

# **LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS EN EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL**

**Por Silvia Eugenia Fernández**

El Código Civil y Comercial de la Nación revoluciona el sentido tradicional de la regulación de las relaciones privadas, estructurándose a partir de la perspectiva de protección de la persona humana y de sus derechos fundamentales. Tal como se anticipa en los Fundamentos de elevación, el Código recepta el llamado proceso de constitucionalización o humanización del derecho privado, derivado del desarrollo creciente de la doctrina internacional de los derechos humanos, entre cuyos principios esenciales destaca el de no discriminación y respeto de la persona y su diversidad.

Este es un dato sumamente importante, ya que un Código que parte de respetar los contenidos de los tratados internacionales de derechos humanos, asegura que al momento de efectuar el llamado “control de convencionalidad” –control que deben efectuar de oficio los jueces al momento de aplicar las leyes para verificar si las normas internas son coherentes con las de los tratados internacionales-, se evitarán de ahora en más las famosas declaraciones de inconstitucionalidad de las normas, a la que la justicia debió muchas veces recurrir para no aplicar una determinada ley, ya desajustada a los principios constitucionales comprometidos en el caso.

## **1. El régimen de capacidad de las personas mayores de edad.**

En el Libro Primero –Parte General- y dentro el Título I –Persona Humana-, se ubica el Capítulo 2do que reglamenta el régimen de “Capacidad”.

La capacidad, en términos generales, es la aptitud de la persona para ser titular de derechos, adquirir obligaciones y ejercerlos por sí misma. Es tradicionalmente definida como un “atributo” de la persona (tales como el nombre, domicilio, estado, etc.).

Sin embargo y por efecto del referido impacto de los derechos humanos en el contenido de este Código, ya no estamos hablando de aquella “capacidad-atributo”, sino que hoy día hablar de capacidad jurídica implica mencionar un concreto y auténtico derecho humano –conforme doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-; es que cuando se pone en juego la capacidad de una persona se está disponiendo sobre derechos tan sustanciales a la condición de persona como la dignidad, autonomía y libertad; de allí que la reglamentación que haga

un código civil sobre esta materia significa pautar –y eventualmente restringir- un derecho humano reconocido.

De esta mirada atenta que se exige a la hora de evaluar las posibles restricciones a la capacidad y del carácter excepcional que ellas van a reconocer, deriva a su vez la imposibilidad de extender estas limitaciones a otros supuestos que no sean los que han sido reconocidos legalmente. Si estas restricciones se admiten sólo es en razón de la protección de la persona, pero no en un sentido tutelar sino promotor y respetuoso de sus derechos humanos.

Finalmente, la capacidad civil configura una de las llamadas cuestiones de orden público, es decir aquellas que exceden el mero interés personal de las partes y en las que se ve comprometido un interés superior, del Estado, en la determinación y protección de la capacidad de sus habitantes, por lo cual no son aceptables pactos privados que signifiquen desconocer o retraer la capacidad que es reconocida por la ley.

Como decíamos, este capítulo 2do define la capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio o goce. Establece respecto a la primera que *“Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.”*

Las limitaciones a la capacidad no pueden ser totales o absolutas, eliminando la condición de persona –“muerte civil”-, negando el concepto de sujeto de derecho.

Las limitaciones de las que se habla en este artículo refieren siempre a la persona frente a determinados actos concretos; así, las incapacidades establecidas para 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. La protección es aquí de orden público y por ello las limitaciones no pueden ser suplidas por la actuación o intermediación de otra persona - tal como veremos ocurre en cambio en la incapacidad de hecho-.

En cuanto a esta última, capacidad de hecho o de ejercicio, de obrar, refiere a la aptitud para actuar por sí los derechos reconocidos por el ordenamiento. El Código la define en el siguiente artículo 23, que dice: *“Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.”*

El principio general es entonces la capacidad, con las únicas excepciones que prevé el Código y las que determine una sentencia judicial; esta referencia alude a los supuestos

de *restricción* al ejercicio de la capacidad en relación a mayores de edad, en las condiciones establecidas por la legislación. (art. 24 inc. c), art. 31 y ss.).

Desde una perspectiva tradicional, la incapacidad fue introducida observando ciertas “condiciones” de la persona y en busca de su protección; tradicionalmente, la minoría de edad y la condición de salud mental que hacen a alguien vulnerable frente a terceros, exponen a riesgo de perjuicio o abuso en el libre tráfico jurídico. Así, se pensó la respuesta de la incapacidad y ofreciendo a su vez la alternativa de ejecución de los actos a través de mecanismos de representación para poder celebrarlos –así, los padres como representantes de sus hijos incapaces, el curador como representante de la persona declarada incapaz-. El Código de Vélez distinguió entre incapacidades de hecho absolutas y relativas. Las primeras, privaban en forma total la aptitud de ejercer derechos por sí mismo: aquí se incluían las personas por nacer, los menores impúberes (menores de 14 años), los “dementes” y “los sordomudos que no saben darse a entender por escrito” (art. 54 CC); la incapacidad de hecho relativa -casos particulares- comprendiendo los “menores adultos” (mayores de 14 años) quienes podían ejercer determinados actos reconocidos (art. 55 C.C.).

La idea de representación involucra una verdadera ficción jurídica: hay una persona que realiza el acto, pero no lo hace a su nombre sino a nombre de aquél a quien está representando: en el caso de las personas mayores de edad, el curador actúa el acto jurídico a nombre de su representado –incapaz- y es éste quien se entiende autor del mismo. En este sistema no tiene importancia alguna ni es requisito conocer la voluntad del representado; el curador sustituye la voluntad y participación del asistido pues justamente la persona es considerada carente absoluta de aptitud.

El nuevo Código incorpora el principio de capacidad de ejercicio: toda persona puede ejercer por sí los actos jurídicos, con las solas excepciones establecidas en la norma.

Ahora bien. Cambia radicalmente el escenario de que hablamos. Afirma la capacidad como regla y delimita o acota las eventuales restricciones que se podrán establecer. Que el Código asuma en forma expresa que el principio o regla es la capacidad, que la misma es la condición afirmativa inicial de la cual partimos y que para sostener lo contrario respecto a una persona será necesario un proceso judicial que establezca –y fundamente- cuáles son los actos puntuales que se restringen, aparece coherente con la modificación legislativa que en el año 2010 se introdujo en la legislación civil mediante la ley 26.657 Ley Nacional de Salud Mental, que estableció en sus arts. 3 y 5 la presunción de capacidad de la persona, independientemente de su condición de salud

mental, sus antecedentes de tratamiento hospitalario, conflictos familiares, sociales o inadecuación cultural.

Esta opción legislativa a su vez es coherente –control de convencionalidad- con las normas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que nuestro país incorporó por ley 26.378 y luego otorgó jerarquía constitucional. El Código regula observando a esta Convención y el modelo social que ella establece: en el modelo social el “problema” de las personas con discapacidad no radica en ellas mismas sino en las condiciones del entorno que generan barreras –actitudinales, comunicacionales, edilicias, procesales, etc-, que les impiden ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con las demás.

La recepción del modelo social se observa en las propias definiciones que el Código establece en momentos en que así lo exige, por ejemplo, en el art. 48 que establece la nueva conceptualización de la figura del “pródigo” reduciéndola a quienes exponen a riesgo de patrimonio por actos de prodigalidad, en contra del cónyuge, conviviente o hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio; allí define a la persona con discapacidad como *“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.”* Mismos términos reitera el art. 2448 al incluir una novedad altamente beneficiosa como es la mejora en favor del heredero con discapacidad –la posibilidad del causante de dejar en favor de su descendiente con discapacidad a título de mejora, además de la porción disponible, un tercio de la legítima-..

De tal modo, las excepciones a que refiere el art. 23 en comentario comprenden aquellas consignadas expresamente en el mismo Código: a). el ejercicio de derechos de titularidad de personas menores con escasa edad y escasa o débil autonomía (arts. 26, 100 y concs.) y b). las limitaciones al ejercicio de actos concretos a la persona con discapacidad intelectual o psicosocial; en este segundo caso las restricciones resultan de una sentencia judicial, son puntuales y enunciadas expresamente, persistiendo la capacidad en todo lo que no es materia de limitación (arts. 31, 32, 38 y concs). En este sentido y por esta razón, el art. 24 sólo enuncia como personas incapaces de ejercicio en relación a los mayores de edad –supuesto residual, restrictivo y excepcional- *“a la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.”*

