías de incapaces

El art. 23 del nuevo código, prescribe: ***“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”***; a su turno, el art. 24, dispone: ***“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; c) la persona declarada incapaz por***

44 SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI: *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, Bs. As. 1964, T I, n°s 700-B, VI a VIII, 7001; BORDA, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, n°s 455 y 457; LLAMBÍAS, Jorge J.: *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, Bs. As. 2007, T I, n° 561, c), p. 366 y 367; CIFUENTES, Santos: *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, Bs. As. 2005, § 88, p. 175; RIVERA: Julio César: *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Bs. As. 2004, T I, n° 375, p. 396.

45 Para este enfoque, ver: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando Justo: *Teoría de los Contratos*, T I. Parte General, § 12, III; CARIOTA FERRARA, Luigi, *il Negozio Giuridico* (Napoli, 1949), n° 132, p. 592 y ss; SANTORO-PASSARELLI, Francesco: *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1964, n° 27, p. 131; CARNELUTTI, Francesco: *Teoría General del Derecho*, Madrid 1955, n° 77, p. 233 y ss; CARMINIO CASTAGNO, José Carlos: *Teoría general del acto notarial*, N° 1.1.8.

46 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando Justo: *Teoría de los Contratos*, T I. Parte General, § 12, III, 2.

sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión”

3.1. Comentando la reforma, se ha dicho que en «el nuevo Código se ha abandonado la clasificación entre incapacidad de hecho absoluta y relativa; como así también las categorías de menor impúber (incapaz absoluto), menor adulto (incapaz relativo), demente (incapaz absoluto) y sordomudo (incapaz absoluto)»⁴⁷

3.2. Discrepamos parcialmente con estas afirmaciones.

3.2.1. Es verdad que desaparece la categoría de los sordomudos, pues se circunscribe la declaración de incapacidad a las causas de índole psíquica. Como luego veremos, la reforma merece reparos.

3.2.2. También es verdad que desaparece la distinción entre menor impúber y menor adulto; pero contrarrestando los alcances de aquél aserto, hay que decir que, a tenor del art. 25, se introducen las categorías del “adolescente”⁴⁸, y “no adolescente”, aunque es cierto que esta última no ha de tener los alcances de un “incapaz absoluto” que incumbía al menor impúber por el art. 54 C. Civil, en virtud del principio de capacidad progresiva que introduce el nuevo art. 26.

Es este uno de aquellos puntos donde el texto sancionado trae a la memoria aquella elegante fórmula en la que Radbruch aludiera a «los “deseos piadosos” nunca realizados, y los “buenos propósitos” con que está empedrado el camino al infierno»⁴⁹; y es que las categorías introducidas por el nuevo Código, además de no estar contempladas en la CDN para la cual todo menor de 18 años es un niño, y de ir contra la opinión de la doctrina que postulaba la eliminación de distingos de esta índole⁵⁰, ha de traer problemas interpretativos cada vez que una norma se refiera a un niño, y no a un adolescente, dado la falta de prolijidad de terminología utilizada⁵¹; y todo ello empeorado, porque en otros textos también se habla de niños, niñas y adolescentes⁵².

No resulta de buena técnica legislativa introducir denominaciones o definiciones, si luego no han de tener ningún efecto normativo, ni prudente ofrendar aquella valiosa herramienta en sumiso holocausto ante el altar de la corrección política⁵³. El legislador no

47 OLMO, Juan Pablo: Comentario al art. 24 en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dirigido por RIVERA – MEDINA, Tomo 1

48 Señala correctamente Rivera que la expresión “adolescente no agrega absolutamente nada, salvo confusión (RIVERA: *La constitucionalización del derecho privado en el proyecto de código civil y comercial*, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p. 15)

49 RADBRUCH, Gustavo: *Filosofía del Derecho*, p. 53; coincide Rivera (RIVERA: *La constitucionalización del derecho privado en el proyecto de código civil y comercial*, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p. 15), quien habla de un intento fallido.

50 Ver el extenso desarrollo contenido en LLAMBIAS, *op. cit.*, n° 651 a 655, p. 416 a 419. Ha formulado también esta crítica: RIVERA: *La constitucionalización del derecho privado en el proyecto de código civil y comercial*, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p. 15

51 Como lo apuntara Nino «La redundancia normativa no tendría por qué crear problemas por sí sola para la aplicación del derecho, puesto que al seguirse una de las normas redundantes se satisfaría también lo prescripto por la otra. Sin embargo, la dificultad de la redundancia radica, como dice Ross, en que los juristas y los jueces se resisten a admitir que el legislador haya dictado normas superfluas y en consecuencia se esfuerzan por otorgar, a las normas con soluciones equivalentes, ámbitos autónomos» (NINO, Carlos S: *Introducción al análisis del Derecho*, Bs. As. 2003, p. 279)

52 Es que, como correctamente se ha apuntado, «numerosos artículos hablan de “niños, niñas y adolescentes” (arts 104, 594, 608, 611, 625, 706, 707, 716, 2614 y 2640), cuando todos son genéricamente “niños” en los términos de la CDN y “menores de edad” en los términos del art. 25 del propio proyecto. Además, en los artículos 646 inc. c) y 647 se refieren solamente a “niños y adolescentes” lo que llevaría a concluir, de atenerse a un excesivo rigor literal en el marco de una interpretación armónica del texto, que las niñas no están comprendidas por dichas normas, y nos plantea serias dudas sobre las adolescentes mujeres. Similar es el problema que plantean los artículos 64, 562, 589, 590, 591, 593, 595 inc. a), 596, 604, 611 1er párrafo in fine y 2do párrafo, 615, 621 1er párrafo, 627 inc. b), 634 inc. i), 639 incs. a) y c), 644, 2634, 2635, 2637, 2639 y 2642, hablan solamente de “niño”, sin que quede claro si los adolescentes y las niñas se encuentran fuera del ámbito de aplicación de estas disposiciones» (MUÑIZ, Carlos: *Régimen de capacidad de los menores*, en *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, UCA, p. 141/142). Coincide con la crítica: RIVERA: *La constitucionalización del derecho privado en el proyecto de código civil y comercial*, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p. 15

53 Ha formulado también esta crítica: RIVERA: *La constitucionalización del derecho privado en el proyecto de código civil y comercial*, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p. 15

ha de comportarse cual postulante en algún concurso literario, sino como alguien que debe hablar con voz que resulte audible en forma clara y de fácil comprensión, evitando el espesamiento del lenguaje usado de modo negligente. Lenguaje jurídico que ha de ser preciso y esforzarse en la búsqueda de expresiones “necesarias, exactas, concisas, compactas, entendibles y memorables. Se requiere, en suma, un lenguaje riguroso que evite lo indefinible porque lo indefinible no se puede juzgar”⁵⁴. La palabra es un sacramento de muy delicada administración, ha dicho Ortega y Gasset⁵⁵, y el legislador debe ejercer su ministerio en ese campo con sobriedad y prudencia.

3.2.3 Sin embargo, creemos inexacto que hubiera desaparecido la categoría del incapaz absoluto. En nuestra opinión, y más allá de que la ley ha dejado de mencionarla expresamente, ella subsiste como categoría dogmática, cuando menos referida a la persona por nacer; e incluso más, entendemos que dentro del amplio margen de facultades que tiene el juez para graduar la incapacidad, tiene la posibilidad de elevarla hasta su punto máximo en aquellas hipótesis de severidad todavía más acusada que la que contempla la última parte del art. 32 del nuevo Código cuando contempla la situación donde «**la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz**», para autorizar al juez a «**declarar la incapacidad y designar un curador**»⁵⁶.

Como consecuencia de lo que se viene de exponer, como categoría dogmática debe reputarse subsistente la clasificación entre incapaces absolutos y relativos, porque se basa en un criterio lógico que permite distinguir entre la ausencia absoluta de algo, y su ausencia meramente relativa. Por lo demás, dicha categorización nos permitirá comprender mejor los alcances del texto sancionado.

4.- La ausencia de capacidad. Los incapaces absolutos y relativos

Con arreglo a dicho criterio, son incapaces absolutos todas las personas a las que el Ordenamiento jurídico no ha reconocido ninguna capacidad de ejercicio, lo que quiere decir que, en ninguna hipótesis pueden, válidamente, ejercer por sí mismas sus derechos. Son incapaces relativos, todas las personas a las cuales, no obstante su genérico status de incapacidad – lo que equivale a decir que, como regla hay ausencia de ella- por excepción, el Derecho les reconoce capacidad para realizar ciertos actos, o ejercer por sí determinados derechos.

La reforma, en líneas generales, ha intentado recoger el parecer de la mayoría de la doctrina, que desde hace años venía reclamando un régimen de capacidad progresiva de los menores de edad⁵⁷, y de mayor flexibilidad en cuanto a los “incapacitados” por sentencia judicial. Como consecuencia de ella, y comparándolo con el del Código Civil, resulta el siguiente cuadro:

4.1. De los cuatro supuestos de incapaces absolutos que contemplaba el art. 54 C. Civil, se mantienen el del inciso 1 y también, parcialmente, el del 3, en la medida – claro está- que así lo dispusiera la sentencia declarativa de incapacidad, conforme el art. 38; aunque cabe aclarar que los arts. 24 inc. c) y 32 del nuevo C.Civ.Com ya no aluden a los “dementes”, sino que contemplan un supuesto de hecho más amplio que comprendería a aquellos.

54 CSJN: N. 107. XXXIV. Navarro, Rolando Luis y otros s/ homicidio culposo. Coincide también esta con crítica: RIVERA: *La constitucionalización del derecho privado en el proyecto de código civil y comercial*, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p. 15 y 16.

55 ORTEGA Y GASSET: *La rebelión de las masas*, Prólogo para franceses

56 Entendemos que coincide que nuestra posición, MUÑIZ, Carlos: *Régimen de capacidad de los menores*, en *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, UCA, p. 151 y 157. Coincide también: RIVERA: *La constitucionalización del derecho privado en el proyecto de código civil y comercial*, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p. 14.

57 Al decir de Rivera (RIVERA): *La constitucionalización del derecho privado en el proyecto de código civil y comercial*, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p. 15), se trataría de un intento fallido, pues “se incorporan nociones confusas y terminologías inapropiadas que confluyen a hacer del tema un verdadero pantano en el que se hunden las buenas intenciones, convirtiéndose la regulación en una fuente de conflictos intrafamiliares y de inseguridad jurídica en el tráfico negocial”

4.1.1. Cabría incluso plantearse si ese tipo de incapacidad no subsiste también para aquellos menores de muy corta edad, en la medida en que el ordenamiento no los hubiera dotado todavía de ninguna capacidad, y lo cual surgiría de una interpretación a contrario del art. 26. Pensamos, en principio, que la respuesta a dicho interrogante debe ser afirmativa⁵⁸.

4.1.2. En cambio, como ya se anticipara, desaparece la categoría de los sordomudos, pues se circunscribe la declaración de incapacidad a las causas de índole psíquica. La reforma merece reparos, pues por contrapartida no se establecen sistemas de protección a quienes, por una disminución de sus potencias físicas o corporales se vieran imposibilitados o con grave dificultad de expresar su voluntad, como en cambio sí hacen el art. 200 del Código español, y el art. 490 del Código francés⁵⁹.

4.2. A los menores adultos que contemplaba el art. 55 como única hipótesis de incapacidad, han de sumarse:

4.2.1. Los restantes menores, que se encuentran alcanzados por el principio de capacidad progresiva que prescribe el art. 26, en la medida en la que alguna disposición les hubiere reconocido ya capacidad.

4.2.2 Los restantes “dementes” del art. 54, aunque cabe insistir, a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código, lo correcto será referirse a la “*persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada*”, cuando “*se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz*”, también en la medida que así lo dispusiera la sentencia declarativa de incapacidad en los términos del art. 38 del nuevo Código.

4.3. Cabe aquí apuntar que mientras la incapacidad de los menores *es gradualmente decreciente, in abstracto, por disposición de la ley*, la de los restantes incapaces *es graduada in concreto, y conforme las circunstancias del caso, por resolución judicial fundada en ley*. En ambos casos se requiere un acto legislativo o judicial de emplazamiento o desplazamiento en un determinado status de capacidad o incapacidad.

4.3.1. Lo expresado en último término surge del art. 38 C.Civ.Com que prescribe: “*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 resolución judicial debe respetar los principios generales establecidos en el art. 31 C.Civ.Com⁶⁰, y coronar un proceso en el que se hubieran seguido las reglas fijadas en los arts. 33 y ss del C.Civ.Com. La declaración de incapacidad, graduada conforme las circunstancias probadas en la causa a las que deberá referirse la sentencia prevista en el art.

58. Por hipótesis una “capacidad progresiva” debe partir de algún punto desde el cual pueda decirse en propiedad que avanza o progresa, y que cuando ese punto equivalga a cero, estaremos en la ausencia absoluta: Pues bien, entendemos que ese punto “0” acontece en el momento mismo el parto, en el cual el nasciturus – incapaz absoluto de hecho- empieza a avanzar como niño en la vida, en pos de su paulatina “capacitación”

59 TOBÍAS: La persona humana y el proyecto, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p. 70

60 Dispone ese texto: **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.

37 C.Civ.Com., es una de las alternativas de las que dispone el Juez⁶¹, quien también puede disponer un régimen de capacidad restringida, sobre el que se habrá de volver.

4.3.2. Y lo dicho respecto de los menores, está genéricamente dispuesto por el segundo párrafo del art. 26 donde se sienta el principio de capacidad progresiva: “**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**”. Esta norma debe ser leída en consonancia con el art. 639, inc. b), que alude a “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”

En nuestra opinión, debe descartarse toda lectura de estos textos que conduzca a interpretar que – sin una norma que lo disponga expresamente, o resolución judicial fundada en ley- el niño va adquiriendo progresivamente una específica y diferenciada capacidad de ejercicio conforme sus propias, personales e incommunicables potencias individuales. Ello llevaría a confundir dos conceptos bien delimitados por la teoría jurídica, cuales son la capacidad y el discernimiento⁶². Desde la perspectiva de una correcta técnica jurídica y según antes se dijera, los enunciados normativos que establecen presupuestos para la regularidad del acto tales como la capacidad son de formulación rigurosa; y ello no solamente por estar en juego la garantía de la igualdad, sino también la seguridad jurídica y los derechos de terceros. No puede haber, en un correcto uso del lenguaje jurídico, capacidad o incapacidad sin el previo emplazamiento o desplazamiento en un status, que debe provenir directamente de un enunciado normativo de formulación rigurosa contenido en una ley, o de resolución judicial fundada en ley.

La existencia de numerosas disposiciones a lo largo del Código, y de otras leyes, que van determinando de forma gradual y dosificada los alcances de esa capacidad, prueba que esta es la correcta hermenéutica, pues de lo contrario esas normas carecerían de sentido. Una exégesis diversa, conduciría a predicar el carácter meramente interpretativo de esas reglas, y tornaría aconsejable su derogación, para ser reemplazadas por un principio general que estableciera que la persona menor de edad posee la capacidad que las circunstancias determinen, conforme su progresivo grado de discernimiento y madurez. Demostrado el absurdo de esa eventual postura, nos aferramos a la que venimos de sostener.

La lista de esas disposiciones es bastante extensa, pero – y ya que se ha derogado todo un Código con la pretendida excusa, entre otras, de dotar al nuevo de una Parte General- hubiera sido de desear que fueran objeto de una mejor sistematización por parte de la ley. Conforme lo señala Muñiz – a quien seguimos en el punto y cuya lectura, lo mismo que los trabajos de Tobías, recomendamos- entre las capacidades que progresivamente le va reconociendo el ordenamiento al menor de edad, figura un gran número de hipótesis:

a. Ejercer por sí mismos una actividad económica profesional o laboral, bajo relación de dependencia o en forma independiente (arts. 30, 681, 682, 683); **b.** Desde los dieciséis años tiene las mismas aptitudes que un adulto para actos sobre su propio cuerpo⁶³.

61 TOBIÁS: La persona humana y el proyecto, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p. 71 y 72.

62 Ver el claro desarrollo contenido en LLAMBÍAS, *op. cit.*, n° 763, p. 480/481; ver también: LÓPEZ OLACIREGUI, en su anotación a SALVAT, Tratado de Derecho Civil argentino. Parte general, T I, n° 700 A, XIII y XIV, p. 595. Comentando los arts. 24 inc. b) y 25, primer párrafo, ha dicho Rivera (RIVERA: *La constitucionalización del derecho privado en el proyecto de código civil y comercial*, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p. 16) ha dicho que la armonización de ambas normas es difícil de hacer, y ello “introduce un factor de perturbación en la capacidad patrimonial al incorporarse un estándar flexible que juega junto al fraccionamiento etario. Lo razonable era establecer que la capacidad se adquiere a los 18 años y prever la anticipación de la misma para ciertos actos en particular como en definitiva es el régimen vigente e incluso el proyectado, como se verá seguidamente”

63 Esta norma debe ser leída en consonancia con el art. 56. En nuestra opinión el juego de ambos no autoriza a tratamientos o intervenciones para el cambio de sexo. Es verdad que aquél texto remite a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, y que tales prácticas están previstos por la ley 26.743, en su artículo 11. Pero no debe perderse de vista que para la Convención de los Derechos del Niño, toda persona menor de 18 años lo es, y merece una eficaz protección de la ley. Por ello juzgamos inconstitucional toda norma, o interpretación de la

Asimismo, desde los trece años se presume su aptitud para decidir por sí sobre tratamientos que no resulten invasivos. Desde la misma edad, se requiere su consentimiento, bajo un régimen de asistencia para la realización de tratamientos invasivos. En caso de divergencia, debe resolver la cuestión el juez conforme el interés superior del niño. (art. 26)⁶⁴; **c.** Desde los diez años se requiere su consentimiento en el marco de los procesos de adopción (art. 595); **d.** Desde los trece años los adoptados pueden iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes (art. 596); **e.** Desde los trece años ejercen la responsabilidad parental de sus hijos, requiriendo la asistencia de sus propios representantes legales para una serie de actos (art. 644); **f.** Sin limitación de edad, en el caso que estuviera fuera del país o en un lugar alejado de su domicilio, si requiriera recursos para su alimentación u otras necesidades urgentes, puede con autorización judicial o por la representación diplomática del país, requerir autorización para contraer deudas para procurárselos. Si ya hubiere cumplido trece años, podrá hacerlo sin necesidad de autorización alguna, mediando el consentimiento del adulto responsable (art. 667); **g.** Sin limitación de edad, si contara con la madurez necesaria y requiriéndose patrocinio letrado, puede promover juicio contra sus progenitores (art. 679); **h.** Desde los trece años, con el consentimiento de ambos progenitores (art. 645 inc. c) pueden intervenir, junto con sus ellos o en forma autónoma, en los procesos que involucren sus derechos. Si alguno de sus progenitores se opusiera a su participación en el proceso, podrá requerir autorización judicial para hacerlo (arts. 677 y 678); **i.** Con la autorización de ambos progenitores, puede ingresar en comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad (art. 645 inc. a); **j.** Desde los trece años, no requiere autorización de sus padres para defenderse en juicio criminal (art. 680). Esta disposición no elimina el deber de los padres de proveer los medios materiales necesarios para su adecuada defensa en juicio; **k.** Desde los trece años puede reconocer hijos sin autorización de sus padres. (art. 680) Para la aplicación de este artículo “*el oficial público deberá comunicar el acta de reconocimiento a los organismos competentes creados por la ley 26.061*” (art. 44 ley 26.413), sin que se requiera la intervención de los representantes legales⁶⁵.

4.4. Como consecuencia de todo lo que se viene de exponer, comparando ambos regímenes, la situación resultante sería la que se describe en el siguiente cuadro:

<u>INCAPACES</u>			
ABSOLUTOS		RELATIVOS	
<u>C.Civil</u>	<u>C.Civ.Com</u>	<u>C.Civil</u>	<u>C.Civ.Com</u>
Personas por nacer	Personas por nacer	Menores adultos	Adolescentes
Los menores impuberes	Algunos menores de muy baja edad		Otros menores de menos de 13 años
Todos los dementes declarados	Algunas pers c/ adicción o alteración mental		Algunas pers c/ adicción o alteración mental
Sordomudos			

5.- La presencia de capacidad. Las personas capaces. Capaces absolutos y relativos

Son capaces todas las demás personas. A diferencia de la incapacidad, que evoca la idea de ausencia de algo, la capacidad sugiere la de su presencia.

norma, de la cual resulte que el niño pueda ser sometido a prácticas irreversibles o que entrañen peligro para su integridad corporal. Por lo demás, y como correctamente lo ha apuntado Rivera (RIVERA: *La constitucionalización del derecho privado en el proyecto de código civil y comercial*, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p. 15) desde el punto de vista de la técnica legislativa la redacción de la norma es deplorable, pues la palabra “adulto”, no está definida en ninguno de los 2671 artículos del Código.

64 Correctamente esta norma ha sido cuestionada por Rivera, tanto desde el punto de vista de la técnica legislativa, como el de la solución adoptada (RIVERA: *La constitucionalización del derecho privado en el proyecto de código civil y comercial*, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p. 16 y 17). Desde el punto de vista de la técnica, y más allá de que en cada caso será necesario definir cuales tratamientos son los aludidos por la norma, no queda claro el alcance de la “presunción”. Desde el punto de vista del fondo será una fuente de conflictos de toda índole, especialmente de orden intrafamiliar.

65 MUÑIZ, Carlos: *Régimen de capacidad de los menores*, en *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, UCA, p. 144

5.1. Siguiendo la terminología utilizada para los incapaces, en el régimen todavía vigente pueden ser agrupados en dos categorías⁶⁶, que – desde un punto de vista lógico- distinguen dos modos de estar presente el *quid* tomado en consideración:

a) Capaces absolutos, que son todos los que no entran en algunos de los casos de capacidad relativa o de incapacidad absoluta o relativa, y que alude a un modo de estar presente sin limitación alguna.

b) Capaces relativos, esto es, que para ciertos actos son incapaces de obrar, lo que refiere a un modo de estar presente con algunas limitaciones. La diferencia entre esta categoría y la de los incapaces relativos es la que, desde un punto de vista lógico, media entre la ausencia y la presencia de algo, y reside en que mientras para los últimos la incapacidad es la regla, para aquéllos constituye la excepción.

Todavía podemos establecer dos subgrupos. En el primero ubicamos a los capaces relativos por detracción, incluyéndose a todos los que habiendo sido capaces absolutos se vieron privados de parte de la capacidad como es el caso de los inhabilitados (art. 152 bis) y el de los incapacitados por condena (art. 12 Cód. Penal). En el segundo, ubicamos a los capaces relativos por adición, esto es, a aquellos incapaces que ascendieron a la capacidad sin alcanzarla en su plenitud, que ha quedado reducido al caso de los emancipados por matrimonio pues la reforma de la ley 26.579 que estableció en 18 años la mayoría de edad, suprimió la emancipación dativa o por habilitación de edad.

5.2. El nuevo Código, y como una alternativa en beneficio de la persona para no proceder directamente a la incapacitación que es siempre de carácter excepcional (doctrina del art. 31 inc. b), ha introducido con gran amplitud la posibilidad de determinar regímenes de capacidad restringida en los arts. 32 y ss,

El sistema supone un status básico de capacidad, en el que se establecen limitaciones, para lo cual el juez – dentro de los márgenes fijados por el art. 31- tiene amplias facultades a la hora de resolver, a fin de graduar entre la capacidad y la incapacidad, disponiendo sistemas de curatela (arts 32, 38, 101, inc c) o apoyo (arts 32, 38, 43, 101, inc c) según los casos. Dicho sea de paso, aunque merecería alguna reflexión particular que el reducido tiempo de que disponemos no habrá de permitir, este sistema de apoyos del art. 43 constituye una de las grandes novedades incorporadas por el nuevo Código Civil y comercial unificado⁶⁷.

En virtud de la reforma, el contenido del actual artículo 152 bis ha sido, por decirlo de un modo gráfico, desmembrado en dos figuras que comparten una común esencia – al ser todas formas de restricción o limitación de un estatuto básico de capacidad- pues mientras las dos primeras hipótesis han sido reconducidas al art. 32⁶⁸, la del inciso 3 se ha mantenido con una configuración autónoma en los arts. 48 a 50, en atención a los fines específicos del instituto, moldeado por los particulares sujetos destinatarios de la protección.

Por ello, en el régimen del nuevo Código, también se reproducirán las categorías actualmente vigentes, y tendremos:

a) Capaces absolutos

b) Capaces relativos:

66 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando Justo: *Teoría de los Contratos*, T I. Parte General, § 12, II, 2.

67 Dice esa norma: **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.

68 TOBÍAS: La persona humana y el proyecto, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p. 70 y 71.

b1) Por adición: emancipados del art. 27, cuyo régimen se regula en los arts. 28 y 29, de manera que guarda bastante semejanza con la prevista en los actuales arts. 134 y 135;

b2) Por detracción: personas con capacidad restringida en los términos de los arts. 32 y 38; inhabilitados por prodigalidad de los arts. 48 a 50; penados del art. 12 C. Penal

5.3., En suma, comparando ambos regímenes, la situación resultante con relación a los capaces relativos, sería la que se describe en el siguiente cuadro:

CAPACES RELATIVOS			
POR ADICIÓN		POR DETRACCIÓN	
<u>C.Civil</u>	<u>C.Civ.Com</u>	<u>C.Civil</u>	<u>C.Civ.Com</u>
Emancipados por matrimonio	Emancipados por matrimonio	Inhabilitados del art. 152 bis	Algunas pers c/ adicción o alteración mental
		Penados del art. 12 C. Penal	Inhabilitados por prodigalidad arts 48 a 50
			Penados del art. 12 C. Penal