UNIDAD Nro. VIII. PERSONAS

PERSONA HUMANA

Comienzo de la existencia de la persona humana

> **ARTÍCULO 19. Comienzo de la existencia.** La existencia de la persona humana comienza con la concepción.

§ 1. La existencia de la persona desde la concepción en los casos de filiación por naturaleza o biológica. El CCyC define el momento desde el cual se considera que *se es persona* humana como centro de imputación de efectos — derechos y deberes— jurídicos en el ámbito civil. El CCyC señala que el comienzo de la existencia de la persona humana acontece *desde la concepción*. No aclara qué se entiende por *concepción* cuando se trata de personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida (también conocidas por su sigla: TRHA), pero ello se concluye por interpretación según la línea legislativa que adopta el CCyC y atendiendo a otras legislaciones como la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida y a lo decidido por la Corte IDH, (CORTE IDH, "Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica", 28/12/2012) cuya jurisprudencia es obligatoria para la A rgen ti na, s o pe na de i ncu rri rs e en res p ons abi l i da d i nt er naci on al . (V er C SJ N, " M azzeo" ,
Fallos: 330:3248, entre otros)

Por otra parte, la disposición transitoria segunda del CCyC establece que una ley especial deberá regular la protección del embrión no implantado. Por lo tanto, la naturaleza, límites y grado de protección que se le otorga al embrión no implantado o in vitro, serán materia de una normativa especial, no siendo objeto de regulación de la legislación civil.

El CCyC mantiene el momento de la existencia de la persona (agregándole el cal i fi cati vo d e " huma na") d es de l a co ncep ci ón, tal como l o pr evi ó V él ez S ars fi el d siguiendo a Freitas y al Código prusiano. de este modo, el concebido es considerado una persona humana a *los efectos del CCyC*, en los mismos términos y con la misma extensión, limitación y condición (nacimiento con vida) que hasta la actualidad.

Se reconoce al *nasciturus* o persona por nacer como sujeto de derecho y, por ende, protegido por la legislación civil siendo pasible de adquirir derechos y obligaciones colocándose el eje en la noción de concepción.

La quita de la consideración de que la concepción acontece en el "seno materno" (conf. art. 63 CC) responde a la coherencia que el CCyC mantiene con la Ley 26.743 de Identidad de género. La referida coherencia radica en que en el derecho argentino no es necesario someterse a operación quirúrgica alguna para proceder a la modificación del género: una persona que ha nacido mujer puede cambiar su identidad al género masculino y quedar embarazado; en tal caso no sería jurídicamente seno "materno" porque este niño nacería de un padre que es la identidad "autopercibida" de quien da a luz, siendo este el elemento central en respeto por el derecho a la identidad. Esta es la misma razón por la cual en el título V del Libro Segundo, referido a la filiación se alude en varios articulados a la persona que da a luz y no a la noción de "madre" o "mujer". de este modo, se alcanza una regulación coherente y sistémica con todo el ordenamiento jurídico nacional en el que prima el principio de igualdad y no discriminación, como el reconocimiento y protección del derecho a la identidad en sus diferentes vertientes.

§ 2. La existencia de la persona desde la concepción en los casos de filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). ¿Qué se entiende por "concepción" cuando la persona nace de las TRHA? Esto no está respondido de manera expresa por el CCyC, pero su respuesta se deriva de diferentes aciertos legislativos y jurisprudenciales.

Por orden de importancia, se cita en primer lugar el caso **"Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica",** de la CORTE IDH por la obligatoriedad de esta jurisprudencia al integrar el llamado "bloque de la constitucionalidad federal". En esa oportunidad, se entendió que concepción es sinónimo de anidación, siendo que el término de concepción del art. 4°.1 CAdh resultaba acorde con un momento (1969) en el que no existía la posibilidad de la fertilización in vitro (fecundación de óvulo y esperma por fuera del cuerpo de una persona). Al respecto, la Corte IDH admite que en el marco científico actual, hay dos lecturas bien diferentes del término "concepción": una corriente entiende por "concepción" el momento de encuentro o fecundación del óvulo por el espermatozoide; y la otra entiende por "concepción" el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero; inclinándose el tribunal por esta última, que es la misma que sigue el articulado en análisis.

La Corte Idh entiende que la CAdh debe ser interpretada de manera dinámica y, en ese sentido destaca que, a la luz de las pruebas rendidas en el proceso, surge que el descarte embrionario ocurre tanto en embarazos naturales como en aquellos en los que se aplica la técnica de la fertilización in vitro (FIV), entendiendo que sería desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la ciencia.

En definitiva, para la Corte IDH la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión y, por ende, el embrión no implantado no es persona humana. Por su parte, la CSJN en el caso "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva"—en el que se interpreta el supuesto de aborto no punible que regula el art. 86, inc. 2° Código

Penal (CP)— mantuvo la noción de concepción que incorpora la ley 23.849, que ratifica la Convención sobre los derechos del Niño (en adelante, CdN). En tal sentido sostuvo que el art. 2° de la ley 23.849, que establece que el art. 1° de la Convención "'debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción', no constituye una reserva que en los términos del art. 2° de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño —rige en los términos del art. 75, inc. 22 de la Constitución—. Esto porque como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado argentino efectuó una *reserva* con relación al art. 21 de la Convención, respecto del artículo 1 se limitó a plasmar una *declaración interpretativa*. (CSJN, "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", 13/03/2012, consid. 13)

Desde la óptica legislativa también se arriba a la misma conclusión que la Corte Idh. Tal como se analizará al examinar el próximo articulado, el art. 20, se entiende por *concepción* el plazo que corre entre el mínimo y máximo para el embarazo; es decir, *se relaciona la noción de concepción con la de embarazo*. Nunca podría haber embarazo sin, como mínimo, la implantación del embrión en la persona. Por su parte, el art. 21 es más elocuente al sentar como principio que los derechos y obligaciones se consolidan o quedan sujetos al nacimiento con vida, diciéndose de manera expresa que esta situación de latencia acontece desde la concepción o la implantación del embrión hasta el efectivo nacimiento con vida. Así, el propio CCyC alude de manera precisa y le da relevancia a la implantación del embrión.

Más todavía, el art. 561 que integra el Capítulo dedicado a las "Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción asistida" dispone —en el mismo sentido que la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013— que el consentimiento previo, informado y libre al sometimiento a esta práctica médica es revocable "mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión". Una vez más, la implantación del embrión tiene un significado de relevancia para el CCyC.

Por último, la disposición transitoria segunda establece la obligación del Congreso de la Nación de sancionar una ley especial en la materia que tenga por objeto la protección del embrión no implantado; si fuera persona humana debería estar regulado en el CCyC y no en una ley especial.

Por fuera del CCyC, tanto la Ley 26.862 de *Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida*, como su decreto reglamentario 956/2013, siguen esta línea interpretativa de entender que el embrión in vitro no es persona humana. Ello se funda en el permiso o regulación de tres cuestiones centrales: 1) la donación de embriones, 2) la criopreservación de embriones y 3) la reafirmación de la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión en la persona.

Por último, la ley especial a la cual remite el CCyC al regular la filiación como así también en la mencionada disposición transitoria con relación a la protección del embrión no implantado o in vitro, ha sido aprobada el 12/11/2014 por la Cámara de diputados. Esta iniciativa legislativa permite el cese de la criopreservación después de un plazo de 10 años, excepto que los usuarios o beneficiarios de las técnicas no acorten dicho plazo.

Todas estas voces legislativas como la emanada de la máxima instancia regional en materia de derechos humanos son coincidentes en entender que la persona humana comienza, en el caso de tRhA, cuando el embrión se implanta o transfiere a la persona.

§ 3. Duración del embarazo. Época de la concepción. Siendo el momento de la concepción clave para el reconocimiento de derechos y obligaciones en el campo del derecho civil, la legislación se interesa por determinar cuándo comienza y, a la vez, entender que desde ese momento —la concepción— se da inicio a otra situación o estado: el embarazo.

El CCyC sigue la postura adoptada por la legislación civil anterior que establece, *iuris tantum*, un plazo máximo y mínimo de duración del embarazo. Así, un embarazo no puede durar más de 300 días ni tampoco menos de 180 días, salvo prueba en contrario (art. 20 CCC).

Esta modalidad en cómo se computa el plazo de embarazo y su íntima relación con la época de la concepción, se debe a que se carece de certeza sobre el día en que ocurre la concepción —sinónimo de anidación—. Es por ello que se toma como parámetro un dato fáctico ineludible: el día del nacimiento. Es desde allí —sin contar ese día— que se debe contabilizar los 300 días como plazo máximo de embarazo o 180 días como plazo mínimo.

Como se trata de una normativa que no ha traído ninguna controversia, el CCyC mantiene en esencia el derogado art. 77 CC.

§ 4. Los efectos del nacimiento con vida. En el art. 21, el CCyC sigue la línea de la legislación anterior al sostener que los derechos y deberes que se adquieren antes del nacimiento están sujetos al efectivo alumbramiento y nacimiento con vida del niño, entendiéndose que ello acontece cuando es separado de la persona que dio a luz.

Se sienta como principio una condición resolutoria: los derechos y deberes que adquiere el concebido (cuando la causa fuente del embarazo es el acto sexual) o el implantado en la persona (cuando la causa fuente son las técnicas de reproducción

humana asistida) se consolidan o quedan irrevocablemente adquiridos con el nacimiento con vida.

En sentido contrario, si el concebido o implantado no nace con vida, la ley considera que la persona humana no ha existido.

Aquí la norma —al igual que se lo hacía en la versión original del Anteproyecto que dio lugar al CCyC— sí distingue de manera precisa la *concepción a secas*, lo cual acontece cuando la persona deriva del acto sexual —o, en términos filiales, de la filiación por naturaleza o biológica— de lo que acontece cuando es el resultado de las técnicas de reproducción asistida, cuya concepción se produce recién cuando se implanta el embrión en la persona, receptándose de manera expresa la doctrina arribada por la Corte Idh en el mencionado caso "Artavia Murillo y otros contra Costa Rica" del 28/11/2012.

¿Cuándo se produce el nacimiento con vida? Cuando acontece el alumbramiento y es separada de la persona que dio a luz; es decir, cuando se está ante dos personas con individualidad propia. Si fallece antes de ese momento, se considera que la persona nunca existió.

De manera expresa, se considera que el nacimiento con vida se presume. Por lo tanto, la carga de la prueba recae en quien sostenga lo contrario, que la persona no nació con vida, de conformidad con el respeto a la persona humana o a favor de su existencia.

Capacidad

§ 5. Capacidad. El CCyC regula el régimen de capacidad de las personas. Sigue el principio general de capacidad y lo hace en relación a ambos tipos de capacidades: de derecho y de hecho, goce o ejercicio. Se ocupa de definir qué se entiende por cada una de ellas así como la posibilidad de establecer determinadas restricciones, sus condiciones y justificación en cada caso.

§ 6. Capacidad de derecho y capacidad de hecho. La capacidad, en términos generales, es la aptitud de la persona para ser titular de derechos, adquirir obligaciones y ejercer dichos derechos por sí misma.

Tradicionalmente, el concepto de capacidad se ha dividido en *capacidad de derecho* y *capacidad de hecho* o de obrar, de ejercicio o goce.

La *capacidad de derecho* refiere a la aptitud que toda persona inviste, por el solo hecho de ser tal, para adquirir derechos y contraer obligaciones, independientemente de si esto es actuado por ella misma o con intervención o intermediación de un tercero.

Este último aspecto es el cubierto por la noción de *capacidad de hecho*, también llamada capacidad de obrar, que refiere a la aptitud de la persona para adquirir y/o ejercer tales derechos por sí misma.

El derecho civil tradicional ha calificado a la capacidad como un *atributo de la persona*, inherente a su condición de tal; por su parte, el reconocimiento de la capacidad guarda relación con el respeto de la dignidad y libertad personal y por ello sus eventuales limitaciones solo pueden ser establecidas legalmente. Así, en función de la entidad de este atributo —que se constituye hoy día ya como un verdadero derecho humano, tal como más adelante explicaremos— así como la amplitud del principio general, no son aplicables interpretaciones extensivas o analógicas que constituyan incapacidades cuando la ley no lo estableció en forma expresa.

Desde que la capacidad siempre constituye la regla, se admite la existencia de determinadas incapacidades solo con carácter restrictivo, excepcional y en función de la protección de un determinado interés. Las limitaciones a la capacidad no pueden ser totales o absolutas, de un modo que elimine la condición de persona o importe la cons ec uen ci a de " mu ert e ci vi l " .

El reconocimiento de la capacidad y su regulación constituyen materia de orden público en un ordenamiento jurídico, por lo cual las partes no pueden efectuar pactos o concesiones al respecto que importen desconocer las normas imperativas.

§ 7. Capacidad de derecho. Limitaciones. Las *incapacidades de derecho* se instituyen, como establece el art. 22 CCC, en protección de ciertos intereses y nunca de modo general en referencia a una persona, ya que ello importaría negar el concepto de sujeto de derecho, propio de la persona humana.

La incapacidad de derecho apunta a la consideración de dicha persona frente a determinados actos concretos; así, por ejemplo, las incapacidades establecidas en relación a la celebración de determinados contratos —compraventa, donación—, los contratos prohibidos entre padres e hijos en el ejercicio de la responsabilidad parental, ente el tutor y su pupilo, las inhabilidades para suceder, etc.

§ 8. Capacidad de ejercicio. El CCyC (art. 23) introduce en forma expresa el principio de *capacidad de ejercicio* de la persona. La concepción de la capacidad como principio, la naturaleza excepcional o restrictiva de sus limitaciones y la defensa de su

ejercicio personal están a tono con la concepción que la capacidad jurídica ha adquirido en los últimos tiempos en los planos jurídicos, en especial del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, el concepto de capacidad hoy excede los contornos de su calificación como "atributo de la personalidad", propios de la doctrina civilista tradicional, configurándose como un verdadero derecho humano.

§ 9. Personas incapaces de ejercicio. Son *incapaces de ejercicio*, según el art. 24 CCC:

a. la persona por nacer;

Los derechos y obligaciones adquiridos en favor del concebido quedan irrevocablemente adquiridos si este nace con vida (art. 21 CCyC), lo cual pone de manifiesto la posibilidad de celebración de actos jurídicos en nombre y representación de la persona por nacer durante este periodo. Son representantes de las personas por nacer, sus padres —art. 101, inc. a) CCyC—.

b. la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente,

El tope o techo de la persona menor edad se mantiene conforme al régimen anterior: en los 18 años. Toda persona, por debajo de dicha edad, es menor de edad (el CCyC elimina la clasificación de menores púberes e impúberes con su línea demarcatoria de los 14 años).

Sin embargo, el requisito normativo es mixto: la edad y la madurez suficiente. La referencia a la presencia de una cierta "edad y madurez suficiente" da cuenta de que el sistema se aleja de conceptos más rígidos —como el de capacidad civil tradicional—, al tiempo que emparenta mayormente con la noción bioética de "competencia", que refiere a la existencia de ciertas condiciones personales que permiten entender configurada una determinada aptitud, suficiente para el acto de cuyo ejercicio se trata. Así, si bien una persona puede ostentar capacidad en términos generales, como noción quizás más "transversal", puede en cambio carecer de competencia para la toma de determinadas decisiones; a la inversa, la carencia de la tradicional capacidad civil no impide admitir la aptitud de la persona que demuestre comprender, razonar y definir opciones en relación a un acto concreto —esto es, *ostentar competencia a pesar de su eventual condición de incapacidad civil*—.

Por ello, todo el régimen de capacidad de los menores de edad no se asienta en condiciones etarias puras, sino que introduce la pauta más

maleable y permeable de “madurez suficiente”, que permite discernir, en el caso concreto, la posibilidad de tomar una decisión razonada en relación al acto concreto, apareciendo así como un sistema más justo y cercano al respeto de la persona humana. El sistema no hubiese sido respetuoso de la línea humanitaria que atraviesa íntegramente al CCyC si hubiese reemplazado la intransigente solución del CC —incapacidad para todo menor de edad— por otro diseño que pecase de igual extremismo: afirmar que todo niño o niña resulta capaz para todos los actos jurídicos. de haberse así entendido, la consecuencia hubiera sido la lisa y llana desprotección de las personas menores de edad.

c. *la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.*

En el CCyC la incapacidad resulta una respuesta residual, excepcional y restrictiva —art. 31, inc. b) CCC— que solo procede cuando la alternativa menos gravosa de la “restricción a la capacidad” resulte inadecuada frente a la absoluta imposibilidad de la persona de interactuar con su entorno y expresar voluntad, al tiempo que el sistema de apoyos previsto como inicial auxilio en favor del ejercicio de la capacidad aparezca insuficiente (arts. 32, 43 y concs.).

La persona menor de edad

§ 10. La capacidad de la persona menor de edad. El tope o techo de la persona menor edad se mantiene conforme al régimen anterior: en los 18 años. Ttoda persona, por debajo de dicha edad, es menor de edad (art. 25 CCC).

§ 11. La condición de adolescencia y sus efectos jurídicos. La incorporación de la categoría diferenciada “adolescente” en el CCyC (se entra en esta etapa a partir de los trece años) no es una mera cuestión nominal, sino que provoca concretos efectos jurídicos. En efecto, ubicarse en la franja adolescente genera una presunción de madurez para determinados actos que habilita su ejercicio por la persona menor de edad, a pesar de su condición de minoridad.

Así, por ejemplo, a partir de los 13 años el adolescente puede decidir por sí respecto a tratamientos de salud no invasivos o que no impliquen riesgo para su salud o

su vida (art. 26 CCyC); en los casos de conflicto de intereses con sus representantes legales naturales —padres— en los que corresponda la designación de tutor especial, si el menor de edad es adolescente puede actuar por sí, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación de tutor especial, actuando entonces el joven con patrocinio letrado (art. 109, inc. a) CCyC); la facultad de iniciar una acción autónoma para conocer los orígenes (art. 596 CCyC) se concede en favor del adolescente, además del derecho de todo adoptado con edad y madurez suficiente para acceder a los expedientes administrativos y judiciales y a toda información registral relacionada con su adopción; el ejercicio de la responsabilidad parental en forma personal se reconoce en favor de los progenitores adolescentes (art. 644 CCyC); existe una presunción de autonomía del hijo adolescente para intervenir en un proceso en forma conjunta con sus progenitores o de manera autónoma con asistencia letrada (art.
677 CCyC); se le reconoce la facultad para iniciar juicio contra un tercero, aun con oposición de sus padres, si cuenta con autorización judicial, actuando en el proceso el adolescente con asistencia letrada (art. 678 CCyC); la posibilidad de actuar en juicio criminal cuando es acusado sin necesidad de autorización de sus padres ni judicial; igual facultad para reconocer hijos (art. 680 CCyC); entre otros.

§ 12. “Niños, niñas y adolescentes”: el Código no habla de “menores”, ni de “púberes” o “impúberes”. El CCyC elimina la distinción tradicional de categorías de las personas menores de edad en púberes e impúberes a los fines del régimen de la capacidad civil. En dicho sistema, la edad de 14 años, piso del discernimiento para los actos lícitos (art. 921 CC), establecía dos rangos de menores de edad —carentes o titulares, respectivamente— de la posibilidad de ejercicio de actos jurídicos

Este piso de los trece años es entonces la pauta de distinción para los dos grupos que conforman el universo de infancia: niños y adolescentes. La denominación es, claramente, un avance respecto de la ya obsoleta del CC en lo atinente a la pubertad —condición del desarrollo personal—, que fue traducida y elevada a condición jurídica.

Adoptar, en cambio, la distinción entre “niños” y “adolescentes” es una opción coherente con la perspectiva de los derechos humanos y de la más moderna doctrina en materia de infancia —que ya venía empleando estas denominaciones, atenta al efecto no neutral del lenguaje y a la necesidad de “nombrar” a las personas en su etapa de infancia por su propia denominación y no con referencia a una condición de desarrollo más despersonalizada—.

§ 13. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. El CCyC (art. 26) mantiene la solución tradicional propia al derecho civil, que resulta necesaria a

los fines de posibilitar la actuación de derechos eficaz en el caso de las personas menores de edad: estas ejercen sus derechos a través de sus representantes legales.

En concordancia, el art. 101 CCyC —luego del anterior que sienta la respuesta de la representación— dispone la representación de las personas menores de edad no emancipadas en cabeza de sus padres; en su ausencia, incapacidad, privación o suspensión de la responsabilidad parental, la representación corresponde al tutor que sea designado (art. 101, inc. b).

Ejemplos de la vida cotidiana nos demuestran la necesidad de conservar la solución de la incapacidad frente a niños de escasa edad y mínima autonomía, impedidos de actuar por sí con efectos jurídicos: así, por ejemplo, tramitar su inscripción al jardín de infantes o colegio primario, tomar decisiones en el ámbito sanitario, pagar la cuota del club al que asisten, decidir prestar servicios, y asumir obligaciones y derechos en consecuencia, por mencionar solo algunos ejemplos posibles de ocurrir en la primera infancia.

§ 14. El ejercicio de los derechos a través de la representación legal. ¿Regla o excepción?. La representación no se constituye en la regla en materia de ejercicio de derechos por las personas menores de edad.

En efecto, la solución esbozada en el primer párrafo del artículo 26 se enfrenta a continuación con un principio —y no excepción— incorporado en forma expresa a la codificación civil por la Reforma cual es el ejercicio personal de los derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes que presenten edad y grado de madurez suficiente tal que les permita la actuación personal de sus derechos.

La permeabilidad de los requisitos exigidos en la norma comprende una amplitud de supuestos que pueden ser incluidos en esta suerte de “cláusula de capacidad creciente o abierta”, de la mano del principio de autonomía progresiva de rango constitucional (art. 5° CdN) que clarifica que las facultades y derechos reconocidos a los progenitores guardan relación con el objetivo de orientar y posibilitar el ejercicio de derechos por parte de las personas menores de edad.

La noción de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos traslada el eje desde el concepto rígido de capacidad determinado a partir de la pauta etaria, hacia la noción más empírica de competencia ya mencionada, derivada del campo bioético. Este parámetro, independiente de la capacidad civil, habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular. Ello, aun cuando este no tenga plena capacidad, pero se evalúe que puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión a decidir.

Así, iguales edades no significan capacidades iguales y un mismo niño presentará capacidad suficiente para ciertos actos y no para otros. El criterio es dinámico, mutable: por ejemplo, mientras un adolescente cuenta con capacidad para solicitar y decidir el empleo de métodos de anticoncepción —por ejemplo, preservativos— no la presenta para consentir —por sí solo— una intervención quirúrgica que pone en riesgo su salud o una cirugía estética.

Teniendo en consideración que este ejercicio personal puede generar conflictos con las decisiones de los representantes legales, la norma brinda respuesta a través de la facultad del niño, niña o adolescente de defender su posición con el auxilio de asistencia letrada. Por razones de espacio no podemos profundizar la cuestión y debates relativos a la actuación con la asistencia de la figura del "abogado del niño". Baste con sintetizar que la genérica previsión del art. 27, inc. c) de la ley 26.061 es especificada como resultado de las disposiciones del CCyC al someter el recurso de esta garantía a las condiciones de edad y madurez suficiente, y al pedido del hijo (arts. 109 y concs. CCyC), respondiendo a los múltiples debates generados en doctrina y jurisprudencia en punto al alcance de la norma citada.

§ 15. La *escucha* de niños, niñas y adolescentes: derecho y garantía. La efectiva realización del concepto de autonomía progresiva requiere la previa escucha del niño, niña o adolescente de que se trate, frente a cualquier cuestión que lo involucre. Esta exigencia surge ya de la previa ley 26.061 que, receptando el principio general del art. 12 CdN, incorporó al art. 3° —como recaudo integrante del concepto de interés superior— el derecho de los niños a "ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos", respetando "su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento, y demás condiciones personales". también otros artículos de la norma especificaron este derecho: así, el art. 24 contiene el derecho del niño a "participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés (...) "[en] todos los ámbitos (…) estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo" (concs. arts. 19, 27 CdN).

La extensión o alcance del derecho a la escucha fue especificada en el plano convencional internacional por medio de la observación general 12/2009 del Comité sobre los derechos del Niño (en adelante, Comité dN), sobre el derecho del niño a ser oído.

Para la OG 12/2009, la escucha no constituye únicamente una garantía procesal, sino que se erige como principio rector en toda cuestión que involucre o afecte al niño, niña o adolescente, sea en los ámbitos judiciales, administrativos, familiares, educativos, sociales, comunitarios, etc.

Dice así la observación: "… El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente…".

Según la observación, el ejercicio de este derecho-garantía no puede estar condicionado ni a pisos mínimos etarios ni a la presencia de cierto grado de madurez en el niño: todo niño o niña tiene derecho a ser oído. Así, "… *los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad (…) 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*…" (párrs. 19 y 21). (COMITÉ DN, OG 12/2009)

Diferente será el impacto que tal escucha tendrá en la toma de decisión posterior viéndose esta mayormente condicionada por tal opinión en el caso en que el niño presente una edad y madurez que resulten vinculantes frente a la cuestión que se encuentra en juego.

En relación a las nociones de edad y madurez suficiente, se afirma: "… Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El artículo 12 estipula que no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio".

Por tratarse de un derecho constitucional que, a su vez, hace parte o se relaciona con el principio rector del interés superior del niño (COMITÉ DN, OG 14/2013, "El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", 2013) toda decisión que se aparte de la expresión del niño deberá sortear un estricto test argumentativo. Si bien la opinión del niño no es determinante, en razón del peso que ella presenta en especial para la construcción del interés superior del niño, en los casos en que el Juez decida apartarse de dicha expresión debe aportar argumentos de peso que justifiquen contradecirla: *"… La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se*

tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así se establece con claridad en la Observación general Nº 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos indisolubles entre el artículo 3°, párrafo 1, y el artículo 12. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3°, párrafo 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del art. 12. Del mismo modo, el artículo 3°, párrafo 1°, refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida". (COMITÉ DN, OG 14/2013 cit. párr. 43).

§ 16. Ejercicio por parte de los menores de derechos personalísimos relacionados con el cuidado de la salud y el propio cuerpo. En forma coherente con la distinción establecida entre niños y adolescentes, el ejercicio en forma personal de los derechos sobre el propio cuerpo se concede en favor de estos últimos. En efecto, el piso etario para la aplicación de la norma son los 13 años de edad.

En el otro extremo, la edad de 16 años se introduce como el tope a partir del cual el régimen de menor edad ya no es aplicable en función de la presunción que el art. 26 establece en favor del adolescente *mayor de 16 años*: él es considerado como un adulto para la toma de decisiones relativa al cuidado de su propio cuerpo.

En la franja etaria de 13 a 16 años la cuestión relativa a la capacidad de ejercicio de los actos personalísimos por el adolescente se regula considerando la complejidad y/o efectos eventuales de los actos/tratamientos médicos. El sistema se estructura a partir de presunciones: "Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física". En cambio, "Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico".

Que el régimen admita la competencia o aptitud del adolescente para la toma de decisiones frente a actos y/o tratamientos médicos, no importa consagrar su capacidad para la celebración del contrato médico; el primer aspecto refiere al ejercicio de un derecho personalísimo, en tanto el segundo es un acto jurídico patrimonial que exige la consecuente capacidad; claramente, el adolescente carece de capacidad para el segundo, pero no necesariamente para el primero.

La admisión de la posibilidad de niños y adolescentes —tradicionalmente incapaces— de opinar, evaluar, razonar y finalmente brindar consentimiento frente a actos personalísimos que involucran el cuidado de su salud y su cuerpo, se remonta a precedentes del derecho comparado, en particular el conocido caso *Gillik* de Inglaterra (CÁMARA DE LOS LORES, GRAN BRETAÑA, *Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, 1986), que desarrolló la noción sintetizada en las referencias doctrinarias como " *Gillik competent*", para referir una categoría de niños que, sin contar con la edad legal para prestar consentimiento válido en la generalidad de la vida civil, pueden sin embargo hacerlo frente a derechos personalísimos, en función de su edad y grado de madurez. Así, en el derecho comparado se construye la doctrina de la capacidad natural, que afirma que el ejercicio de derechos fundamentales depende de las efectivas condiciones de madurez —que se van adquiriendo progresivamente hasta su plenitud—, incorporando el parámetro de "mayoría anticipada" para actos médicos.

Llegamos así a la solución del art. 26 CCyC; ¿cuáles son las tres situaciones contempladas por la norma?

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

b. Frente a *tratamientos invasivos que sí comprometen la integridad, salud o vida del adolescente*, se exige la asistencia del representante, con el consentimiento de la persona menor de edad. No se está hablando de representación ni de sustitución, sino de asistencia: es el adolescente el que presta el consentimiento, asistido por su representante. Siendo previsible la generación de conflictos entre las opiniones de quien consiente y quien/es asienten, ello se resuelve judicialmente, debiendo la decisión considerar dos pautas: por un lado, el interés superior del niño y, por el otro —si bien se trata de un efecto que también se mide para delinear y adoptar la decisión que realiza tal interés superior—, la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización del acto.

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

§ 17. Emancipación por matrimonio. El instituto de la *emancipación* importa por un lado la extinción de la responsabilidad parental y a la vez la adquisición de plena capacidad de ejercicio, a excepción de contadas restricciones que se mantienen en relación a actos jurídicos determinados.

Es requisito para la celebración del matrimonio contar con la edad de 18 años (art. 403, inc. f, CCyC), pero ¿qué sucede en caso de la pretensión de una persona menor de dicha edad, es decir, de alguien que carece de la edad nupcial? En este aspecto el CCyC establece una solución diversa en el caso de adolescentes mayores o menores de 16 años. Si el adolescente que pretende contraer matrimonio cuenta con 16 años puede contraer nupcias con autorización de sus representantes legales. En caso de no contar con esta venia se requiere dispensa judicial. En cambio, si el adolescente es menor de 16 años, se exige la previa dispensa judicial (art. 404 CCyC).

En uno u otro caso, la celebración del matrimonio emancipa a la persona menor de edad. La emancipación tiene como efecto la adquisición de capacidad por la persona menor de edad, con las únicas excepciones que son establecidas en el artículo siguiente, el art. 28.

§ 18. Actos prohibidos a la persona emancipada y actos que requieren autorización judicial. Son prohibidos a la persona emancipada (art. 28 CCC) aquellos actos de entidad que pueden comprometerla patrimonialmente. Ellos son,

- *la aprobación de las cuentas de la tutela* (a ley pretende proteger a la persona emancipada frente al riesgo de influencia que pueda ejercer el tutor para lograr la aprobación de las cuentas de su administración. La prohibición de la norma es absoluta, es decir, no puede suplirse ni con autorización judicial. Abarca tanto cuentas periódicas como la cuenta final).

- *donación de bienes que hubiese recibido a título gratuito;*

- *afianzar obligaciones.*

Luego, el artículo 29 enuncia cuáles son los actos que pueden ser realizados por la persona emancipada, si bien sujetos a autorización judicial: la disposición de bienes que *fueron recibidos por la persona a título gratuito*. Se entiende que la autorización judicial será otorgada —de corresponder— en los casos en que el acto sea a título oneroso, ya que la donación se halla absolutamente prohibida en el segundo inciso del artículo anterior.

Al momento de evaluar la concesión de la eventual autorización, el juez debe analizar la existencia de una real y severa necesidad —la norma requiere "toda necesidad"— para la persona menor de edad en cuanto al acto de disposición, o bien una ventaja evidente en su favor.

§ 19. Persona menor de edad con título profesional habilitante. No obstante su menor edad, el adolescente puede ejercer la profesión pertinente conforme

el título habilitante que ha obtenido. Esto resulta de interés y utilidad considerando la oferta masiva de carreras y/o cursos de corto plazo que habilitan para el ejercicio de una profesión, y cuyo título puede obtenerse antes de la edad de 18 años que importa la mayoría de edad plena. Dice el art. 29: *La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella.*

La consecuencia de la habilitación que reconoce la norma es la capacidad de administración y disposición de los bienes que fueron obtenidos con el producto de dicho trabajo, así como la asunción de las responsabilidades y derechos derivados de su ejercicio — en el caso, la aptitud para presentarse y/o promover procesos penales y/o civiles relacionados con la labor ejercida— . Estos bienes están excluidos del régimen general de administración a cargo de los padres, que se regula en el CCyC a partir del art. 677. Así, y en concordancia con el artículo en comentario, al regular este régimen de administración y disposición derivado de la responsabilidad parental, el art. 686, inc. a) CCyC exceptúa del régimen de administración de los padres (principio general, art. 685 CCyC) a los bienes "… *adquiridos por el hijo mediante trabajo, empleo, profesión o industria, que son administrados por éste, aunque conviva con sus progenitores*…".

Bajo el régimen anterior, estos bienes eran también excluidos del usufructo paterno. El CCyC eliminó la figura del usufructo, estableciendo en el art. 697, Rentas: *"Las rentas de los bienes del hijo corresponden a éste. Los progenitores están obligados a preservarlos cuidando de que no se confundan con sus propios bienes. Sólo pueden disponer de las rentas de los bienes del hijo con autorización judicial y por razones fundadas, en beneficio de los hijos. Los progenitores pueden rendir cuentas a pedido del hijo, presumiéndose su madurez*".

La exclusión del régimen de administración abarca no solo los bienes adquiridos con el producto del trabajo referido en la norma —"peculio" del hijo—, sino también los bienes subrogados con dichos fondos.

La libertad de disposición incluye aun la disposición a título gratuito, sea de los fondos obtenidos como de los bienes adquiridos con ellos. Bastará con la manifestación efectuada por el hijo respecto de que los fondos provienen de dicho origen; lo contrario implicaría la necesidad de judicializar la cuestión o complejizar su acreditación en el escenario notarial con un régimen de prueba que el CCyC no prevé.

Se trata de una suerte de independencia del hijo adolescente, fundada en la formación de este para un oficio o profesión y en la habilitación otorgada por el organismo competente — que, por lo demás, en nada altera la obligación alimentaria de los progenitores que el CCyC mantuvo en igual sentido que en el CC (ley 26.579): durante la menor edad y con extensión a los 21 años de edad (art. 658 CCyC)— .

Restricciones a la capacidad de personas mayores de edad

§ 20. Evolución. El piso previo condicionante de la Reforma. Escenario convencional y legal local. En la regulación tradicional de Vélez —con la posterior modificación de la ley 17.711—, las personas mayores de edad que, por causa de salud mental, se ubicasen en situación de riesgo de otorgar actos perjudiciales a su persona y/o patrimonio podían ser declaradas incapaces para todos los actos de la vida civil. La declaración de interdicción aparejaba como consecuencia la designación de un curador para la celebración de dichos actos — todos— , ya que la incapacidad revestía carácter total.

La ley 17.711 introdujo la primera modificación en la materia, al incorporar el instituto de la inhabilitación, previsto para aquellas personas cuya afectación de salud mental no resultara tan gravosa —"*disminuidos en sus facultades mentales*"—, manteniendo la inhabilitación la condición de capacidad de la persona, con la designación de un curador asistente, esto es, que acompañaría al inhábil en la celebración de actos. Mucho tiempo después se sancionó la ley 26.657 (LSM, Ley de Salud Mental).

El dictado de la LSM no fue un suceso casual, sino el resultado del impacto de la doctrina de los derechos humanos en su aplicación a las cuestiones vinculadas a la capacidad jurídica de las personas mayores de edad. En efecto, nuestro país se hallaba comprometido por la aprobación de dos convenciones internacionales que obligaban a modificar el escenario existente en materia de capacidad jurídica y ejercicio de derechos de las personas con discapacidad: la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad —ley 25.280— y, más ampliamente en el escenario de Naciones Unidas y con impacto universal, la **Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad** –CDPD, ley 26.378—. Esta última Convención ha recibido recientemente rango constitucional y ambos instrumentos ostentan jerarquía superior a las leyes (art. 31 CN), lo que obliga al Estado, en el marco del control de convencionalidad, a contrastar la vigencia de sus normas —tanto de fondo como procedimentales— con los nuevos paradigmas contenidos en estos documentos y otros del derecho internacional en la materia.

La CDPD se constituye como el primer tratado de consenso universal que importa la especificación concreta de los derechos de las personas con discapacidad desde la perspectiva de derechos humanos, que adopta el modelo social de la discapacidad. Este modelo importa un giro trascendental en la condición de las personas con discapacidad ya que deja de considerarlas portadoras de una patología

que las “discapacita” y ubica “el problema” en el escenario social, inadecuadamente preparado para el pleno desarrollo de la persona con discapacidad.

Un cotejo de la Convención de Naciones Unidas y las disposiciones nacionales de la LSM permite concluir la vigencia del principio de capacidad jurídica como derecho humano, también exigible en favor de las personas con discapacidad —art. 12 CdPd; arts. 3° y 5° LSM—.

El art. 12 CDPD dispone: “***Igual reconocimiento como persona ante la ley.*** *1) Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2) Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3) Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4) Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5) Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria*”.

Por su parte, según los arts. 3° y 5° LSM, la capacidad de la persona se presume, no pudiendo efectuarse calificaciones jurídicas ni sanitarias fundadas exclusivamente en diagnóstico y/o antecedentes de salud mental.

Reza el art. 3°: “*En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas. En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental*

sobre la base exclusiva de: a) Status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso; b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona; c) Elección o identidad sexual; d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización".

Y agrega el art. 5°: "*La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado".*

Efecto de lo dicho resulta la inadmisibilidad del dictado de sentencias atributivas de "incapacidad", fundadas exclusivamente en la sola condición de salud mental, debiendo los Estados, por el contrario, diseñar modelos de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica.

Respetuoso de este marco jurídico, el CCyC titula la Sección 3a de este Capítulo ″Restricciones a la capacidad″, dando cuenta de que *la capacidad será el principio* a partir del cual, eventualmente, podrán disponerse restricciones puntuales y no interdicciones generales sobre la capacidad.

§ 21. Lo que dice el Código: principios generales de las restricciones a la capacidad. El art. 31 bajo el título *reglas generales,* incorpora en rigor los principios generales en la materia. Es esta una modalidad que el Código exhibe centralizando al iniciar el Capítulo propio a cada institución jurídica, los principios rectores de ella.

Así, en este art. 31 se reúnen no solo reglas generales de fondo sino también de forma o procedimentales: tales, la participación de la persona en el proceso de restricción de su capacidad, el derecho a la asistencia letrada, el diseño de procesos que faciliten la información y la comprensión para la toma de decisiones.

La norma refiere como *principios generales* los siguientes.

> *a. la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;*

Se trata de una reiteración o especificación de los principios ya enunciados en la ley 26.657, en modo coherente con la norma internacional. Más allá de la previa mención del principio de capacidad en la LSM, resulta acertada la incorporación al CCyC de una norma específica de regulación de la capacidad civil y sus efectos.

El hecho que la capacidad de ejercicio "se presuma" exige un proceso en el que debe probarse rigurosamente la situación contraria a dicha presunción para permitir cualquier restricción a la capacidad. En cuanto a la aclaración final que formula el inciso

“aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial”, desde una primera y rápida mirada podría cuestionarse su incorporación por cuanto la internación de una persona en nada afecta su capacidad jurídica y su condición ante la ley —arts. 3° y 5° de la ley 26.657—; sin embargo, la historia pasada y presente que viven las personas en condición de internamiento y la severa afectación a sus derechos personalísimos —que, muchas veces, provoca una automática identificación por parte de los operadores (sanitarios, jurídicos, sociales, psiquiátricos, administrativos) entre “internación” e “incapacidad”— justifica la aclaración incorporada al enunciado, a fin de clarificar que la situación de internación jamás implica el cercenamiento de la capacidad de la persona, más allá de su situación de temporaria descompensación.

b. las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;

La capacidad restringida supone que la persona conserva su capacidad, la cual es limitada solo para determinado/s acto/s. La excepcionalidad de la restricción no se fundamenta en una característica de la persona,“su discapacidad” (criterio subjetivo), sino en una situación que requiere la reunión de dos presupuestos (criterio objetivo). Es que el concepto de salud mental es mucho más amplio que el de ausencia de enfermedades mentales; el escenario social exhibe una multiplicidad de condiciones de las personas que alejan las calificaciones de las puras determinaciones médicas; hoy ya no se habla de personas con enfermad mental sino de personas con discapacidad intelectual o psicosocial. Esta concepción es acorde al modelo social de la discapacidad propuesto por la CdPd, que ubica a la discapacidad, no ya como una condición personal, sino como el resultado de la interacción de la persona con las diferentes barreras que ofrece o presenta el medio (arts. 1° y 2° CdPd). Así, la salud mental es entendida como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona (art. 3° de la ley 26.657).

El término “beneficio de la persona”, por su parte, da a entender que en ningún caso la restricción de la capacidad jurídica puede tener otro fin que el respeto de sus derechos y la promoción de la autonomía personal, de acuerdo con lo previsto por el art. 43 CCyC que al definir las funciones de las figuras de apoyo designadas en favor de la persona con capacidad restringida, señala: “promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona”.

c. la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;

Este principio aparece coherente con la trascendental modificación impuesta oportunamente por la LSM, que quiebra la tradicional hegemonía médico-psiquiátrica en las cuestiones relacionadas con la salud mental, sea en el campo del tratamiento de

salud, sea en lo relativo a las restricciones a la capacidad jurídica. Conforme la LSM "se reconoce a la salud mental, como un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona". De tal modo no es atributo ni poder exclusivo de la ciencia médico psiquiátrica la calificación de la existencia o ausencia de salud mental, requiriéndose por el contrario intervenciones de carácter interdisciplinario.

Según el art. 5° LSM, "La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado". La intervención del Estado, en general, debe presentar este carácter; con la referencia, el principio pretende ser aplicable no solo a la intervención judicial —en los procesos mencionados en el artículo 32— sino también a las diversas intervenciones relacionadas con la situación de internamiento de la persona —alusión al "tratamiento"—, de la mano de la regulación de los arts. 41 y 42 CCyC y del art. 7° LSM.

La necesidad de un abordaje interdisciplinario que pone en pie de igualdad a psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, enfermeros y terapistas ocupacionales ha sido uno de los aspectos más polémicos de la ley 26.657: ello no implica poner en juego las incumbencias de cada una de estas profesiones, pero sí la hegemonía de algunas, fundamentalmente de la psiquiatría. Así, el eje del tratamiento en salud mental deja de ser el psiquiatra y pasa a ser el equipo interdisciplinario.

d. la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;

El inciso refiere centralmente a aquellas barreras comunicacionales —relativas a la comunicación o trato con la persona y también en el proceso judicial—. A los fines de conceptualizar esta regla, recordamos que la CdPd incluye en la noción de comunicación "los lenguajes, la visualización de textos en Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso" (art. 2°.1). Por lenguaje se entiende "tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal".

Por su parte, y en esta instancia de referencia a la comunicación, no podemos dejar de hacer mención al avance laudatorio que implica que el CCyC elimine a la sordomudez como causal de restricción a la capacidad, dando cuenta de que la

diversidad en la comunicación no constituye, por el solo hecho de su diferencia, una causal de afectación a la capacidad civil.

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;

El derecho a la participación de la persona en el proceso y la asistencia letrada son tratados en el CCyC como regla general, en el inciso en comentario, y también como un derecho específico, al reconocer a la persona concreto carácter de parte en el proceso (art. 36). A este fin, el CCyC asegura las garantías de inmediatez con el juez de la causa y la asistencia letrada (art. 35). Remitimos a los comentarios de estas normas.

f. deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

Este principio es conteste con el enunciado en primer término, relativo a la imposición de restricciones solo en beneficio de la persona. Sin perjuicio de que el CCyC refiere a "alternativas terapéuticas" —de aplicabilidad a los procesos de atención de salud— debe dársele una interpretación amplia y expansiva, que incluya cualquier otra medida que pueda adoptarse durante los procesos judiciales. Empleamos el plural para aludir no solo al proceso de restricción de la capacidad jurídica sino también al proceso de control de la internación y cualquier otro proceso que deba resolver —por ejemplo, sobre derechos personalísimos de la persona (conc. art. 7°, inc. d) LSM)—.

§ 22. Las restricciones a la capacidad en el CCC. El CCyC diseña como regla general la *restricción al ejercicio de la capacidad* y, solo excepcional y subsidiariamente, y al único fin de protección de los derechos de la persona, su eventual declaración de *incapacidad*.

En el supuesto de restricción a la capacidad, no procede la tradicional figura sustitutiva del curador, sino la designación de persona/s de apoyo, cuya función es "... promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona" (art. 43 CCyC). La solución establecida por el CCyC responde a un firme y marcado avance sostenido desde la jurisprudencia y doctrina nacional, a la luz de la doctrina de los organismos internacionales, en especial el Comité de los derechos de las Personas con discapacidad, para la eliminación de las respuestas de *sustitución* y su reemplazo por figuras de *asistencia* y *apoyo* para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental (conc. art. 12 CdPd).

Para comprender adecuadamente cuál es el cambio que incorpora el CCyC al hablar de "restricciones a la capacidad", primeramente debe hacerse una distinción entre esta figura y la anterior inhabilitación. La condición de la persona sujeta a restricciones a su capacidad en el CCyC no es la del inhábil del CC. La restricción a la

capacidad es una categoría genérica, que incluye un amplio abanico de posibilidades relacionadas con la amplitud o estrechez de los actos que han sido limitados a la persona por sentencia. En segundo lugar, la inhabilitación fue pensada exclusivamente para la protección patrimonial de la persona, direccionada a actos de administración y disposición, en tanto que la restricción a la capacidad apunta a actos personales y/o patrimoniales. Finalmente, el efecto de la restricción de la capacidad no es la designación de un curador —ni siquiera en su modalidad más "benévola" de asistencia— sino la designación de figuras de apoyo, en los términos del art. 12 CdPd.

§ 23. Personas pasibles de restricción a la capacidad (art. 32 CCC). Mediante una fórmula objetiva, el CCyC define las personas pasibles de restricción a la capacidad: mayores de 13 años, con padecimiento de adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad. El "piso" impuesto en los 13 años guarda coherencia con la categoría de adolescente incorporada en el CCyC (art. 25) y la inexistencia de discernimiento para los actos lícitos por debajo de dicha edad.

> **ARTÍCULO 32. Persona con capacidad restringida y con incapacidad.** El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. (...)
>
> Por excepción, cuando 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, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

El CCyC elimina las etiquetas o calificaciones preexistentes —"sordomudos que no saben darse a entender por escrito"; "dementes"; "disminuidos en sus facultades mentales"— y reemplaza ello por enunciaciones genéricas: alteración mental y adicción.

Así, la declaración de "capacidad restringida" requiere que la persona se encuentre en situación de daño a su persona o a sus bienes consecuencia de sus actos. Esto constituye una ponderación acerca de la aptitud de la persona y que será llevada adelante en el marco del respectivo proceso dirigido a determinar las eventuales restricciones, con las garantías procesales requeridas en el nuevo Código.

El último párrafo del art. 32 prevé la incapacidad exclusivamente para el caso en que 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. La imposibilidad no es cualquier dificultad o complejidad, sino que debe ser un impedimento de carácter absoluto, tal como exige la norma.

§ 24. Personas pasibles de restricción a la capacidad (art. 33 CCC). Están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida:

a. el propio interesado;

El mayor logro de la norma, es la introducción expresa de la legitimación de la propia persona interesada. teniendo en cuenta el derecho de acceso a la justicia —art. 13 CdPd y Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Situación de Vulnerabilidad—, y conforme es establecido por los arts. 31, inc. e) y 36, párr. 2 CCyC, la solicitud de declaración de incapacidad o de capacidad restringida por el propio interesado debe admitirse sin más requisito que la solicitud de la persona ante la autoridad judicial. De carecerse de patrocinio letrado, debe el juez hacerle saber su derecho a designar un abogado y que, en caso de no tenerlo, se le debe nombrar uno "para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio" (art. 36 CCyC).

b. el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado;

El CCyC modifica el anterior art. 144 CC: el límite a la solicitud del cónyuge es ya la situación de separación de hecho y no solo el divorcio vincular, incorpora acorde con el reconocimiento que brinda a las uniones convivenciales, la legitimación del conviviente en tanto la convivencia no haya cesado.

c. los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado;

Se agrega un límite a la enunciación de "parientes" que puedan solicitar la restricción: hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, superando controversias interpretativas en la materia.

d. el Ministerio Público.

Se mantiene la legitimación del Ministerio Público (art. 103); una legitimación necesaria, dado que siempre es parte esencial en este tipo de procesos. Al Ministerio Público corresponde asistir y/o representar a la persona y garantizar sus derechos en

este proceso. En dicha función, como organismo del Estado, su intervención debe cumplir con las reglas generales establecidas por el art. 31 CCyC y los estándares internacionales de derechos humanos garantizando la participación de la persona en el proceso, la adopción de ajustes razonables e, incluso, si fuera necesario, medidas de apoyo provisorias durante el mismo proceso.

La legitimación otorgada al Ministerio Público permite asimismo que quienes no se encuentren legitimados para solicitar la declaración de incapacidad o de capacidad restringida, cuando por cuestiones de afecto o interés consideran que sería necesaria para proteger los derechos de la persona, lo planteen por su intermedio. En dicho caso, el Ministerio Público actúa de conformidad a sus obligaciones y facultades, no siendo obligatoria la solicitud ni promoción del proceso judicial si a su juicio no se dan los recaudos y presupuestos legales necesarios.

Se elimina la legitimación en favor de "cualquier persona del pueblo" (art. 144, inc. 5 CC), por cuanto la amplitud de intervención del Ministerio Público torna innecesario al inciso; por lo demás, en el CC tampoco era esta una legitimación propia de cualquier persona que así operase en la práctica, sino que lo que la persona podía hacer era poner en conocimiento del Ministerio Público la situación para que dicho organismo evalúe la promoción o no del proceso de restricción. Por lo demás, el inciso derogado parecía referirse más a la situación de eventual evaluación e internación, que a la limitación a la capacidad.

§ 25. Medidas cautelares del proceso de restricción a la capacidad. La apertura del proceso de restricción a la capacidad aporta un cierto grado de verosimilitud del derecho, es decir, la mera apariencia de la situación de posible riesgo de daño a la persona o su patrimonio, aún sin llegar obviamente a la certeza, que recién se adquirirá en el momento del dictado de la sentencia respectiva.

En cuanto al segundo presupuesto de las medidas cautelares, peligro en la demora, indudablemente está dado por la misma situación denunciada, que refleja el estado de riesgo y probable daño.

Como la mayoría de las medidas cautelares del derecho familiar, no se requiere contracautela, amén que sería un contrasentido requerir contracautela para la protección de derechos en este caso.

Las medidas de protección pueden ser decretadas de oficio, sin perjuicio de las peticiones que formulen el denunciante, el propio denunciado, el curador provisorio y el Ministerio Público. Es juez competente el interviniente en el proceso de restricción.

En cuanto a su duración, debe distinguirse si se trata de medidas cautelares *de protección de bienes* —las que subsistirán el tiempo necesario para la tutela de la

persona, inclusive después del dictado de la sentencia de restricción a la capacidad jurídica o de inhabilitación— y las medidas cautelares *de tutela personal* —como la internación, la que no debe prolongarse en el tiempo más de lo estrictamente necesario, como recurso terapéutico excepcional (ley 26.657 y art. 41 CCyC)—.

Entre las tradicionales medidas figura la designación de un curador a los bienes o ad bona, una figura que, diferenciada del curador provisorio, coadyuva en el control de legalidad y cumplimiento del debido proceso. A diferencia de este curador provisorio, cuya designación solo puede recaer en un abogado de la matrícula o en el curador oficial cuando no se cuenta con bienes suficientes, la designación del curador a los bienes puede hacerse en el cónyuge o un familiar e incluso el mismo denunciante. En su mayoría, la doctrina entiende que la actuación de este curador es de custodia y conservación de bienes. Su tarea comprende la representación en los juicios que se promuevan o donde se debatan cuestiones relativas a los bienes del denunciado.

Entre las medidas patrimoniales principales, podemos citar: inhibición general de bienes, dirigida a evitar el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la persona y/o, asimismo, la asunción de deudas; inventario, embargo y depósito de los bienes; recaudación o secuestro de valores; apertura de cajas de seguridad; cobro de alquileres; suspensión de poderes; retención de haberes; pago de deudas; depósito de haberes, etc. En fin, la ley le otorga al juez amplias facultades para disponer de la medida cautelar más adecuada para evitar los peligros que pueden amenazar el patrimonio de la persona.

Por su parte, el CCyC habla de medidas personales o establecidas en protección de la persona, pudiéndose incluir aquí a todas aquellas dirigidas a la protección de la salud y de sus derechos personalísimos.

§ 26. Exigencia ineludible de una audiencia con el juez con la participación de un letrado y del Ministerio Público. "El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias" (art. 35 CCC).

Ambos recaudos exigidos por el artículo, la participación del Ministerio Público y la asistencia letrada constituyen garantías durante todo el proceso, no obstante se refuerza su valor en el momento esencial de la audiencia que realiza el principio de inmediación en su máximo punto. En el caso de carecer la persona de letrado, el Estado debe proporcionarle uno en forma gratuita (art. 31, inc. e) CCyC).

§ 27. Principios aplicables al proceso de restricciones a la capacidad (art. 36 CCC). Conforme el panorama convencional de derechos humanos que, por las razones que ya hemos explicitado, impacta ineludiblemente en los diseños procesales locales, pueden delimitarse ciertos principios o estándares básicos que rigen las intervenciones y las prácticas en la materia, a saber:

- la persona puede ejercer todos sus derechos con la sola excepción de los que resulten restringidos en la sentencia a dictarse; este ejercicio incluye todos los actos procesales válidamente reconocidos a cualquier litigante;

- para garantizar el ejercicio de los derechos por la persona durante el proceso,
debe diseñarse un sistema de apoyo o asistencia claro durante el mismo;

- no puede efectuarse diagnóstico en el proceso exclusivamente desde la base de una evaluación médica; todas las intervenciones son interdisciplinarias y ellas no deben estar dirigidas exclusivamente a probar una condición mental;

- las internaciones de una persona por causa de salud mental no constituyen antecedente ni fundamentan presunción de incapacidad al momento de resolver;

- la restricción a la capacidad mediante sentencia debe ser objeto de revisión periódica, previo examen interdisciplinario, lo cual constituye una garantía expresa del proceso;

- la restricción a la capacidad jurídica exige un proceso justo constitucional en el que a la persona con discapacidad afectada se le reconozca su carácter de parte; se garantice su derecho de defensa con debido patrocinio letrado —designado por el Estado si la persona carece de medios—, su facultad de ofrecer y producir prueba, y de
recurrir y de solicitar todas aquellas medidas que estime en su protección;

- el debido proceso exige, asimismo, la inmediación del juez de la causa quien no puede dictar sentencia hábil sin tomar contacto personal con la persona afectada.

A los fines de determinar la competencia en los procesos de determinación de la capacidad, la norma establece dos pautas: el domicilio o el lugar de internación, según corresponda.

La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso judicial tiene derecho a participar en él con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios (art. 31, inc. e) CCyC). dicho derecho debe ser garantizado por el juez en la primera oportunidad procesal; por ello, si la persona comparece sin abogado, debe

nombrársele uno de inmediato, a fin de que le represente y preste asistencia durante todo el proceso.

La figura difiere claramente de la función reconocida tradicionalmente al curador *ad litem* —quien actúa en función de obtener la sentencia que, en su entender y conforme el mejor interés de la persona, satisfaga en mejor medida sus intereses, pudiendo pronunciarse en favor de la restricción de la capacidad de la persona aunque esta se oponga—. El abogado, en cambio, debe seguir como cualquier letrado patrocinante los intereses y deseos de la persona, en el marco del ejercicio profesional y según las reglas del art. 31 CCyC.

§ 28. Obligación de imprimir *ajustes razonables*. La participación de la persona con discapacidad en el proceso exige delinear aquellos ajustes razonables al proceso que resultarán necesarios para su real inclusión y ejercicio de derechos procesales. Por "ajustes razonables" se entienden "las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales" (art. 2° CdPd).

En consonancia con el art. 13 de la CdPd, que prevé el acceso a la justicia para las personas con discapacidad, el Código destaca la accesibilidad para la participación plena y efectiva en los procesos judiciales, esto se materializa mediante los ajustes razonables. En primer lugar, debe tomarse en consideración las particularidades de la situación concreta de cada persona con discapacidad. Así, para el caso de discapacidad visual se debe considerar que no todas las personas con esta discapacidad leen Braille, los grados de deficiencia visual son variados, la pérdidas de visión ocurren en diferentes momentos de la vida de una persona, y cada una de estas particularidades requiere de un sistema de apoyos diferente. de igual modo sucede con la discapacidad auditiva, ya que no todas las personas se comunican mediante Lengua de Señas, no todas realizan lectura labial y no todas se comunican mediante la lecto-escritura, y la pérdida de audición acontece a diferentes edades, determinándose el tipo de comunicación requerida para su ajuste. En casos de discapacidad intelectual, la comunicación también debe adecuarse a las circunstancias particulares de las personas. El juez debe contar con dispositivos de apoyos técnicos a través de equipos interdisciplinarios que deben ser provistos por el Estado.

Es función del juez del proceso diseñar aquellos ajustes de procedimiento de un modo permeable y amoldable a la práctica y, en cada caso concreto, de un modo apropiado y artesanal. Así, mecanismos rituales clásicos, tales como la notificación de las resoluciones —por ejemplo, del auto de apertura del proceso— deberían verse adaptados a la necesidad de que la persona con discapacidad comprenda la información recibida y así pueda asegurarse la eficacia del acto procesal y la debida tutela del

derecho de defensa y participación procesal “en igualdad de condiciones que las demás personas”.

§ 29. Particularidades de la sentencia en el proceso de restricciones a la capacidad (art. 37 CCC). Conforme el panorama convencional de derechos humanos que, por las

> **37.- Sentencia.** La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso:
>
> a) diagnóstico y pronóstico;
>
> b) época en que la situación se manifestó;
>
> c) recursos personales, familiares y sociales existentes;
>
> d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.
>
> Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario.

> **ARTÍCULO 38. Alcances de la sentencia.** La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación.

A tono con el modelo social de la discapacidad, las normas de la CdPd y la ley nacional 26.657, el CCyC inhabilita la posibilidad de declaración de incapacidad civil o de sus restricciones como consecuencia del solo diagnóstico de discapacidad. En la valoración judicial, el diagnóstico es solo uno de los aspectos considerados, debiendo centrarse la actividad de ponderación en la situación contextual de la persona y en la existencia de apoyos y ajustes que permitan el ejercicio personal de sus derechos —“recursos personales, familiares y sociales existentes”—.

Así, debe entenderse que cuando el artículo habla de “diagnóstico y pronóstico” no está requiriendo una evaluación médico psiquiátrica sino la toma en consideración del examen interdisciplinario —art. 31, inc. c) CCyC; ley 26.657—. Por ende, la sentencia

no debe fundarse en una evaluación médica y su diagnóstico, sino que el diagnóstico y pronóstico resulta contextual e interdisciplinar.

La referencia a la "época en que la situación se manifestó" alude a la situación global, contextual, de la persona y guarda relación con el régimen de nulidades de los actos jurídicos —que, a continuación, el CCyC también regula—, a los fines de ponderar la eventual nulidad en función del carácter ostensible o no de la condición mental a la época de la celebración del acto jurídico (art. 44 y ss. CCyC).

El régimen de protección, finalmente, tiene en cuenta el objetivo central del proceso, que es la promoción de la autonomía de la persona y el ejercicio personal de sus derechos, a cuyo fin se regula la designación de figuras de apoyo (art. 43 CCyC).

Por último, se califica al dictamen interdisciplinario como "imprescindible". Como dijimos, es la regla del derecho vigente y de las normas internacionales, como establece la ley 26.657.

§ 30. El sistema de apoyos: enfoque de la CDPD. ¿Cuál es la consecuencia de la restricción a la capacidad? Ya no la designación de un curador sustituto. El nuevo sistema exige que al momento de la sentencia que eventualmente involucre la restricción para la realización de determinados actos, el juez designe a la/las persona/s o redes de apoyo que posibiliten y asistan a la persona en el ejercicio de su capacidad.

El CCyC sigue la línea imperativa de la CdPd, en pos del control de convencionalidad obligado de las normas internas. La CdPd marca que algunas personas con discapacidad necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica, no que precisan reemplazo y exclusión. Por el contrario, nuestra legislación civil tradicional fue de corte asistencialista: con la asunción de la representación de otros a los que no se consulta ni se hace partícipes; estos eran lisa y llanamente sustituidos "por su bien", para protegerlos, asumiéndose que un "otro" puede tomar las mejores decisiones.

La CdPd, por el contrario, exige apoyo a la persona para el ejercicio de su capacidad, de las propias aptitudes, acorde al respeto de la dignidad personal. Impone el cambio del paradigma de sustitución de la voluntad al basado en la toma de decisiones con apoyos y salvaguardas —art. 12 CdPd—. El modelo sustitutivo y representativo puro es inadmisible.

Ahora bien, ¿qué significa una "figura de apoyo" en términos de la CdPd? Ella recepta el término "apoyo" de modo genérico, en relación al ejercicio de otros derechos —amén de la capacidad—, y refiere a los apoyos como un mecanismo de ejercicio de derechos humanos en general (Preámbulo CdPd). Así, las *medidas de apoyo* se expanden a todas las áreas de desenvolvimiento de la persona con discapacidad. El

apoyo es la herramienta; el fin es “la libertad de tomar las propias decisiones”, que excede el ámbito puramente jurídico (art. 3° CdPd).

Los apoyos constituyen ajustes “a medida”. Por eso la Convención no enumera sus clases y formas; aunque sí impide los sistemas representativos clásicos, incluso en relación a quienes necesitan un soporte más intenso. Justamente en virtud del reconocimiento de la diversidad propia a la discapacidad, la toma de decisiones con apoyo adopta numerosas modalidades. Cómo se ejerza tal apoyo se determinará en función de cuánto se limite o gradúe la asistencia —no la capacidad—.

§ 31. Los “apoyos”. El primer párrafo del art. 43 CCyC señala que “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”.

Siendo que la presunción de base es la capacidad que toda persona posee para tomar sus decisiones, pueden observase diferentes niveles de apoyos: un primer nivel es aquel en el que la persona requiere de apoyos mínimos para la toma de sus decisiones, como podrían serlo los relacionados con el lenguaje o con aspectos tecnológicos que puedan facilitar la comunicación. Un segundo nivel consiste en la toma de decisiones asistidas, en donde la persona con discapacidad recibe la asistencia para la toma de sus decisiones de un tercero de su confianza, elegido por la propia persona con discapacidad. Un tercer nivel es la toma de decisiones facilitada, para los casos extremos en que las preferencias y la voluntad no puedan expresarse o conocerse de manera fehaciente, y que debe constituirse en la situación de última instancia.

El apoyo puede adoptar múltiples formas y actuar en diversos ámbitos: apoyos prestados por la familia —arts. 4°, 5° y 23 CdPd— y el apoyo asistencial en sus diversas áreas (personal, económico, social, de salud, educación, finalmente, jurídica).

Los apoyos constituyen ajustes “a medida”. Por eso, la CdPd no enumera sus clases y formas; sí impide los sistemas representativos clásicos. Justamente, en virtud del reconocimiento de la diversidad propia a la discapacidad, la toma de decisiones con apoyo adopta numerosas modalidades, debiendo diseñarse a partir de las circunstancias y necesidades concretas de la persona (art. 32 CCyC).

El objetivo no es la “protección” de la persona sino la “promoción” de sus derechos *(“... que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones”).*

La figura de apoyo no es el anterior curador asistente del declarado inhábil. La actuación del curador, sea sustitutivo o de asistencia, se focaliza en el momento de realización de los actos jurídicos, subrogando o, en el mejor de los casos, coparticipando con la persona en la celebración del acto. El apoyo atiende a instancias previas, tiene

como fin que la persona pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informarla, colaborar a su comprensión, razonamiento; incluso, si la persona logró formar decisión razonada, el apoyo podría no ser presente en dicho momento de celebración del acto.

§ 32. Designación y actuación de los "apoyos". Tal como establece el CCC, el propio interesado puede proponer la designación de una persona de confianza para que ejerza este rol.

> ***Art. 43 (…)*** *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.*

También las personas legitimadas para solicitar la restricción de la capacidad (art. 33) pueden proponer personas de apoyo.

Finalmente, y ante toda falta de propuesta, es el juez quien designa el apoyo.

También el juez debe establecer la modalidad de actuación del apoyo en relación a los actos jurídicos a realizar: "... 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" (art. 38 CCyC). Estas condiciones incluyen determinar el carácter de la participación: apoyo más o menos intenso —es decir, simple asistencia para la comunicación—, asistencia para la toma de decisiones u otra modalidad con mayor intensidad e, incluso, la realización de actos en representación (concs. arts. 100, 101 inc. c) CCyC)—.

Aún en los casos más graves, donde la voluntad es casi inexistente o el discernimiento ausente, si bien resultará difícil un modelo de asistencia puro, deben aplicarse los principios de la CdPd, para que cuando una decisión deba tomarse "en nombre" de la persona, ello se funde en la situación concreta que le imposibilita la expresión de voluntad y no su discapacidad en sí, abstractamente considerada. En efecto, el CCyC prevé incluso la posibilidad de que el apoyo deba ejercerse en determinados supuestos — *actos en representación*— , lo que no modifica la naturaleza asistencial general de la figura de *apoyo*.

En síntesis, el sistema requiere elaborar definiciones "a medida" en las sentencias judiciales. de tal modo, es necesario diferenciar entre diversos tipos de apoyo: para *actos jurídicos negociales*, para *actos ordinarios de la vida común* (viajar, asociarse a un club, aun para pequeños contratos de la vida doméstica),

para el ejercicio de *actos personalísimos* (votar, o más ampliamente, ejercer derechos políticos, celebrar matrimonio, ejercer la responsabilidad parental). Es que cuando el CCyC regula si una persona puede comprar, disponer, administrar, casarse, votar, ejercer su paternidad, no estamos solo ante derechos particulares sino ante el ejercicio de derechos fundamentales. Y, desde la inherencia personal de estos derechos, las decisiones no pueden ser tomadas sin la opinión ni actuación de su titular. Así, en materia de derechos personalísimos, el art. 23 CdPd reconoce el derecho de las personas con discapacidad a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno. En este sentido se ha reconocido el *ejercicio de la responsabilidad parental* y el *derecho al voto* por parte de la jurisprudencia.

Resaltamos también la función esencial que cabe reconocer al Ministerio Público, siendo su misión fundamental la representación del interés de la persona con discapacidad, como contralor de las medidas de apoyo adoptadas. también como receptor de denuncias sobre actos abusivos o perjudiciales a los derechos de estas personas.

Las medidas de apoyo deben recibir revisión periódica. Pueden solicitarse por la propia persona, su familia y Ministerio Público.

El juez debe fijar en la sentencia las funciones y modalidades de los apoyos de acuerdo a las circunstancias particulares de cada persona, es decir, estos deben ser proporcionales a la extensión de la limitación a la capacidad. El magistrado debe determinar cuáles son los actos que requieran asistencia del apoyo para poder otorgarse. No debe quitarle más capacidades que las necesarias para garantizarle la protección de sus intereses personales y patrimoniales. La persona cuya capacidad se restringe conserva la capacidad de actuar para aquellos actos que no estuvieran contenidos en la sentencia. No así sobre aquellos actos que sí estuvieran contenidos en la misma, para los que requerirá de la asistencia del apoyo bajo pena de nulidad de los actos que realice.

Este sistema (SAtd) no sustituye a la persona sino que la asiste en aquellos actos que determine la sentencia. La finalidad de este instituto es la protección de la persona cuya capacidad se restringe por sentencia. El SAtd es un sistema flexible y maleable, que busca adaptarse a las distintas situaciones de vulnerabilidad y debilidad de las distintas personas. Es un sistema temporal que debe ser permanentemente revisado y actualizado. La facultad representativa o "apoyo intenso" se prevé de manera excepcional para determinados supuestos — art. 24, inc. c) y art. 101, inc. c) CCyC— previa designación judicial y mediando intervención del Ministerio Público.

§ 33. Inscripción de la sentencia en el proceso de restricciones a la capacidad (art. 39 CCC) y sus efectos (Arts. 44 y 45). La sentencia debe ser

inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento (art. 39 CC). Sus efectos son regulados en los arts. 44 y 45

> **44.- Actos posteriores a la inscripción de la sentencia.** Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

En el caso de la *declaración de incapacidad*, la situación es más sencilla, pues el efecto es global; en el caso de las *restricciones a la capacidad*, deberá analizarse sus límites a fin de determinar si la prohibición y/o limitación está contenida en la sentencia y/o cuáles son las condiciones establecidas para su celebración. Ello, en razón de que en los actos no vedados rige la regla o principio general de capacidad. Sea en el caso de declaración de incapacidad o de parciales restricciones, lo trascendente es la contradicción con las condiciones y modalidades impuestas en la sentencia que ha sido inscripta.

La solución actual difiere marcadamente de la preexistente (art. 472 CC), pues allí la declaración de incapacidad fulminaba como “de ningún valor” a los actos posteriores celebrados por la persona incapaz (conc. art. 1041 CC). Si bien la norma refería a actos “de administración”, la doctrina había aclarado que incluía con más razón aun los actos de disposición.

También puede haber nulidad en los actos “anetriores” a la inscripción de la sentencia:

> **45.- Actos anteriores a la inscripción.** Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos:
>
> a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto;
>
> b) quien contrató con él era de mala fe;
>
> c) el acto es a título gratuito.

La carga de la prueba respecto a las condiciones que sustentan la nulidad incumbirá, conforme los principios generales y sin perjuicio de la aplicación de la teoría moderna de las cargas probatorias dinámicas, a quien alega la nulidad.

La configuración de cada requisito es independiente. No obstante, estos suelen verse conectados entre ellos: así, el requisito del carácter ostensible de la enfermedad mental aparece conectado con la buena o mala fe del co-contratante toda vez que, si la enfermedad mental era notoria a la época de celebración del acto, hay una fuerte presunción acerca de la actuación de mala fe, invirtiéndose el principio general.

§ 34. Regla general de imposibilidad de impugnación de los actos luego del fallecimiento de la persona. Luego de su fallecimiento, dice el art. 46 CCC, *"los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito, o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe".*

La norma busca impedir que, luego del fallecimiento de la persona, cuando ya es imposible examinar su condición de salud mental en razón de su muerte, pueda discutirse la validez de los actos por ella celebrados. Por su parte, tiene por fin proteger el valor seguridad jurídica; en especial, en relación a quienes contrataron con la persona.

Las únicas excepciones son las mencionadas en la norma. No se requiere la conjunción de todas estas condiciones, sino alguna de ellas, tal como surge de la conjunción "o", empleada por el artículo.

§ 35. La revisión de la sentencia de restricciones a la capacidad. Se introduce en forma expresa la posibilidad de revisión *en cualquier momento* —aun previo a los tres años— en favor del acceso a la justicia por la propia persona y del derecho a la defensa de su capacidad jurídica. Esta facultad, a su turno, se relaciona con el carácter de parte que el CCyC reconoce al interesado en el art. 36.

La exigencia de revisión es coherente con la concepción interdisciplinaria de la salud mental, así como con el modelo social de la discapacidad (CdPd), al tiempo que se erige contraria a la regulación civil tradicional, que ha entendido a la incapacidad desde un concepto biológico-jurídico, consecuencia del cual la modificación de la sentencia originaria solo podía habilitarse en caso de "recuperación": con la rehabilitación.

La norma reformada, en cambio, regula un concreto derecho de revisión, a resultas del cual, por supuesto, puede derivar la rehabilitación de la persona —en términos más acorde, debe decirse "la restitución plena de su capacidad"—, pero no es

requisito la comprobación de un determinado estado diverso al originario, ni es necesario invocar ningún justificativo para motorizar esta revisión, siendo suficiente el solo derecho reconocido.

> **40.- Revisión.** La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado.
>
> Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido.

Por lo demás, la revisión no constituye un proceso nuevo sino, exactamente, una revisión de la sentencia dictada. Ello, previo examen interdisciplinario y revisión de las consideraciones y fundamentos tenidos en cuenta al momento de la sentencia originaria, a fin de mantener los estándares de justificación y proporcionalidad de la restricción.

En tanto que el tradicional proceso de rehabilitación es una facultad a promover por las personas interesadas —siendo posible que una sentencia, entonces, permanezca pétrea en el tiempo si nadie provocaba su modificación—, el artículo lo impone como deber del juez y del Ministerio Público en su control.

§ 36. La internación (art. 41 CCC). El CCyC establece una serie de principios generales que surgieron o preexisten desde la ley especial —"LSM", ley 26.657— como así también desde los estándares internacionales en materia de internamiento —que, por lo demás, hacen parte de la ley según su art. 1°—. Nos detendremos brevemente en ellos.

a. debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad;

Ya nos hemos referido a la exigencia de intervenciones interdisciplinarias en materia de salud mental, en razón del nuevo concepto conteste por los organismos internacionales y que surge de la misma ley especial y su reglamentación. En tal sentido, que la internación se funde en la evaluación de un equipo interdisciplinario, no hace más que reiterar la exigencia de la ley especial.

Asimismo, se agrega la inexistencia de una alternativa terapéutica menos restrictiva de la libertad individual, lo que se explica por cuanto la internación es el último recurso terapéutico, última ratio a aplicar cuando todos los otros abordajes previos son insuficientes y colocan a la persona en situación de riesgo inmediato y certero.

Esto es acorde con el art. 7°, inc. d) LSM que reconoce como derecho del paciente "Derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria".

b. solo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros;

El inciso en comentario va entonces de la mano del art. 20 LSM, que dispone: "La internación involuntaria de una persona debe concebirse como recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios, y solo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros…", sumado a la ausencia de otra alternativa eficaz de tratamiento en relación a las instancias previas implementadas, si las hubiera.

Según el art. 20 del decreto reglamentario se entiende por "riesgo cierto e inminente a aquella contingencia o proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable que amenace o cause perjuicio a la vida o integridad física de la persona o de terceros. Ello deberá ser verificado por medio de una evaluación actual, realizada por el equipo interdisciplinario, cuyo fundamento no deberá reducirse exclusivamente a una clasificación diagnóstica. No se incluyen los riesgos derivados de actitudes o conductas que no estén condicionadas por un padecimiento mental (…) Aún en el marco de una internación involuntaria, deberá procurarse que la persona participe de la decisión que se tome en relación a su tratamiento".

La internación involuntaria que no cumpla estos recaudos constituye lisa y llanamente una privación ilegal de libertad. En este sentido, el art. 14 CdPd exige que las personas con discapacidad "no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad". La excepción al consentimiento informado está constituido justamente por la situación de riesgo cierto e inminente que habilita la internación involuntaria.

c. es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente;

En consonancia con este inciso, el art. 7° de la ley especial prevé entre los derechos de la persona en internamiento el "… h) derecho a que en el caso de

internación involuntaria o voluntaria prolongada, las condiciones de la misma sean supervisadas periódicamente por el órgano de revisión".

Ya hemos referido que el control de legalidad constituye la función central judicial en el nuevo régimen. La internación debe ser lo más breve posible, en función de criterios terapéuticos interdisciplinarios. tanto la evolución del paciente como cada una de las intervenciones del equipo interdisciplinario deben registrarse a diario en la historia clínica.

Asimismo, y atendiendo a lamentables prácticas frecuentes, el art. 15 LSM estableció que en ningún caso la internación puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda, para lo cual el Estado debe proveer los recursos adecuados a través de los organismos públicos competentes.

d. debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica;

De tal modo el CCyC exige cumplimentar las garantías del debido proceso (art. 18 CN) en razón de percibirse ya a la intervención en salud como algo más que ello: como una intervención estatal que afecta derechos constitucionales fundamentales comprometiendo la responsabilidad internacional. (CORTE IDH, "Caso Ximenes Lopes vs. Brasil", 04/07/2005)

También nuestro Alto tribunal ha insistido en la importancia del debido proceso en favor de las personas en condición de internamiento, atendiendo a su elevado grado de vulnerabilidad, lo que las coloca en situación de requerir una protección estatal especial. Así, en el caso "Tufano" (CSJN, 27/12/2005) la Corte Federal sostuvo que "el juez del lugar donde se encuentre el centro de internación es el más indicado para adoptar las medidas urgentes necesarias para dar legalidad y controlar las condiciones en que el tratamiento de internación se desarrolla".

En el caso "R., M. J.", (19/02/2008) la CSJN desarrolla los estándares del debido proceso constitucional en relación a la situación de internamiento forzoso. Sostuvo que "... los pacientes institucionalizados, especialmente cuando son recluidos coactivamente —sin distinción por la razón que motivó su internación—, son titulares de un conjunto de derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud, a la defensa y al respeto de la dignidad, a la libertad, al debido proceso, entre tantos otros". Asimismo, enfatizó que "... los principios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y tutela judicial de las condiciones de encierro forzoso —sea por penas, medidas de seguridad o meras internaciones preventivas y cautelares de personas sin conductas delictivas con fundamento muchas veces en la peligrosidad presunta y como una instancia del tratamiento—, actualmente se ven fortalecidos y consolidados en la Constitución Nacional (arts. 16, 17, 19, 33, 41, 43 y 75, incs. 22 y 23), instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 25, Declaración

Universal de Derechos Humanos; art. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 7°, 8° y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 7°, 9°, 10 y 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y otros convenios en vigor para el Estado Nacional (Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 25.280 y en vigor desde el 14 de septiembre de 2001)" (consid. 7). (CSJN, "R., M. J. s/ insania", fallo cit., consid. 7°)

A partir del entramado normativo nacional e internacional, la CSJN concluye que dicho marco permite fijar un catálogo de derechos mínimos específicos para quienes padezcan trastornos psíquicos, que deben ser respetados rigurosamente. Entre ellos cabe mencionar los siguientes: "a) derecho a ser informado sobre su diagnóstico y sobre el tratamiento más adecuado y menos riesgoso, b) derecho a un examen médico practicado con arreglo a un procedimiento autorizado por el derecho nacional, c) derecho a negarse a recibir un determinado tratamiento o formatos terapéuticos, d) derecho a recibir los medios adecuados tendientes a la cura o mejoría donde las negligencias o retardos en la prestación de un tratamiento pueden restar justificación a la internación, y volverla ilegítima, e) derecho a la continuidad del tratamiento, f) derecho a la terapia farmacológica adecuada, del que se deriva que la medicación no debe ser suministrada al paciente como castigo o para conveniencia de terceros, sino para atender las necesidades de aquél y con estrictos fines terapéuticos, g) derecho a un registro preciso del proceso terapéutico y acceso a éste, h) derecho a la confidencialidad del tratamiento, incluso después del alta o la externación, i) derecho a la reinserción comunitaria como un eje de la instancia terapéutica, j) derecho al tratamiento menos represivo y limitativo posible, k) derecho a no ser discriminado por su condición" (consid. 9). (CSJN, "R., M. J. s/ insania", fallo cit., consid. 9°)

La CSJN enfatiza también en la necesidad de revisión periódica: "la medida de privación de la libertad del paciente debe ser revisada judicialmente mediante procedimientos simples, expeditivos, dotados de la mayor celeridad y, si correspondiera prolongarla por razones terapéuticas, ello debe ser objeto de un minucioso control periódico jurisdiccional obligatorio de los motivos de la internación, a los efectos de estudiar si las condiciones que determinaron su reclusión se mantienen o se modificaron en el tiempo, y siempre en el marco de los principios y garantías constitucionales mencionados. De no ser así, la internación se convierte en los hechos en una pena privativa de la libertad sin límite de duración" (consid. 10). (CSJN, "R., M. J. s/ insania", fallo cit., consid. 10)

Finalmente, y en concordancia con lo dispuesto por la ley 26.657, el CCyC reconoce el derecho a la defensa técnica de la persona internada involuntariamente, quien por sí o por intermedio de su representante legal, tiene derecho a designar un abogado. Según el art. 22 LSM se dispuso que "… Si no lo hiciera, el Estado debe

proporcionarle uno desde el momento de la internación. El defensor podrá oponerse a la internación y solicitar la externación en cualquier momento. El juzgado deberá permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento".

e. la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión.

La norma claramente explicita que la sentencia judicial "aprueba" la internación; en consonancia con el rol que se otorga al Poder Judicial en el sistema de salud mental reformado, como contralor de legalidad y no decisor de la internación, según ya hemos explicado. Si bien el alta es potestad del equipo médico —lo cual referiría a la "duración" de la internación—, la ley nacional registra normas puntuales dirigidas a controlar y evitar la perpetuación de la internación indefinida en el tiempo, en resguardo de los derechos comprometidos de la persona. Así, apenas hayan cesado las causas que determinaron la internación, el paciente tiene el derecho al egreso, sin que ello implique dar por terminado con su tratamiento ya que él mismo puede optar por continuarlo, conforme es su derecho.

§ 37. Cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad. El "cese" de la incapacidad o la capacidad restringida, alude al cese "total" de las restricciones oportunamente impuestas en la sentencia originaria, diferenciándose de las eventuales modificaciones que la sentencia original puede recibir a consecuencia del ejercicio del deber de revisión permanente que regula el art. 40 CCyC.

En el CC se hablaba de "rehabilitación" para aludir a un proceso que debía tramitarse con intervención de la parte interesada y organismos del proceso, a fin de declarar el cese de su incapacidad civil declarada por sentencia —es decir, la rehabilitación de la persona—.

Bajo la nueva norma, el cese de la incapacidad y/o restricción —es decir, el restablecimiento pleno de la capacidad de la persona— no requeriría un proceso autónomo dirigido a este fin, pudiendo resultar de la re-evaluación interdisciplinaria (arts. 37 y 40 CCyC). Como consecuencia de ello, se advierte la innecesariedad de mantener la restricción y/o la conveniencia de morigerar las restricciones oportunamente impuestas en beneficio de la persona.

A resultas de dicha revisión pueden resolverse modificaciones particulares que restituyan el ejercicio de determinados derechos, o bien el cese absoluto y completo de las restricciones oportunamente impuestas. Por supuesto, también en caso de ser necesario, las posteriores resoluciones dictadas tras la revisión periódica pueden profundizar el régimen de restricción y/o la intensidad de la figura de apoyo o de su reemplazo por un curador.

El recaudo ineludible para la decisión de cese es el examen interdisciplinario, conforme su carácter imprescindible, principio o regla general de intervención según el art. 31 CCyC y y las disposiciones de la ley especial 26.657.

Este examen deberá expedirse sobre el "restablecimiento de la persona". No obstante el lenguaje empleado, se interpreta que se alude al restablecimiento de las condiciones personales, sociales, de contexto familiar y/o comunitario, que le permiten la restitución al ejercicio de los actos por sí.

Para que el cese de los efectos de la sentencia de incapacidad o capacidad restringida sea oponible a terceros, la nueva resolución debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 39 CCyC).

> *ARTÍCULO 47. (...) Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador o apoyo.*

El último párrafo, finalmente, exterioriza la diferencia entre este régimen de capacidad gradual —o "a medida"— y el anteriormente vigente, de carácter binario —"capacesincapaces"—. Así, si las condiciones personales y contextuales no permiten el cese o restablecimiento total de la capacidad, sin embargo pueden posibilitar una morigeración de los actos anteriormente restringidos y una amplificación de la actuación de la persona en pos de la promoción de su autonomía.

§ 38. Los "pródigos": único caso de inhabilitación. Acorde el nuevo régimen implementado de restricciones a la capacidad, ya no procede la anterior alternativa de inhabilitación en relación a las personas disminuidas en sus facultades mentales que consignaba el art. 152 bis CC. Por un lado, no hay categorías médicas que califiquen a las personas como incapaces o inhábiles; por el otro, la permeabilidad y flexibilidad del régimen de restricciones posibilita respuestas a medida en el caso de las restricciones puntuales, que conservan la vigencia del principio de capacidad a excepción de los actos limitados o restringidos.

Tampoco procede la declaración de inhabilidad respecto de las personas con trastornos derivados del consumo de sustancias —"embriaguez habitual o uso de estupefacientes", conforme el art. 152 bis CC—, pues la situación de la persona afectada por una adicción es también abrazada por el sistema general —art. 32 CCyC—.

Así, la figura de la inhabilitación solo podía mantenerse para uno de los supuestos anteriormente incluidos en el régimen derogado: la situación del pródigo.

ARTÍCULO 48. Pródigos. Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes.

La norma en comentario exige, a los fines de la eventual declaración de inhabilitación, los siguientes requisitos:

"... la prodigalidad en la gestión de sus bienes"

Se trata de una condición objetiva, que involucra el actuar de la persona, independientemente de cuales sean las causas —psíquicas, mala administración, negligencia, dilapidación— que expongan a la persona al resultado abarcado por la norma.

Se exige asimismo una habitualidad en esta conducta, que surge de la propia redacción del artículo, que contempla el resultado de un actuar objetivo que provoca el resultado descripto: la amenaza de pérdida del patrimonio de las personas protegidas.

"... expongan a su cónyuge, conviviente, hijos menores de edad o hijos mayores de edad o con discapacidad a la pérdida de patrimonio"

Las conductas abrazadas bajo la configuración de prodigalidad provocan un perjuicio cierto y gravoso para las personas protegidas por la norma: el grupo familiar del afectado.

Como se observa, la declaración de inhabilitación no tiene por fin amparar a la persona que es así declarada —el pródigo—, sino a los miembros del grupo familiar tutelado, que se ven perjudicados por la dilapidación del pródigo. No obstante, ha de entenderse que también existe un interés jurídico en la protección de la persona (art. 31 CCyC), dado que no es de interés la dilapidación gravosa o ruinosa del patrimonio familiar, que también involucra al propio pródigo.

Las personas protegidas por efecto de la declaración resultan el cónyuge, el conviviente, los hijos menores de edad o hijos mayores con discapacidad.

La protección del cónyuge no requiere mayor justificación, en razón de hallarse en juego el derecho a la ganancialidad, que puede verse severamente afectado por el obrar negligente y dilapidador del pródigo.

La extensión de la protección al conviviente se explica en el contexto de reconocimiento de la protección jurídica a las uniones convivenciales por este Código, en el que existe un piso protectorio mínimo que no distingue entre uniones matrimoniales y convivenciales a los fines de resguardar derechos humanos básicos (art. 509 CCyC y ss.). Así, cuando la norma refiere al conviviente, alude a quien reúne los requisitos establecidos en los arts. 509 y 510 CCyC, pudiendo probarse la unión convivencial por cualquier medio (art. 512 CCyC).

En cuanto a los hijos, la protección ampara a los hijos menores de edad y también a los mayores con discapacidad. Se visualiza aquí cómo la tutela de la persona con discapacidad emerge en el contexto de persona amparada por esta declaración de inhabilitación, en cuanto es perjudicada por el accionar del progenitor pródigo.

> *"La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes"*

Están legitimadas para pedir la declaración de inhabilitación las mismas personas que son beneficiarias también los ascendientes y descendientes en general, en función del interés familiar en la protección del patrimonio.

No obstante la norma no lo dice, indudablemente el mismo pródigo puede pedir su declaración; esto no podría negarse en el caso en que la propia persona, conocedora y advirtiendo su condición, solicitara la declaración de inhabilitación como herramienta de protección para la limitación de sus actos.

§ 39. Efectos de la inhabilitación del "pródigo". El impacto de la declaración solo se extiende hasta la contención o control de aquellos actos perjudiciales que motivan la declaración de inhabilitación, que son los *actos de disposición entre vivos*. Ello se explica pues son estos los que ponen en riesgo la conservación del patrimonio que la norma protege.

El efecto de la declaración es la designación de una figura de apoyo cuya función es la de asistencia para el otorgamiento de los actos. Esta figura deberá ejercer su rol en el marco de las condiciones que determine el juez en la sentencia de inhabilitación

De ser necesario, el juez puede restringir otros actos, amén que los dispositivos, cuando ellos puedan implicar un compromiso patrimonial que justifique la restricción, dejándolo así establecido en la sentencia.

Como dijimos, la prodigalidad toma en cuenta un resultado objetivo, derivado del accionar de la persona; pero siendo dicho resultado el fruto del actuar humano, será la persona quien deberá ser evaluada para concluir, por intermedio de las ciencias pertinentes, que la situación de riesgo ha cesado.

§ 40. Cese de la inhabilitación del "pródigo". Conforme al art. 50 CCC:

> *"El cese de la inhabilitación se decreta por el juez que la declaró, previo examen interdisciplinario que dictamine sobre el restablecimiento de la persona."*
>
> *"Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con apoyo".*

La revisión también podrá ser solicitada por el interesado pero por supuesto, el juez deberá evaluar la situación objetiva, no pudiendo guiarse por este pedido al ser los derechos de terceros protegidos —art. 48 CCyC— los que se encuentran involucrados y pueden verse lesionados con la eventual restitución de ejercicio. también cesaría la razón de ser de la restricción ante la inexistencia y/o desaparición de las personas protegidas.

Derechos y actos personalísimos

§ 41. ¿Qué son los derechos personalísimos? Los derechos personalísimos o de la personalidad "constituyen una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral". (RIVERA, JULIO C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Cap. XVIII: derechos Personalísimos, Bs. As., AbeledoPerrot, 2010, § 704)

Se trata de derechos extrapatrimoniales, indisponibles, o relativamente indisponibles, que acompañan a la persona a través de su existencia.

Antes de la sanción del CCyC estos derechos se encontraban contemplados en la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes complementarias (Ley 24.193 de trasplantes de órganos y materiales anatómicos; Ley 17.132 del Ejercicio de la Medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas.; art. 31, Ley 11.723 de Propiedad Intelectual; Ley 26.529 de derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud; y Ley 26.657 de Salud Mental, entre otras) y, en forma diseminada, en el CC. Así por ejemplo, el derecho a la intimidad se protegía en el art. 1071 bis, incorporado por la ley 21.173 o el derecho al honor en los arts. 1089 y 1090. Como se puede advertir, no obstante su relevancia, carecían de un articulado especialmente dedicado a ellos. Resulta entonces un importante acierto este Capítulo 3 ya que, atendiendo a la importancia de estos derechos y dando así respuesta a la

insistente demanda de la doctrina, sistematiza los derechos de la personalidad bajo el nombre: derechos y actos personalísimos.

§ 42. La dignidad e inviolabilidad de la persona. El art. 51 CCC consagra la *inviolabilidad de la persona humana*. Esta amplia fórmula, por un lado, implica que la integridad de la persona esté expresamente tutelada en todas sus dimensiones, por otro lado, entraña intrínsecamente respeto por su autonomía y, consecuentemente, exige su consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos que esta contempla, como se verá en los artículos siguientes.

La inviolabilidad de la dignidad de la persona humana es una garantía que posibilita a todo el mundo, incluso a los interesados, el establecimiento de restricciones a su significado y alcance. La libertad y la dignidad pertenecen a la esfera de lo no negociable, de lo que está fuera del mercado.

De esta manera, el reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana implica, además, consagrar a la persona como un fin en sí mismo proscribiendo todo trato utilitario. En este sentido, la inviolabilidad de la persona, consagrada en el art. 51 CCyC se relaciona con el art. 17 CCyC que establece el principio de no comercialidad del cuerpo humano y sus partes, negándoles todo valor económico, pudiendo tener solo un valor "afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social...".

El art. 52 establece cuáles son las consecuencias del atentado a una serie de derechos que hacen a la dignidad personal. de esta manera, la dignidad y sus emanaciones o derivaciones, que en su caso lo constituye todo derecho personalísimo, son objeto de tutela, respeto y reconocimiento. El CCyC expresamente prevé que ante su lesión se puede reclamar prevención y reparación:

> **ARTÍCULO 52. Afectaciones a la dignidad.** La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

En lo que respecta a los derechos contemplados en el art. 52 no es taxativa, pues el texto comprende al menos cabo "de cualquier modo" de la "dignidad personal".
todo menoscabo a la dignidad puede ser entonces objeto de prevención y reparación.

Conforme la regla establecida en este artículo, toda afectación a la dignidad, en la medida que reúna los requisitos de la responsabilidad civil, podrá ser objeto de

prevención y reparación, conforme a lo dispuesto en el Capítulo 1, título V, Libro tercero, que regula todo lo relativo a esta responsabilidad por daños. Es decir, el titular del derecho lesionado tiene derecho a accionar para reclamar la prevención o la reparación de los daños.

El artículo en análisis contempla expresamente la posibilidad de motorizar mecanismos judiciales de prevención o de tutela inhibitoria del daño futuro y previsible en relación a derechos personalísimos. Esto es importante porque en este ámbito el resarcimiento o indemnización nunca logra reparar el perjuicio y no existe reparación en especie.

Por último, cabe destacar que el art. 1738 en consonancia con el art. 52, prevé que la "indemnización (...) Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida".

§ 43. La Intimidad. El derecho a la intimidad tiene un ámbito público y otro, privado. Este último podrá estar constituido por una o más personas y responderá a distintas manifestaciones de la intimidad o privacidad. (SALTZER, Anderson, "Acerca de la regulación de los derechos personalísimos en el Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial", en Revista Derecho Privado, n° 2, año I, Bs. As., Infojus, 2012, p. 39).

El artículo 52 contempla el derecho a la intimidad personal o familiar, de modo que se extiende no solo a los aspectos de la propia vida, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como lo es la familiar.

El interés jurídico, tutelado por el derecho a la intimidad, es la posibilidad que tiene toda persona de poder gozar de un sector privado ajeno al conocimiento de terceros.

La consagración de este derecho en el CC operó mediante la ley 21.173 que incorporó el art. 1071 bis, que expresamente reconoció el derecho a la intimidad y tipificó diversas manifestaciones —como el resguardo de la vida privada, la correspondencia y la publicación de retratos—. En el art. 1770 CCyC este artículo se reproduce con mejor técnica legislativa y supera las críticas de la doctrina: "El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la

sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación".

§ 44. El honor. La protección comprende a la honra o reputación, de modo que se tutela tanto la estima propia como a la fama o estimación ajena. Así se receptan ambas facetas del honor, objetiva y subjetiva.

§ 45. La imagen. El derecho a la imagen permite impedir que por cualquier medio (fotografía, grabado, dibujo, u otro) se capte, reproduzca, difunda o publique sobre nuestra persona de un modo que permita que se nos identifique sin nuestro consentimiento o el de la ley.

El art. 31 de la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual es la fuente y base del art. 53. Este art. 31 dispuso: *"El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público".*

El CCyC no deroga este art. 31. Los *Fundamentos* que acompañan el Proyecto explican que el Código no afecta a las leyes que conforman estatutos cerrados y que permanecen vigentes. de modo que, la ley 11.723 está vigente. El CCyC, a través del art. 53, procura regular e incorporar el núcleo duro del derecho a la imagen. Consecuentemente, en caso de existir diferencias o incompatibilidades entre ambos textos, este núcleo duro significa que no se puede proteger menos de lo que protege el Código; hay que buscar, pues, la norma más protectoria de los derechos en juego; si es la ley especial, será la ley especial; si es el Código, será el Código. Es por eso que, en este sentido, en los artículos del CCyC que rigen la prelación de normas, la ley general o especial está siempre ubicada en el mismo inciso cuando se trata de leyes imperativas (arts. 963, 1709 y 1094).

En este contexto, el CCC establece la siguiente regla:

ARTÍCULO 53.Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos:

a. que la persona participe en actos públicos;

b. que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario;

c. que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre.

§ 46. La prohibición de actos peligrosos. El respeto por la integridad y dignidad de la persona humana conlleva garantizar que no se puede exigir el cumplimiento de un contrato que tenga por objeto la realización de un acto que implica un peligro para la vida, integridad o salud de la persona.

54.- Actos peligrosos. *No es exigible el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, excepto que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias.*

Entonces, sobre la base del respeto a la integridad y dignidad de la persona humana, este artículo supone una excepción a la regla del efecto vinculante de los contratos (art. 961). Es decir, frente a la regla general inherente a toda obligación de que debe ser cumplida, este articulo permite que el deudor de esa obligación pueda no cumplir sin que ello genere responsabilidad, si esa obligación conlleva riegos para su vida o integridad.

La excepción a la regla establecida en este artículo la constituye la circunstancia de que la actividad habitual de la persona implique ese peligro —por ejemplo: ser torero, trapecista, circense, motociclista de carrera, entre otras (es imposible enumerar de modo exhaustivo las actividades que puede encerrar este supuesto)—, pero siempre que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias. Es decir, la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación está supeditada al cumplimiento de dos condiciones: 1) que esa actividad sea la habitual —profesional o no de la persona— y, 2) que se tomen las medidas de prevención y seguridad adecuadas. Si se cumplen estas dos condiciones y la persona se rehúsa a cumplir con la obligación,

incurrirá en responsabilidad civil, es decir, su incumplimiento generará las consecuencias patrimoniales de cualquier obligación no cumplida.

§ 47. La disposición de los derechos personalísimos. El art. 55 sienta el principio de disposición de los derechos personalísimos pero, como plasmación de la misma humanidad y por la propia esencia de esos derechos, queda reservado a la persona misma y debe ser manifestado en un acto de voluntad que no puede presumirse y, ante la duda, debe interpretarse en forma restrictiva.

Entonces, la regla es que la persona, como titular, puede disponer de su derecho a la imagen, a la intimidad, al cuidado de su cuerpo y demás derechos personalísimos mas por su misma naturaleza y por ser y hacer a la dignidad de la persona, solo se admite el consentimiento si no es contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres y solo la propia persona puede consentir esta disposición, que no podrá presumirse y será siempre interpretada de manera restrictiva.

Del artículo en análisis se desprende que los derechos personalísimos son relativamente indisponibles. de modo que, en principio, se puede disponer de ellos. Así, una persona puede, por contrato: obligarse a la participación en una pelea de boxeo disponiendo de su integridad física; disponer de su privacidad para protagonizar un reality show; mediante un acto de disposición material o jurídica, permitir la intromisión en su vida privada, que se difunda su imagen, que se tatúe su cuerpo, o que se le adose un piercing.

§ 48. Actos de disposición sobre el propio cuerpo. El artículo 56 CCC extiende la regla de la indisponibilidad relativa de los derechos personalísimos a los relacionados con el propio cuerpo.

En principio, conforme lo establecido en los arts. 26, 55, 58 y 59 CCyC y lo prescripto en la ley 26.529 y su reglamentación, toda persona competente puede disponer del propio cuerpo a través de un acto de voluntad, libre y revocable.

Ahora bien, a los efectos de establecer límites en resguardo de la dignidad de la persona humana, el art. 56 establece que no se puede disponer del propio cuerpo en dos circunstancias: 1) cuando esa disposición causa una disminución permanente de la integridad que no tiene una razón de salud, de modo que no se permiten, por ejemplo, los actos de automutilación que no responden a razones médicas, o 2) cuando esa disposición es contraria a la ley, a la moral o a las buenas costumbres.

Entonces, el mero deseo de un individuo de disponer de partes de su cuerpo como si se tratase de simples objetos, no basta para legitimar tales actos, si esto causa

una disminución permanente de su integridad. Así por ejemplo, ni la voluntad de vender un riñón, ni el deseo de verse amputado un miembro sano sin ninguna necesidad terapéutica, se consideran compatibles con la dignidad humana. (ANDORNO, RoberTo, "La persona humana en el proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial", Revista de Derecho de Familia de las Personas, año IV, n° 7, 2012, p. 232).

Sin perjuicio del principio general de libre disposición, sentado en el art. 59 y en la ley 26.529, la norma sí permite disponer del propio cuerpo, aun cuando ello ocasione una disminución permanente de su integridad, si se justifica o es requerido para el mejoramiento de la salud de la persona (por ejemplo, si se requiere amputar una pierna gangrenada) o excepcionalmente la salud de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, la donación de un órgano).

Es decir, este derecho de disposición, sentado en el artículo anterior, se extiende a los actos que afectan al propio cuerpo de la persona y que producen una disminución permanente de su integridad, si son requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona o excepcionalmente al mejoramiento de la salud de otra persona.

El CCyC aclara que el *consentimiento* para disponer de los actos sobre el propio cuerpo que no quedan comprendidos en la prohibición, es decir, los actos que aunque importen una disminución permanente de la integridad, responden a cuestiones de salud, no puede ser suplido, de modo que no puede ser otorgado por representación. Se trata entonces de un consentimiento específico de la persona y libremente revocable, de modo que su revocación no genera responsabilidad.

§ 49. Prohibición de prácticas destinadas a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia. La prohibición estipulada en el art. 57 contempla exclusivamente a las intervenciones que alteran el genoma del cigoto o del embrión temprano y están destinadas a producir mutaciones que se transmitirán a la descendencia.

La norma prohíbe alterar o producir una alteración genética —no seleccionar, que es lo que sucede precisamente en el diagnóstico genético preimplantacional (DGP)—. En otros términos, el art. 57 no prohíbe los diagnósticos de genes tales como el *diagnóstico genético pre-implantacional* en los que se aplican técnicas que no afectan al cigoto. El DGP consiste en una técnica que se lleva a cabo durante un ciclo de fecundación in vitro y que permite, mediante una biopsia embrionaria, detectar alteraciones específicas, genéticas, estructurales, y/o cromosómicas de un embrión antes de su implantación en el útero de la persona. Su objetivo es asegurar una

descendencia sana y acabar con la transmisión de una determinada patología mediante la selección del embrión no afectado.

Consecuentemente, siguiendo este criterio, la norma tampoco prohíbe, por ejemplo, la selección de sexo de los embriones a implantarse en un tratamiento de reproducción asistida. En otras palabras, la norma procura que no se altere la especie humana, pero no impide evitar enfermedades o seleccionar embriones con fines terapéuticos. Tampoco pone límites a la terapia génica de células somáticas ni a otras técnicas terapéuticas que no están orientadas al reemplazo del núcleo del óvulo. Es decir, no prohíbe alteraciones genéticas en personas humanas que no provoquen consecuencias en la descendencia, sino que sus efectos se limitan a la persona destinataria.

Teniendo en cuenta lo dicho, conforme el estado actual de la ciencia y atendiendo a la modificación efectuada a la redacción originaria del artículo en cuestión, se entiende que la prohibición abarca técnicas como la terapia génica germinal o in ovo. (El art. 57 en su versión presentada por la comisión reformadora prohibida toda alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia, exceptuando las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas. Es decir, por ejemplo, *permitía* la terapia génica *in ovo* cuando se trata de modificar genes patológicos. tal como lo hace España conforme su ley 14-2006 en el art. 13, inc. 2 c).

La terapia génica, en general, consiste en la búsqueda de cura y/o prevención de enfermedades a nivel genético. Cuando se trata de la terapia germinal o in ovo, se refiere a las intervenciones genéticas en células germinales, es decir, células reproductoras (óvulos o espermatozoides) o embriones. dichas intervenciones modifican el genoma de estas células, ya sea potenciando, silenciando o disminuyendo los genes defectuosos, por lo que tendrán consecuencias y repercusión tanto en el individuo como en su descendencia.

Dicha terapia germinal se diferencia de la terapia génica somática por cuanto esta última modifica células somáticas, es decir, tejidos del cuerpo u órganos no reproductores (hígado, pulmones, músculos, sangre o nervios del paciente); por lo tanto, los efectos de esta terapia solo son visibles para el paciente intervenido y no modifican su genoma a nivel germinal o reproductivo.

La prohibición se funda en que la terapia génica germinal, y en general, cualquier alteración genética del embrión que se transmita a la descendencia, encuentra una fuerte oposición en la comunidad científica. Actuar a nivel celular modificando los genes de los individuos significa actuar sobre el patrón genético de la humanidad, es decir, hacer intervenciones técnicas que son poco seguras en un ámbito de riesgo que nos hace ignorar totalmente las consecuencias derivadas de este tipo de intervención. también comprende cuestiones como la integridad personal, la identidad de las personas y del género humano en general.

Esta prevención no solo se debe a dificultades técnicas transitorias, sino a riesgos biológicos propios de los procesos de mutación. Las alteraciones provocadas por la interacción entre genes (efectos epistáticos); por modificaciones de la cromatina, es decir, del conjunto de la información genética que se encuentra en el núcleo celular (efectos epigenéticos), o por cambios relacionados con el sitio en el que se insertó el gen foráneo en el genoma blanco, son en todos los casos eventos producidos al azar. Asimismo, las mutaciones pueden resultar beneficiosas en la primera generación que las porta, pero perjudiciales para las siguientes, tal como se ha comprobado en todas las especies estudiadas.

§ 50. Investigaciones en seres humanos. La investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, sólo puede ser realizada si se cumple con los siguientes requisitos, fijados en el art. 58 CCC:

a. describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación;

b. ser realizada por personas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas;

c. contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación;

d. contar con la autorización previa del organismo público correspondiente;

e. estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga;

f. contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable;

g. no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación;

h. resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal;

i. asegurar que la participación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida;

j. asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos.

§ 51. El "consentimiento informado". El principio sentado en el artículo 59 es que ningún acto médico o investigación en salud puede llevarse a cabo sin el previo consentimiento libre e informado del paciente o la persona competente.

Sin perjuicio de las múltiples definiciones existentes, puede afirmarse que el consentimiento informado consiste en la aceptación (o rechazo) por parte de una persona competente de un procedimiento diagnóstico o terapéutico, una vez esta ha sido *adecuadamente informada* acerca de aquello que se le propone consentir. Su finalidad es que la persona pueda implicarse de manera suficiente en la relación clínica y pueda tomar decisiones que le afectan con conocimiento de causa. Los requisitos básicos son, por lo tanto, libertad, competencia e información suficientes. El art. 59 exige que sea una "*declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:*

a. su estado de salud;

b. el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;

c. los beneficios esperados del procedimiento;

d. los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;

e. la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;

f. las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;

g. en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas

de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

h. el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento (...)".

La finalidad principal de los documentos de consentimiento informado es entonces, favorecer la participación de las personas en el proceso asistencial que les atañe y promover su corresponsabilidad en la toma de decisiones clínicas.

Ahora bien, el consentir significa también no consentir, de modo que así como un paciente puede *consentir* un tratamiento, también puede *rechazarlo*. Y esto es lo que expresamente prevé el texto al sostener que, en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación; el paciente tiene derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, de alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable. Precisamente, al permitir este rechazo, consagra expresamente el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

§ 52. El consentimiento por representación: quiénes pueden suplir la voluntad del paciente. El CCyC regula expresamente el consentimiento por representación. tanto la ley 26.529 y el decreto 1089/1212, como el CCyC precisan en qué supuestos es posible sustituir la decisión del paciente. Sin embargo, la regulación no es uniforme. Para la ley 26.529 se aplica el mecanismo de sustitución de la decisión para los casos de: 1) los pacientes con incapacidad, y 2) aquellas personas imposibilitadas de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico. Según el decreto 1089/2012 tienen que ser sustituidos: 1) los pacientes que no sean capaces de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación; 2) los pacientes incapacitados legalmente; y 3) los pacientes menores de edad.

Por su parte, para el CCyC, la decisión puede ser solo por sustitución si el paciente se encuentra absolutamente imposibilitado para expresar su voluntad.

Este criterio —la imposibilidad absoluta del paciente para tomar una decisión— respeta las prescripciones de las convenciones internacionales que obligan a los Estados a suprimir, o limitar al máximo posible, los sistemas de sustitución en la toma

de decisión y además, es coherente con la idea misma de competencia, cuya finalidad es ampliar la participación del paciente en la toma de decisiones y no limitarla. La premisa del CCyC es que si el paciente comprende la información que le brinda el profesional de la salud, tiene habilidades para tomar una decisión y puede comunicar su voluntad, el paciente es "competente" para consentir por sí mismo un tratamiento médico sin la intervención de un "representante".

Entonces, solo por excepción, en circunstancias muy acotadas y en exclusivo beneficio del sujeto, el consentimiento informado puede ser prestado por otra persona que guarda con aquel una relación de afecto humano/familiar que lo habilita a "decidir por" el otro.

El art. 59 CCyC estipula que pueden emitir el consentimiento por representación el representante legal, el *apoyo* (regulada en el art. 43 CCC), el cónyuge, el conviviente, el pariente (sin limitación de grados) o el allegado que acompañe al paciente.

También se encuentra facultado para decidir por el paciente, el tutor, el curador (destacando que el art. 139 prevé que "La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela"), los progenitores de una persona menor de edad (art. 26) o la persona designada por el propio paciente antes de encontrarse en tal situación (mediante un documento de directiva anticipada).

El CCyC no solo exige que la persona esté absolutamente imposibilitada de consentir, sino también que medie una situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o salud. Es decir, debe tratarse de una situación que exige una decisión que no puede esperar, so pena de ocasionar un mal grave en la vida o salud del paciente.

Finalmente, si no existe persona que pueda brindar el consentimiento por representación, situación excepcional atento a la amplitud de la norma, y si además el paciente no ha expresado su voluntad anticipadamente, el médico podrá proceder sin que medie consentimiento, siempre que su actuación sea urgente y tenga por objeto evitar un mal grave al paciente (art. 59, parte final).

Respecto a las personas menores de edad, se aplica el art. 26 CCyC. Como regla, para los niños, prestarán consentimiento los padres o tutores, excepto que sean los actos para los cuales consideramos que tienen autonomía, conforme el principio de capacidad o autonomía progresiva.

§ 53. Directivas médicas anticipadas. "La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que

impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas" (art. 60 CCC, pfo. 1º).

Las directivas anticipadas constituyen un documento voluntario que contiene instrucciones que realiza una persona en pleno uso de sus facultades mentales, con el objeto de que surta efecto cuando no pueda expresar su voluntad. En otras palabras, se trata de una declaración de voluntad que hace un individuo para que se respete su voluntad cuando quede privado de capacidad por causa sobrevenida.

Consiste, entonces en un consentimiento informado por anticipación. Estos documentos deben entenderse como un consentimiento informado y realizado con anterioridad al supuesto o supuestos en los que debería entrar en vigor.

En el orden nacional, aun antes de la entrada en vigencia del CCyC, la ley 26.529 las receptaba en el art. 11, en los siguientes términos: "Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó".

Como se dijo, el CCyC regula un núcleo duro en la materia y no deroga esta ley; por lo que, en caso de existir diferencias o incompatibilidades entre ambos textos — el Código y la ley— hay que buscar, pues, la norma más protectoria de los derechos en juego.

El CCyC contempla dos modalidades: 1) otorgar directivas anticipadas que impliquen dejar instrucciones por escrito; y 2) "designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer la curatela". Cuestión que es reiterada en el citado art. 139 en los siguientes términos: "La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela".

Este agregado es sumamente útil ya que el sujeto, al momento de redactar las directivas anticipadas, solo puede prever algunas de las situaciones en las que eventualmente pueda verse comprometido. En cambio, si designa a una persona para que exprese el consentimiento, se abre un espectro de posibilidades, permitiendo que decida sobre la salud de la persona sobre la base del conocimiento real del incapaz, una relación de afecto y de acuerdo a la posibilidades de la ciencia médica al momento de la decisión.

§ 54. Sobre la "muerte digna" y la prohibición de las prácticas eutanásicas. El artículo 60 CCC prevé que las directivas anticipadas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. En similar sentido se pronuncia la ley 26.529 y a los fines de disipar cualquier duda, la reglamentación aclara que si "el médico a cargo considera que la misma implica desarrollar prácticas eutanásicas, previa consulta al Comité de Ética de la institución respectiva y, si no lo hubiera, de otro establecimiento, podrá invocar la imposibilidad legal de cumplir con tales directivas anticipadas".

Conforme el texto del art. 59 y del art. 5° de la ley 26.529, según especificaciones introducidas por la ley 26.742 denominada de "muerte digna", actualmente en nuestro país está permitido el rechazo de todo tratamiento, incluida la hidratación y alimentación. Sobre esta base, la limitación prevista en el art. 60 es solo para la eutanasia activa directa, es decir, la acción positiva, directa e intencional tendiente a la terminación de la vida de una persona, realizada por un médico, ante el pedido expreso y voluntario del paciente, que, como tal, solo está permitida en unas pocas legislaciones en el derecho comparado (holanda, Bélgica o Luxemburgo).

A diferencia de la ley 26.529, el CCyC no legisla sobre los aspectos instrumentales de la disposición de voluntad. En este aspecto, se aplica supletoriamente lo dispuesto en esa ley y su reglamentación, excepto lo dicho respecto de la revocación.

(Un desarrollo jurisprudencial de estas cuestiones, aún bajo un marco previo a la vigencia de la ley 26.529 y de estas reglas del Xódigo, puede encontrarse en e el reciente caso de la CSJN, D., M., del 07/07/2015).

§ 55. Exequias. "La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad" (art. 61 CCC).

Así, en este art. 61, como una emanación del derecho a la integridad corporal, autonomía y dignidad, se reconoce expresamente la posibilidad de disponer, por un lado, la forma, modo o circunstancias de las exequias e inhumación y, por el otro, la posibilidad de disponer del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar.

Nombre

§ 56. FUNDAMENTOS. Regulación del nombre de las personas. Se regula el nombre, actualizando la ley 18.248 vigente hasta el momento para adecuarlas a principios constitucionales que priorizan el derecho a la identidad, a la autonomía de la voluntad y a la igualdad. En concreto, se elimina la prohibición de aplicar prenombres extranjeros entendiéndose que, en definitiva, la elección del prenombre es una decisión de los padres en la que la injerencia del Estado debe ser lo menor posible. Se ha establecido de manera expresa la posibilidad de poner nombres indígenas, en consonancia con el respeto por las minorías y la creencia en el carácter pedagógico de la ley. Se introducen modificaciones sustanciales en el apellido de las personas casadas permitiendo a cualquiera de los dos tomar el apellido del otro seguido o no de la preposición "de". Con apoyo en los principios mencionados, se recepta el llamado "apellido de familia" con la limitación de que todos los hijos deben llevar el mismo apellido; ante la falta de una única solución en el derecho comparado y las críticas que cada una de ellas ha merecido, se ha optado por el azar cuando los progenitores no se ponen de acuerdo, por ser ésta la solución que mejor respeta el principio de igualdad.

También se flexibilizan las normas sobre modificación, dando importancia a la identidad en su faz dinámica, por lo que se amplían las posibilidades temporales y de legitimación.

§ 57. El nombre de las personas. La regulación del nombre de las personas deja de estar comprendida en una ley específica —como lo era la ley 18.248, derogada por la ley 26.994—.

Al igual que su predecesora, la norma es categórica en punto a que el uso del prenombre y del apellido es, a la vez, un derecho y un deber que tiene cada persona humana. de este modo, continúa la línea ya trazada por la ley 18.248 y se acopló la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria aceptando que el nombre, por tratarse de una institución compleja, cumple una doble función ya que protege intereses individuales y sociales. Entre ellos: a) es un atributo de la personalidad, y en ese sentido, al ser un elemento esencial, quien lo porta tiene derecho a usarlo y protegerlo de injerencias de terceros; y b) es una institución de policía civil en la que tiene incumbencia el Estado para permitir la efectiva identificación de las personas dentro de la sociedad. Sin desconocer ambas funciones, la doctrina es conteste en que el nombre es un derecho

humano autónomo emparentado con el derecho a la identidad. De acuerdo con ello, distintos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) receptan expresamente el derecho a tener un nombre.

§ 58. Nombre: prenombre + apellido. Sus caracteres. Según la doctrina, el nombre, que engloba al prenombre —nombre propio, nombre individual o *nombre de pila*— y al apellido, tiene las siguientes características: a) *obligatoriedad*: conforme el art. 62 toda persona tiene —además del derecho— el deber de llevar un nombre; b) *inmutabilidad* o, con mayor precisión, estabilidad o fijeza: por principio, ninguna persona se encuentra facultada para cambiar su nombre excepto en aquellos supuestos contemplados por la ley; c) *unidad:* ningún sujeto puede tener más de un nombre; d) *indisponibilidad:* al ser un elemento de la personalidad se encuentra fuera del comercio, en consecuencia, nadie puede enajenar, ceder ni donar su nombre; e) *irrenunciabilidad:* de igual forma no se puede renunciar al nombre; y f) *imprescriptibilidad:* el nombre no se puede adquirir o perder por prescripción; empero, en determinadas circunstancias, habiéndolo utilizado durante un largo tiempo, el sujeto puede lograr, a través de una acción judicial, que se le reconozca en forma legal ese nombre.

> **63.Reglas concernientes al prenombre.** La elección del prenombre está sujeta a las reglas siguientes:
>
> a. corresponde a los padres o a las personas a quienes ellos den su autorización para tal fin; a falta o impedimento de uno de los padres, corresponde la elección o dar la autorización al otro; en defecto de todos, debe hacerse por los guardadores, el Ministerio Público o el funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas;
>
> b. no pueden inscribirse más de tres prenombres, apellidos como prenombres, primeros prenombres idénticos a primeros prenombres de hermanos vivos; tampoco pueden inscribirse prenombres extravagantes;
>
> c. pueden inscribirse nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas.

§ 59. Elección del prenombre: sujetos habilitados. En primer término, indiscutiblemente, en ejercicio de la responsabilidad parental, ambos padres, o quienes ellos autorizan, son a los que les corresponde decidir qué prenombres portarán sus hijos. En caso que falte uno de ellos o tenga algún impedimento, la elección o autorización a un tercero recae sobre el otro.

Tratándose de un acto tan relevante en la vida de las personas, la autorización debe cumplir con ciertos recaudos formales que permitan acreditar fehacientemente que quien concurre a inscribir al recién nacido se encuentra autorizado por el o los padres. Para imponerle determinado nombre, una autorización verbal es insuficiente.

En defecto de los mencionados, se mantiene la misma enunciación que brindaba el art. 2° de la ley 18.248. No se advierte disenso en que el orden en que se encuentran mencionados revela la prelación que existe entre ellos, encontrándose en último lugar los funcionarios del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

§ 60. Prenombre: restricciones subsistentes y eliminadas. Aunque el artículo no lo dice expresamente, se advierte que rige el principio de libertad en la elección del prenombre, con las limitaciones enunciadas en el inc. b), que siempre deben interpretarse con criterio restrictivo a fin de no afectar el derecho que le asiste a los progenitores.

Perdura la prohibición de inscribir más de 3 prenombres. Aun cuando no ha faltado alguna voz discordante que entendió que nadie puede quitarle el derecho a un padre de imponerle a su hijo el número de nombres que desee, subsiste el criterio que sostiene que un número mayor dificultaría la individualización de la persona.

Afín temperamento se observa respecto a la veda de utilizar apellidos como prenombres. Cierto es que hay muchos prenombres que a su vez son apellidos o viceversa. Empero, lo que se busca es que no pueda sortearse sin más la prohibición legal que, como se ha señalado, tiene por finalidad evitar confusiones entre ambos elementos que componen la designación, individualización e identificación de las personas. Corresponderá, en última instancia, decidir a los jueces si el prenombre elegido encuadra en la restricción.

Con el mismo objetivo no se permite que se impongan primeros prenombres iguales a los de hermanos vivos. En muchas familias se conserva la tradición de que el hijo primogénito sea denominado como su antecesor. Este supuesto, si bien no está prohibido, puede dar lugar a posibles casos de homonimia. de allí que, para diferenciar, se agregue en las distintas generaciones, luego del prenombre, el vocablo hijo, nieto, o bien Segundo, tercero, u otro. Pero tratándose de hermanos, es inconcebible que ambos tengan idénticos prenombres. La ley lo circunscribe al primer prenombre y acepta que los otros prenombres coincidan entre ellos, lo que ha dado lugar a algunas críticas al considerar insuficiente la previsión atendiendo a que portan el mismo apellido y responden a una misma filiación.

Finalmente, se proscribe la inscripción de prenombres extravagantes. Según las dos primeras acepciones que brinda el Diccionario de la lengua española (DRAE) se la

utiliza: 1) “cuando se hace o se dice fuera del orden o común modo de obrar”; y 2) implica “raro, extraño, desacostumbrado, excesivamente peculiar u original”. Ha de admitirse que un prenombre será extravagante o no de acuerdo con el crisol con que se mire. Es decir, entra en juego la subjetividad de quien está llamado a decidir si el mismo es o no extravagante. Una pauta objetiva puede encontrarse pensando si este daría lugar a humillaciones o burlas que perturben a la persona que lo porta. La extravagancia no guarda mayor diferencia con los nombres “ridículos”. De allí que resulta adecuado haber eliminado del listado de restricciones a este adjetivo. Cabe puntualizar, sin embargo, que los progenitores tienen derecho a elegir nombres originales o incluso nuevos para sus hijos siempre que aquellos no los hagan sentirse avergonzados frente a los otros.

Con idénticas palabras a las contenidas en el art. 3° bis de la ley 18.248, y en palabras de los *Fundamentos*, en consonancia con el respeto por las minorías y la creencia en el carácter pedagógico de la ley, se permite inscribir nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas. Es una de las tantas formas de reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas avalada por la Constitución Nacional en el art. 75, incs. 17 y 18. En este caso, a diferencia de lo que acontecía con el mencionado art. 3° bis, no rige la limitación del número de prenombres.

Difiere con el temperamento adoptado en la ley derogada, que condicionaba la inscripción de un prenombre foráneo a que estuviera castellanizado por el uso o se tratara de los nombres de los padres del nacido, que fuesen de fácil pronunciación y que no tuvieran traducción en el idioma nacional.

A su vez, se excluye de la prohibición poner prenombres contrarios a nuestras costumbres, que expresen o signifiquen tendencias políticas o ideológicas. Es sensato que, aunque el prenombre no esté dentro de nuestras costumbres, siempre que el elegido no resulte extravagante se encuentra dentro de la esfera de libertad de los progenitores, lo mismo que prenombres que pudieran indicar una tendencia política o ideológica.

En suma, la autonomía de la voluntad de los progenitores o su derecho a inventar el prenombre o prenombres de sus hijos prima en la elección con la salvedad que no pueden ser extravagantes, ni superar el número de tres, a excepción de los prenombres aborígenes o sus derivados. En la otra vereda, son los jueces los que poseen la facultad para admitir la introducción de nuevos prenombres, incumbiéndole dentro la subjetividad que le es propia a cada uno, establecer el adjetivo de extravagancia del prenombre elegido. Sin embargo, basándonos en el paradigma de la autonomía de la voluntad todo hace presumir que los criterios de interpretación serán más flexibles admitiendo diminutivos o apócopes como nombres.

§ 61. Apellido de los hijos. *El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro,* dice el art. 64 pfo 1º CCC.

Asimismo, el art. 64 pfo 2º impone que *todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos.*

La reforma más palmaria que introduce el CCyC consiste en dejar de lado la diferencia existente entre los progenitores de un mismo sexo, quienes tenían el derecho de elegir el apellido de alguno de ellos, y los progenitores de distinto sexo, cuyos hijos siempre debían llevar el apellido paterno. Esta incompatibilidad dio lugar a diferentes pronunciamientos de inconstitucionalidad. Empero, la jurisprudencia no fue unánime. Y, en muchos casos, desde una mirada netamente patriarcal, algunos tribunales defendieron su constitucionalidad alegando que, por tratarse de supuestos diferentes, debían recibir respuestas disímiles rechazando así, los planteos de inconstitucionalidad planteados. El CCyC culmina con con esta solución, primacía del apellido paterno, y privilegiando la autonomía de los progenitores, se permite para todos los hijos matrimoniales la elección del apellido de uno de los cónyuges y la adición del apellido
del otro si ambos están de acuerdo.

Respecto a si continúa permitida la adición por vía administrativa del apellido del otro progenitor, la formulación actual — que establece quiénes pueden solicitar la agregación del apellido del otro progenitor aunque no frente a quién— permite dos interpretaciones posibles: 1) que, en sintonía con la mayor libertad y autonomía que aporta a las personas el CCyC, el art. 64, primer párrafo consiente en que todos los supuestos allí previstos *pueden realizarse mediante trámite administrativo*; y 2) que, con fundamento en que la adición de un apellido es una alteración en el estado civil de la persona, que como tal importante doctrina fue sumamente crítica en que la mentada añadidura pudiera formularse ante funcionarios del Registro Civil sin la debida publicidad, siempre que medie una solicitud de cambio de prenombre o apellido, *debe intervenir un juez*.

§ 62. El apellido de los hijos extramatrimoniales. El art. 64 CCC, en su tercer párrafo, se ocupa del apellido de los hijos extramatrimoniales. Si el hijo tiene un solo vínculo filial, porta el apellido de ese progenitor. Si el hijo detenta la filiación de ambos progenitores en forma simultánea, se procede del mismo modo que el dispuesto para los hijos matrimoniales.

Cuando la segunda filiación se determina con posterioridad, compete a ambos padres convenir el apellido. Si no lo pudieran acordar, será el juez quien disponga el orden, siempre teniendo en consideración el superior interés del niño.

§ 63. Persona menor de edad sin filiación determinada y persona que carece de apellido. La persona menor de edad sin filiación determinada debe ser anotada por el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas con el apellido que está usando, o en su defecto, con un apellido común (art. 65 CCC).

Por otro lado, la persona con edad y grado de madurez suficiente que carezca de apellido inscripto puede pedir la inscripción del que está usando (art. 66 CCC).

§ 64. Apellido de los cónyuges. Cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición "de" o sin ella. Esta primera regla del art. 67 CCC no reconoce diferencias entre los cónyuges de distinto sexo y del mismo sexo.

La *persona divorciada* o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo no puede usar el apellido del otro cónyuge, excepto que, por motivos razonables, el juez la autorice a conservarlo (art. 67 2º pfo. CCC).

El *cónyuge viudo* puede seguir usando el apellido del otro cónyuge mientras no contraiga nuevas nupcias, ni constituya unión convivencial (art. 67 pfo. 3º CCC).

§ 65. Cambio de nombre. El cambio de prenombre o apellido sólo procede si existen justos motivos a criterio del juez. El art. 69 CCC fija esta regla enunciando que "se considera *justo motivo*, de acuerdo a las particularidades del caso, entre otros, a":

a. el seudónimo, cuando hubiese adquirido notoriedad;

b. la raigambre cultural, étnica o religiosa;

c. la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada.

Se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad.

La regla es su *inmutabilidad*, entendida —ha puntualizado la jurisprudencia— como prohibición de modificarlo por acto voluntario y autónomo del individuo. Sin embargo, tal restricción no es absoluta y la excepción viene de la mano del art. 69 que estipula que solo es posible modificar el prenombre o el apellido si median justos motivos, cualidad que ha de evaluar el juez.

La enunciación de los *justos motivos* que brinda el precepto no es taxativa. De allí la utilización de los vocablos "entre otros", previo a enunciar algunos supuestos que dan lugar al cambio, debiendo siempre valorarse las particularidades fácticas. Por tanto, la misma es meramente ilustrativa. En orden a la valoración de su existencia, el juez se encuentra facultado para examinar con amplitud de criterio las distintas situaciones propuestas, para luego decidir si se ven afectados los principios de orden y seguridad o si existen razones que inciden en menoscabo de quien lo lleva y las circunstancias de hecho justifican el cambio pretendido. también se ha considerado que el criterio para apreciar los justos motivos debe ser particularmente benévolo si se trata de niños que, por su corta edad, aún no pueden haber extendido sus actividades fuera del ámbito familiar, puesto que tales cambios no podrían perjudicar de ninguna manera el interés social de la inmutabilidad. Y, que siempre, deberán ser apreciados aquellos invocados por el interesado y no los que, en abstracto, considere tales el magistrado.

La expresión "justos motivos" carece de una definición legal. No obstante, la jurisprudencia ha plasmado una interesante casuística en la materia, delineada por las circunstancias fácticas propias de cada caso. Como ejemplos, cabe mencionar: 1) el reconocimiento social y profesional del individuo que no perjudique a terceros; 2) todas aquellas razones serias y fundadas en situaciones tanto materiales como morales que merecen una detenida valoración jurisdiccional; 3) aquellos que derivan en serio agravio material o espiritual para los interesados, o por lo menos aquellos en los que la dificultad alegada reúna tanta razonabilidad que, a simple vista, sea susceptible de comprobación; 4) cuando su misma enunciación convoque a un significado despreciado o problemático, de modo evidente, en el ámbito social en que se desarrolla la vida de la persona; y 5) a fin de no desdibujar las razones de orden y seguridad que inspiran dicho principio, solo será posible cuando existan otros valores no menos atendibles, aunque respondan a motivaciones particulares, siempre que sean serios y justificados. En fin, se ha dicho que los *justos motivos* son aquellas causas graves, razonables y poderosas capaces de violentar el principio de estabilidad del nombre.

A su vez, se ha considerado que *no configuran* justos motivos: 1) toda razón frívola, toda causa intrascendente, toda justificación que no se funde en hechos que agravien seriamente intereses materiales, morales o espirituales del sujeto que pretende la modificación; 2) razones de orden sentimental, gusto, placer o capricho, ya que realizada su anotación en la respectiva partida, pasa a integrar los atributos de la personalidad del inscripto y se independiza automáticamente de las motivaciones que pudieron tener quienes estaban investidos de la responsabilidad parental en aquel

momento; 3) la privación de la responsabilidad parental tiene carácter reversible, razón por la cual no puede admitirse la supresión del apellido como consecuencia actual de esa sanción, a menos que el uso del apellido paterno comprometa el equilibrio psíquico o emocional de los hijos; en medida tal que justifique el cambio de nombre.

Otro tanto ocurre con la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada. En esta línea, es dable mencionar a: 1) la supresión de apellido paterno por causar agravio moral o comprometer el equilibrio psíquico o emocional de los hijos en medida que justifique el cambio; 2) el carácter vejatorio del prenombre o apellido para el interesado; y 3) que alguno de ellos agravie seriamente los intereses materiales, morales o espirituales del sujeto que aspira a obtener su modificación o cuando menos aquellos en los que la dificultad alegada reúna tanta razonabilidad que a simple vista sea susceptible de comprobación.

En suma, a partir de la concepción del nombre como un derecho humano que ha incorporado al análisis de las cuestiones que al mismo se refieran las pautas hermenéuticas propias de este tipo de derechos, las mismas habrán de evaluarse a la luz del principio pro homine que rige la materia. Admitida esta perspectiva, el principio de inmutabilidad del nombre que muchos han considerado irrefutable, no solo no será absoluto, sino que ha de ser reinterpretado de acuerdo al mencionado principio. Ello, y la elasticidad en el nuevo régimen, hacen presumir que la apreciación judicial se efectuará con un criterio amplio en vez del restrictivo que prevalecía hasta ahora.

§ 66. Cambio de nombre: procedimiento. Respetando el régimen procesal de cada provincia, en una única norma se establece cuáles requisitos se han de cumplir para que proceda el cambio, palabra que engloba a la adición, sustitución, supresión o modificación.

> **70. Proceso.** Todos los cambios de prenombre o apellido deben tramitar por el proceso más abreviado que prevea la ley local, con intervención del Ministerio Público. El pedido debe publicarse en el diario oficial una vez por mes, en el lapso de dos meses. Puede formularse oposición dentro de los quince días hábiles contados desde la última publicación. Debe requerirse información sobre medidas precautorias existentes respecto del interesado. La sentencia es oponible a terceros desde su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Deben rectificarse todas las partidas, títulos y asientos registrales que sean necesarios.

Por su parte, una vez firme, la sentencia debe ser notificada al Registro de origen de la inscripción para su registro, recién con su inscripción será oponible a terceros. En lugar de referirse a la rectificación simultánea "de las partidas de los hijos menores y la de matrimonio, si correspondiere" de modo general, la última oración prescribe que deben rectificarse todas las partidas, títulos y asientos registrales que sean necesarios. Incluye, por tanto, el documento nacional de identidad y toda documentación de reparticiones públicas o instituciones privadas, documentación académica, política- electoral, u otra.

§ 67. Acciones de protección del nombre. Como se ha visto, es un derecho y, a su vez un deber, tener un nombre. En consecuencia, su portador tiene determinadas acciones para protegerlo de quien lo desconoce o lo utiliza sin corresponderle.

Dice el art. 71 que *puede ejercer acciones en defensa de su nombre:*

a. aquel a quien le es desconocido el uso de su nombre, para que le sea reconocido y se prohíba toda futura impugnación por quien lo niega; se debe ordenar la publicación de la sentencia a costa del demandado;

En primer término, se encuentra prevista la **acción de reclamación o reconocimiento**, que es aquella que tiene la persona a quien se le ha desconocido o negado su nombre para que se le reconozca, prohibiéndose su ulterior impugnación. Se requiere, por tanto, que el demandado haya desconocido el nombre de quien lo porta legalmente. Este desconocimiento implica la necesidad de publicidad, que puede darse a través de publicaciones, radio, televisión o en forma verbal. Su redacción es equivalente a la del art. 20 de la derogada ley 18.248, con la salvedad de que en él los verbos se encontraban mencionados en tiempo condicional y actualmente se los consigna en modo imperativo. otra diferencia consiste en que la decisión de publicar la sentencia, que antes era discrecional para el juez, ahora siempre debe ser publicada, a costa del demandado.

b. aquel cuyo nombre es indebidamente usado por otro, para que cese en ese uso;

En segundo lugar, se contempla la **acción de contestación o usurpación del nombre**, mediante la que se habilita a su portador a accionar contra quien emplea indebidamente su nombre para que cese en esa conducta o también —como nos recuerda Pliner— cuando se utiliza el nombre ajeno para designar a terceras personas que no son sus titulares. Se está en presencia de una persona que, sin derecho, esgrime un nombre que le corresponde a quien acciona o a otro tercero. Es decir, se apodera o usurpa un nombre que no le pertenece.

c. aquel cuyo nombre es usado para la designación de cosas o personajes de fantasía, si ello le causa perjuicio material o moral, para que cese el uso.

La tercera y última acción que prevé la norma, es la denominada **acción por uso ilícito o impropio del nombre** o **acción de defensa del buen nombre**. Se está en presencia de alguien que utiliza el nombre de una persona para denominar a alguna cosa, personaje ficticio, marca o producto y ella —o, en su defecto, sus herederos— requieren la supresión del uso con el cual se identifica a una cosa o a un personaje ficticio porque tal comportamiento provoca al actor daño material o no material. La conducta no exige ser dolosa siendo suficiente que haya negligencia o culpabilidad.

En todos los casos puede demandarse la reparación de los daños y el juez puede disponer la publicación de la sentencia.

Las acciones pueden ser ejercidas exclusivamente por el interesado; si ha fallecido, por sus descendientes, cónyuge o conviviente, y a falta de éstos, por los ascendientes o hermanos.

En los tres supuestos que enuncia el art. 71 la acción principal tiene por objeto que se reconozca el nombre de aquel a quien se le ha desconocido o el cese del uso de un nombre por parte de un tercero que no le corresponde. Además, en todos los casos su legítimo portador se encuentra legitimado para reclamar y obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiera sufrido siempre que se encuentren configurados los presupuestos generadores de la responsabilidad civil: 1) antijuridicidad; 2) daño; 3) nexo de causalidad entre el daño y el hecho productor; y 4) factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad, temática que, específicamente, se encuentra regulada en el Libro tercero, título V, Capítulo 1 CCyC.

En las dos últimas, o sea en las acciones de usurpación del nombre y en las de uso impropio, la publicación de la sentencia queda a criterio del juez. Asimismo, no se encuentra prevista, como con anterioridad, la imposición de sanciones conminatorias. Esto no impide que el juez las imponga si se cumple con el supuesto general previsto en el art. 804 CCyC que otorga a los jueces potestad para "...imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder".

Un caso bastante común de usurpación se presenta cuando quien ha convivido utiliza el apellido de su pareja o así es denominada por su círculo social sin corregir el

error. Al respecto, la jurisprudencia ha considerado que la utilización del apellido del causante con el que la demandada hiciera vida marital, precedido de la partícula “de” implica adquirir una apariencia de pertenencia al grupo familiar creando una confusión de personas o familias y es allí donde radica el interés de la accionante, no resultando necesario que este fuera utilizado en actos jurídicos bastando que haya hecho un uso meramente social del mismo.

§ 68. Quién puede demandar en las acciones de protección del nombre. A diferencia de la ley 18.248, que otorgaba legitimación para demandar al interesado, a su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, sin efectuar distinción alguna entre ellos, en vida solo la tiene el damnificado directo. A su muerte, tienen el ejercicio de la acción sus descendientes, su cónyuge o conviviente; y solo en ausencia de ellos, los ascendientes o hermanos.

§ 69. Seudónimo. “El seudónimo *notorio* goza de la tutela del nombre”, dice el art. 72 CCC. Los jueces, por su parte, han precisado, en punto a la notoriedad, que para obtener la protección del derecho, quien emplea un seudónimo debe haber trascendido relativamente en su actividad a través de él, de modo tal que, al anunciárselo, se evoque a esta persona y no exista una posibilidad de confusión con otra. En consecuencia, la tutela judicial del seudónimo es equiparada en forma total a la del nombre. Se advierte entonces que, aun cuando no puedan configurarse a criterio del juzgador los justos motivos que permitirían autorizar el cambio de nombre por el del seudónimo notorio, esta característica sí resulta suficiente para que su uso sea protegido.

Domicilio

FUNDAMENTOS. El régimen del domicilio se simplifica, eliminándose la categoría del domicilio de origen. El domicilio es el lugar donde se reside habitualmente, pero quien tiene actividad profesional y económica lo tiene en el lugar donde la desempeña para las obligaciones nacidas de dicha actividad.

§ 70. El domicilio. El domicilio es un lugar dentro del ámbito geográfico territorial que la ley atribuye como asiento jurídico de la persona para la producción de determinados efectos jurídicos.

Esta imposición legal resulta necesaria a fin de que las personas puedan ser localizadas para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos. Es decir, toda persona física tiene el deber y el derecho de tener un domicilio, para así garantizar el funcionamiento del estado de derecho. Así es que el domicilio, en cuanto calidad personal que individualiza al sujeto, implica que es posible ubicar a la persona en el domicilio real o legal, atribuidos legalmente, a los efectos generales de la ley.

§ 71. El domicilio real (Art. 73 CCC). El Código asigna a la persona su domicilio real en base a la circunstancia de tratarse del lugar donde ella reside habitualmente. Se trata del lugar donde la persona desarrolla su vida en sentido amplio, en el ámbito donde centra y despliega sus actividades familiares, culturales, sociales, deportivas, de esparcimiento u otras; es decir, el lugar que el individuo elige para vivir con demostrada intención.

Aun en los casos excepcionales en que la persona no tenga un lugar de residencia habitual, sea porque se trate de un viajero constante, o se encuentre en estado de indigencia, o haya sufrido una catástrofe, o por otro motivo; nada obsta a que jurídicamente se considere que la persona tiene domicilio, pues a dichos supuestos se aplican las previsiones del art. 74, inc. c), o eventualmente las del art. 76 CCyC, en cuanto disponen en definitiva que la persona tiene su domicilio “en el lugar de su residencia actual” o “en el lugar donde se encuentre”.

Este tipo de domicilio resulta de aplicación general a la universalidad de derechos y obligaciones de la persona física, como asimismo ante la falta de un domicilio de excepción, sea legal o especial.

De la conexión de los arts. 73 y 77 CCyC se sigue que el domicilio real se conforma por dos elementos: uno de tipo *objetivo*, que es la residencia habitual, y el otro de carácter *subjetivo*, que consiste en la intención de permanecer en él. Si bien conceptualmente ambos pueden distinguirse, en definitiva, tanto el elemento objetivo como el subjetivo, remiten en la práctica a la demostración de dos hechos jurídicos unívocos: comprobar la residencia y la conducta que permita inferir la voluntad de permanecer en dicho sitio para vivir, lo cual queda supeditado a disposiciones de tipo procesal o administrativas a fin de dirimir la cuestión.

Al igual que sucede con los demás atributos de la personalidad, en este supuesto también se presenta el fenómeno de la unicidad, es decir, que la persona física no puede tener más que un solo domicilio, pues los efectos generales que dimanan de él

no admiten la coexistencia de varios domicilios reales, ya que dicha indeterminación generaría un caos jurídico.

En este sentido, cabe acotar que, si bien el CCyC prevé la existencia de cuatro tipos de domicilios diferentes para las personas físicas, debe atenderse a la extensión de los efectos asignados a cada uno de ellos: si son de carácter general, un solo domicilio puede tener virtualidad jurídica, sea el real o el legal; en cambio, si los efectos rigen para determinadas situaciones jurídicas particulares, no existe contradicción entre ellos y pueden subsistir válidamente en forma conjunta uno comercial o profesional y otro especial, junto al real o al legal.

Asimismo, cabe indicar que la persona puede ser centro de imputación jurídica en *domicilios de otro tipo* que haya consignado, conforme otras normas ajenas al CCyC, como la ley procesal en relación al domicilio constituido en juicio, o la ley administrativa en cuanto prevé la constitución de *domicilio fiscal*, que incluso, en ambos casos, pueden ser de carácter electrónico.

§ 72. Prueba del domicilio. Tratándose de la comprobación de una situación de hecho, cuya afectación puede ir en desmedro de importantes principios constitucionales (como los de defensa en juicio y debido proceso) y derivar en perjuicios graves al patrimonio de la persona, debe permitirse la mayor amplitud probatoria posible, de manera tal que se permita acreditar en forma fehaciente dónde reside efectivamente una persona en forma habitual; claro que lo dicho también rige para su refutación.

Es así que el domicilio puede probarse por constancias de documentos públicos (como los documentos de identidad, partidas, inscripción de los registros cívicos y otros) por declaraciones testimoniales, por documentos privados (cartas, postales y otros) y demás medios que los ordenamientos procesales u otras leyes especiales pongan a disposición de las partes.

§ 73. Domicilio comercial o profesional. En los casos en que una persona física ejerza el comercio por sí, o alguna actividad profesional, o más ampliamente alguna actividad económica, el artículo 73 dispone que, a los fines del cumplimiento de las obligaciones de quienes hayan contratado con él o que deriven de dicha actividad, su domicilio se sitúa en el lugar donde se desarrollan dichas tareas.

Tal solución, que da preferencia a este domicilio por sobre el domicilio real de la persona, resulta de toda justicia, pues no obliga a realizar averiguaciones o investigaciones respecto de la residencia habitual del agente económico para reclamar por eventuales incumplimientos y permite producir efectos jurídicos en el lugar donde

se desempeña la actividad, lo cual concuerda con los efectos del domicilio que regula el art. 78 CCyC.

§ 74. Domicilio legal. Se denomina "domicilio legal" al lugar fijado por la ley para el cumplimiento de efectos jurídicos en general, tal como se establece para el domicilio real, aunque atendiendo a circunstancias que pueden ser distintas de la residencia habitual (art. 74 CCC). En estos casos la ley atiende a situaciones jurídicas especiales, y en virtud de ellas, asigna el domicilio legal a la persona. Tiene carácter forzoso, lo cual implica que su elección y modificación no pueden ser realizadas libremente por la persona y, en esto, se diferencia del domicilio real. La norma en cuestión dice que :

> *Sólo la ley puede establecerlo, y sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales:*
>
> *a. los funcionarios públicos, tienen su domicilio en el lugar en que deben cumplir sus funciones, no siendo éstas temporarias, periódicas, o de simple comisión;*
>
> *b. los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que lo están prestando;*
>
> *c. los transeúntes o las personas de ejercicio ambulante, como los que no tienen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual;*
>
> *d. las personas incapaces lo tienen en el domicilio de sus representantes.*

§ 75. Digresión: el domicilio del Documento Nacional de Identidad. El Documento Nacional de Identidad no es "constitutivo" del domicilio que en él consigne una persona. Si bien se establece una obligación de comunicar un cambio de domicilio dentro de los 30 días (Ley 17.671 de Registro Nacional de las Personas, art. 47), el art. 73 tiene –como su antecesor del CC- efectos inmediatos pues "el cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de trasladar la residencia de un lugar a otro con ánimo de permanecer en ella" (art. 77 CCC, repitiendo la solución del art. 97 CC).

No obstante, esa misma norma fija un efecto sí relevante en el que tiene plena virtualidad el domicilio registrado en el D.N.I., y no se aplica la regla del 77 CCC: ello ocurre "a los efectos militares y electorales" (art. 47 ley 17.671)

§ 76. Domicilio especial. Se denomina "domicilio especial" al lugar que una persona *pacta en un contrato* para la producción de efectos jurídicos que dimanan del mismo (art.. 75 CCC). Es de carácter voluntario y facultativo, y no está sujeto a

formalidad alguna, conforme al principio de libertad de formas que rige el ámbito contractual. Cabe señalar que la constitución de domicilio especial tiene por efecto principal prorrogar la competencia jurisdiccional del territorio, es decir, ya no es más competente el juez que hubiera correspondido de acuerdo a las reglas procesales generales (art. 5° CCyC, para la jurisdicción federal y nacional), sino el juez que correspondiere al domicilio convenido.

Debe tenerse presente que la fijación de un domicilio especial en los contratos de adhesión a cláusulas generales predispuestas o en los contratos de consumo puede llegar a constituir una cláusula o práctica abusiva, en caso que la prórroga de jurisdicción deje en situación de indefensión a la contraparte o vulnere indebidamente sus derechos, es decir, que provoque un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de la partes, en perjuicio del consumidor, conforme los términos de los arts. 988 y 1119 CCyC. En caso de presentarse dicha situación, que afecta al orden público, los jueces se encuentran facultados para modificar esta estipulación y declarar su nulidad parcial, con sustento en las previsiones de los arts. 960, 989, 1094 y 1095 CCyC.

§ 77. Domicilio ignorado. El Código, tal como lo previó Vélez Sarsfield, adopta el criterio de la vigencia del último domicilio conocido (art. 76 CCC), para el supuesto de desconocerse el actual de la persona humana en cuestión.

Debe decirse que, a los efectos procesales, si el domicilio de alguna de las partes es desconocido y se han agotado todas las posibilidades de averiguarlo, corresponde notificar al interesado por edictos de acuerdo a las pautas que establezca el código de procedimientos pertinente (por ejemplo, conforme lo previsto por art. 145 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

§ 78. Cambio de domicilio: elementos objetivo y subjetivo. El cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de trasladar la residencia de un lugar a otro con ánimo de permanecer en ella (art. 77 CCC), ya que de lo contrario, si se mantiene la intención de regresar al anterior, aquel permanece vigente.

Debe entenderse que la intención de mutar el domicilio no se presume, sino que debe emanar de una manifestación expresa de la persona o de los acontecimientos particulares del supuesto concreto que se estudie.

Así pues, el cambio de domicilio opera de manera instantánea cuando coexisten un elemento objetivo —consistente en el cambio de la residencia— y uno subjetivo —representado por la intención de permanecer en el nuevo domicilio—. Es decir, el

traspaso del domicilio de la persona humana se da cuando ella toma una nueva residencia y tiene la intención de permanecer en la misma.

Por ende, la simple intención, sin ser acompañada por el objetivo hecho del traslado, no implica cambio de domicilio. En esa inteligencia, el mero abandono material de la residencia no implica el cambio del domicilio, como así tampoco el traslado de la residencia por cuestiones de enfermedad; excepto que, en este último caso, la intención definitiva sea permanecer en aquella. Además, el fin de cambiar el domicilio debe ser veraz, no con el solo ánimo de evadir obligaciones, perjudicar intereses de terceros o burlar la jurisdicción correspondiente a su efectivo domicilio o, en otros términos, que haya habido ejercicio abusivo de la facultad de cambiar domicilio. (CSJN, "DORN, Carlos", 13/07/1953, Fallos: 226:1953, entre otros).

§ 79. El domicilio: su efecto de determinación de competencias y la posibilidada de su "prórroga" voluntaria. El domicilio — real, legal o especial— determina la competencia judicial.

> **ARTÍCULO 78. Efecto**. El domicilio determina la competencia de las autoridades en las relaciones jurídicas. La elección de un domicilio produce la prórroga de la competencia.

Asimismo, el texto en estudio también admite la prórroga de aquella, para el supuesto de que se haya elegido un domicilio. El efecto sobresaliente de la elección de un domicilio especial es conferir competencia a los jueces con jurisdicción en el domicilio elegido. Es decir, la elección de un especial importa la prórroga de la competencia territorial. Por ende, mediante la elección de un domicilio constituido, las partes pueden someter el procedimiento a un magistrado que, de acuerdo a las normas procesales que rigen la competencia territorial, carecería de competencia para entender en el proceso, siempre y cuando no se vea afectado el orden público.

Ahora bien, debe señalarse que la prórroga de la competencia producida por la elección de un domicilio no se puede admitir cuando aquella no pueda ser atribuida en virtud de la materia en cuestión. Cabe citar, como ejemplo, aquellas cuestiones en que indefectiblemente deba entender la Justicia Federal.

Empero, debe apuntarse que la prórroga de la competencia pierde virtualidad cuando existe fuero de atracción por sucesión, concurso o quiebra, ya que, por lo general, los procesos son atraídos por el juez que entiende en el juicio universal.

A su vez, también puede perder eficacia la prórroga de competencia frente a cuestiones procesales que determinen el desplazamiento de aquella, como se presenta en supuestos de conexidad y acumulación de procesos.

Ausencia

§ 80. Los efectos civiles de la "ausencia" de una persona. El Código contiene la regulación de los efectos y las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales para los casos de personas ausentes.

El concepto de ausencia (no presencia) de una persona, en sentido técnico jurídico, incluye la incertidumbre acerca de su existencia con vida, que se acentúa en la medida que transcurre mayor tiempo.

La ausencia de una persona puede ser simple o calificada. La ausencia simple consiste en la desaparición de una persona de su domicilio, sin tener noticias de ella, ni haber dejado apoderado o, en caso de existir apoderado, que aquel cuente con poder insuficiente o no desempeñe el mandato convenientemente. La ausencia simple no debería generar, en principio, sospechas de fallecimiento ni adoptar medidas sobre sus bienes en tanto la ausencia no se prolongue en el tiempo. Se encuentra regulada por los arts. 79 al 84 CCyC.

En cambio, la ausencia calificada ocurre cuando, en virtud del transcurso prolongado del tiempo (caso ordinario) o de las circunstancias de la desaparición —como un naufragio o un accidente aéreo— (caso extraordinario), cabe presumir que la persona ausente se encuentra fallecida. En estos últimos supuestos no hay certezas de la muerte de la persona ausente, por lo que puede aparecer posteriormente con vida. Sin embargo, se le atribuye el efecto de la presunción de fallecimiento por reunir determinados elementos que revisten interés para el orden jurídico.

§ 81. El caso de la "ausencia simple". Los supuestos a los que refieren los arts. 79 a 84 CCyC se verifican cuando una persona se ausenta de su domicilio o del lugar habitual de su residencia o actividades sin que se tenga noticia alguna de ella y no pueda deducirse, prima facie, que la persona haya fallecido. Esta es la *ausencia simple* que, en realidad, supone una situación de incertidumbre sobre el estado de la persona.

> **79. Ausencia simple.** Si una persona ha desaparecido de su domicilio, sin tenerse noticias de ella, y sin haber dejado apoderado, puede designarse un curador a sus bienes

si el cuidado de éstos lo exige. La misma regla se debe aplicar si existe apoderado, pero sus poderes son insuficientes o no desempeña convenientemente el mandato.

"Pueden pedir la declaración de ausencia, el Ministerio Público y toda persona que tenga interés legítimo respecto de los bienes del ausente" (art. 80 CC). El interés legítimo debe invocarse y verificarse de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso concreto y, de mediar urgencia, puede solicitarse la adopción de distintas medidas conservatorias del patrimonio del ausente.

En algunos casos, ese interés estará dado por lo vínculos familiares y/o el parentesco; en otros, por motivos estrictamente patrimoniales como la acción que pudieren promover el mandatario o el administrador o el socio dejado por el ausente, entre otros.

Ès competente el *juez del domicilio del ausente*: si no lo tuvo en el país, o no es conocido, es competente el juez del lugar en donde existan bienes cuyo cuidado es necesario; si existen bienes en distintas jurisdicciones, el que haya intervenido primero (Art. 81 CCC)

El art. 82 CCC regula un procedimiento por el que el presunto ausente debe ser *citado por edictos durante cinco días*, y si vencido el plazo no comparece, se debe dar intervención al defensor oficial o en su defecto, nombrarse defensor al ausente.

El Ministerio Público es parte necesaria en el juicio y si antes de la declaración de ausencia se promueven acciones contra el ausente, debe representarlo el defensor (art. 82 CCC 2º pfo).

En caso de urgencia, el juez puede designar un administrador provisional o adoptar las medidas que las circunstancias aconsejan (art. 82 CCC pfo 3º).

§ 82. La sentencia de "ausencia simple". La sentencia hará mérito a las circunstancias que surjan de la prueba producida en el expediente y, en su caso, declarará la ausencia:

83. Sentencia. Oído el defensor, si concurren los extremos legales, se debe declarar la ausencia y nombrar curador. Para la designación se debe estar a lo previsto para el discernimiento de curatela (..).

En este marco la norma preceptúa además que:

- El curador sólo puede realizar los *actos de conservación y administración ordinaria de los bienes*. Todo acto que exceda la administración ordinaria debe ser autorizado por el juez; la autorización debe ser otorgada sólo en caso de necesidad evidente e impostergable.

- Los frutos de los bienes administrados deben ser utilizados para el sostenimiento de los descendientes, cónyuge, conviviente y ascendientes del ausente.

Esta curatela termina por: a. la presentación del ausente, personalmente o por apoderado; b. su muerte; c. su fallecimiento presunto judicialmente declarado (art. 84 CCC).

§ 83. La presunción de fallecimiento. A diferencia de la ausencia simple, regulada en los arts. 79 al 84 CCyC, el procedimiento ante la ausencia con presunción de fallecimiento no se limita a resolver los conflictos de bienes sin administrador, sino que tiende a equiparar al ausente con una persona probadamente fallecida. Las diferencias entre estas últimas son básicamente la necesidad del inventario y la falta de legitimación de los herederos y legatarios para disponer de los bienes durante la prenotación.

En los casos denominados "ordinarios", la presunción de fallecimiento deriva del prolongado transcurso del plazo o del término previsto por la ley. Para que se configuren esos supuestos se requieren tres requisitos: 1) el hecho de que la persona se encuentre ausente de su domicilio; 2) la falta de noticias sobre la existencia de esa
persona; y 3) el transcurso del término o plazo de tres años.

Por otro lado, existen los casos denominados "extraordinarios", que según lo dispuesto por el art. 86 CCyC, son aquellos supuestos en los que la persona ausente se encontraba en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante susceptible de ocasionar la muerte, o participó de una actividad que implique el mismo riesgo, y no se tiene noticia de él por el término de dos años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido (*caso extraordinario genérico*).

Lo mismo ocurre en el caso que, encontrándose en un buque o aeronave naufragado o perdido no se tuviese noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido (*caso extraordinario específico*).

Las circunstancias invocadas para configurar tanto los casos ordinarios como los extraordinarios deberán ser acreditadas en un juicio, de conformidad con el procedimiento establecido por el CCyC. Se trata de un proceso en el que los interesados deberán realizar las diligencias que ordene el juez para intentar conocer el paradero de

la persona ausente. de esa forma, el nuevo texto civil y comercial incluye aspectos procesales en su regulación.

Este instituto no debe confundirse con aquellos casos en que existe certeza sobre la muerte de una persona, pero no se ha podido encontrar o identificar su cadáver. Estos últimos constituyen un supuesto distinto al analizado en este Capítulo y se encuentra regido en el segundo párrafo del art. 98 CCyC.

§ 84. Legitimados para solicitar la declaración de fallecimiento presunto. El Código adopta un criterio amplio de legitimidad activa: cualquier persona que acredite tener algún derecho derivado de la muerte de la persona ausente puede peticionar judicialmente la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento (art. 87 CCC). La norma no distingue entre los casos ordinarios ni extraordinarios previstos en los arts. 85 y 86 CCyC, respectivamente.

Cabe destacar que la acción no se limita a quienes tienen vocación hereditaria o son eventuales herederos testamentarios o legatarios. La posibilidad de que toda persona que tenga algún derecho subordinado a la muerte del ausente pueda iniciar el proceso resulta razonable en tanto pueden ser personas interesadas: un ex cónyuge aun cuando estuvieren divorciados, los acreedores cuando tengan subordinada la posibilidad de exigir la prestación a plazo o condición de muerte, los socios, condóminos, el representante del Fisco, el Ministerio Público de la defensa, el beneficiario de un seguro de vida, el mandatario, el progenitor que comparta la responsabilidad paternal de un niño, etc.

La parte final del art. 87 CCC establece que es competente el juez del domicilio del ausente.

§ 85. Procedimiento. El Código establece un procedimiento para intentar hallar a la persona ausente. A esos fines, una vez iniciado el proceso, dispone el art. 88 CCC, el juez/a deberá necesariamente designar un defensor de la lista de abogados o dar intervención al defensor/a oficial que corresponda, quienes cumplen el rol de representar los intereses del ausente hasta la declaración de fallecimiento. No surge expresamente de la norma que hubiese orden de preferencia en la designación de un defensor para el caso o del defensor oficial, por lo que quedaría librado a criterio del magistrado.

La citación por edictos debe realizarse una vez por mes durante seis meses. La publicación debe efectuarse con el apercibimiento de declararse presumido el fallecimiento, si el ausente no se presenta.

En la actualidad, la citación por edictos puede resultar vetusta. No obstante, el texto no impide que la publicación de edictos se lleve a cabo por otros medios además del Boletín oficial. No hay obstáculos, por ejemplo, para que en un tiempo próximo se realice también mediante redes sociales.

Como puede observarse, el Código prevé un procedimiento similar al de las ausencias simples, sin embargo, presenta algunas notas distintivas. En este aspecto, en las ausencias con presunción de fallecimiento la designación del defensor es previa a la citación por edictos, mientras que en la ausencia simple solo se realiza si la persona no comparece luego de la publicación de edictos.

§ 86. Curador a los bienes. Para los casos en que haya bienes que deben ser cuidados, la designación del curador posee una utilidad indispensable. Su nombramiento recaerá en la persona que el juez/a elija.

En tal sentido, el Código no limita la designación de un curador/a en los casos en que no haya apoderado con poder suficiente para administrar los bienes, sino también prevé para los supuestos en que se considere que el apoderado no está cumpliendo con su mandato correctamente.

En este último supuesto, la designación de un curador debe efectuarse a petición del defensor oficial o del tercero que tenga algún interés en que los bienes sean administrados en forma adecuada. No obstante, tampoco habría impedimento para que el juez/a del proceso lo hagan oficiosamente, en la medida que los códigos procesales les confieren facultades ordenatorias como el art. 36 CPCCN.

A diferencia de lo previsto en el art. 79 CCyC respecto de las ausencias simples, en que la designación del curador es facultativa, en estos supuestos la designación del curador es obligatoria para los casos en que no haya mandatario o que no desempeñe correctamente su cometido.

§ 87. La relación con la declaración de simple ausencia. En forma expresa, el art. 88 CCC establece que la declaración de simple ausencia no constituye presupuesto necesario para la declaración de fallecimiento presunto, ni suple la comprobación de las diligencias realizadas para conocer la existencia del ausente. Se trata de dos procedimientos autónomos, aunque resulten conexos entre sí, por lo que de empalmarse ambos, tramitarían ante un mismo juzgado.

Es decir, la simple ausencia no es un paso previo a la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento. Más aún, ni siquiera reemplaza la comprobación de las medidas destinadas a hallar al ausente.

En todos los casos es necesaria la demostración de que se han realizado diligencias tendientes a averiguar la existencia y la falta de noticias del ausente. La trascendencia de los efectos de la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento impide que sea dictada en forma mecánica por la sola concurrencia de los presupuestos establecidos. deben evaluarse todas las circunstancias de hecho que sean idóneas para generar en el juzgador la convicción de una probabilidad fundada de muerte.

Sin perjuicio de lo anterior, en virtud del principio de economía procesal que prevalece en el derecho procesal, los elementos de prueba aportados en el proceso de ausencia simple podrán ser valorados conjuntamente con los demás elementos aportados al juzgar la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento.

§ 88. La declaración del fallecimiento presunto. *Pasados los seis meses, recibida la prueba y oído el defensor, el juez debe declarar el fallecimiento presunto si están acreditados los extremos legales, fijar el día presuntivo del fallecimiento y disponer la inscripción de la sentencia*, establece el art. 89 CCC, en tanto la norma subsiguiente estabece las pautas para la determinación de esa fecha presunta.

La sentencia tiene, por lo tanto, efectos retroactivos al día y la hora indicados como presuntivos del fallecimiento, produciendo los efectos personales y patrimoniales desde ese momento.

A los fines de su publicidad para terceras personas, el juez debe ordenar la inscripción de la sentencia mediante oficio judicial en el correspondiente Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento tiene efectos respecto de las demás personas, incluidas todas aquellas que no hayan participado en el proceso (erga omnes).

Sin embargo, cabe destacar que la sentencia no causa cosa juzgada material respecto de la muerte del ausente, por lo que puede ser modificado si se prueba lo contrario. obviamente, la presunción concluye en caso de reaparición del ausente.

§ 89. Entrega de los bienes del declarado presuntamente fallecido. Inventario y “prenotación”. El Código establece en el art. 91 CCC el procedimiento para entregar los bienes del declarado ausente a sus herederos y legatarios. En tal sentido dispone que, con carácter previo, deba formarse un inventario de todos los bienes. Si bien no surge expresamente de la norma, la doctrina mayoritaria sostiene que el inventario debe realizarse por escritura pública y con citación de todos los

interesados, aunque no es necesario realizar un avalúo. En el caso de los bienes inmuebles y muebles registrables, ellos deben anotarse en el respectivo registro con un preaviso o constancia que el Código denomina “prenotación”.

La prenotación consiste en la anotación marginal en el folio del registro correspondiente al bien inmueble o mueble registrable de que el transmitente es una persona que ha sido declarada ausente con presunción de fallecimiento. Los sucesores del ausente declarado son titulares de un dominio que es revocable ante la reaparición del ausente o por la existencia de noticias de aquel. Por ello, el dominio así inscripto es un dominio imperfecto.

Desde la fecha de ese registro comienza a computarse un plazo de cinco años o hasta que el presunto ausente cumpliese 80 años (art. 92 CCyC), durante el cual no podrá enajenarse ni gravarse, sin la previa autorización judicial.

Es decir, podrán realizarse actos de administración, e inclusive de partición del bien prenotado (con la salvedad de estar sujeta a la eventualidad de que reaparezca el ausente). Pero únicamente podrá enajenarse o gravarse mediante orden judicial. El motivo de esa prohibición consiste en que la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento puede proceder aun cuando existiesen sospechas de que la persona está viva y, en caso de que la persona aparezca, podría pedir la devolución de la cosa.

Si entregados los bienes se presenta el ausente o se tiene noticia cierta de su existencia, queda sin efecto la declaración de fallecimiento. En tal caso, el interesado podrá solicitar que le sean reintegrados todos los bienes. Sucede que la declaración de fallecimiento presunto no causa cosa juzgada material, esto quiere decir, que puede ser modificado en caso de pruebas en contrario.

Una vez concluido el período de prenotación por las causas previstas en el art. 92 CCyC (es decir, que transcurriesen 5 años desde la fecha presuntiva de fallecimiento u 80 años desde el nacimiento de la persona) o si reaparece el presunto ausente, se ordenará el levantamiento de la prenotación en el respectivo registro.

Una vez transcurrido uno u otro plazo se equiparan en gran medida los efectos del presunto fallecimiento con el de la muerte cierta. En ese caso, la inscripción de bienes inmuebles y muebles registrables no estará sujeta a restricciones de dominio, como tampoco resultará necesario el inventario de bienes para su entrega a herederos y legatarios.

En el caso de que el presunto ausente aparezca, puede peticionar la entrega de los bienes, en el estado en que se encuentren, y los adquiridos con el valor de los que faltan o en precio de los que fueron enajenados. Los frutos percibidos hasta la reaparición son del poseedor de buena fe, cuya propiedad deriva de su percepción, salvo que aún no hayan sido consumidos.

Fin de la existencia de las personas.

§ 90. Fin de la existencia de las personas. Así como a la legislación civil le interesa el comienzo de la persona humana, también le interesa lo relativo a su extinción, ya que el fin de la existencia de la persona trae consigo el cese de la personalidad e importantes consecuencias jurídicas en el campo del derecho en general; y en el civil, de manera particular. Por citar una modificación sustancial, pasa a regir un plexo normativo propio como lo son las disposiciones referidas al derecho sucesorio que se encuentran concentradas en el Libro V, transmisión de derechos por causa de muerte. El fin de la existencia de la persona humana se relaciona con un hecho biológico: la muerte o fallecimiento.

> **94. Comprobación de la muerte.** La comprobación de la muerte queda sujeta a los estándares médicos aceptados, aplicándose la legislación especial en el caso de ablación de órganos del cadáver.

El Código adopta una regulación flexible al disponer que la comprobación de la muerte queda sujeta a estándares médicos aceptados que pueden ir variando en el tiempo.

Al respecto, la ley 21.541 dispone en el art. 23: "*El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta: a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) Ausencia de respiración espontánea; c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI). La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible*".

De este modo, el CCyC mantiene el sistema de comprobación de la muerte de una persona, que se relaciona con las tres funciones vitales: cardiocirculatorias, respiratorias y neurológicas. Ellas están debidamente reflejadas en la Ley de trasplante de órganos, siendo un elemento central para dicha normativa que acontezca el fallecimiento de una persona.

Todo lo relativo a la prueba del fallecimiento se regula conjuntamente con la prueba de otros hechos relevantes en lo atinente con la persona humana: el nacimiento y la edad (Capítulo 9).

Se mantiene, con una relación simplificada, la regla de "conmoriencia", ahora plasmada en el art. 95 CCC, según la cual *"se presume que mueren al mismo tiempo las personas que perecen en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, si no puede determinarse lo contrario".*

Prueba y registros del nacimiento, de la muerte y de la edad

§ 91. Documentos probatorios. Las "partidas" (actas foliadas) del Registro Civil son las que prueban los eventos de nacimientos y de fallecimientos, conforme lo regla el art. 96 CCC:

> **ARTÍCULO 96. Medio de prueba.** El nacimiento ocurrido en la República, sus circunstancias de tiempo y lugar, el sexo, el nombre y la filiación de las personas nacidas, se prueba con las partidas del Registro Civil.
>
> Del mismo modo se prueba la muerte de las personas fallecidas en la República.
>
> La rectificación de las partidas se hace conforme a lo dispuesto en la legislación especial.

En consonancia con la postura que adopta el CCyC de remitir a legislaciones especiales para acentuar la perspectiva integral y general de todo el ordenamiento jurídico, se afirma que todo lo relativo a la rectificación de las partidas, que prueban la inscripción de nacimientos como de defunciones, se rigen por lo dispuesto en la ley 26.413 (Ley del Registro Civil). El art. 97 trata el caso de *Nacimiento o muerte ocurridos en el extranjero, los que "*se prueban con los instrumentos otorgados según las leyes del lugar donde se producen, legalizados o autenticados del modo que disponen las convenciones internacionales, y a falta de convenciones, por las disposiciones consulares de la República".

§ 92. Falta de documentos probatorios: fecha de nacimiento y muerte y determinación de la edad. Sólo si no hay registro público o falta o es nulo el asiento, el nacimiento y la muerte pueden acreditarse por *otros medios de prueba*, dice el art. 98 CCC.

La determinación de la edad es otra situación de excepción debido a la falta de inscripción de nacimiento de una persona que, a medida que el tiempo pasa, es más difícil poder contar con prueba fehaciente sobre el nacimiento y, con ello, la edad (al menos presuntiva) que ostenta la persona para proceder a determinarla e inscribir el correspondiente nacimiento y expedición del pertinente certificado con el cual se podrá emitir el documento nacional de identidad, todos estos instrumentos que hacen a la identidad de una persona y que son básicos para desarrollarse en la vida en sociedad.

> **ARTÍCULO 99. Determinación de la edad.** Si no es posible establecer la edad de las personas por los medios indicados en el presente Capítulo, se la debe determinar judicialmente previo dictamen de peritos.

El CCC adopta el principio de amplitud probatoria a los fines de la determinación de la edad de una persona que carece de la correspondiente inscripción y que, justamente, para ello es necesario determinar la edad.