

La tutela de la persona humana



DR. GERARDO FABIÁN MUÑOZ

Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil
y Comercial, Sala II. Rosario.

Para poder comenzar a explicar la moderna y protectora regulación que hace de la persona humana el nuevo código civil unificado, lo primero que debemos preguntarnos es acerca de cuál ha sido la evolución que la misma ha tenido en el derecho privado argentino y sobre qué criterios se ha ido desarrollando nuestra legislación nacional. Para ello debemos comenzar por observar al Código de Vélez. En él se vinculó la persona a la familia y a las relaciones civiles. La mejor muestra de ello es la denominación que se le dio al Libro I de dicho cuerpo legal. Ante esta regulación, acertadamente, se sostiene que aquí «*la persona no está tratada en sí misma como un sujeto de derecho sino como un integrante de una comunidad: la familia y como sujeto de relaciones jurídicas en las que siempre hay otro con quien estar vinculado como acreedor o deudor... Por lo tanto, el derecho de las personas construido con el material del Código Civil y la arquitectura de la doctrina dio por resultado un derecho de personas caracterizado por: - concebir a la persona como elemento de la relación jurídica; - centrado en la capacidad para contratar; - carente de un tratamiento de la persona en sí misma y de sus derechos fundamentales*»¹. Dentro de este contexto es que se ha afirmado, con fina ironía,

que en la concepción decimonónica de la persona, ésta era, preferentemente, «*varón, mayor de edad y propietario*».²

El transcurso del tiempo y las reformas parciales producidas no variaron en demasía esa concepción.

Así, podemos recordar que la ley 17.711 introdujo cambios que no modificaron aquellos paradigmas: se redujo la mayoría de edad de 22 a 21 años; se incorporó el instituto de la emancipación por habilitación de edad a los 18 años; se introdujo la figura del inhabilitado en el art. 152 bis, se amplió la regulación de los enfermos mentales y se suprimieron restricciones que afectaban en forma discriminatoria a las mujeres.

En el correr del tiempo, aparecen nuevas cuestiones. Sin embargo, nuestro derecho positivo nada decía acerca del impacto tecnológico en la concepción de la persona; de la creciente expansión de los derechos personalísimos; de la necesidad de ampliar la protección de los débiles mentales; de la flexibilización de las rígidas categorías existentes en materia de incapaces, de una regulación del nombre acorde a nuevos tiempos, y así podríamos seguir con la enumeración.

El vacío legal no reflejaba el arduo trabajo de la doctrina iusprivatista nacional. El cambio se comienza a advertir a partir de lo que se ha llamado el Derecho Civil Constitucional. Aquí surge una mirada distinta de las instituciones y se produce el inicio de un proceso que deriva en la reforma constitucional del año 1994 -con el conocido inciso 22 del art. 75 C.N.-, en donde aparecen una serie de textos que tienen absoluta relevancia en esta temática e inciden directamente sobre las normas de fuente interna. En forma coincidente se había producido también el dictado de ciertas leyes que lograron una modernización de nuestro derecho de fuente interna sobre las personas físicas -en particular en lo relativo a su capacidad-, entre las que debemos destacar la Ley N° 26.061 de niños, niñas y adolescentes, la cual implicaba, en aquel contexto, un significativo avance en relación al reconocimiento y funcionamiento del principio de autonomía³.

Se observa así que en el derecho privado argentino, a partir del impacto que provoca la reforma constitucional de 1994, comienza una incipiente pero sustancial modificación en los paradigmas estructurales que lo conformaban⁴.

La reforma del año 1994 no solamente incorporó a la constitución materias que son

propias del derecho privado sino que, por el art. 75 inciso 22, proporcionó una regla fundamental en materia de fuentes cuando dispuso que los tratados y concordatos tienen una jerarquía superior a las leyes. Estos tratados, que constituyen lo que se ha denominado el derecho supranacional de los derechos humanos, contienen numerosas cuestiones de derecho civil, muchas de ellas relativas a las personas. Lo hacen desde la perspectiva de que es la persona el centro del derecho y que no se la debe mirar solamente desde el eje de lo patrimonial. Este abordaje que realizan, por lo demás, responde a paradigmas de actualidad, con el uso de terminología apropiada y un enfoque mucho más dinámico en las regulaciones propuestas.

Todo ello no hacía sino poner de manifiesto la clara contradicción existente entre la postura filosófica y el modo de resolución de conflictos que estaban contenidos en el código -mucho más clásico en su estructura y filosofía- frente a lo que ocurría con las normas de fuente internacional. Se plantea así la cuestión de las relaciones entre la norma constitucional y las normas ordinarias; entre lo que la constitución dispone como derechos y deberes y lo que se impone tanto por el código civil como por los microsistemas nacidos en la órbita del derecho privado.

Se había sostenido que debía hacerse una nueva lectura del código civil y de estos microsistemas, a la luz de la Constitución. Esto forma parte del denominado «diálogo de las fuentes». Sin embargo, dicho «diálogo» se producía entre una constitución, que enfatiza sobre la relevancia de los derechos humanos, y un código que permanecía aferrado en algunas instituciones a lineamientos decimonónicos⁵. Lo deseable era que una reforma integral de nuestro derecho privado proporcionara nuevas soluciones, de acuerdo a principios protectorios contemporáneos.

Estábamos ante una perspectiva de cambio, en donde el régimen del código del siglo XIX debía necesariamente adaptarse a nuevos criterios a partir de una visión de la persona en la sociedad que se había modificado sustancialmente.

Todo esto originaba la necesidad de armonizar dichos sistemas ya que, en algunos casos, la aplicación de las distintas normas en vigencia podía llevar a soluciones contradictorias o directamente enfrentadas entre sí.

El título I del Libro I del nuevo código está dedicado a la Persona Humana. Encontramos aquí aportes novedosos al

derecho privado nacional. Trataremos en forma breve de exponer algunos de ellos sin pretensión de poder completar toda esa temática en el presente.

Las observaciones que se realizan son un modesto aporte y siempre en relación a algunas de las soluciones que, en particular, se han adoptado o han sido omitidas en determinados institutos.

I. Persona Humana

Hemos ya puntualizado que era necesario, en el ámbito de la regulación de las personas, abandonar la postura de Vélez que concebía a ésta como titular de relaciones jurídicas, para pasar a un criterio protectorio que se ocupe, en primer orden, por regular a la persona considerada sobre sí misma.

Es relevante la adopción de la terminología «persona humana» para referirse al ente que el código denominaba «persona de existencia visible». En el derecho comparado se han utilizado distintas denominaciones como, por ejemplo, persona natural (códigos español y ecuatoriano, proyecto de 1936 y anteproyecto de 1954) o persona física (códigos italiano, paraguayano y de Costa Rica).

Se sigue, en líneas generales, el proyecto de reforma del año 1998, pero se avanza en determinados lineamientos respecto de éste, por ejemplo, en lo atinente a la cuestión del comienzo de la existencia.

No se define a la persona humana. Lo consideramos correcto por ser un concepto que proviene de la naturaleza y, por ende, ser anterior a la ley.

Al desvincular la noción de persona de la noción de la capacidad de derecho, se supera así la caracterización que hacía el sistema anterior: «*se era persona por tener capacidad de derecho*». La noción de persona es anterior a la de capacidad; esta última es «*a posteriori*» de aquella⁶. Se tiene capacidad porque se es persona y no a la inversa. Lo contrario importaba confundir al sujeto con uno de sus atributos.⁷

I.1. Comienzo de la existencia

El artículo 19 expresa que «*la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En caso de técnicas de reproducción asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado*».

Encontramos en este artículo una de las grandes novedades que incorpora el código. Aparece lo que, para algunos, constituye un doble régimen para el comienzo de la personalidad⁸. Así se diferencian aquí dos posibles situaciones: respecto de los casos en los que la fecundación es natural, se reproduce el sistema más tradicional, al considerar que principia la existencia dicha persona con su concepción en el seno materno; en los supuestos de fecundación asistida⁹, se considera que el comienzo se produce con la implantación del embrión en el útero materno.

Estamos ante uno de los artículos de la parte general que mayor debate generó antes de su aprobación¹⁰ y ante el que se vislumbran posibles planteamientos acerca de su constitucionalidad¹¹.

La problemática de las técnicas de fecundación artificial solamente han merecido que el legislador las aborde desde la perspectiva del comienzo de la existencia de las personas, sin perjuicio de la regulación especial a dictarse en el futuro para el supuesto de los embriones no implantados.

I.2. Nacimiento con vida

Se sigue manteniendo, en concordancia

con la solución que brindaba el código anterior, que los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió (art. 21). Igual solución daba el proyecto de reformas del año 1998. No nos parece correcta la fórmula utilizada para el caso de que no nazca con vida. Se ha sostenido por caracterizada doctrina que el no nacimiento lo que provoca no es la consideración de la no existencia de la persona, ya que atenta contra el principio de que algo no puede ser y no ser al mismo tiempo. Por otro lado, resulta contradictorio-en tanto y en cuanto, que se afirme la existencia de la persona (art. 19) para luego sostener que esa misma persona nunca existió si no nace con vida (art.21)¹². El no nacimiento lo que extingue irrevocablemente, con efecto retroactivo, son los derechos adquiridos o las relaciones jurídicas de la que era parte esa persona por nacer, pero no la existencia de dicha persona hasta ese momento, pues el cese de la calidad de persona opera hacia el futuro¹³. La reforma ha preferido, sin embargo, conservar la solución que tenía el código de Vélez en esta materia.

II. Capacidad. Principios Generales

II. 1. Capacidad de derecho

En el marco de cambio de los paradigmas originales que se venía gestando en nuestro derecho nacional, se debe inscribir la regulación que hace el nuevo código del atributo capacidad.

Se sigue aquí el criterio tradicional de la construcción de la capacidad jurídica y su correlación con la titularidad de derechos subjetivos. La capacidad de derecho, en consecuencia, importa la aptitud para ser titular de derechos subjetivos. A esto se le suma la regla de la flexibilidad de esta clase de capacidad: el ordenamiento jurídico impone límites a esa aptitud genérica de la persona estableciendo que se puede privar o limitar esa capacidad en razón de consideraciones de orden superior respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados (art. 22).

Este ha sido siempre el criterio generalizado de la doctrina argentina civilista más destacada y es el criterio que seguía el proyecto de 1998. No es menos cierto que también destacada doctrina comparada, en particular del derecho italiano, ha comenzado a sostener que esta posición im-

porta un achicamiento de la noción de la capacidad jurídica en tanto y en cuanto hoy se le reconocen intereses al sujeto por su condición de tal, que no se corresponden con el modelo conceptual del derecho subjetivo. Así se ha sostenido que sería más adecuado hablar de la capacidad de derecho como la aptitud potencial de ser titular de intereses tutelados por el derecho y no sólo de derechos¹⁴.

II.2. Capacidad de ejercicio

Se reemplaza la expresión capacidad de hecho por capacidad de ejercicio, siguiendo en ello al Código Civil Francés (art. 23).

El texto aprobado se mantiene en concordancia con el de capacidad jurídica y dentro de la concepción de vincular este tipo de capacidad con los derechos, aunque ya dijimos que esto responde limitadamente a los intereses que tiene toda persona como destinataria y que, sin embargo, en distintas oportunidades trascienden la mera referencia al ejercicio de los derechos¹⁵.

II.3. Incapaces de ejercicio

Se conserva la denominación genérica de incapaces para aquellos que lo sean

de ejercicio, con tres supuestos: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2 del capítulo 2 (persona menor de edad) y, c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión (art. 24).

II.3.1. Persona menor de edad

El nuevo artículo 25 establece que «*Menor de edad es la persona que no ha cumplido DIECIOCHO (18) años...*»

La modificación de la edad que contenía el sistema anterior para alcanzar la mayoría (21 años) había sido en su momento una deuda imprescindible del derecho argentino de fuente interna frente a las disposiciones que contenían una serie de estatutos normativos internacionales, constitucionales o supraleales, entre los que se debe citar a la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989, incorporada constitucionalmente a través del art. 75 inciso 22 Constitución Nacional - la que ya había sido aprobada por ley 23.849 del año 1990-, como también lo mismo podía predicarse respecto de normas locales, como la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de setiembre de 2006. Pero

también era necesaria lograr una armonía en las soluciones de cara a la legislación mayoritaria de los restantes países integrantes del Mercosur (Brasil, Uruguay, Paraguay, Ecuador, Colombia, Perú).

Un adelanto de la reforma integral producida por la sanción del nuevo código se encuentra en la ley 26.579, que anticipó la mayoría de edad a los 18 años, solucionando el problema generado entre el anterior código y las normas de rango constitucional que fijaban la misma en los 18 años. Ello había generado distintas posturas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que iban desde los que sostenían la necesidad de declarar la inconstitucionalidad del anterior art. 126 del código¹⁶ a los que consideraban lisa y llanamente que dicha norma estaba derogada tácitamente y, por último, los que proclamaban la necesidad de dictar una legislación especial para las personas comprendidas en la franja entre los 18 y 21 años de edad, quienes ya no serían niños pero sí menores de edad.

Todas estas cuestiones de compleja resolución han quedado zanjadas, primero por la ley 26.579 y ahora por el código unificado, que ratifica la solución adoptada de considerar mayor a la persona que cumple 18 años de edad.

El nuevo código introduce aquí, además, otros cambios largamente reclamados por la doctrina nacional.

Se elimina la distinción entre menores impúberes y menores adultos y también se suprime la duplicidad de categorías en materia de incapaces (absolutos y relativos), tal como lo venía proponiendo la doctrina desde hacía muchos años¹⁷.

Eran distinciones que resultaban irrelevantes: así como lo era la distinción entre incapaces absolutos y relativos, lo mismo cabe decir de la clasificación que contenía el anterior artículo 127.

Aparece sí una nueva categoría: la del adolescente. Se trata del menor que tiene entre 13 y 18 años (art. 25 segunda parte).

De acuerdo a este criterio un menor será niño, desde su nacimiento hasta la edad de 13 años, y adolescente, desde esa edad hasta la de 18 años.

Lo que sí se ha mantenido en el código es la continuidad de un sistema intermedio, que sigue los lineamientos receptados en el derecho argentino con la sanción de la ley 26.579, cuando el menor alcanza la mayoría de edad: a los 18 años se es mayor; sin embargo se mantiene un

régimen protectorio en materia alimentaria (art. 658). Los «mayores» seguirán siendo «menores» respecto de algunos efectos determinados, como por ejemplo, para acceder a la obra social de sus padres o para obtener los recursos necesarios para mantenerse¹⁸.

Por lo tanto se han suprimido categorías que se debían modificar pero se mantiene - de hecho- una nueva categoría, que no tiene ninguna denominación de la ley, ya no en el ámbito de los menores -como ocurría tradicionalmente en el sistema argentino anterior-, sino con posterioridad a la mayoría de edad. Seguirá existiendo así, en nuestro medio, una categoría intermedia entre menores y mayores plenos, que va desde los 18 hasta los 21 años de edad, y que alguna doctrina denomina como «adultos menores».

II. 3.1.1 Ejercicio de los derechos

«La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico...» (art. 26).

Hemos dicho que en materia de capacidad el sistema tradicional argentino

funcionó siempre con extrema rigidez, a partir de conceptos generales y sin una mirada particular sobre cada sujeto considerado en sí mismo.

Ese sistema dual no distinguía, por lo demás, entre actos patrimoniales o derechos personalísimos. La tarea de representación en forma continua e indiscriminada que se le encomendaba a los progenitores a fin de suplir la incapacidad del menor, sin posibilitar que éste pudiera exteriorizar su voluntad, resulta contraria a las normas sobre autonomía progresiva que contenían disposiciones de normas internacionales sobre Derechos Humanos. Es que la no graduación del desarrollo que toda persona experimenta es una solución injusta, impropia de nuestro tiempo.

El nuevo código mantiene el principio general de la incapacidad de ejercicio de la persona menor de edad. Pero en el segundo párrafo del art. 26 se habilita al menor que cuente con edad y grado de madurez suficiente para poder ejercer los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, flexibilizando el sistema e introduciendo expresamente en el derecho interno el principio de autonomía progresiva de las niñas, niños y adolescentes.

En esta sintonía, en la ruptura del viejo sistema y la incorporación de un nuevo paradigma es que deben interpretarse las normas del código unificado que atañen a las decisiones sobre el propio cuerpo del menor y frente a actos médicos. Se introduce también en el derecho argentino la noción de competencia: se debe analizar en cada caso concreto si el sujeto puede o no entender de manera acabada qué se le dice, cuáles son los alcances de su comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas.¹⁹

Es así que se pasa a distinguir, dentro de la nueva figura que el código denomina como adolescentes, dos categorías etarias: una, entre los 13 y los 16 años; la otra, después de esta última edad.

Se presume que si el adolescente cuenta entre 13 y 16 años de edad, tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometan 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.

En ambos supuestos será el menor el que manifieste su voluntad, contando con la colaboración de sus padres en el segundo de los casos. Solamente en caso de conflicto entre ellos, se deberá resolver, con intervención judicial, teniendo en cuenta su interés superior del adolescente, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto en cuestión.

Pero, a partir de los 16 años esta regla se modifica. El adolescente mayor a dicha edad es considerado como un adulto para las decisiones que atañen al cuidado de su propio cuerpo.

Se equipara en este último caso al menor con un adulto, anticipando su plena capacidad respecto de estas cuestiones. Ello importa uno de los cambios más significativos y notables en nuestro derecho interno dentro del marco del nuevo régimen de capacidad de ejercicio de niñas, niños y adolescentes.

III. Restricciones a la capacidad

En primer lugar, sobre este particular el legislador ha seguido la buena doctrina que elimina en nuestra legislación cualquier terminología que pueda ser calificada de discriminatoria u ofensiva.

Así se alude aquí a las restricciones a la capacidad, regulándose dentro de ella lo concerniente a las declaraciones de incapacidad, de capacidad restringida y de inhabilitación.

III. 1. Declaración de incapacidad y de capacidad restringida

La declaración de incapacidad sustituye a la anterior terminología que aludía a la demencia. El proyecto de 1998, en cambio, hablaba en este supuesto de interdictos por causas psíquicas.

Hasta hace poco tiempo el paciente mental estaba fuera del sistema legal. No interesaba abordar su problemática ni sus derechos ni la responsabilidad civil por daños injustos que se le prodigaban.

Aquí también se produce el fenómeno de que los tratados de fuente internacional obligaban a nuestro país a adecuar las disposiciones de fuente interna²⁰. En esta materia tienen especial trascendencia las disposiciones que establece la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. En ella se trata a la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. En su texto se establecen los principios de legalidad, inclusión, no discriminación

y ciudadanía de las personas con sufrimiento mental, todo con la mira puesta en un imprescindible acceso efectivo a sus derechos.

El nuevo código unificado regula los temas de capacidad jurídica y de internación psiquiátrica, en concordancia con la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y con la Ley Nacional de Salud Mental Nro. 26.657.

El nuevo artículo 33, segunda parte, establece que el juez puede declarar la incapacidad de la persona mayor de 13 años de edad cuando por causa de una enfermedad mental se encuentra en una situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.

Esta es una de las modificaciones trascendentes, que permite superar el esquema dual anterior, al establecer que será el juez quien, a través del dictado de la sentencia respectiva, podrá restringir en forma parcial o absoluta la capacidad de ejercicio del sujeto. Esta opción de restricción parcial que aparece ahora, constituye una válvula que permite escapar del rígido esquema anterior por el cual, en estos supuestos, la persona quedaba con una incapacidad absoluta. Por eso es correcta la fórmula utiliza-

da por el artículo 24, inciso c), cuando expresa: «*la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión*». Esto constituye la sustitución del anterior juicio de insanía por un proceso de determinación del ejercicio de la capacidad jurídica de la persona²¹.

El artículo 33 utiliza una fórmula similar a la del anterior artículo 141, con el agregado que la incidencia del presupuesto biológico en la falta de aptitud para dirigir la persona o administrar sus bienes, debe ser absoluta. Se ha querido poner de resalto el carácter excepcional del instituto, pero esta redacción, al calificar a la ineptitud como absoluta, no parece coincidir con la opción de flexibilización ya apuntada por no dejar mucho margen para que el juez -que es el que tiene facultades para determinar la extensión y alcance de la incapacidad- pueda ejercer dicha prerrogativa. En este sentido, otorgaría mayor coherencia una redacción similar a la del anterior 141, que seguiría siendo más favorable aún en el actual sistema para graduar la restricción de la capacidad según cada caso en particular²².

El nuevo código mantiene aquí la misma limitación que había en el proyecto de 1998: se circunscribe la declaración de

incapacidad solamente a las causas de índole psíquica (enfermedad mental) y se omite toda consideración a la situación de la persona que padece una disminución en sus facultades corporales o físicas y que, a consecuencia de ello, se ve impedido o con dificultades para expresar su voluntad.

Esta situación se agrava si contemplamos que la restante figura que el código incorpora en esta materia - la de la capacidad restringida- tampoco permite la protección de las personas con las debilidades antes apuntadas. Esta causal faltante ha sido receptada en países como España -en donde la reforma del año 1983 alude a supuestos de incapacitación en los casos de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona resguardarse por sí misma-, Francia y Suiza.

Esta omisión no se compadece con el espíritu protector del nuevo código.

La nueva figura de la persona con capacidad restringida importa un régimen que parte de una capacidad genérica y en el que se requiere aptitud para expresar la voluntad del agente tanto respecto de aquellos actos que pueda realizar por sí mismos como en aquellos en los que actúe

con asistencia. En esta nueva figura confluyen las dos situaciones que se regulaban en el código anterior dentro del marco de los incisos 1 y 2 del art. 152 bis, en el instituto de la inhabilitación. Esta última ha quedado limitada en la nueva legislación solamente a la hipótesis del pródigo.

En el caso de la restricción, el juez declara los límites a la capacidad y señala los actos que la persona no puede realizar por sí misma (art. 38). En este caso, si bien el texto no aclara, parece que podemos tener actos que requieran de asistencia y actos que necesiten de la representación del curador.

La redacción del artículo 32, en su primera hipótesis de regulación, tiene mayor amplitud protectora en comparación con el anterior inciso 1 del artículo 152 bis, ya que la norma vigente habla ahora de persona mayor de 13 años que padece una adicción. Dicha fórmula abarca mayor cantidad de supuestos bajo protección, ya que antes estaba circunscripta solamente a los casos de uso abusivo de alcohol o de estupefacientes en forma consuetudinaria. Se comprende así cualquier caso de situación adictiva, como por ejemplo, el tabaco o aspectos relacionados con el juego y el azar.

La segunda hipótesis de restricción alude al supuesto de persona mayor de 13 años que padece una alteración mental. Como hemos expresado, se excluye aquí a la persona que padece una alteración física que dificulta la expresión de voluntad pues no quedan estos sujetos comprendidos ni en la declaración de incapacidad ni en ninguno de las dos hipótesis de capacidad restringida. Esto importa la adopción de la tesis interpretativa más restrictiva que existía respecto del inciso 2 del anterior artículo 152 bis. Aquí también observamos que esto no se comparece con el espíritu protectorio -que tanto en general como en particular- ha seguido el legislador del 2013.

Lo que si queda claro es que los dos sistemas propuestos (incapacidad genérica - declaración de incapacidad- y capacidad genérica -capacidad restringida) son flexibles y graduables y recogen así en el derecho interno la buena doctrina que supera el sistema anterior de distinción estricta entre capaces e incapaces²³. Representan un sensible adelanto en el delicado equilibrio en las opuestas exigencias entre la libertad y la protección de la persona, tratando de otorgar la protección necesaria y el espacio para la reinserción de quien padece la situación de debilidad.

III. 2. Cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad

El artículo 47 dispone que el cese de la incapacidad o de las restricciones a la capacidad debe ser decretado por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario integrado el mismo de acuerdo a las pautas del art. 37, que debe dictaminar sobre el restablecimiento de la persona.

Atento a la distinta graduación que permite el nuevo sistema, se establece que si la persona no ha logrado su restablecimiento total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador.

III. 3. Inhabilitados

El último párrafo de la Sección 3^{ra} sobre Restricciones a la capacidad, contiene tres artículos (48 al 50) en donde se regula el instituto de los inhabilitados.

Hemos referido que las causales que contemplaba el anterior art. 152 bis, en sus incisos 1 y 2, han quedado -con las particularidades ya enunciadas- dentro del nuevo art. 32, que se refiere a los dos supuestos de capacidad restringida.

Se reserva la figura del inhabilitado solamente para el caso de los pródigos. Vélez había eliminado esta figura del código original. La subsistencia del instituto en el proyecto aprobado, marca un apartamiento respecto del proyecto de 1998, ya que en este también se la excluía²⁴.

En esta nueva regulación se suprime la rigidez del sistema anterior que exigía que hubiera dilapidado una parte importante del patrimonio. Aquí se puede inhabilitar a la persona que exponga a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad, a la pérdida del patrimonio²⁵. Quizás, con mayor propiedad debería decir que la exposición es a la pérdida de una parte importante de los bienes que integran el patrimonio.

Se mantiene la necesidad de que exista un núcleo familiar, ampliándolo al conviviente, limitándose en el supuesto de descendientes, sólo a los hijos menores o con discapacidad y excluyéndose a los ascendientes.

La legitimación activa para iniciar el juicio, en cambio, es más amplia ya que corresponde al cónyuge, al conviviente, a los ascendientes y a los descendientes, sin limitación de grado.

El efecto de la declaración es la designación de un curador o de apoyos, que cumplen una función de asistencia del inhabilitado (art. 49). Aparece una extensión de las funciones del curador ya que no solo debe complementar a su asistido en los actos de disposición entre vivos sino también en los demás actos que el juez fije en la sentencia. Esta última fórmula tan amplia podría hacernos pensar que los jueces, basados en tal postulación, podrían disponer de la asistencia para actos de naturaleza extrapatrimonial. Ello sería una solución contraria a la finalidad de protección del instituto ya que para su procedencia se requiere que el pródigo exponga a su familia a la pérdida del patrimonio, con lo que se advierte que el riesgo que se busca evitar queda resguardado con la imposibilidad de otorgar actos de disposición por sí mismo.

El cese de la restricción se decreta por el mismo juez que la dispuso, previo examen interdisciplinario sobre el restablecimiento de la persona. Si no se ha restablecido en su totalidad, el magistrado puede ampliar la nómina de actos que la puede realizar por sí o con apoyo (art. 50) ■

¹ RIVERA, JULIO C., Reformas necesarias en el derecho de las personas físicas, Revista Derecho de Familia y de las Personas, Año 1 Nro. 2, La Ley, Buenos Aires, Octubre 2009, p. 197.

² MARTINEZ ALCORTA, JULIO A., Ejercicio de la capacidad jurídica en el Proyecto de Código, Revista Derecho de Familia y de las Personas, Año V Nro. 1, La Ley, Buenos Aires, Enero/Febrero 2013, p. 93

³ RIVERA, JULIO C., ob cit., p. 200.

⁴ RIVERA, JULIO C., El Derecho Privado Constitucional, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 7, p. 27, RUBINZAL CULZONI, Santa Fe, 1994.

⁵ MOSSET ITURRASPE, JORGE, Derecho Civil constitucional, RUBINZAL CULZONI, Santa Fe, 2011.

⁶ Cf. CIFUENTES, SANTOS, Derechos personalísimos, Astrea, 2a ed, p. 130.

⁷ En una de las notas del proyecto de reformas de 1998 se afirma que «la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano por el solo hecho de serlo y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da falsa idea de que la personalidad de sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. La idea del Proyecto es por el contrario que la persona es un concepto anterior a la ley, el derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin».

⁸ ANDORNO, ROBERTO, La persona humana en el proyecto de Unificación de los Códigos Civil.

⁹ El art. 19 alude a las técnicas de reproducción asistida aunque no en todas ellas hay fecundación extracorporal y, por ende, no se puede hablar de implantación. Ello sí ocurre en el caso de la fecundación in Vitro en donde la formación del embrión ocurre fuera del cuerpo de la mujer.

¹⁰ TOBIAS, JOSE W, La persona humana en el Proyecto, RDFYP, La Ley, Año 4 Nro. 6, Julio 2012, p. 261; SAMBRIZZI, EDUARDO, Situación de los embriones crioconservados obtenidos antes de la eventual entrada en vigencia del Proyecto de Reformas al Código Civil, RDFyP, La Ley, Año 4 Nro. 8, Setiembre 2012, p. 145; LAFFERRIERE, JORGE N. y FRANCK, MARIA I, La situación de los embriones no implantados en el Proyecto de Código Civil y Comercial, RDFYP, La Ley, Año 4 nro. 10, Noviembre de 2012, p. 207; SAMBRIZZI, EDUARDO, Apuntes varios sobre distintos aspectos de la procreación asistida en el Proyecto de reformas, RDFYP, La Ley, año 4 Nro. 11, Diciembre 2012, p. 187;

¹¹ ANDORNO, ROBERTO, ob cit., p. 233; BERGEL, SALVADOR, D, El proyectado art. 19 del Código Civil. Comienzo de la existencia de la persona humana, LL 29/08/12.

¹² Tobias cita el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (LL 2007-F-797) que resolvió que la madre de una persona desaparecida durante los años de gobiernos militares tenía derecho a cobrar la indemnización legal, no sólo como madre, sino como abuela del menor que estaba siendo concebido.(RDFYP, Julio 2012, p. 266)

¹³ Cf. AZVALINSKY, A, La personalidad de la persona por nacer, JA 2004-II-976; OSSOLA, F Y SAUX, EDGARDO, sus ponencias a la Comisión Nro. 1, XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2003, libro de Ponencias, t.1, p. 230 y 302, respectivamente que fueron recogidas en las conclusiones de la comisión; CIFUENTES, SANTOS, El nasciturus. Las personas por nacer, ED-15-956.

¹⁴ TOBIAS, JOSE., La persona humana en el Proyecto, RDFYP, La Ley, Nro. 6, año 2012, p. 261.

¹⁵ TOBIAS, JOSE., Derecho de las personas, La Ley, p. 117

¹⁶ Al respecto, ha existido un importante grupo de doctrinarios que habían postulado la inconstitucionalidad del anterior artículo 126 del Cód. Civil en tanto fijaba la mayoría de edad en veintiún años, a partir de la constitucionalización en 1994 de la Convención sobre los Derechos del Niño (entre ellos, Nora Lloveras y Marcelo Salomón y Néstor Solari). Ver: KRASNOW, ADRIANA N., Filiación y mayoría de edad, en «Suplemento especial La Ley. Mayoría de edad. Implicancias de su modificación», La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 35 y sigtes.; SOLARI, NESTOR, La niñez y sus nuevos paradigmas, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 6.; D'ANTONIO, DANIEL H., Convención sobre los derechos del niño, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 20 y La capacidad del menor de edad y la convención sobre los Derechos del Niño, en «Edición Homenaje al Prof. Benjamín Pablo Piñon», Editorial de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2004, p. 96; ALLEGRETTO, MARÍA, La mayoría de edad en la República Argentina. Un voto en minoría que recoge el postulado de la supremacía constitucional y pone luz en medio del caos, LLBA,

2007-1201 y FUGARETTA, JUAN Y LAMPERTI, LUIS, Otro aporte sobre la mayoría de edad, LA LEY, 1998-D, 1395.

¹⁷ «La subsistencia de categorizaciones entre «menores impúberes» y «menores adultos», si bien con proyección en la preceptiva de los artículos 54 y 55 del mismo Código, no modificados, que mantiene vigente la distinción entre incapaces absolutos de hecho e incapaces relativos, ha sido con razón criticada por su anacronismo —más allá de su vigencia por siglos en el derecho comparado de raíz romanista—, siendo la tendencia en los tiempos que corren a suprimirlas (a ambas) estableciendo un régimen básico de incapacidad de obrar hasta cierto momento de la maduración síquica de la persona —que obviamente requiere protección para el tráfico comercial—, pero con facultamientos operativos puntuales y con el reforzamiento de las facultades judiciales para elastizarlos en supuestos concretos que lo ameriten. Esta orientación no sólo se vincula con la incapacidad de obrar de los menores, sino también respecto de los disminuidos en sus facultades síquicas, y ha tenido, entre nosotros, singulares manifestaciones en los proyectos de reforma del Código Civil, sobre lo que no abundamos para no alargar lo que no es tema puntual de esta labor. Como dato referencial que aporta razones para ello, nos permitimos remitir a la lectura de los fundamentos del Proyecto del '98, en la publicación que de su texto hiciera Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 22, dentro de lo vinculado al Libro Segundo, Título I, apartado 4.» SAUX, EDGARDO I., Mayoría de edad a los 18 años, LA LEY 2010-B,794 y DFYP 2010 (mayo), 151; FACCO, JAVIER HUMBERTO, Menores impúberes y adultos. La reciente reforma del Código Civil, LA LEY 2010-B, 1039.

¹⁸ CROVI, LUIS D., Nuevo Régimen de Capacidad de los menores, SJA 14/4/2010.

¹⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, El derecho del niño a su propio cuerpo, en BERGEL, SALVADOR D. y MINYERSKY, NELLY (coords), Bioética y Derecho, RUBINZAL CULZONI, Santa Fe, 2003, p.114.

²⁰ OLMO, JUAN P, Capacidad Jurídica, discapacidad y curatela ¿Crónica de una responsabilidad internacional anunciada?, RDFYP, La Ley, Año 4 Nro. 6, Julio 2012, p. 340.

²¹ MARTINEZ ALCORTA, JULIO, ob cit, p. 95.

²² TOBIAS, J., La persona humana en el proyecto, ob cit, p.270

²³ TOBIAS, J., Enfermedad mental y Derecho Privado, LL 1997-F-1397.

²⁴ Al tiempo del proyecto de reforma de 1998, la doctrina nacional se encontraba dividida respecto a la supresión o no de la prodigalidad como causal de inhabilitación, ver COBAS, M.-ZAGO, J., Derecho Civil, Parte General, Universidad, p. 250 y ss; TOBIAS, J., Algunas observaciones al Proyecto de Código Civil de 1998, LA LEY, 2000-B-1130.

²⁵ CORNET, M., El régimen de la inhabilitación en Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. 1, p. 370.