

XXXI ENCUENTRO NACIONAL DEL NOTARIADO NOVEL
1° EDICIÓN VIRTUAL
10 al 12 de diciembre de 2.020

LA PLENA CAPACIDAD: UNA INTERPRETACIÓN A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

TEMA I: Derechos de las familias y derechos humanos, su relación con la actividad notarial en el CCYC

NOMBRES: Flavia Daiana HURT - Carolina Nancy JEDLICKA

SEUDONIMO: Omita Mía

COLEGIO: NOTARIAL DE LA PROVINCIA DE MISIONES

PONENCIAS

A) El CCC en consonancia con los tratados de derechos humanos dispone la presunción de la capacidad de toda persona aun cuando se encuentre internada pudiendo ejercerla por sí mientras cuente con la edad y madurez suficiente. Es así que la capacidad depende del individuo y sus factores personales, no del acto que la ley le permite realizar.

B) Se debe propiciar una interpretación de manera tal que se evite la declaración de inconstitucionalidad y que sea armónica con todo el ordenamiento jurídico. En este sentido la alusión persona plenamente capaz empleada en los art 60 y 61 del CCC debe ser considerada como aquella capacidad de ejercicio que puede ser ejercida por toda persona que cuente con discernimiento y grado de madurez suficiente para comprender el alcance de sus decisiones mediante la adecuada evaluación de las distintas alternativas, sus consecuencias, beneficios y riesgos.

C) De lege ferenda: se debe modificar los art 60 y 61 del CCC y toda ley especial que a tenor de la literalidad de su texto se infiera una restricción a la libertad de autodeterminación en contravención con los tratados de derechos humanos y las obligaciones asumidas por la Argentina.

INTRODUCCION

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación¹ marcó un antes y después en el derecho privado por el cambio de paradigma que “trajo aparejado producto de que toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos,² y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución Nacional³, el derecho público y el derecho privado”⁴; dando lugar a nuevas concepciones, modelos y percepciones.

¹ CCC

² DDHH

³ CN

⁴ “Fundamento del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación” en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* [en línea] Infojus, Bs.As., 2012 (Fecha de consulta 8/11/20) Disponible en <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1522>.

Justamente en el marco de esta conceptualización del derecho privado, habiendo pasado 5 años desde su irrupción, los operadores jurídicos todavía nos enfrentamos a tareas interpretativas para una mejor y correcta aplicación de la norma a situaciones concretas y para sortear las lagunas y deficiencias de los regímenes establecidos, muchas veces chocando con costumbres arraigadas en la sociedad argentina que llevaron al empleo de términos no muy felices por parte del legislador que parecerían no armonizar con el espíritu que subyace en el CCC.

Claro ejemplo de esto son los art 60 y 61 que disponen que las **personas plenamente capaces** podrán ejercer los derechos allí reconocidos; a tenor de lo cual este trabajo busca brindar una interpretación que permita conciliar el texto legal con todo el ordenamiento jurídico partiendo de los postulados constitucionales y supraconstitucionales.

LA CAPACIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO

La RAE⁵ define a la capacidad como cualidad de capaz, a la capacidad de obrar como aptitud para ejercer personalmente un derecho y el cumplimiento de una obligación, y a la capacidad jurídica como aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones. Este concepto, que a simple vista aparece como rígido, requiere sin embargo de una mirada más amplia, y es así que doctrinariamente ha evolucionado a través de los años, aggiornandose a los tiempos.

El Código Civil⁶, en concordancia con la época, hacía una clara división entre capaces e incapaces, tratando a éstos últimos como objeto de protección y poniendo la representación en cabeza de los padres o de un curador según el caso.

A nivel mundial ocurría algo similar. La Declaración de Ginebra de 1924 fue el primer antecedente que visibilizó a los niños como sujetos de derechos. Posteriormente, la Convención Internacional de los Derechos del Niño vino a establecer una normativa específica para regular sus derechos, aunque solamente obligaba moralmente a los países adherentes. Finalmente, 30 años más tarde, se reconocen los DDHH de la niñez a través de la Convención sobre los Derechos del

⁵ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 23 ed [en línea] (Fecha de consulta 15/11/20) Disponible en <https://dle.rae.es>

⁶ CC

Niño⁷, aprobada en nuestro país por Ley 23849; con ella se impone el paradigma de la protección integral.

Esto se replica también respecto de las personas con discapacidad con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁸ aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 (Ley 26378), que se convierte en el primer instrumento amplio de DDHH del siglo XXI y finalmente la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de Personas Mayores⁹ (Ley 27360) aprobada por nuestro país en el año 2017.

Con la sanción de estos instrumentos se termina de transformar la noción que se tenía sobre la capacidad impactando en todos los grupos sociales, es así que hoy, la doctrina nacional e internacional, entienden a la capacidad como un atributo de la persona, inescindible de ella, propio de la naturaleza humana, un verdadero derecho humano.

En el caso de los menores, la edad ya no es el único parámetro con el que se mide la capacidad, sino que además deberemos tener en cuenta las características psicofísicas, sus aptitudes y su desarrollo (grado de madurez suficiente). Respecto de las personas con discapacidad, física o mental, el art 12.2 de la Convención establece: las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. En cuanto a los adultos mayores, la norma pretende asegurar que puedan gozar y ejercer sus derechos y libertades con igualdad, asegurando su inclusión, integración y participación en la sociedad. El objetivo de estas normas es preservar la autodeterminación y autonomía, resaltando la igualdad del ser humano y poniendo en valor, el proceso evolutivo de la persona.

El CCC en coherencia con estos cambios adecuo los conceptos a los nuevos paradigmas resultantes de la evolución de los tiempos amparando los derechos de todos aquellos en situación de vulnerabilidad, y que fueron receptados por las convenciones internacionales, como así también por numerosas leyes dictadas en el país en relación al tema, y que protegen estos derechos fundamentales.

⁷ CDN

⁸ CDPD

⁹ CIDHPM

En consecuencia, el CCC propugna la capacidad del ser humano como regla, como derecho fundamental en cuanto atributo del ser humano, determinando que la capacidad de ejercicio se presume, en tanto que las limitaciones a la misma son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de las personas, y poniendo el acento en el respeto a la dignidad, libertad e igualdad humana, con miras a la protección de los más vulnerables. Así pasa a tener relevancia en nuestro ordenamiento el discernimiento entendido como la aptitud intelectual de la persona para comprender y valorar un acto determinado y decidir de acuerdo al grado de madurez que presenta en el contexto edad, condiciones de desarrollo y el medio social, económico y cultural en que se desenvuelve; como resultado el discernimiento varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de esos factores. Todo ello se desprende del juego de los art 26, 31 y 32 de CCC.

LOS ARTÍCULO 60 Y 61 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Todo lo que podremos celebrar que el codificador haya recepcionado el derecho de autoprotección legislando sobre las directivas médicas anticipadas, el consentimiento informado, la disposición de las exequias, se ve empañado por el término empleado en los art 60 y 61, ejes centrales en la materia, que requieren que la persona sea **plenamente capaz** para ejercer el derecho enunciado.

La RAE¹⁰ define que, pleno es lleno, completo, por lo que si nos atenemos a la literalidad del texto nos preguntamos ¿qué pasa con los menores? ¿La persona con discapacidad podrá otorgarlo? ¿y los condenados a más de 3 años de prisión? ¿y los adultos mayores que presentan disminuciones en las facultades psíquicas y/o físicas? Algunas de estas incógnitas pueden resultar sin sentido en el contexto jurídico actual pero no están exentas de ser respondidas con una negativa basada en preconcepto en el ideario colectivo con un alto grado de raigambre cultural. Se ha llegado a afirmar que a tenor de la capacidad requerida el adolescente no cuenta con capacidad para otorgar directivas médicas anticipadas¹¹ y que las personas con

¹⁰ Ob. cit 5

¹¹ Despacho 15 A (Mayoría) XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Bahía Blanca, 2015 En igual sentido Conclusión Tema 5 39 Jornadas Notariales Bonaerense. Mar del Plata, 2015

capacidad restringida pueden otorgar directivas anticipadas en la medida en que la sentencia no lo prohíba expresamente¹².

Pero también es cierto que afirmaciones de este tipo se efectuaron en consonancia con preceptos de leyes especiales o del propio código; v.g. Ley 26529, 24193 y 27447 que utilizan términos como persona capaz mayor de edad para referirse a quienes pueden expresar su voluntad, mientras que por aquellos declarados incapaces debe hacerlo su representante legal.

Las preguntas esgrimidas nos plantean 4 ángulos de análisis:

Adultos mayores

En la práctica nos encontramos ante el ideario social de que estamos frente a sujetos maleables, incapaces de hecho, por haber ingresado al grupo etario de la 3ra edad, pensamiento que cobra mayor fuerza cuando el individuo vive en un geriátrico. Es justamente esta premisa junto a la disminución de sus facultades lo que los posiciona como un colectivo vulnerable objeto de discriminación y que llevó al dictado de una norma especial: CIDHPM que resguarda y reafirma el derecho que poseen a la autonomía, a la independencia, a elegir su plan de vida y a bridar su consentimiento libre e informado.

Lo cierto es que estamos frente a personas capaces que si bien el paso del tiempo provoca una disminución de sus facultades no significa que la actitud básica de comprensión ni la adquirida razonabilidad de los juicios, ni la posibilidad de exteriorizar sus voluntades disminuye; y así lo ha afirmado la jurisprudencia al sostener que la vejez, por sí, no es sinónimo de enfermedad, aun cuando implique disminución de facultades porque no todos los ancianos afectados por enfermedades psicofísicas deben ser considerados carentes de entendimiento para comprender la naturaleza de los actos que realizan¹³. En efecto, cuentan con la prerrogativa a ejercer los derechos reconocidos al resto de la sociedad por igual.

Personas con discapacidad

De los art 31 y 32 se desprende que la restricción de la capacidad procederá excepcionalmente y en los casos que la afección que sufre la persona sea de una gravedad tal que del ejercicio de ciertos actos resulte daño a su persona o bienes,

¹² Conclusión Tema I. XXXII Jornada Notarial Argentina. CABA, 2016. En igual sentido ibídem

¹³ Vid. LANZON, Patricia. *Directivas Anticipadas*. Di Lalla, CABA, 2017

en cuyo caso se le designará un apoyo que debe promover y favorecer las decisiones que responden a las preferencias de la persona protegida, lo que se ve reforzado con la letra del art 43. De lo dicho se destaca como el codificador reconoce el derecho que le asiste a estos individuos a opinar y a participar genuinamente en asuntos que les afecten, incluso de aquellos que fueron restringidos por la sentencia.

Al respecto, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad afirmó que estos deben tomar sus propias decisiones para ser iguales ante la ley, que retirar la capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta en función de criterios basados en la condición, resultados y/o funcionalidad es discriminatorio y que el apoyo designado para la toma de decisiones no debe organizar la vida del asistido, a la vez que destacó que debe prestarse apoyo a las personas que deseen llevar a cabo un proceso de planificación anticipada, ya que ello constituye un apoyo en sí mismos y es un derecho que le asiste a todas las personas con discapacidad debiendo otorgarles la oportunidad de hacerlo en condiciones de igualdad con los demás.¹⁴ En este orden de ideas resulta ilustrativa la Ley 1996 de Colombia cuyo art 23 reconoce la posibilidad de los discapacitados a otorgar un acto de autoprotección con la colaboración del apoyo, situación que debe constar en la escritura, mientras que el art 39 enuncia que podrán celebrar los actos para los cuales fueron restringidos utilizando los apoyos, debiendo estos respetar siempre la voluntad y preferencia de la persona titular del acto jurídico, así como su derechos a tomar riesgos y a cometer errores.

Penado

De acuerdo al CP el penado es un incapaz de hecho para administrar y disponer de sus bienes por acto entre vivos, lo que implica que se trata de una persona que no goza de una capacidad plena por lo que bien podría decirse que no puede otorgar un acto de autoprotección, pero esta “incapacidad es puramente excepcional y no se extiende sino a aquella actividad prevista por la ley. En consecuencia el penado sigue siendo una persona capaz, en general, para todos los actos de la vida civil.”¹⁵ No queda duda alguna que podrá otorgar directivas

¹⁴ Observación Gral N° 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

¹⁵ LLAMBIAS, Jorge. Capítulo VI Capacidad (continuación) *En Tratado de Derecho civil Parte General Tomo I*. 16 ed. Editorial Perrot, Bs.As.

anticipadas respecto a su salud o sus exequias; ya que existe unicidad en la doctrina en cuanto al alcance de la incapacidad y que ambas normas no resultan contrarias.

El problema se plantea con las directivas patrimoniales al ser un acto con contenido patrimonial destinado a surtir efecto en vida del otorgante y que por su significación patrimonial no podría realizarlo por sí, quedando sujeto su ejercicio al curador nombrado para que lo represente. Esto fue criticado por Llambías, quien sostuvo: “cuando la restricción de la incapacidad no obedece a esa insuficiencia del sujeto sino a la situación de imposibilidad en que se encuentra el penado, por la reclusión, para atender al adecuado manejo de sus bienes, ya no se justifica tal sustitución del incapaz por su representante sino que sería mejor suplir esa deficiencia por la vía de la asistencia, que es el sistema apropiado para remediar la incapacidad de quienes no padecen fallas de discernimiento.”

Continúa diciendo el autor que la representación prescinde de la voluntad del sujeto representado, lo que resulta inconcebible en el otorgamiento de un acto de autoprotección vedando así el derecho a una planificación de vida en una persona que cuenta con todas las aptitudes para expresar su voluntad.

Ahora bien, el Dr Lázzari¹⁶ dijo que la remisión de la norma al CC impacta en la lectura del art 12 del CP al configurarse una manifiesta contradicción entre los ordenamientos al establecer como mecanismo para suplir la incapacidad de hecho del condenado la designación de un curador que sustituya su voluntad, asimilándolo en ese aspecto a las personas declaradas incapaces lo que no resulta una interpretación ajustada al nuevo diseño jurídico de capacidad civil de las personas, y de seguirse este criterio invalidante de su voluntad de expresión, propio de la declaración de incapacidad, se tornaría discriminatorio; circunstancia que es en efecto evidente si comparamos la situación del penado con la de una persona internada en un establecimiento que conserva su capacidad de ejercicio y la puede hacer efectiva con la ayuda de un apoyo, incumpléndose así el principio de igualdad ante la ley.

Menores de edad

Es el punto más polémico a nuestro entender, ya que el mismo CCC los llama incapaces a la vez que seguidamente y a lo largo de su articulado, la va

¹⁶ SCBA. “L. S. F. s/curatela,” voto del Dr Eduardo LAZZARI con comentario de Jorge AREVALO. “Cambio de paradigmas en la restricción a la capacidad” *Revista del Instituto de Derecho e Integración* N° 14 Astrea, Santa Fe, 2019, p. 83

flexibilizando, al fijar la edad del discernimiento en 13 en relación a los hechos y actos jurídicos y otorgándoles expresamente una serie de facultades y derechos siempre que cuenten con la edad y grado de madurez suficiente. Entre estos se encuentra el derecho a ser oído, a que su opinión sea tenida en cuenta y a participar de las decisiones sobre su persona respecto de innumerables actos, estableciendo en algunos supuestos un parámetro etario para hacerlo, v.g. a partir de los 13 años decidir por sí respecto de tratamientos no invasivos y de los 16 años es considerado como un **adulto** para las decisiones respecto de su propio cuerpo; solicitar que se agregue el apellido de un progenitor a aquel con el cual se lo había inscripto originariamente; debe ser escuchada su opinión respecto de si desean ser adoptado y por quién, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los 10 años; pueden solicitar acceder a la información a los fines de conocer sus raíces biológicas, opinar respecto a la conservación de su apellido de sangre; pueden demandar por alimentos a sus progenitores, prestar su asentimiento para determinados actos llevados a cabo por sus padres, debiendo estarse en todos los casos al principio de autonomía progresiva. Ante este panorama ¿por qué al menor que cuenta con la edad y el grado de madurez suficiente le está vedado decidir con antelación sobre aspectos de su vida? ¿Y si se tratare de un menor de 16 años y respecto de decisiones atinentes a su propio cuerpo? ¿O si el acto otorgado se encuentra relacionado con cualquiera de los derechos que le son otorgados con toda la normativa que a modo de ejemplo hemos mencionado? Más aún cuando estos actos pueden ser dictados para surtir efectos luego de cumplida la mayoría de edad, y si pensamos más allá, que los mismos no son definitivos ni inamovibles, sino que siempre pueden ser revocadas o modificadas.

La CIDH ha dicho que los menores poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y han de ser considerados como personas titulares de plenos derechos cuyo ejercicio debe ser garantizado en un pie de igualdad real y efectivo e incorporado de manera progresiva, incluidos los espacios para su participación, de acuerdo con el desarrollo de sus facultades, considerando su edad y madurez. Así resulta, el Estado debe adoptar medidas efectivas y adaptadas para garantizar el derecho que tienen a expresar sus opiniones sobre *todas las cuestiones que le afecten*, facilitando los mecanismos y los medios para ello de manera acorde a su desarrollo. A la vez que destacó que conforme crecen y se desarrollan, los menores desarrollan habilidades y capacidades para tomar

decisiones autónomas sobre los temas que le afectan y para ejercer por sí mismos sus derechos.¹⁷

UNA INTERPRETACIÓN ACORDE A LOS TRATADOS DE DERECHO HUMANOS Y LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Como se advierte el régimen de la capacidad esbozado por el codificador responde a los compromisos internacionales de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos y asegurar el disfrute de los derechos reconocidos en los distintos tratados, en razón de lo cual estos resultan ser una fuente trascendental a considerar a la hora de analizar la ley vigente, de acuerdo a los art 1 y 2 del CCC, a lo que debe sumarse lo sostenido por el órgano que tiene a su cargo la hermenéutica de la convención: Corte IDH, CIDH, Organismos de la ONU, Comité creados por cada pacto, etc.¹⁸ Ello no significa dejar de lado las palabras de la norma y su finalidad, sino que la interpretación debe ser armónica con todo el ordenamiento jurídico, propiciando una interpretación que evite la declaración de inconstitucionalidad¹⁹.

Señala Linares Quintana que “la separación de los poderes gubernativos y el recíproco respeto institucional que cada uno de los órganos titulares de cada uno de los tres Poderes debe a los otros, imponen que se reconozca una presunción iuris tantum en favor de la constitucionalidad de la norma legal cuestionada. Trátese de una presunción iuris tantum, que únicamente cede ante una prueba clara y precisa

¹⁷ CIDH. *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección* Aprobado el 30/11/17 [en línea] (Fecha de consulta 25/10/20) Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/tematicos.asp>

¹⁸ En el fallo Mazzeo la CSJ dijo: “la Corte Interamericana ha señalado que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” Citado por Víctor BAZÁN. “¿La Corte Suprema de Justicia Argentina se Reinventa, presentándose como un Tribunal Constitucional?” *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional* [en línea] de la UNAM N° 20. Enero-Junio, 2009 (Fecha de consulta 9/9/20) Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5860/7765>

¹⁹ Ob. cit 1

de la incompatibilidad entre la norma y la Constitución”²⁰ En este sentido no se podría sostener que el codificador esbozo un régimen de la capacidad reconociendo derechos que luego obvió al exigir la capacidad plena en el otorgante de un acto de autoprotección; más aún cuando estamos frente a una norma íntimamente ligada con un derecho personalísimo por excelencia como lo es el derecho de las personas a autodeterminarse, a tomar sus propias decisiones, a equivocarse, a su independencia y al libre desarrollo de la personalidad conforme a la voluntad, deseos y preferencias propias, que a su vez guarda relación con el derecho a la vida, a la salud, a la libertad. Amén que este derecho encuentra sustento jurídico en el art 19 de la CN, se halla expresamente en la CDPD y CIDHPM, y frente el principio consagrado en el art 16 de la CN y en la Declaración Universal de los DDHH que reza que todos somos iguales ante la ley sin distinción alguna, el hecho de haber sido reconocido este derecho para un sector determinado automáticamente adquiere vigencia positiva para todos los individuos. No obstante, este reconocimiento manifiesto, en una interpretación del art 7 del Pacto de San José dijo la Corte IDH “que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana.”²¹

Siguiendo al art 2 del CCC, en esta labor otra pauta a considerar es el principio pro persona: criterio fundamental que impone la naturaleza misma de los DDHH, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. De esta forma, el principio pro persona conduce a la conclusión de que la exigibilidad inmediata e incondicional de los DDHH es la regla y su condicionamiento la excepción²², acorde con esto en un caso de concurrencia o conflictos de normas se debe estar a la que en cada caso

²⁰ LINARES QUINTANA Segundo *Tratado de interpretación constitucional*, Bs.As, Abeledo Perrot, 1998, p. 583. Citado por Gustavo ARBALLO “Dos paradigmas de control de constitucionalidad” Material proporcionado durante el Curso Integral de Análisis Constitucional. Octubre, 2020

²¹ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte IDH N° 8 [en línea] (Fecha de consulta 22/11/20) Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/publicaciones.cfm>

²² PIZA ESCALANTE, Rodolfo citado por Zlata Drnas de Clément. “La complejidad del principio pro homine” [en línea] (Fecha de consulta 10/9/20) Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>

resulte más favorable al ser humano aunque no implica que se infravalore el orden jerárquico de fuentes y normas, o que se lo deja de lado o que carece de sentido y aplicación, sino que, por el contrario, será la propia fuente constitucional, desde su vértice, la que nos remitirá a cualquier otra fuente capaz de suministrar la mejor solución, sin que interese su ubicación dentro de la escalonada pirámide jerárquica.²³

Así como los art 60 y 61, existen otras normas que no condicen con este nuevo modelo de capacidad formulado a la luz de los tratados internacionales, ya sea por la terminología empleada, por establecer el requisito de la mayoría de edad para el ejercicio del derecho, por las lagunas que presenta o porque se superponen en el tratamiento de una misma cuestión o de cuestiones que presentan aspectos análogos, etc., situación que en reiteradas oportunidades fue resuelta en favor de la ley especial sobre la general²⁴ siendo que en consideración a los importantes cambios e innovaciones vigentes en la materia se exige generar una reconstrucción interpretativa del ordenamiento, sin perder de vista que conforme el art 5 de la Ley 26994 las leyes especiales *complementan* al CCC.

NUESTRA POSICIÓN COMO NOTARIOS

Conforme lo desarrollado hasta acá, siendo conscientes de que lo notarial no es sinónimo de derecho real, que los tiempos imperantes demandan un compromiso social que conlleva una mirada amplia con otras perspectivas en defensa del más vulnerable (que no implica romper el equilibrio de igualdad entre las partes, más bien es empoderar el mismo) en miras a lo cual la responsabilidad social que nos atañe se encuentra encaminada a la defensa y garantía de los DDHH; postulamos que atenernos a la literalidad de la expresión ***plenamente capaz*** como condición para otorgar un acto de autoprotección sería negar el ejercicio de un derecho fundamental a la persona que lo pretenda, que no es otro que la facultad que tiene todo ser humano por su condición de tal a tomar las provisiones necesarias para cuando no pueda hacerlo, y de elegir a la persona para acompañarlo y ayudarlo. Es así que reafirmamos lo sostenido en las 41 Convención Notarial: todo acto de autoprotección

²³ Ministerio de la Defensa Pública de la Provincia de Chubut “Principio pro hominis” [en línea] (Fecha de consulta 10/9/20) Disponible en <https://www.defensachubut.gov.ar/biblioteca/node/2966>

²⁴ Despacho 14 Comisión 1 Ob.cit. 11. Código Civil y Comercial de ALTERINI citado por Patricia LAZÓN en “Directivas anticipadas de las personas menores de edad” Ob.cit. 16, p. 16

puede ser otorgado por personas con capacidad restringida y aún por menores de edad.

Esta tesis se encuentra reflejada en el expediente 602-S-2020 en trámite en el Senado, en virtud del cual **toda persona** podría otorgar un acto de autoprotección, lo que se ve reforzado con la incorporación de un artículo que pone fin a toda discusión existente al señalar que las personas en situación de vulnerabilidad tienen derecho a tomar decisiones autorreferentes con respecto a su futuro y a que su voluntad sea respetada, con las limitaciones que eventualmente surjan de una sentencia judicial, aclarando el derecho que poseen a expresar su opinión y que siempre sea tenida en cuenta. En el caso de los menores remite al art 26 para los actos de autoprotección en general reconociéndose el derecho a expresar su opinión y a que sea tenida en cuenta conforme con su desarrollo y madurez.

Pero lo que no resiste discusión es que toda esta evolución normativa y doctrinaria ha venido a desactivar y desestructurar el método de trabajo notarial, puesto que ya no hay un criterio fijo a seguir. Está claro que el principio rector, cuando de incapacidad se trata son los principios constitucionales enunciados y en el caso de los menores el concepto de capacidad progresiva como el interés superior del niño cobra relevancia tal que requieren una especial atención. Ello hace que debamos plantearnos la necesidad de capacitarnos no solamente en las áreas de nuestra competencia y en todo lo atinente a la normativa propia de la materia, sino también en otras ramas relacionadas con la psicología e inteligencia emocional y de trabajar en forma interdisciplinaria.

Se deberá bregar arduamente a los efectos de amalgamar toda la normativa referente a menores, personas con capacidad restringida, incapaces y adultos mayores para adecuarla a los tiempos que estamos viviendo. Hemos podido observar que existe numerosa legislación encontrada sobre el tema, leyes especiales dictadas antes de la sanción del CCC y otras dictadas aún después, que no se adecuan a los principios de protección integral que se propugna.

Hasta tanto no cambie la legislación debemos centrarnos en la aptitud del otorgante al momento del acto, adquiriendo gran relevancia la comunicación directa para conocer su voluntad real y valorar su discernimiento, y cuando se decida autorizar el acto justificarlo en las normas supranacionales en resguardo al derecho que le asiste al compareciente. No obstante, podremos discutir la validez del

instrumento otorgado, pero nunca dejará de ser una expresión de voluntad que en caso de controversia el juez se encuentra obligado a considerar.

BIBLIOGRAFIA

Por cuestiones de extensión, la bibliografía utilizada para el presente ha sido oportunamente indicada en las citas al pie de página.