

Apuntes acerca del régimen de capacidad de las personas humanas en el Código Civil y Comercial de la República Argentina (Ley 26.994)*

*Notes on the system of human capacities in
reference to the Civil and Commercial Code of
the Republic of Argentina (Law 26,994)*

Alicia B. Rajmil** / Luis Rogelio Llorens***

RESUMEN

El régimen jurídico tradicional de capacidad de las personas regulado en el Código Civil Argentino, obra del Dr. Dalmacio Velez Sarsfield, vigente desde el año 1871, fue modificado por la Constitución Nacional, los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos y las leyes internas que se han sancionado en su consecuencia. Dicho código fue recientemente derogado y el 1° de agosto de 2015 entrará en vigencia en la República Argentina el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que recepta esta normativa en un intento de adecuación a las pautas vigentes en la materia. No siempre dicha adecuación se logra acabadamente y persisten vestigios del régimen derogado. El presente trabajo constituye un resumen de los puntos más novedosos para el notariado que surgen del régimen de capacidad en el nuevo código.

PALABRAS CLAVE: *Capacidad jurídica, niñez, adolescencia, discapacidad, restricciones a la capacidad.*

ABSTRACT

The traditional legal system governing the people's capacity regulated by the Argentine Civil Code, written by Dr. Dalmacio Velez Sarsfield PhD, in force since 1871, was amended in the National Constitution, under the section for International Instruments on Human Rights and domestic laws that have been consequently sanctioned. This code was recently repealed, and on August 1, 2015, a new Civil and Commercial National Code came into force in the Republic of Argentina adopting this regulation as an alignment with current guidelines in the area. This alignment has not been fully achieved with persistent remnants of the repealed code still present. This work constitutes a summary of the most innovative aspects for notaries that arise from the new code for human capacity.

KEY WORDS: *Legal capacity, childhood, adolescence, disability, restraints on ability.*

* Recibido: 26 de enero de 2015. Aceptado: 2 de febrero de 2015.

** Escribana en la ciudad del Rosario, Argentina. (arajmil@yahoo.com.ar)

*** Miembro de la Comisión de Autoprotección del Consejo Federal del Notariado Argentino. (luisrogeliollorens@gmail.com)

SUMARIO

1. Introducción
2. Capacidad
3. La persona menor de edad en el nuevo Código Civil y Comercial
4. Restricciones a la capacidad de ejercicio de las personas en razón de sus circunstancias personales
5. Colofón

1. Introducción

El régimen de capacidad, regulado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante ccc), importa un cambio trascendente en relación con la normativa del código derogado. Sus principios ya fueron incorporados a nuestro derecho positivo por la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados por nuestro país. Ellos conforman, junto con la jurisprudencia y la actividad consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y los diferentes documentos emanados del Comité de los Derechos del Niño y del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad,¹ un orden jurídico de efectiva vigencia en nuestro país, que protege y garantiza el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales de todas las personas. El ejercicio de la capacidad jurídica del ser humano, como principio general, adquiere centralidad en todos estos instrumentos. Resulta novedosa, asimismo, la inclusión de los derechos personalísimos en la nueva normativa.

La condición jurídica de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad da cuenta de un pasado común atravesado por historias de prejuicios y discriminación. Cabe afirmar hoy que una nueva juridicidad garantiza el ejercicio de sus derechos, inspirada en principios comunes. Bajo esa convicción, analizaremos las nuevas normas.²

¹ Órganos de control de la Convención sobre los Derechos del Niño (cdn) y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (cdpd).

² Esta convicción dio origen a la creación, en el año 2008, del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe, 2ª circunscripción. Asimismo, inspiró la realización del Primer Congreso Interdisciplinario sobre Vulnerabilidad y Derecho, que se llevó a cabo en dicho colegio en mayo del año 2014.

2. Capacidad

Una breve reseña de la evolución del tema en nuestro derecho resulta pertinente para ubicarnos en el escenario jurídico a la entrada en vigencia del nuevo código. El Código Civil Argentino, en la redacción de Dalmacio Vélez Sársfield, contenía un régimen de capacidad de las personas naturales o visibles al cual se le puede calificar de rígido. Si bien partía de la regla general de capacidad de todas las personas, los declarados incapaces eran privados en forma absoluta del ejercicio de sus derechos; dicha regla se invertía para los menores de edad. Excluidos así de todo protagonismo en el ámbito jurídico, sólo podían ejercer sus derechos por medio de sus representantes legales (padres, tutores o curadores), quienes los sustituían en los actos de la vida civil, con muy escasas excepciones.

Los artículos 274 y 411³ dejaban en claro que la persona menor de edad no tenía injerencia alguna en las cuestiones de su interés; era un “incapaz” hasta los 18 años.⁴ Los mayores “dementes” se constituían en “incapaces absolutos”, de acuerdo con el artículo 54, sin que hubiera posibilidad de morigeración alguna, aun cuando se tratara de un caso de mera disminución de las facultades intelectuales.

Recién el Decreto-Ley 17.711, en el año 1968, introdujo la primera atenuación con la categoría de los inhabilitados, al agregar al Código Civil Argentino el artículo 152 bis, que limita a los casos de embriaguez habitual, uso de estupefacientes, prodigalidad y disminución en las facultades sin llegar a la demencia. Los así declarados podían administrar por sí mismos sus bienes, salvo limitaciones determinadas en la sentencia, y para disponer de ellos requerían la conformidad del curador. Es decir, el juez designaba un curador para asistirlo en esta clase de actos, pero no para para sustituirlo en el ejercicio de sus derechos, como en el caso de los declarados insanos.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño⁵ incorporó en el derecho argentino el concepto de autonomía progresiva para el ejercicio

³ Artículo 275 cc: “Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este Código. Art. 411 cc: ‘El tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles: gestiona y administra solo. Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor, y prescindiendo de su voluntad’. Estas normas se aplicaban también al régimen de las personas mayores declaradas incapaces a tenor del artículo 475.

⁴ Originariamente, el Código Civil estableció la edad de 22 años. El Decreto Ley 1771, en el año 1968, bajó la edad a 21 años; la Ley 26579, del año 2009, a 18 años.

⁵ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre, 1980. La República Argentina lo aprobó a través de la Ley Nacional 23849, sancionada el 27 de septiembre, 1990. Fue incorporada a nuestra Constitución Nacional en su reforma del año 1994 (artículo 75, inciso 22), con jerarquía constitucional.

de los derechos, de acuerdo con la evolución de las facultades del niño, en oposición al rígido sistema de incapacidad tabulada por la edad (artículo 5). Entre sus principios, resulta relevante el interés superior del niño (artículo 3), y su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos de su interés y a que ésta sea tenida en cuenta de acuerdo con su desarrollo y madurez (artículo 12).

Esta convención no sólo afectó al régimen de minoridad del Código Civil, sino también el de los mayores incapacitados en virtud de la remisión que efectuaba el artículo 475 del mismo cuerpo.

En el año 2005 se sancionó la ley 26.061,⁶ sobre protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, que recepta y profundiza los principios de la CIDN. Garantiza a las personas menores de edad el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos (artículo 1). Les reconoce el derecho a ser escuchados y “a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta” (artículos 2, 3, 24, 27).

En el año 2008, por ley 26.378, nuestro país aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD).⁷ La convención, en su primer artículo, determina que las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo. Entre sus principios, se señala “la autonomía individual incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas” (artículo 3).

De gran impacto en el régimen de capacidad resulta el artículo 12, que obliga a los Estados parte a adoptar:

las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica [...] 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.

⁶ Sancionada el 28 de septiembre, 2005.

⁷ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo fueron aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Fue ratificada por nuestro país el 21 de mayo, 2008, por Ley 26378. La Ley 27.044, sancionada el 19 de noviembre de 2014, le otorgó jerarquía constitucional.

En el año 2010, se sancionó en nuestro país la ley 26.657,⁸ sobre salud mental. Esta ley parte de la presunción de capacidad de todas las personas (artículo 3); se refiere al derecho del paciente a recibir el tratamiento que menos restrinja sus derechos y libertades, el derecho a ser acompañado por la persona a quien el paciente designe, a recibir o rechazar asistencia espiritual o religiosa, a ser informado de manera adecuada, a tomar decisiones relacionadas con su atención y tratamiento, a ser reconocido siempre como sujeto de derecho (artículo 7).

Quizás el artículo 42 representó el avance más trascendente para el ámbito jurídico, al incorporar al Código Civil argentino el artículo 152 ter, que dispuso: “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”. Cabe afirmar que esta norma abrió la puerta, en materia de capacidad jurídica, a una joven jurisprudencia más flexible y respetuosa de la real aptitud de discernimiento para cada acto jurídico, a fin de promover su autonomía en la mayor medida posible. Sin restar importancia a la protección del tráfico negocial, se comenzó a priorizar la protección de los intereses y derechos de las personas con discapacidad.

Este breve resumen demuestra que, de manera dispersa y contradictoria, el régimen de capacidad de las personas se encontraba ya modificado en nuestro país por un nuevo orden jurídico que, partiendo del principio general de capacidad de todas las personas (que incluye tanto la capacidad de derecho como la de ejercicio) reconoció a todo ser humano, más allá de sus circunstancias, el derecho a participar en las decisiones de su interés en la mayor medida posible y otorgó relevancia a la voluntad de las personas antes ignoradas por el derecho.⁹ Este es el marco jurídico para la interpretación y aplicación del régimen de capacidad desplegado en el nuevo ccc, cuyos artículos 1 y 2, título preliminar, capítulo 1, remiten a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales sobre derechos humanos como fuente e interpretación de sus normas.

2.1 Capacidad en el Código Civil y Comercial

El nuevo ccc, en la sección 1 del libro primero, título I, capítulo 2, sienta los principios generales en materia de capacidad. Luego de establecer en el artículo 22 que toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos

⁸ Ley 26.657. Derecho a la Protección de la Salud Mental. Sancionada el 25 de noviembre, 2010.

⁹ CALÓ, EMANUELE. *Bioética, nuevos derecho y autonomía de la voluntad*, Buenos Aires, La Roca, p. 55.

y deberes jurídicos, en materia de capacidad de ejercicio, el artículo 23 sienta como regla general: “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”.

Más allá de que las limitaciones pueden estar previstas en otras leyes especiales, no sólo en el Código, y de que toda sentencia judicial debe estar fundada en la ley, la regla es la capacidad de ejercicio de todas las personas, y sus limitaciones deben estar expresamente previstas. Ello resulta acorde con los postulados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las cuales no admiten, en ningún caso, que la persona menor de edad o sujeta a un régimen de protección sea privada ni de ejercer sus derechos por sí misma, en la medida en que tenga aptitudes suficientes para ello, ni de los derechos a opinar, a ser oído y a que su opinión sea, al menos, tenida en cuenta. Para estas normas superiores ya no existen “incapaces”, pues a todas las personas se les reconocen dichos derechos.

Sin embargo, el artículo 24 del mismo código contradice el principio general al catalogar en tres incisos a determinadas personas como “incapaces de ejercicio”.¹⁰

2.2 *Categorías incluidas*

Cabe señalar, en primer lugar, que con la entrada en vigencia del nuevo régimen ha desaparecido la categoría de “sordomudo que no sabe leer ni escribir”, que surgía del derogado artículo 469 del Código Civil de Vélez Sársfield. Por tanto, del nuevo régimen resultan las categorías de “Persona menor de edad” (sección 2) y de personas incluidas dentro de un régimen de “Restricciones a la capacidad” (sección 3), esto es, el régimen jurídico de aquellas personas a quienes se les restringe su capacidad de ejercicio en razón de determinadas circunstancias personales. Dentro de esta última categoría, caben las descritas en el artículo 32 (“persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que [...] del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”) y las descritas en el artículo 48 (pródigos).

En aquel sistema velezano se describía en detalle el régimen de minoridad. El artículo 475 disponía: “Los declarados incapaces son considerados como los

¹⁰ El artículo 24 dispone que 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 2 de este capítulo; y, c) La persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

menores de edad, en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplican a la curaduría de los incapaces”.

En cambio, el artículo 138 del actual ccc, de manera mucho más escueta, sólo dispone: “La curatela se rige por las reglas de la tutela no modificadas en esta Sección”. En efecto, la normativa innova al regular de manera detallada ambos regímenes (el de minoridad y el de restricciones a la capacidad) en niveles equivalentes,¹¹ lo cual no impide apreciar sus principios y pilares comunes y que las disposiciones de ambos regímenes puedan ser utilizadas de manera supletoria.

2.3 Principios y pilares comunes del régimen de capacidad

El artículo 31, inciso f, del nuevo código dispone, entre las reglas generales a la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica, que “deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas a los derechos y libertades”. Este es ejemplo de un principio que ilumina todo el articulado. Es lo que la doctrina ha dado en llamar “la dignidad del riesgo”, que implica “que la vida y la libertad, indefectiblemente, conllevan riesgo por lo que su existencia, la del riesgo, es condición necesaria para evitar la aniquilación de la libertad y de la subjetividad de la persona”.¹²

Se trata dar cabida a la libertad como esencia de la dignidad humana, según aquella vieja oración:

No te di, Adán, ni un puesto determinado ni un aspecto propio ni función alguna que te fuera peculiar, con el fin de que aquel puesto, aquel aspecto, aquella función por los que te decidieras, los obtengas y conserves según tu deseo y designio [...] Podrás degenerar hacia las cosas inferiores que son los brutos; podrás —de acuerdo con la decisión de tu voluntad— regenerarte hacia las cosas superiores que son divinas.¹³

¹¹ Si prestamos atención a la cantidad de artículos de la sección 2 con los de la sección 3, podríamos concluir que se detalla más el régimen de restricciones a la capacidad de ejercicio que el régimen de minoridad. Sin embargo, a este último habría que adicionarle, por lo pronto, los artículos correspondientes al régimen de “responsabilidad parental” y los artículos relativos a “tutela” que son más extensos que los correspondientes a “curatela”.

¹² Sosa, Guillermina Leontina, citada en Gorbacz, Leonardo. “Dinámica de la aplicación de la Ley 26.657 en Argentina en derecho y salud mental”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, No. 1, Buenos Aires, 2013, p. 157. Véase también VILLAVERDE, Tutela Procesal Diferenciada de las Personas con Discapacidad para su Reforma Procesal”. *Revista de Derecho Procesal*, 2009-I-318.

¹³ DELLA MIRANDOLA, PICCO, citado por FROMM, ERICH. *El Miedo a la Libertad*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 21.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, siguiendo anteriores pronunciamientos, ha dicho recientemente “que nuestro sistema jurídico recoge una concepción antropológica que no admite la cosificación del ser humano y, por ende, rechaza su consideración en cualquier otra forma que no sea como persona, lo que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación”.¹⁴

Este principio en materia de minoridad puede verse reflejado en los verbos utilizados en el nuevo artículo 646, que se refiere a los deberes y derechos de los progenitores. En su inciso *a*, habla de *convivir*; en el *b*, establece como deber de los padres *considerar* las necesidades; en el *c*, el de *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; en el *d*, *prestar* orientación y dirección al hijo”; y en el *e*, *respetar* y *facilitar*.

Lo dispuesto en estos artículos 31 y 646 son muestra de la incorporación del mencionado principio de la dignidad del riesgo que implica un absoluto cambio de paradigma en la materia. Ese cambio de paradigma se contrapone con la legislación anterior que consideraba a las personas incapaces, más que como tales, como un objeto que custodiar.

La introducción del nuevo paradigma no irrumpe de manera inmediata, sino luego de un largo proceso de análisis, comprensión y aceptación gradual. Martínez Alcorta señala que los paradigmas no se suceden unos a otros de manera lineal, sino que suelen coexistir y confrontar en prolongados periodos hasta que uno de ellos se impone al otro, como en el caso que nos ocupa, permitiendo así el avance de la ciencia.¹⁵

El fruto de este avance lo constituyen tres principios básicos. Están incorporados expresamente en el artículo 639 del actual código, en su relación con el régimen de responsabilidad parental. También son aplicables a los supuestos de tutela y a las personas incluidas en un régimen de restricción a su capacidad de ejercicio en razón de sus circunstancias personales. a) El interés superior del niño, b) la autonomía progresiva, y c) el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.¹⁶

La CDN establece en su artículo tercero, párrafo primero, que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, como una consideración primordial, se atenderá al interés

¹⁴ Con fecha 07 de julio, 2015 autos “D., M. A. s/ declaración de incapacidad”.

¹⁵ Martínez Alcorta, en un excelente análisis, sigue en este aspecto los pensamientos de Thomas Kuhn, epistemólogo estadounidense (1922-1996), creador de la noción de paradigma.

¹⁶ A ellos remite el artículo 104 en materia de tutela. MARTÍNEZ ALCORTA, JULIO. “Responsabilidad Civil de los equipos interdisciplinarios de salud mental”, en *Infojus*, 2015, p. 129.

superior del niño. El Comité de los Derechos del Niño, órgano de interpretación y seguimiento de la convención, ha determinado que el interés superior del niño constituye uno de los cuatro principios generales de la convención.¹⁷

Dicho comité, en la observación general 14,¹⁸ desarrolla ampliamente el concepto. Sostiene que el interés superior del niño tiene como objetivo garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención y el desarrollo holístico del niño. Cillero Bruñol señala que se trata siempre de la satisfacción de los derechos fundamentales del niño y que debe interpretarse en el sentido de que nunca se puede aducir un interés superior que se ubique por encima de la vigencia efectiva de sus derechos.¹⁹

La Ley 26.061, en su artículo 3, define el concepto de interés superior del niño como la máxima satisfacción, integral y simultánea, de sus derechos y garantías. Establece las pautas que deben respetarse en su determinación.²⁰ Posteriormente, la misma norma deja en claro que este principio rige en materia de patria potestad y sus pautas, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada con las anteriores, cualquiera sea el ámbito donde debe desempeñarse. Agrega que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Queda claro que se trata de un concepto objetivo, no sujeto a opiniones discrecionales con respecto a lo que es conveniente para el niño desde el punto de vista del adulto.

En materia de restricciones a la capacidad de ejercicio de personas mayores de 13 años de edad (artículo 32), es de aplicación el mismo principio. Así como el artículo 3, primer párrafo, de la CDN, establece el principio del interés superior del niño, es posible hablar del “interés superior de la persona sujeta a un régimen de restricción a la capacidad de ejercicio”.²¹

Del articulado de la CDPD, de la ley 26.657 de Salud Mental y lo dispuesto en el mismo código, podemos afirmar que resulta un principio semejante. Del artículo 1 de la CDPD resulta que “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de

¹⁷ Junto con el derecho a la no discriminación, a participar en los asuntos de su interés, y el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo. Así lo señala el comité en sus observaciones generales; por ejemplo, en la número 12 del año 2009.

¹⁸ Aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

¹⁹ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios”. [Citado: 12. Diciembre. 2009]. Disponible en: www.iin.oea.org

²⁰ Entre otras: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.

²¹ En el caso de los pródigos (artículo 48), correspondería hablar del “interés superior de la familia del pródigo”.

todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. De su artículo 4, párrafo 1, también resulta que “Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”. Del artículo 12, por otro lado, se desprende el reconocimiento de persona ante la ley.²²

La mencionada ley de salud mental, en su artículo 1, establece que “tiene por objeto asegurar el 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”. En lo que atañe al nuevo código, entendemos que la normativa ha intentado amoldarse, sin lograrlo adecuadamente, a los postulados de la convención citada, a la cual se le ha conferido jerarquía constitucional según la Ley 27.044 y ha mantenido la vigencia de la Ley de Salud Mental (26.657).²³

Cabe recordar que el proyecto originario, antes de la sanción, a su paso por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, sufrió importantes modificaciones, seguramente originadas en las profundas críticas que la versión original había recibido de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para Mejorar el Conocimiento y la Comprensión de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.²⁴ El texto definitivamente sancionado intenta aproximarse al

²² El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su observación general número 12, afirma que un régimen basado en el apoyo para la adopción de decisiones debe proteger todos los derechos, incluidos los que se refieren a la autonomía y a la protección contra el abuso y el maltrato. Por otro lado, advierte que el apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, como al voto, a contraer matrimonio y fundar una familia, derechos de reproducción, patria potestad, consentimiento para las relaciones íntimas, para tratamientos médicos y el derecho a la libertad. 11° Período de sesiones, 30 de marzo a 11 de abril, 2014.

²³ Con excepción de las disposiciones que se abolieron con la derogación del código velezano (artículos 152 ter y 482). Al respecto, cabe acotar que tanto las disposiciones de la Ley 26.657 como las de la Ley 26.061 son materia propia de la legislación civil, y que la sanción de un nuevo código ameritaba su derogación y la incorporación de la totalidad de las normas necesarias en la materia dentro del propio código. El hecho de que no se haya procedido de tal manera importa una desprolijidad de la nueva legislación. Se impone entonces una interpretación armónica de sus normas con la legislación especial vigente, de acuerdo con los artículos 1 y 2 del propio código.

²⁴ Véase VILLAVEDE, MARÍA SILVIA. “Ejercicio de la Capacidad Jurídica: ¿incapaces o personas con apoyo? El proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación ante la CDDP (ONU)”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, No. 8,

postulado del “interés superior”, por ejemplo, a través del “principio de beneficencia”, conforme con el artículo 31, inciso *b*, que determina que “las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona”.

Es necesario ser cuidadosos en este tema. El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su observación general número 12, advierte que todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, aún las más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de las personas y no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo.²⁵ Cabe interpretar entonces el principio del interés superior de la persona con discapacidad como la plena satisfacción de todos sus derechos fundamentales, sin que se pueda aducir un interés superior, objetivo o subjetivo, ubicado por encima de la vigencia efectiva de sus derechos, su voluntad y sus preferencias.

El concepto de autonomía progresiva para el ejercicio de derechos configura el mayor impacto de la CDN en el régimen jurídico tradicional de minoridad, pues reconoce a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio de sus derechos conforme a otras pautas más flexibles (no sólo la edad) que se vinculan con su madurez y desarrollo.²⁶ El artículo 5 del tratado reconoce en la “evolución de las facultades del niño” la pauta habilitadora para ejercer derechos.

Se trata de un proceso evolutivo que va restringiendo la representación legal de los progenitores a medida de que el hijo adquiere madurez para actuar por sí mismo. Así lo determina el nuevo ccc en el artículo 639, inciso *b*.

En lo que atañe al régimen de personas con restricciones a la capacidad de ejercicio, obviamente no es posible referirse a “autonomía progresiva” pues estas personas no están incluidas en un proceso madurativo. Ellas pueden evolucionar positiva o negativamente o no evolucionar. Sin embargo, el principio, de manera ajustada al caso, se manifiesta por la obligación impuesta al juez y al ministerio público en el artículo 40 de que la sentencia sea revisada “dentro de un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediante la audiencia personal con el interesado”.

2012, p. 155; VILLAVERDE, MARÍA SILVIA. “Tutela procesal diferenciada de las personas con discapacidad. Claves para su reforma procesal”, en *Revista de Derecho Procesal*, No. 1, 2009, p. 287.

²⁵ “Los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones pueden ser de muchas formas diferentes, entre ellas la tutela plena, la interdicción judicial y la tutela parcial. Sin embargo, todos esos regímenes tienen determinadas características comunes: pueden describirse como sistemas en los que: i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque sólo sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no es la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el ‘interés superior’ objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su voluntad y preferencias propias.” Observación general número 12.

²⁶ Rajmil, Alicia, Torrens, María. “Comentario a fallo: el interés superior del niño en relación a los derechos del paciente pediátrico. Sus implicancias en los ámbitos privados”, MJ-DOC-6827-AR | MJD6827, 7 de agosto, 2014.

Podemos hablar también de un concepto semejante, como la “autonomía adecuada a la real aptitud de discernimiento de la persona para el acto concreto a otorgar”. Lejos de concepciones rígidas y limitativas, las normas se orientan hacia el ejercicio de los derechos de las personas por sí mismas en la mayor medida posible, con los apoyos que se requieran en cada caso, cuando sean necesarios, como afirma el artículo 12 del CDPD).

Vinculado con la autonomía progresiva, el artículo 12 de la CDN reconoce al niño el derecho a expresar su opinión y determina que ella deberá tenerse en cuenta en función de su “edad y madurez”.²⁷ Este derecho constituye uno de los principios fundamentales de la convención, insoslayable a la hora de garantizar el efectivo respeto a los derechos de la infancia.

El Comité de los Derechos del Niño ha manifestado: “El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan”.²⁸ La ley 26.061 lo recepta en sus artículos 2, 3, 19, 24 y 27, con mayor amplitud aún, con lo cual no cabe duda de que el derecho de la persona menor de edad a participar en los asuntos de su interés se extiende a todos los ámbitos en los cuales se desenvuelve.

En materia de personas sujetas a un régimen de restricción a la capacidad de ejercicio, el artículo 12 de la CDPD establece, en su punto 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.

²⁷ El artículo 12 de la CDN establece que los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten. Dicha opinión deberá tenerse en cuenta en función de su edad y madurez. Este principio se repite en el artículo 7 de la CDPD.

²⁸ Observación general número 12, 2009, párr. 21.

Resulta evidente que respetar la voluntad y las preferencias de la persona implica su previa libertad de expresar su opinión y de que sea tenida en cuenta.

Por su parte, la ley 26.657 de Salud Pública, en su artículo 7, inciso k, confiere a la persona con padecimiento mental el “Derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades”. Inclusive, el artículo 22 confiere a quien está internado, aún contra su voluntad, el derecho a designar un abogado para que lo defienda.²⁹

En el nuevo código, la persona involucrada en un proceso de restricción a la capacidad de ejercicio tiene el derecho de participar en el proceso (artículo 31, inciso e), solicitar la restricción de sus propias facultades (artículo 33), a ser entrevistado personalmente por el juez (artículo 35), intervenir en el proceso (artículo 36) y, una vez dictada la sentencia, a solicitar su revisión (artículo 40). Quizás en donde más resulta evidente la aplicación del principio es en el sistema de apoyos (artículos 32 y 43).

También podemos decir que obedecen a este principio los artículos 60 y 139 en cuanto permiten la escucha de las personas afectadas por un proceso de salud mental o de adicciones mediante sus declaraciones previas a tal situación.

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

El marco jurídico de los derechos de niños, niñas y adolescentes está dado, en primer lugar,³⁰ por nuestra Constitución Nacional y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), las cuales diseñan, junto con las resoluciones y demás documentos emanados de los comités y los tribunales internacionales de derechos humanos, un sistema de protección de derechos respetuoso del protagonismo del menor de edad en sus propios intereses y del progresivo ejercicio de sus derechos. En consecuencia, se han dictado leyes nacionales que receptan los paradigmas constitucionales y convencionales que el nuevo código mantiene vigentes. Resulta de interés para este trabajo la ley nacional 26061 sobre Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

La autonomía progresiva de la persona menor de edad para el ejercicio de sus derechos, así como su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, parecen ubicarse entre los temas que más impactan, y quizás más dudas y temores generan en el ámbito notarial, ante el profundo cambio jurídico al que asistimos. Persiste en nuestro medio una solapada reticencia a reconocer,

²⁹ Asimismo, lo dispuesto en los incisos e), f) y j) del mismo artículo 7 exige el ejercicio del derecho de la persona a ser oída y el respeto a su opinión.

³⁰ Según la primacía normativa consagrada por la Constitución Nacional, artículos 31 y 75, inciso 22. Véase también los artículos 1 y 2 del Código Civil y de Comercio.

sin reparos, la participación del menor de edad en los actos notariales que involucren sus intereses.

Sin embargo, si bien estos postulados significan un cambio trascendente en relación con la normativa tradicional del código velezano, cabe insistir en que hace tiempo se encuentran incorporados a nuestro derecho positivo. En efecto, la CDN, instrumento internacional que se erige como portador del cambio más trascendente en la concepción jurídica de la infancia y adolescencia, cumple en el mes de septiembre 25 años de vigencia en nuestro país, y 10 años la ley 26061.

Las nuevas normas y su impacto en la legislación vigente no fueron inadvertidas en el ámbito notarial. Ya en la XXXVI Jornada Notarial Bonaerense, celebrada en la ciudad de Necochea, en noviembre del año 2009, se analizó la ley 26061. Se recomendó entonces el estudio y difusión de la nueva normativa legal y se reconoció el derecho de las niñas, niños y adolescentes a opinar y a ser oídos en sede notarial. Sin embargo, su tratamiento en la doctrina especializada fue limitado. Con la sanción del nuevo código, se advierte un renovado interés sobre el tema.

El Código Civil derogado, enmarcado en la dogmática jurídica decimonónica, negó a la persona menor de edad todo protagonismo. En el afán de protegerla, se le privó de voz y del ejercicio de sus derechos. La CDN significó un cambio sustancial en la consideración de la condición jurídica de la infancia, ya que reconoció a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos, no sólo en su titularidad sino también en su ejercicio. La ley 26061 recogió y desarrolló sus postulados.

Miguel Cillero Bruñol advierte que la convención es portadora e inspiración de una doctrina que considera al niño como un pleno sujeto de derecho. Deja atrás la imagen de niño objeto de representación, protección y control de los padres o del Estado.³¹ Los derechos de la persona menor de edad y el ejercicio de su capacidad jurídica encuentran amplio tratamiento en el nuevo CCC de la Nación, el cual se propone encuadrar sus disposiciones en lo normado por la CDN y la ley 26061.

El escenario jurídico en el cual se despliegan los derechos de la infancia nos señala hoy un camino sin retorno ni medias tintas. Los actos notariales no son una excepción a las reglas vigentes en materia de derechos de los menores de edad, quienes se deben incorporar en la práctica diaria sin reticencia

³¹ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. "Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios", en *Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, núm. 234. Disponible en: www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf

Al respecto, cita a Bobbio: "Por igualdad jurídica se entiende habitualmente la igualdad a ese particular atributo que hace a todo miembro del grupo social, también del infante, un sujeto jurídico, es decir, un sujeto dotado de capacidad jurídica". BOBBIO, NORBERTO. *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 72.

ni temores. Intentaremos pues, en este espacio acotado, señalar los aspectos más relevantes del tema desde la mirada notarial.

3.1 *Menor de edad y adolescente*

El nuevo código mantiene el criterio vigente³² en cuanto considera menor de edad a la persona que no ha cumplido 18 años, según el artículo 25. Pero deja de lado la clasificación entre menores impúberes y adultos del código velezano, supeditada a la edad de 14 años, para instaurar una nueva categoría: la persona adolescente, que es aquella que ha cumplido 13 años.

El artículo 261 del mismo código considera que por debajo de los 13 años las personas carecen de discernimiento para los actos lícitos.³³ Sin embargo, esta es una ficción poco feliz de la ley, ya que el discernimiento no está supeditado a una edad determinada, sino a la aptitud de cada uno para comprender el acto del que se trate. Varía en cada caso, tanto por las circunstancias y madurez de la persona como por la naturaleza y características propias del acto ante el cual debe manifestarse. La expresión final de la norma, “sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales”, permite aplicar a cada caso el análisis particular que corresponde, especialmente teniendo en consideración las disposiciones de la CDN y de la ley 26061, que no remiten a una edad determinada para habilitar el derecho del niño a participar en las cuestiones de su interés, sino a su madurez y desarrollo.

La categoría de “adolescente” es utilizada en el nuevo código para reconocerle en determinados casos el ejercicio autónomo de sus derechos (v. gr. en los artículos 26, 109, 596, 644, 645, 667, 677, 678, 680 y 682).

3.2 *El ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. Representación*

El artículo 26 resulta una pieza clave en el régimen jurídico que diseña el código en torno al ejercicio de los derechos de las personas menores de edad. De acuerdo con lo ya expuesto, sus disposiciones deben interpretarse de acuerdo con los postulados constitucionales y convencionales que rigen la materia y con las demás normas del propio código (artículos 1 y 2 del ccc). Brevemente lo analizaremos intentando una interpretación armónica.

El artículo 26 comienza disponiendo que la representación legal es el medio en virtud del cual los menores de edad ejercen sus derechos. Sin embargo, esta aparente regla general se flexibiliza con variadas excepciones que habilitan

³² Según la ley 26579, sancionada el 02 de diciembre, 2009.

³³ El artículo 921 del código derogado, con similar criterio, disponía: “Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes”.

a la persona menor de edad para ejercer sus derechos en forma autónoma o con asistencia. Cabe afirmar entonces que la representación legal no es la regla general, sino el medio válido para subsanar la falta de capacidad de ejercicio del niño, niña y adolescente cuando fuere necesario.

El segundo párrafo de la norma dispone: “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”. Se advierte aquí una clara inversión de la regla general de capacidad sostenida en el artículo 23,³⁴ ya que se habilita la utilización de los criterios de edad y madurez suficiente, sólo en los casos autorizados por la ley. Pareciera perdurar, en estas disposiciones, el espíritu del código derogado; es decir, en materia de minoridad, la incapacidad continúa siendo la regla general. Así se refleja en lo dispuesto en el artículo 24, cuando declara a los menores de edad incapaces de ejercicio. Sin embargo, acorde con el principio general del artículo 23, la norma debería reconocer que la persona menor de edad puede ejercer sus derechos por sí misma, con las excepciones previstas en la ley.

Cabe tener presente que la interpretación adecuada de la norma nos remite al artículo 5 de la CDN,³⁵ que reconoce al niño el ejercicio progresivo de sus derechos en consonancia con el desarrollo de sus facultades. Se observa entonces, en materia de menores de edad, un permanente propósito de adecuación a las normas convencionales, que no siempre se alcanza cabalmente. La doctrina y la jurisprudencia deberán abordar estas contradicciones.

Por otro lado, la representación legal de los menores de edad se encuentra limitada por los principios que rigen la responsabilidad parental según el artículo 639 del código. El tercer párrafo del artículo dispone que 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.

Entendemos que la norma en comentario no puede limitar la interpretación de disposiciones de superior jerarquía, por lo cual, sin hesitaciones, podemos afirmar que el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, de acuerdo con su desarrollo y madurez, se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelve su vida, constituyendo en sí mismo un derecho cuyo ejercicio nunca le puede ser vedado. Abarca tanto el ámbito patrimonial como extrapatrimonial.

³⁴ Artículo 23 del ccc: “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”.

³⁵ Artículo 5, CDN: “Los Estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Los criterios de la edad y la madurez suficiente se despliegan a lo largo del articulado del código para habilitar la actuación personal del menor de edad. El nuevo código determina los casos en los cuales la edad o la madurez, o ambas, permitirán el ejercicio autónomo de derechos y la escucha del niño. Las edades están fijadas en diversos artículos; sólo es una cuestión de constatación numérica biológica. El código no define la madurez suficiente; por lo tanto, habrá que remitirse a las interpretaciones de los órganos de control de la CDN, como el comité, y los lineamientos de la jurisprudencia internacional, como lo indica el nuevo código en los artículos 1 y 2. Se deberá atender en todos los casos a la real aptitud para comprender el acto del cual se trate.

Podemos observar entonces un criterio mixto, como lo señala García Méndez,³⁶ en el cual coexiste la madurez suficiente, cuyo parámetro es el discernimiento del niño, niña o adolescente para el caso concreto que señala la ley, con un sistema de presunciones de capacidad, establecidas a edades prefijadas.

A modo de ejemplo, podemos señalar los casos en los cuales la edad es tomada como criterio para habilitar el ejercicio de derechos.

a) Competencia bioética. Artículo 26. Entre los 13 y 16 años, el adolescente decide por sí mismo en el caso de tratamientos no invasivos que no comprometan su salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física. En los casos en que así sea, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores. A partir de los 16 años, el adolescente es considerado un adulto para las decisiones sobre su salud.

b) Tutela. Artículo 109, incisos *a* y *c*. En caso de conflicto de intereses entre representado y representante, o entre diferentes representados por el mismo representante, el adolescente puede actuar por sí mismo, con asistencia letrada. Dada esta situación, el juez puede decidir que no es necesaria la designación de un tutor especial.

c) Matrimonio. Artículo 404. A partir de los 16 años, la persona puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. A falta de ésta, pueden hacerlo previa dispensa judicial.

d) Adopción. Artículo 617, inciso *d*. Reglas en el proceso de adopción: el pretenso adoptado mayor de 10 años debe prestar consentimiento expreso.

Artículo 596. El adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a fin de conocer su origen, con asistencia letrada.

e) Responsabilidad parental. Artículo 644. Los progenitores adolescentes ejercen la responsabilidad parental de sus hijos.

³⁶ Ponencia por la reforma al Código Civil. Disponible en: http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/001_Emilio_Garcia_Mendez_Libro_I_Capacidad.pdf

Artículo 645. Se requiere el consentimiento expreso del hijo adolescente en los actos para los cuales es necesario el consentimiento expreso de ambos progenitores.

Artículo 677. El adolescente puede intervenir en un proceso conjuntamente con sus representantes legales o de manera autónoma, con asistencia letrada.

Artículo 680. El adolescente puede estar en juicio cuando sea acusado criminalmente y reconocer hijos.

Artículo 682. Se titula: “Contratos por servicios del hijo mayor de 16 años”; dispone que los progenitores no pueden hacer contratos por servicios a prestar por el hijo adolescente³⁷ o para que aprenda algún oficio sin su consentimiento. Aunque la prohibición del trabajo infantil se extiende hasta los 16 años,³⁸ las excepciones a la regla ameritan la interpretación extensiva por debajo de esa edad.

Los siguientes son casos en los cuales se combina edad y madurez suficiente para habilitar el ejercicio de derechos:

a) Nombre. Artículo 64. Permite al interesado con edad y madurez suficiente solicitar la adición del apellido de su otro progenitor.

Artículo 66. Permite a la persona con edad y madurez suficiente, cuyo nacimiento no fue inscrito, solicitar la inscripción del apellido que utiliza.

b) Matrimonio. Artículo 404. Refiere a la dispensa judicial por falta de edad nupcial para contraer matrimonio. La decisión del juez debe tener en cuenta la edad y grado de madurez alcanzado referido especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial.

c) Adopción. Artículo 596. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen, y puede acceder, cuando lo requiera al expediente judicial y a otra información que conste en los registros judiciales o administrativos.

Artículo 608. Se requiere la intervención del niño, niña o adolescente, con carácter de parte y con asistencia letrada, en el proceso para declarar su situación de adoptabilidad.

Artículo 617, inciso *a*. El pretense adoptado es parte en el proceso de adopción cuando cuenta con edad y grado de madurez suficiente, siempre con asistencia letrada.

Artículo 627, inciso *d*. Adopción simple. El adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente puede solicitar que se mantenga el apellido de origen.

³⁷ A partir de los 13 años, según el artículo 25 del Código Civil y Comercial.

³⁸ Ley 26390/2008.

d) Responsabilidad parental. Artículo 661. El hijo con grado de madurez suficiente puede demandar al progenitor que falte a su obligación alimentaria, con asistencia letrada (no se menciona la edad).

Artículo 679. El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y con asistencia letrada.

Artículo 697. Cuando los progenitores dispongan de las rentas de los bienes del hijo, en los casos permitidos por la norma, el hijo puede pedir rendición de cuentas; si lo hace, se presume su madurez.

Cuando los parámetros fijados refieren a la madurez suficiente, existe un control tal como el juez, las autoridades administrativas o los progenitores que deben asistir y asegurar la intervención del menor.

Cuando la norma señala la edad junto con la madurez, no se refiere a una edad fija y establecida por el ordenamiento jurídico vigente, sino a una pauta general que se debe considerar con las demás circunstancias del caso, como un criterio de razonabilidad, al cual también refiere el artículo 3 del ccc en cuanto a las decisiones judiciales.

Sobre casos en los cuales el nuevo código contempla específicamente el derecho a ser oído, además del artículo 26, de modo enunciativo podemos señalar los siguientes.

a) Procesos de familia. Artículo 707. Reconoce a las niñas, niños y adolescentes el derecho a ser oídos en todos los procesos que los afecten directamente, y a que su opinión sea tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

b) Tutela. Artículo 104. Remite a los principios generales que rigen la responsabilidad parental, entre ellos el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (artículo 639, inciso c).

Artículo 113. Para el discernimiento de la tutela y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe: a) oír previamente al niño, niña o adolescente; b) tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez; c) decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.

Artículo 117. Reconoce el derecho del menor de edad a ser oído por el tutor, en todas las cuestiones relativas al ejercicio de sus derechos patrimoniales.

c) Matrimonio. Artículo 425, inciso *a*. El matrimonio celebrado con el impedimento establecido en el inciso *f* del artículo 403 (tener menos de 18 años) adolece de nulidad relativa, en cuyo caso puede ser demandada por el cónyuge que padece el impedimento y por los que en su representación podrían haberse opuesto. El juez debe oír al adolescente y, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, hacer lugar o no al pedido de nulidad.

d) Adopción. Artículo 595, inciso *f*. Entre los principios que rigen la adopción se considera el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Artículo 598. En caso de existir descendientes del adoptante, el juez debe oírlos y valorar su opinión de conformidad con su edad y grado de madurez.

Artículo 626, inciso *d*. Se refiere a la determinación del apellido del adoptado, en caso de adopción plena. Determina que siempre el juez debe valorar especialmente su opinión, si cuenta con edad y grado de madurez suficiente.

Artículo 635, inciso *c*. Adolece de nulidad relativa la adopción obtenida en violación al derecho del menor de edad de ser oído, cuando la solicite el propio adoptado. Entendemos que sería aplicable, asimismo, si no se ha recabado el consentimiento expreso del adoptado a partir de los 10 años (artículo 617, inciso *d*).

e) Responsabilidad parental. Artículo 639, inciso *c*. Establece entre los principios que rigen la responsabilidad parental el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Artículo 646, inciso *c*. Determina el derecho de los menores de edad a ser oídos, participar en su proceso educativo y en todo lo referente a sus derechos personalísimos, como un deber de los progenitores.

Artículo 655. Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y sus modificaciones.

Artículo 653, inciso *c*. En el supuesto excepcional en que el cuidado del hijo deba ser unipersonal, el juez ponderará la opinión del hijo.

Finalmente, el artículo 26 dedica tres párrafos a la participación de la persona menor de edad, por sí misma o con asistencia, en las decisiones referidas a su salud. El tema se vincula con la llamada competencia bioética, determinada por la real aptitud de comprensión del paciente con respecto al significado, alcances y consecuencias de estas decisiones. Se vincula ciertamente con el consentimiento informado que debe prestar todo paciente ante el acto médico, luego de recibir información suficiente y adecuada. Igualmente, cabe analizar estas pautas en relación con las directivas anticipadas, materia de indudable interés notarial.

El derecho del niño, niña y adolescente a participar en las decisiones concernientes a su salud fue reconocido en el año 2009 por la Ley 26529, modificada por la 26742, sobre “Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado”. El Decreto 1089/12 que la reglamenta, se exploya detalladamente en el tema.³⁹

³⁹ Ley 26.529. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Historia clínica y consentimiento informado. Sancionada: 21 de octubre, 2009. Modificada por ley 26742, sancionada el 09 de mayo, 2012. Decreto Reglamentario 1089 del 5 de julio de 2012.

El artículo 2 de esta ley, en el segundo párrafo de su inciso e, dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. No cabe duda entonces de que el niño no puede hoy ser ajeno a las decisiones que sobre su salud se adopten. Decidirá por sí mismo, cuando su madurez se lo permita; pero aun cuando no fuere así, su opinión deberá siempre ser ponderada junto con la de sus representantes legales y demás circunstancias del caso, de manera coincidente con lo ya expresado en relación con el derecho del niño a manifestar su opinión y a que ella sea tenida en cuenta en todos los ámbitos de su vida.

El artículo establece la presunción de que los adolescentes (entre 13 y 16 años) poseen aptitud para decidir por sí mismos acerca de “aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan riesgo grave en su vida o integridad física”.

Tratándose de situaciones de mayor riesgo, el consentimiento informado debe ser prestado con la asistencia (aquí aparece el término como contrapuesto a representación) de sus progenitores. En estos casos, el adolescente conserva una importante competencia bioética, la cual, si bien no es plena, no admite que su voluntad se sustituya por la de sus representantes legales. De existir conflictos, se resolverán sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico, teniendo en cuenta el interés superior del adolescente. En este caso, deberá considerarse igualmente en forma armónica toda la legislación que conserva su vigencia en la materia.

A partir de los 16 años, el adolescente es considerado “como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.”

3.3 *Tutela*

El viejo artículo 377 del código velezano definía a la tutela como un derecho que otorgaba la ley para gobernar la persona y los bienes del menor no sometido a patria potestad. En pos de protegerlo, el sujeto que se encontraba en tal situación se convertía en objeto sometido a la potestad omnimoda del tutor que gobernaba su vida. Otras normas ratificaban esta postura, como el artículo 411, cuando disponía que el tutor gestionaba y administraba sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad.

Los grandes cambios jurídicos operados en relación con el reconocimiento y protección de los derechos de la infancia tornaron a estos artículos obsoletos e inadecuados. Su derogación tácita fue evidente debido a la vigencia de esta

normativa jerárquicamente superior. El nuevo código introduce modificaciones al régimen de tutela en pos de su adecuación a las nuevas normas.

Así, el artículo 104 parte de considerar que el objetivo de la tutela es brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente cuando confluyan dos circunstancias: que no haya alcanzado la plenitud de su capacidad civil y que no exista persona que ejerza la responsabilidad parental. Mantiene su carácter de institución subsidiaria. La norma remite a los principios generales que rigen la responsabilidad parental, enumerados en el artículo 639. Es decir, siempre deberá atenderse al interés superior del niño, promover su autonomía progresiva para el ejercicio de sus derechos y respetar su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

El artículo 105 introduce un cambio sustancial al incorporar la posibilidad de que la tutela sea ejercida por una o más personas, según lo que resulte más beneficioso para el niño, niña o adolescente.

El artículo 106 del nuevo código, al igual que el código derogado (en su artículo 383), reconoce el derecho de los padres de nombrar tutor o tutores a sus hijos menores de edad, por testamento o por escritura pública. Dispone que puede hacerlo cualquiera de los padres que no se encuentre privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental.⁴⁰ Esto plantea la posibilidad, admitida en el último párrafo del artículo, de que coexistan disposiciones separadas de ambos progenitores. En este caso, se aplicarán conjuntamente si fueren compatibles; de lo contrario, decidirá el juez lo más conveniente para el tutelado. Esta decisión, como todas las que se vinculan con la persona menor de edad, deberá atender a su interés superior y tener en cuenta su opinión. La designación siempre deberá ser aprobada judicialmente.

El código derogado consideraba el nombramiento de tutor por los padres como un acto de última voluntad, ya sea por testamento o por simple escritura pública sin forma testamentaria. Es decir, lo regulaba únicamente para que tuviere efecto después de la muerte de ambos progenitores.⁴¹ El artículo 106 del ccc no contiene esta previsión; por lo tanto, si no se recurre a la forma testamentaria, los progenitores pueden designar tutor para sus hijos menores, en previsión de la pérdida o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental por otras causas que no sea la propia muerte. Así, podrían otorgarla en previsión de la pérdida del discernimiento o de la capacidad, inclusive juntamente con la designación por caso de muerte de los progenitores, siempre que se otorgue por escritura pública sin forma testamentaria.

⁴⁰ El artículo 383 del código anterior disponía que podía nombrar tutor para sus hijos menores, el padre mayor o menor de edad y la madre que no hubiera pasado a segundas nupcias, el que "últimamente muera de ambos".

⁴¹ El artículo 383 del Código Civil disponía en su última parte: "Pueden también nombrarlo por escritura pública, para que tenga efecto después de su fallecimiento".

Existen diversos aspectos que deben tenerse en cuenta cuando la tutela se otorga en sede notarial.

a) Cláusulas prohibidas. Modalidades e instrucciones. Cuando se nombra tutor en sede notarial debe considerarse que se tienen por no escritas las cláusulas siguientes: que eximan al tutor de hacer inventario; que lo autoricen a recibir los bienes sin cumplir ese requisito; que lo liberen del deber de rendir cuentas. Al indicar que la cláusula se tiene por no escrita, el texto implica que la inclusión de alguna de estas cláusulas no anula el acto sino sólo la cláusula prohibida.

Por lo tanto, si se trata de cláusulas no incluidas en la prohibición transcrita o en otras prohibiciones legales, la designación puede estar sujeta a modalidades e incluir instrucciones, relacionadas tanto con la atención personal del tutelado como con el cuidado de los bienes. Si son varios los tutores designados, conforme con el artículo 105 y ccs del nuevo código, el otorgante podría dejar asentadas sus instrucciones acerca del ejercicio de la tutela plural. También podría designar tutores que reemplacen a los designados en primer lugar en caso de que estén imposibilitados para ejercer el cargo.

Asimismo, es necesario tener en cuenta a las personas que no pueden ser tutores según la prohibición del artículo 110 del ccc. Resulta relevante la inclusión, en el último inciso, de las personas que hubieran sido expresamente excluidas por los progenitores para ejercer dicha función.

El nuevo código elimina la tutela legal del código anterior.⁴² El artículo 107 regula la tutela dativa, que es aquella que otorga el juez ante la ausencia de nombramiento efectuada por los padres o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de las personas designadas. Tiene un carácter subsidiario, ya que se privilegia la elección efectuada por los progenitores, en cuyo caso, la función del juez se limita a aprobar dicho nombramiento y sólo por causas debidamente fundamentadas podrá designar a otra persona en el cargo.

Diferente es la labor judicial en la tutela dativa, en la cual el juez, con un amplio margen de apreciación, deberá elegir a la persona idónea para ejercer dicha función, si bien deberá fundar razonablemente los motivos que justifican tal designación. Esta elección no está condicionada por lazos de parentesco.

Ante el otorgamiento de actos notariales que involucren derechos patrimoniales de un menor sujeto a tutela, debemos considerar que el tutor es su representante legal (de acuerdo con el artículo 117 del ccc), pero el tutelado puede estar autorizado por ley o por el juez a actuar por sí mismo, y que en todos los casos debe ejercer su derecho a ser oído, de acuerdo con su desarrollo y madurez.

⁴² La tutela legal tenía lugar cuando los padres no hubieran nombrado tutor o cuando éste no pudiese asumir el cargo, en cuyo caso el juez debía designar un pariente del menor, de acuerdo con un orden de prelación establecido por la ley (artículo 389 del Código Civil).

4. Restricciones a la capacidad de ejercicio de las personas en razón de sus circunstancias personales⁴³

Lamentablemente, la nueva normativa ha perdido la oportunidad de separar de manera adecuada la situación de aquellas personas que se encuentran dentro de un régimen de restricción de su capacidad de ejercicio dispuesto por sentencia judicial, de aquellas otras que padecen deficiencias intelectuales que afectan su discernimiento, pero que no han sido sometidas a proceso alguno.⁴⁴ Según Zannoni, “he aquí la fuente inicial de equívocos”.⁴⁵

Así, por ejemplo, el artículo 31, inciso *a*, reitera el principio de capacidad que emana del artículo 23 de la nueva normativa (que se halla también en el artículo 3 de la Ley 26.657). Sin embargo, al agregar “aún cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial”, indica que se refiere al discernimiento y no a la capacidad.

El mismo artículo 31, a continuación, sienta los principios de excepcionalidad de las restricciones de la capacidad de ejercicio y el de beneficencia (“se imponen siempre en beneficio de la persona”, según el inciso *b*). El artículo 31, en su inciso *c*, reitera a la Ley 26.657, en tanto dispone la debida intervención interdisciplinaria en materia de salud mental. En este punto es dable aclarar que *interdisciplinario* implica mucho más que *multidisciplinario*. La multidisciplinaria “consiste en el abordaje del mismo objeto de estudio por diversas disciplinas [...] En cambio, en la interdisciplina, en lugar de yuxtaponerse esas miradas, se intersectan. Vale decir, sus conclusiones se funden en una sola, lo que requiere un nivel de diálogo, discusión y apertura entre los profesionales que permita que dicha parte del trabajo se integre”.⁴⁶

El inciso *d* refiere directamente a la dignidad de la persona en cuanto al derecho de recibir todo tipo de información. Esto constituye el soporte necesario para que participe en el proceso con la asistencia letrada que debe facilitarle el Estado, tal como lo dispone el inciso *e*.

⁴³ La nueva norma incluye, luego del régimen de restricciones, a la capacidad de ejercicio a causa de la menor edad, las correspondientes a las personas adolescentes (mayores de 13 años) y mayores de edad (mayores de 18 años) en razón de discapacidad, y —a partir del artículo 48— las restricciones por prodigalidad.

⁴⁴ “Dado que la capacidad es asunto que maneja la ley, resulta desacertado emplear la expresión ‘incapacidad natural’ o ‘incapacidad accidental’, pues tratándose de sujetos que carecen de aptitudes psíquicas suficientes, ellos seguirán siendo capaces hasta que la ley, y no la naturaleza o el accidente, los declare incapaces.” LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN. Citado en LLORENS, LUIS. “La falta o disminución del discernimiento, ¿constituye una incapacidad?” en *La Ley*, No. 1, 14 de septiembre, 2007. Disponible en: www.legales.com/tratados/ff/llorens.doc

⁴⁵ ZANNONI, EDUARDO. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 243.

⁴⁶ MARTÍNEZ ALCORTA, JULIO. “Responsabilidad Civil de los Equipos Interdisciplinarios de Salud Mental”, en *Revista de Derecho Privado*, No. 9, año III, 2015, p. 128.

Finalmente, el inciso *f* dispone: “deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas a los derechos y libertades”.

4.1 Alcances de la sentencia. Representación y asistencia

La redacción final del artículo 32 permite al juez restringir la capacidad de ejercicio de personas determinadas bajo las siguientes reglas:

- Debe tratarse de una persona mayor de 13 años.
- La persona debe padecer “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”.

La adicción o la “alteración mental”⁴⁷ deben ser comprobadas por un equipo interdisciplinario (según los artículos 31 y 37 *in fine*). El juez debe “garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso, entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna” (artículo 35) y permitir su intervención en el proceso (artículo 36).

Las adicciones se asimilan a las deficiencias intelectuales. Por tanto, la categoría de “inhabilitados” sólo incluye a los prodigios (artículos 48, 49 y 50). Así, los demás supuestos previstos en el derogado artículo 152 bis quedan subsumidos dentro del régimen general de restricciones a la capacidad de ejercicio que describe el artículo 32 de la nueva norma.

La sentencia, conforme con el artículo 37, debe indicar el diagnóstico y el pronóstico, la época “en que la situación se manifestó”, los recursos de la persona y de su entorno, y el régimen “para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible”.

Este régimen, acorde con el artículo 32, debe determinar cuáles son las restricciones a la capacidad de ejercicio que a la persona se le imponen y sólo excepcionalmente el juez puede declarar la “incapacidad”.

No estamos de acuerdo con esta última posibilidad, toda vez que, por absoluta que sea la falta de discernimiento de la persona en cuestión, nunca debe perder el derecho a opinar sobre su persona y sus bienes y a que su opinión sea tenida en cuenta. El hecho de que no pueda hacerlo (cuestión de

⁴⁷ La CDPD, en su artículo 2, habla, a nuestro entender con mayor claridad, de “deficiencias mentales, intelectuales”. Una “alteración”, entendida como “cambiar la esencia o forma de algo” (según el diccionario de la RAE) puede provocar que la persona tenga una capacidad intelectual superior a lo común. Esto último, obviamente, no es causal de restricción a la capacidad de ejercicio.

la naturaleza) no implica la pérdida del derecho a hacerlo (cuestión jurídica) cuando eventualmente pueda. De allí que calificamos incorrecto mantener la categoría de “incapaz”.

De la lectura del artículo 32, parece apropiado deducir que ante un régimen de “incapacidad” corresponde nombrar un “curador”; en los casos de restricciones a la capacidad de ejercicio, a un régimen de apoyos, como el que describe el artículo 43.

Empero, esta interpretación no es acorde con lo dispuesto en el artículo 101, inciso c. De su lectura resulta la admisión de la posibilidad de que los apoyos tengan “representación”, la cual no excluye un régimen de asistencia (artículo 102). Por ello entendemos —en la búsqueda de una interpretación armónica de los artículos 32, 43 y 101— que la sentencia no necesita “declarar” a una persona “incapaz”, sino establecer los actos que no puede realizar por sí misma y designar los apoyos pertinentes y, también sin declararla incapaz, puede disponer que en algunos actos sea representada por la misma persona que constituye el apoyo o un curador.⁴⁸

Cabe advertir especialmente que tanto el régimen de apoyo como la curatela pueden estar integrados por distintas personas, con intervención conjunta o indistinta o con intervención en materias diferentes cada uno de ellos.

La nueva normativa no ha hecho referencia a que esos cargos puedan estar desempeñados por personas jurídicas.⁴⁹ La omisión no debería ser interpretada como prohibición. Seguramente, este nuevo régimen exige del notario el análisis detallado de la sentencia para calificar si el otorgante tiene o no la capacidad suficiente para otorgar el acto.

Consideramos útil para la determinación de las restricciones a la capacidad de ejercicio la utilización del nomenclador o protocolo diferencial, elaborado y aprobado por la Organización Mundial de la Salud, denominado “Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud” (CIF), mediante el cual se otorgan en nuestro país en sede administrativa los llamados “Certificados Únicos de Discapacidad” (CUD).⁵⁰ Creemos que en el futuro cercano será ésta una herramienta imprescindible tanto para el dictado de la sentencia como para entender sus alcances.

⁴⁸ Véase OLMO, JUAN PABLO. “Cuando la gente pide insania y los jueces dicen que no. Nuevas respuestas en materia de salud mental y capacidad”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2012, p. 251.

⁴⁹ Véase ZITO FONTÁN, OTILIA DEL CARMEN. “El ejercicio de la tutela por personas jurídicas en el derecho español”, en *Revista Notarial*, No. 959.

⁵⁰ Véase LEIVA, NORMA. “La clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud como herramienta de diálogo interdisciplinario para la aplicación del art. 152 del Código Civil”, en *Revista Notarial*, núm. 968, p. 607.

4.2 *Publicidad y efectos de la sentencia*

El artículo 39 dispone la inscripción de la sentencia en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, que se rige por las disposiciones de la ley 26.413, que sustituyó al decreto de ley 8204/63. La publicidad se explicita mediante “constancia al margen del acta de nacimiento”. Estas últimas normas disponen que “sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes de fondo de la Nación, los actos mencionados en este capítulo no producirán efectos contra terceros sino desde la fecha de su inscripción en el Registro” (así lo menciona el artículo 89 de la Ley 26.413).

Acorde con estas disposiciones, el artículo 44 del nuevo código sanciona con nulidad “los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a la inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

No aparece en el nuevo articulado la segunda parte del artículo 473 del Código Civil anterior que, conforme con la Ley 17.711, disponía: “Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y a título oneroso”. Frente al conflicto de intereses entre el tráfico jurídico y los derechos de la persona con discapacidad, el nuevo código da prevalencia –conforme con los nuevos paradigmas en materia de salud mental—⁵¹ a éstos últimos.

Cabe reconocer, empero, que dado que ni el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas ni el Registro Nacional de las Personas (que se rige por la Ley Nacional 17.671) poseen una base de datos accesible de manera inmediata para el público en general, se generará una importante fuente de inseguridad jurídica. Resulta imperioso, entonces, la formación de una base de datos accesible. Entretanto, en la práctica, resulta imposible la consulta de la partida de nacimiento de cada persona que otorga un acto jurídico, no sólo en sede notarial, sino también judicial, administrativa y privada.⁵²

El nuevo régimen no innova mayormente en relación con la nulidad por falta de discernimiento de los actos anteriores a la inscripción de la sentencia (artículo 45) ni con relación a los de la persona fallecida (artículo 46). Sólo el inciso c del artículo 45 agrega la posibilidad de anulación de los actos a título

⁵¹ Igual opción efectúan, entre otros, los códigos de España (artículos 218, 1261, 1263 y artículo 6 inciso 3); Italia (423 y 427) y Francia (493-2 y 502).

⁵² Aplicada la norma sin concesiones, debería requerirse la partida de nacimiento actualizada de cada otorgante de cada acto jurídico. Así, no sólo debería solicitarse en sede notarial, sino también para cualquier presentación judicial o bancaria (por ejemplo, cobrar un cheque) o administrativa (cualquier supuesto en el que una persona peticiona a las autoridades).

gratuito anteriores al dictado de la sentencia. En otra oportunidad, dijimos que la norma en comentario también facilita la acción en los supuestos de actos a título gratuito, lo cual resulta indiscutible.⁵³

Empero, existen opiniones encontradas, pues se ha dicho que “no se entiende por qué el legislador ha decidido equiparar esas actuaciones negativas a los actos a título gratuito”.⁵⁴

Entendemos que cuando no se ha obtenido una sentencia posterior de restricción a la capacidad de ejercicio, es necesario probar la falta de discernimiento en el momento de la celebración del acto (artículo 261). El artículo 45 postula que si existe una sentencia posterior de restricción a la capacidad de ejercicio, la acción se facilita y resulta entonces suficiente probar la falta de discernimiento del otorgante a la época de la celebración del acto, tal como indica el inciso *a*. De allí que el artículo 37, en el inciso *b*, requiera que la sentencia consigne la “época en que la situación se manifestó”.

Dado que los actos a título gratuito presentan una peligrosidad especial,⁵⁵ no parece descabellado —según entendemos— que el legislador facilite la anulación de éstos si se otorgaron dentro de la “época en que la situación se manifestó”, sin necesidad de probar la falta de discernimiento en el momento de la celebración del acto, sea ostensible o no la deficiencia intelectual de la persona en cuestión. Por otro lado, quien se perjudica por la anulación, deja de tener una ganancia pero no sufre ningún perjuicio con relación a su situación anterior a la donación.

5. Colofón

La sanción del nuevo Código Civil y Comercial ha colocado en situación delicada al notariado argentino. Ya antes de su entrada en vigencia debió aplicar sus normas, pues la mayoría de los actos cuya autorización se le requería merecían el asesoramiento conforme con la novedad legislativa.

⁵³ CLUSELLAS, EDUARDO GABRIEL (coord.). *Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado*, tomo I, Astrea - FEN, Argentina, p. 170.

⁵⁴ Por “actuaciones negativas” la autora se refiere a la ostensibilidad de la enfermedad o la mala fe del cocontrante, esto es, a los incisos *a* y *b*. TAIANA BRANDI, MARITEL MARIELA. “¿Protección? de las personas con discapacidad y de la legítima en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, No. 10, p. 30.

⁵⁵ “El peligro de la facultad de donar no consiste en la elección, acaso irreflexiva, del donatario a cuyo favor se constituye la donación, sino en la determinación misma en virtud de la cual el donante se priva voluntariamente de una parte de sus bienes que debería retener y aplicar a sus necesidades, ese peligro desaparece enteramente cuando se trata de una sucesión por causa de muerte.” SAVIGNY, FRIEDRICH KARL. *Sistema de Derecho Romano Actual*, libro 2, capítulo 3, Centro Editorial de Góngora, Madrid, s. f., p. 147.

En efecto, ante la consulta por un testamento o una donación, por ejemplo, ha tenido que considerar que el testador o el donante, en su caso, seguramente podían fallecer con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo código, atento a lo preceptuado por su artículo 7. En estos casos, el notariado debió actuar sin el tiempo necesario para un estudio detallado del articulado y sin jurisprudencia que determinara los criterios interpretativos correctos. Todo ello implicó un gran esfuerzo que, esperamos, será útil y comprendido por quienes juzguen la tarea.