

La declaración de incapacidad, ¿alcanza a los actos jurídicos familiares y personalísimos?

Miguel A. Cornelli

Si por vía de hipótesis pretendemos imaginar que una persona con padecimiento mental declarada incapaz nos preguntase, en nuestra calidad de operadores del derecho, si está legalmente facultada para otorgar determinado acto jurídico familiar o personalísimo, la respuesta de muchos de nosotros sería -cuanto menos- dubitativa. O, lo que es peor, cerradamente negativa. Si ya hubiese celebrado el acto y nos interrogase si podría ser alcanzado por una declaración de nulidad, tampoco resultaría fácil otorgar una respuesta contundente.

Donar sangre o semen, consentir la dación de órganos entre vivos o para después de la muerte, requerir la propia esterilización, cambiar de sexo, admitir o rechazar un tratamiento médico, someterse a tratamientos o investigaciones médicas con fines terapéuticos o de investigación, disponer el modo y circunstancias de las propias exequias e inhumación del cuerpo, adoptar decisiones en defensa de la dignidad de la persona (concepto comprensivo del derecho al honor, la imagen, la intimidad y la identidad) constituyen ejemplos de **actos jurídicos otorgados en ejercicio de derechos personalísimos**, vinculados a la **integridad física de la persona los enunciados en los primeros términos o a la integridad espiritual de la persona**, los enunciados al final, según clasificación de KRAUT¹.

Contraer matrimonio, separarse personalmente o divorciarse, pedir el divorcio por presentación conjunta, ejercer la acción por nulidad de matrimonio, reconocer hijos, adoptarlos, petitionar la revocación de la adopción simple, reclamar la tenencia de los hijos en caso de padres no convivientes,

¹ KRAUT, Alfredo Jorge. *Responsabilidad legal de los psiquiatras*, págs. 47 y 48.

o un régimen de visitas, autorizar a los hijos menores a contraer matrimonio o a salir del país, escoger quién le brindará su educación formal o le prestará servicios de salud, reclamar el pago de recompensas o compensaciones con relación a la disolución de la sociedad conyugal, accionar por exclusión del hogar, denunciar situaciones de violencia familiar, etc., son ejemplos de **actos jurídicos otorgados en ejercicio de derechos de naturaleza familiar**².

Con el fin de dilucidar las cuestiones planteadas, intentaremos precisar el alcance de los conceptos de "persona", "capacidad", "declaración de incapacidad por demencia" y "representación", para luego vincular los mismos con las nociones de "actos jurídicos personalísimos" y "actos jurídicos de naturaleza familiar" separadamente, dado que -a pesar de ciertas similitudes- los dos grupos presentan naturalezas jurídicas distintas, lo que podría llevarnos a emitir conclusiones diferentes para una y otra clase de actos. Por último, detendremos brevemente nuestra atención en el rol del curador y las funciones de éste con relación a las materias que aquí nos importan.

I. EL CONCEPTO DE PERSONA

Determinar quién es persona para el derecho parecería reducirse a dos respuestas posibles: a) la persona es un concepto o categoría jurídica; y b) todo ser humano es una persona para el derecho, y es por tanto un dato apriorístico para el derecho positivo³.

Desde el plano de la **filosofía general** y de la llamada teoría del conocimiento en particular, la opción que escojamos deberá tener su correlativo sustento en la corriente del idealismo filosófico para la respuesta a), o en la corriente del realismo filosófico para la b).

Ello así, por cuanto para el **idealismo** todas las cosas son contenidos de nuestras percepciones, no admitiendo que pueda haber una materia subyacente con existencia real y propia independiente de nuestras sensaciones; el **realismo**, por el contrario, sostiene que el objeto del conocimiento existe real y efectivamente fuera del sujeto frente al que aparece con existencia autónoma, propia e independiente. O -en otras palabras- mientras que el idealismo filosófico cree que el individuo (o sujeto cognos-

² ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil. Derecho de familia*, tomo I, pág. 51 y ss., Ed. Astrea.

³ RIVERA, Julio César. *Los derechos personalísimos en el Proyecto de reformas al Código Civil*, www.alterini.org/to_rj12.htm

cente) crea al objeto cuando puede conocerlo, el realismo filosófico piensa que el objeto sólo es descubierto por el sujeto y existe con independencia de que el sujeto pueda o no conocerlo.

Si trasladamos estos conceptos al campo de la **filosofía del derecho** encontraremos que el **idealismo** ha sido sustentado a través del "**positivismo**", resultando su postulación más plena la "teoría pura del derecho" de HANS KELSEN, quien afirma que la persona es "un centro de imputación de normas". Según esta posición, el derecho (la norma) crea al objeto (la persona) cuando le concede la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones con independencia de que sea, o no, humano. Este razonamiento faculta que el creador de la norma (el legislador) pueda considerar "persona" a un ente no humano (vgr., una persona jurídica), dado que se pone el acento en la posibilidad normativa de ser imputable para adquirir derechos o contraer obligaciones. Esta posición hace que también sea posible negar el carácter de persona, o algunos de sus derechos, a determinados sujetos, como por ejemplo en el supuesto de la esclavitud, y significa en la práctica otorgarle a un "grupo de poder" (quien dicta las normas) la posibilidad de crear el objeto jurídico, lo que puede derivar a su vez en el nacimiento de un sistema autoritario. No en vano el máximo vigor de las teorías positivistas se produjo a mediados del siglo XX, época en que regímenes totalitarios como el nazismo o el fascismo marcaron una etapa negativa para la humanidad toda⁴. El **realismo** filosófico, por su parte es acogido por la corriente "**antropológica**", la cual sostiene que el derecho no es una creación arbitraria del legislador y postula, en consecuencia, que un ordenamiento jurídico no puede dejar de reconocer en todo hombre la calidad de persona o sujeto de derecho. Esta concepción tiene sus raíces en el cristianismo y una exposición duradera en el "personalismo ético" de KANT, el cual atribuye al hombre, precisamente porque es persona, un sen-

⁴ Luego de recordarnos la existencia de un libro publicado por dos profesores alemanes -Karl BINDING y Alfred Hoche- titulado *El derecho de suprimir las vidas que no merecen ser vividas*, en el que afirmaban que asistía al Estado tal derecho respecto de individuos que, por causa de enfermedades o de incapacidades físicas, son irrecuperables para una vida plena, y para los enfermos mentales incurables, y destacar que sobre esta base los hospitales psiquiátricos de Alemania fueron literalmente vaciados, Andorno no dice que la persona es un ser de naturaleza, pero ella no es su razón, ni aún menos su conciencia. En verdad -continúa- ella pertenece a una naturaleza capaz de razón y conciencia y, gracias a esa naturaleza ella se constituye en sujeto distinguiéndose netamente del resto del mundo material, animado e inanimado. La persona es una realidad que supera la actividad neuronal y su presencia no depende del ejercicio actual de la razón o de la conciencia. La noción de "persona" tiene carácter ontológico y no simplemente fenomenológico (Andorno, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*, Ed. Tecnos, págs. 31/32 y 62/63).

tido ético, un valor en sí mismo, no simplemente como medio para los fines de otros y en este sentido una dignidad⁵.

En la actualidad, adoptar la corriente realista en el campo de la filosofía, significa abrazar todo un sistema de valores conocido como derechos humanos y que constituye un "ideal común" de la humanidad. Esta corriente de pensamiento fue progresivamente abriéndose paso en el mundo del derecho a partir de un proceso de internacionalización que comenzó con la Declaración de los Derechos Humanos en el año 1948, y ha sido acogida en nuestro país a través de los tratados incorporados a la Constitución Nacional del año 1994 (art. 75, inciso 22).

Uno de estos tratados, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como "Pacto de San José de Costa Rica" dispone en su artículo 3° que "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica" lo que nos lleva a concluir que la identificación entre el concepto de persona en el sentido jurídico y el de persona humana es hoy indiscutible, aun para la corriente idealista genética dado que "persona humana" es "persona" por vía de la regulación en el derecho positivo.

Por su parte, la ley N° 25.280, ratificatoria de la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad", también de rango constitucional, precisa que el término "discriminación" significa "toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia

⁵ RIVERA, Julio César. *Derecho civil. Parte general: Temas*, Ed. Abeledo-Perrot, pág. 68.

⁶ A mayor abundamiento podemos decir que, además, existe una gran cantidad de normas emanadas de organismos internacionales (Organización de las Naciones Unidas, Organización Mundial de la Salud, Organización de Estados Americanos, Organización Panamericana de la Salud, Asociación Médica Mundial, Asociación Mundial de Psiquiatría, Federación Mundial para la Salud Mental, Consejo Internacional de Enfermeras, etc.) que, si bien no constituyen normas jurídicas en criterio estricto puesto que carecen de la fuerza vinculante que tipifica a éstas, sirven de guía, pautas o criterios de interpretación para la aplicación de las normas jurídicas. Estas normas, llamadas Declaraciones, Recomendaciones, Convenciones, Resoluciones o Principios, constituyen directrices dirigidas a los gobiernos de los Estados miembros para que adapten su legislación interna a las mismas, y nos brindan ciertas precisiones que, ni el derecho interno ni el propio derecho formal internacional han producido aún sobre el tema. Por ejemplo, el Programa de Acción Mundial para las personas con Discapacidad (Resolución 37/52 de la AG de la ONU del 3-XII-82) indica que: "Las personas con discapacidad no forman un grupo homogéneo, dado que, las personas con enfermedades o deficiencias mentales, visuales, auditivas o del habla, las que tienen movilidad restringida o las llamadas 'deficiencias médicas' se enfrentan a barreras diferentes, de índole diferente y que han de superarse de maneras diferentes". Los principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (Resolución 46/119 de la AG de la ONU del 17-XII-1991 afirman que: "Todas las personas que padezcan una enfermedad mental *tendrán derecho a ejercer* todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto

de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades” (art. 1º). Para agregar: “En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, *cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar*, ésta no constituirá discriminación (art. 1º *in fine*)⁶.

De lo expuesto no cabe duda de que para nuestro derecho, “persona” es todo ser humano vivo, aun cuando no haya desarrollado todas sus potencialidades (como en el feto, en el recién nacido o en el niño) o que las haya perdido irremediablemente (como en ciertos casos de demencia, especialmente graves)⁷.

II. LA CAPACIDAD COMO UN ATRIBUTO DE LA PERSONALIDAD

Sentado que todo ser humano vivo es “sujeto de derecho”, tenemos que gozará de los “atributos inherentes a la persona” o “atributos de la personalidad”. Los mismos son: 1) la capacidad; 2) el domicilio; 3) el nombre y

Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes, tales como la Declaración de los Derechos de los Impedidos y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”; la Declaración de la Asamblea Médica Mundial sobre Problemas Éticos de Pacientes con Enfermedades Mentales, adoptada por la 47ª Asamblea General de la AMM en Bali, Indonesia, en septiembre de 1995 señala que: “La condición de un paciente con enfermedad mental incapaz de ser autónomo, no es distinta de la de cualquier otro paciente legalmente incapacitado. Él debe ser tratado como cualquier otro paciente que está temporal o permanentemente incapacitado. Un paciente con enfermedad mental, incluso un psicópata, no debe ser considerado automáticamente incapacitado. *Se debe respetar su opinión en las áreas donde puede tomar decisiones*”. Las Normas Uniformes sobre igualdad de Oportunidades para las personas con Discapacidad de la ONU, expresan en su artículo 9º bajo el acápite “Vida en familia e integridad personal” que los Estados deben *promover la plena participación de las personas con discapacidad en la vida en familia*. También deben promover su derecho a la integridad personal y velar para que la legislación *no establezca discriminaciones* contra las personas con discapacidad en lo que se refiere a las relaciones sexuales, el matrimonio y la procreación (inciso 1) y que las personas con discapacidad no deben ser privadas de la oportunidad de experimentar su sexualidad, tener relaciones sexuales o tener hijos. Teniendo en cuenta que las personas con discapacidad pueden tropezar con dificultades para casarse y para fundar una familia, los Estados deben promover el establecimiento de servicios de orientación apropiados. Las personas con discapacidad deben tener el mismo acceso que las demás a los métodos de planificación de la familia, así como a información accesible sobre el funcionamiento sexual de su cuerpo (inciso 2). Los Estados *deben promover medidas encaminadas a modificar las actitudes negativas ante el matrimonio, la sexualidad y la paternidad o maternidad de las personas con discapacidad*, en especial de las jóvenes y las mujeres con discapacidad, que aún siguen prevaleciendo en la sociedad. Se debe exhortar a los medios de información a que desempeñen un papel importante en la eliminación de las mencionadas actitudes negativas (inciso 3). Para mayor información puede verse: www.un.org; www.who.int.es; www.oas.org; www.paho.org; www.ops.org.ar; www.wma.net; www.wfmh.org; www.wpanet.org y www.icn/spanish).

⁷ ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*, Ed. Tecnos, pág. 63.

4) el estado (entendido a su vez como estado de ciudadano, estado civil y/o estado familiar)⁸. También se ha considerado atributo de la personalidad al patrimonio⁹. La mayoría de los autores consideran comprensivos de la idea de persona -sin asignarle carácter de "atributo"- a los "derechos de la personalidad"¹⁰.

El atributo de la personalidad "capacidad" es de tal peso que se ha llegado a confundir con el concepto de "personalidad"¹¹. Sin embargo, aclara Busso que mientras la persona es un ente en sí mismo (sustantivo) la capacidad es su aptitud jurídica (atributo), esto es la aptitud jurídica de ciertos entes, que pueden convertirse en sujetos activos o pasivos de derechos¹². O, en otras palabras: se "es" persona y "se tiene" capacidad.

La capacidad, entendida como atributo de la personalidad, es la llamada capacidad de derecho, capacidad jurídica o capacidad de goce. Se la ha definido como "la aptitud de la persona para ser titular de derechos o deberes jurídicos" o bien la "capacidad para ser titular de relaciones jurídicas"¹³.

Nuestro Código Civil dispone que "las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones" (art. 52 C.C. primer párrafo) de lo que se deduce que todas las personas tienen capacidad jurídica. Y luego añade que "les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos" (art. 53 C.C.), lo que define a la capacidad como la regla y a la incapacidad como la excepción. El concepto se vincula al principio del artículo 19 de la Constitución Nacional según el cual "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

Sin embargo, con apoyo en razones de orden moral, la ley a veces impide que alguien sea titular de un derecho determinado a los efectos de mantener las relaciones humanas en un nivel moralmente saludable¹⁴. Esto

⁸ BELLUSCIO, Augusto C.; Garbino, Guillermo; Lavallo Cobo, Jorge; Rivera, Julio César. *Código Civil y leyes complementarias*, tomo I, Ed. Astrea, pág. 272.

⁹ Planiol, *Tr. Prat.*, I, N° 8; Demogue, en *Rev. Trim.*, 1909, pág. 611; Perreau, en *Rev. Trim.*, 1909, pág. 501 (citados por BUSSO, Eduardo. *Código Civil anotado*, tomo I, pág. 245; Llambías, Jorge. *Tratado de derecho civil. Parte general*, tomo I, Ed. Abeledo-Perrot, pág. 85.

¹⁰ BELLUSCIO (op. cit.), pág. 272; Busso (op. cit.), pág. 245; Llambías (op. cit.), pág. 275.

¹¹ Zachariæ-Crome, I, párr. 38, pág. 119; Enneccerus-Kipp, parte general, I, vol. I, párr. 76, pág. 325 (citados por Busso, op. cit., pág. 246).

¹² BUSSO (op. cit.), pág. 246.

¹³ SALVAT, Raymundo L. - López Olaciregui, José M. *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, tomo I, N° 692; Llambías (op. cit.), pág. 383.

¹⁴ LLAMBIAS (op. cit.), pág. 388; Belluscio (op. cit.), pág. 286.

es, *determinadas* personas, en *determinadas* situaciones no podrán ser titulares de *determinados* derechos, lo que se conoce como incapacidades de derecho (vgr., los padres no pueden comprar los bienes de sus hijos ni aun por interpósita persona -art. 1361, inc. 1, C.C.- o celebrar contratos con ellos -art. 279 C.C.-; los ascendientes no pueden adoptar a alguno de sus descendientes -art. 315, inc. b, C.C.-, etc.). Dicen BUERES-HIGHTON¹⁵ que la incapacidad de derecho alude a "clases de personas" porque no resultan de considerar la persona individualmente, sino que estas limitaciones constituyen incompatibilidades comunes a grupos de individuos que cumplen la misma función, tienen el mismo estado o investidura. Los supuestos de incapacidad de derecho se suelen enunciar como prohibiciones; están diseminados en toda la legislación y estatuidos en contra de los intereses de la persona incapaz, la adquisición de la titularidad de estos derechos no puede ser suplida por representación, se sancionan con nulidad absoluta y en materia de derecho internacional privado están sujetas a la ley territorial.

No obstante lo expuesto, la realidad nos demuestra que algunas personas capaces de derecho pueden padecer de una insuficiencia real para ejercer sus derechos por sí mismos, lo que nos lleva al concepto de capacidad de hecho o capacidad de ejercicio definida como la aptitud de las personas naturales para actuar por sí mismas en la vida civil. A tales fines la legislación regula un modo de protegerlas. Busso¹⁶ destaca que sólo pueden tener capacidad de hecho aquellas personas dotadas de capacidad de derecho y clasifica a las personas atendiendo a su capacidad del modo siguiente:

- a) Incapaces de derecho;
- b) Capaces de derecho: 1) Capaces de hecho; 2) Incapaces de hecho¹⁷.

Los supuestos de incapacidad de hecho están regulados en lugares puntuales de la normativa civil en el libro I: *De las personas*; constituyen una medida de protección establecida en beneficio del incapaz, la incapaci-

¹⁵ BUERES, Alberto J. - Highton, Elena I. *Código Civil y normas complementarias*, tomo I, Ed. Hammurabi, pág. 437.

¹⁶ BUSSO (op. cit.), pág. 249.

¹⁷ Otro criterio clasificatorio, el que distingue entre incapacidad absoluta y relativa, tomado por VÉLEZ SANSFIELD del Esbozo de Freitas, se apoya en el grado de incapacidad y es ajeno a la doctrina europea sobre capacidad. La doctrina clásica afirma que la incapacidad absoluta es la que impide realizar por sí ningún acto debido a la total insuficiencia personal de quien la padece mientras que la relativa se da cuando la falta de aptitud está limitada a ciertos actos o al modo de ejercerlos. Si bien no es posible desconocer este modo de "clasificar" a la incapacidad dado que este criterio teórico ha sido receptado por la normativa civil aún vigente, la doctrina ha demostrado que carece de toda significación y efectos prácticos y ha desaparecido, por ejemplo, en el proyecto del Código Civil de 1998, conocido como Proyecto Alterini (www.alterini.org).

dad puede ser suplida por representación; la nulidad de los actos es tan sólo relativa y en materia de derecho internacional privado se aplica la ley del domicilio del incapaz.

III. LA DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD POR DEMENCIA

En el caso de las personas con enfermedades mentales que no tengan **"aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes"** puede resultar conveniente declararlos incapaces **para todos los actos de la vida civil** y que se les designe un **representante necesario** (arts. 53, inc. 3; 56 y 62; 141 y concordantes del C.C.).

En nuestra normativa actual, la declaración de incapacidad por "demencia" está estructurada con un criterio de extremos opuestos. Se sostiene que VÉLEZ SANSFIELD adoptó un sistema binario, de blanco o negro, sin aspectos intermedios, traduciendo al derecho un esquema rígido de sano-enfermo, puesto que "basta franquear la delgada línea de la sentencia de interdicción para pasar de la más amplia capacidad a la sombra más absoluta de la total incapacidad"¹⁸. A este concepto le sumó la idea de reemplazo obligatorio de la voluntad del declarado incapaz por la de otra persona a la que llamó curador. Podría entenderse así que, declarada la incapacidad, se invierte el principio general, y salvo que determinados actos estén expresamente permitidos, estarán prohibidos para los declarados incapaces.

Este sistema sólo sufrió una modificación que no alteró su esencia cuando la ley N° 17.711 del año 1968 introdujo la figura de la **inhabilitación**, por la cual el declarado inhabilitado sigue siendo capaz pero se le nombra un curador que lo asistirá para determinados actos¹⁹. De tal manera se introdujo un "gris" entre el "blanco" y el "negro" que permitió atender algunas injusticias pero que no cambió el sistema ya que los declarados incapaces siguen siendo "reemplazados" en su accionar sin distinguirse para qué tipo de actos.

¹⁸ ACEVEDO, Mariano. *Los interdictos por causas psíquicas y los inhabilitados en el Proyecto de Código Civil. Una mirada desde los valores*, en www.alterini.org/to_am1.htm

¹⁹ ANDORNO, Luis. La inhabilitación judicial nos enseña que el inhabilitado presenta una condición básica de capacidad, solamente restringida para la realización de determinada categoría de actos mencionados en la ley. Por tal razón -continúa- el curador que se le designa a los inhabilitados no es un representante de ellos como lo es en el caso de los dementes declarados en juicio, sino simplemente un asesor, que de acuerdo a la ley debe prestar su conformidad para disponer de sus bienes por actos entre vivos.

Con los avances de la psiquiatría en el conocimiento de las enfermedades mentales y la aparición de los psicofármacos, este modelo de pensamiento que visualiza a la sentencia de incapacidad como una declaración que "invierte" el principio general de la capacidad de las personas de existencia visible demostró cada vez más su ineficacia y llevó a pensar que "quien puede lo más, puede lo menos", generando en la jurisprudencia la figura de la "**rehabilitación parcial**", presuponiendo que el juez de la insania puede rehabilitar al declarado incapaz para que otorgue determinados actos si su estado mental se lo permite²⁰.

Esta parecería ser también la línea de pensamiento recogida por el **Proyecto de Código Civil de 1998**, conocido como Proyecto ALTERINI, el que luego de distinguir entre capacidad de derecho (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 o actos jurídicos determinados), de la capacidad de ejercicio (las personas humanas pueden ejercer por sí mismas sus derechos, salvo aquéllas a quienes la ley declara incapaces) (art. 18), y enunciar entre los incapaces a los "interdictos por causas psíquicas" (palabras que sustituyen a "demente"), en la medida judicialmente dispuesta (art. 19, inc. c) establece que el "interdicto por causas psíquicas", es inepto para dirigir su persona o administrar sus bienes (art. 27) y será representado por un curador (arts. 55 y 56) cuya principal función será la de cuidar la persona del interdicto y tratar que ésta recupere su salud, y a tal fin deberá aplicar preferentemente las rentas de sus bienes (art. 82). Establece, asimismo, que en caso de rehabilitación, si la misma no

²⁰ El primer caso del que tenemos conocimiento tuvo su origen cuando los propietarios de una Clínica Psiquiátrica pidieron al juez de la insania que autorizara al declarado incapaz -el que no estaba en condiciones de ser rehabilitado- a celebrar contrato de trabajo dado que su capacidad preservada se lo permitía para poder efectuar "legalmente" tareas de "ordenanza" para la misma Clínica en la que estaba internado. El juez de primera instancia, Dr. Eduardo CÁRDENAS, sostuvo que, si de lo que se trata de ayudar al enfermo para que se cure o mejore y ello puede operarse como consecuencia del trabajo para el que el enfermo demuestra aptitud, pues no hay duda, que debe autorizarse que personalmente celebre contrato de trabajo y administre sus retribuciones, para luego afirmar que "El estado protege a los enfermos mentales por adición y por sustracción. El primer modo es enderezando el erario público hacia los servicios que preserven la dignidad del insano, el segundo es privándolo del derecho de dirigir su persona y administrar sus bienes, puesto que su ejercicio pondría al insano a merced de otros. Esto último (la sustracción) debe ser usada con mucha prudencia, porque en el preciso instante en que la sustracción de derechos esenciales deja de ser necesaria comienza a violarse su dignidad, a envilecerlo y consiguientemente a enfermarlo". La sentencia, que fue apelada, tuvo el apoyo del Sr. Asesor de Menores de Cámara, Dr. Alejandro Molina, quien dictaminó que "Nuestro ordenamiento jurídico no establece un sistema cerrado de incapacidad o capacidad como puntos antitéticos, con una alternativa intermedia que es la inhabilitación del artículo 152 bis para proteger a los enfermos mentales, por el contrario, una correcta hermenéutica, tanto del C.C., como en ciertas leyes complementarias (cita la

es total el tribunal puede ampliar la nómina de actos que el interdicto puede realizar por sí o con la asistencia de su curador, o transformar la interdicción en inhabilitación (art. 41)²¹.

Según nuestro modo de ver, salvo precisiones terminológicas, el sistema sigue girando bajo el principio general de la incapacidad una vez declarada la insania y el reemplazo de la voluntad por otro, aunque exija que el juez en la sentencia que declare la interdicción determine la extensión y los límites de la incapacidad y especifique los actos que el interdicto puede realizar por sí o con asistencia del curador (art. 32). Parecería que el nuevo régimen que se propone permite introducir una amplia gama de grises entre el blanco y negro del sistema velezano pero no cambia su esencia.

Más amplio es el menú de opciones en el derecho internacional. La **ley española N° 13/1983**, por ejemplo, reformatoria del Código Civil de ese país del año 1889, no dispone la necesaria designación de un representante que reemplace la voluntad del declarado incapaz. Así, luego de establecer que "nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley" (art. 199 C.C.); enuncia entre las causas de la incapacitación a las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma (art. 200 C.C.) y dispone que la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de

N° 22.431 equiparable a nuestra N° 10.592) permite sostener que mediando enfermedad la situación del paciente va desde la plena capacidad porque su dolencia no le impide dirigir su persona o administrar sus bienes, hasta la incapacidad absoluta de hecho prevista en el artículo 141 C.C., con todas las opciones intermedias que aseguren amparo al enfermo". La alzada, confirmando el fallo, sostuvo que "Entre la capacidad total y la incapacidad total, existen infinitos grados, matices y circunstancias. El juez, entre la protección debida y la represión indebida, debe -y puede- buscar el punto justo donde la persona y la sociedad queden amparadas, sin que aquélla se vea privada de posibilidades de progreso y ésta de un miembro útil..." (Cámara Nacional Civil, Sala C, 12/8/85, autos: "Del V., J. L." en ED. 116-126; LL. 1985-E-47). En la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires conocemos la existencia de fallos de similar tenor sin haber tenido acceso a los mismos: en La Plata, un médico de profesión fue rehabilitado parcialmente para hacer una concurrencia en la especialidad de dermatología y para ejercer la docencia a nivel secundario; en San Isidro, una mujer declarada incapaz fue rehabilitada parcialmente para cobrar su pensión y administrarla y, en el mismo sentido, se resolvió en San Nicolás. Concordantemente con ello, en el Tercer Encuentro Nacional sobre Curadurías Oficiales se propuso -por unanimidad- impulsar la modificación del actual régimen general de incapacidades de los mayores de edad que establece el C.C., tendiente a permitir a los jueces decretar incapacidades parciales, considerando las circunstancias, personalidad y estado patológico del sujeto. Ello, claro, si consideramos que por vía de interpretación la incapacidad parcial no es posible.

²¹ La exposición de motivos del proyecto de Código Civil de 1998 afirma propiciar una alteración significativa del régimen de incapacidad pero conserva la estructura legal en materia de representación de incapaces en general y de la tutela y curatela en particular si bien "ha sido considerablemente ali-gerada del casuismo que caracteriza al Código vigente" (www.alterini.org).

tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 760, inciso 1, de la ley de enjuiciamiento civil del 7 de enero de 2000, derogatorio del artículo 210 del C.C., de similar orientación). Afirma que el tutor (nuestro curador) es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación (artículos 267 y 287 C.C. y 760 de la LEC). Pero admite también el instituto de la curatela (art. 287 C.C.), el que tiene por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido (art. 289 C.C.) y si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según el mismo Código, autorización judicial (art. 290 C.C.), los que son de contenido eminentemente patrimonial (art. 271 C.C.)²². Prevé también que la sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida (art. 761 de la LEC de igual contenido que el derogado artículo 212 del C.C.).

El **Código Civil francés**, por su parte, en su redacción original consagraba dos regímenes aplicables: la interdicción judicial y la dación del consejo judicial. La ley del 3 de enero de 1968, modificatoria de aquél, regula los institutos de la "*sauvegarde de justice*"; la tutela - destinada a personas que deban ser representadas de una manera continua para los actos de la vida civil, aunque no supone necesariamente la total incapacidad de obrar puesto que pueden celebrar por sí los actos de la vida corriente autorizados por la costumbre (arts. 450 y 491)- y la curatela (art. 490 C.C.), instituto

²² El tutor necesita autorización judicial para: 1. Internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial; 2. Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones; 3. Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado; 4. Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades; 5. Para hacer gastos extraordinarios en los bienes; 6. Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía; 7. Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años; 8. Para dar y tomar dinero a préstamo; 9. Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado; 10. Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado" (artículo 271 C.C.). El Proyecto ALTERINI en cambio, luego de enunciar distintos supuestos de contenido patrimonial, prevé que el tutor debe requerir autorización judicial para todo acto en que estén directa o indirectamente interesados sus parientes dentro del cuarto grado o sus socios o amigos íntimos (art. 64), sin precisar la naturaleza de éstos.

que somete a ciertas personas -las que sufren enfermedades menos graves- a un régimen de asistencia pudiendo ejercer por sí los actos que un tutor celebra sin necesidad de autorización (art. 510, inc. 1). La **ley alemana** de 1992, la **ley austríaca**, la **ley belga** del 18 de julio de 1991, constituyen otros ejemplos que regulan la materia con orientación similar²³.

Los mecanismos doctrinarios y legislativos expuestos aparecen como mucho más respetuosos de los derechos de los enfermos mentales si los comparamos con nuestro sistema jurídico actual. Especialmente, si consideramos que las enfermedades mentales -según la ciencia psiquiátrica y dejando a salvo puntuales procesos orgánicos o terminales- nunca producirán la destrucción de todas las potencialidades del ser humano y que bajo el concepto de la declaración de incapacidad se pretenderá tutelar a personas que padecen enfermedades que ameritan diagnósticos tan diferentes como por ejemplo una esquizofrenia, una debilidad mental o un trastorno bipolar, por lo que presumimos que en cada caso los elementos de la personalidad que pueden hallarse preservados de la enfermedad o despojarse de ella variarán sensiblemente en cada situación y tiempo.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, **todas estas respuestas jurídicas presuponen que la declaración de incapacidad abarca a todas las clases de actos jurídicos y que resulta competencia del juez de la insania morigerar las injusticias que puedan presentarse en la realidad**, ya sea declarando la incapacidad pero autorizando al incapaz a otorgar algunos actos determinados (Proyecto ALTERINI o jurisprudencia de la rehabilitación parcial), ya sea preservando su capacidad pero prohibiéndole otorgar algún tipo de actos (legislación europea en el caso de la curatela -palabra a la que le asignan un alcance distinto al que le damos en nuestro derecho- o nuestra figura de la inhabilitación).

IV. EL CONCEPTO DE CAPACIDAD DE DERECHO, ¿ALCANZA A LOS ACTOS JURÍDICOS PERSONALÍSIMOS?

Nadie afirma que la declaración de insania sea un juicio universal, ni que ejerza fuero de atracción como acontece con tal clase de juicios, por lo que ello no está en discusión²⁴. Sin embargo, los alcances de la misma apa-

²³ TOBÍAS, José W. *Enfermedad mental y derecho privado*, LL. tomo 1997-F, págs. 1393/1396.

²⁴ SCJBA Ac 66540 I 1-4-97; CC 2 LP, B 65380 RSI-183-89 I 9-5-89; CC I MP 100264 RSI-1233-96 I 5-12-96; CC I SN 940565 RSI-462-94 I 18-10-94; BUSSO (op. cit.), pág. 665 y fallos allí citados.

recen -al menos para quien esto escribe- un tanto difusos (y lo serán más de la mano del avance tecnológico y de la ciencia médica).

Nuestro Código Civil, "bombardeado" por otras leyes civiles de igual jerarquía que se han dictado de manera separada al Código e "impactado profundamente" por la reforma de nuestra Constitución y de las normas que "valen como ella" con la decidida adopción del sistema "monista" por vía normativa y jurisprudencial, simplemente dice que **las personas de existencia visible son "capaces" de adquirir derechos o contraer obligaciones** (art. 52 C.C.).

Desde siempre se ha observado que la expresión "contraer obligaciones", agregada por VÉLEZ SANSFIELD al texto del art. 16 del Esboço de Freitas es, en realidad innecesaria, porque tal aptitud es correlativa de la de adquirir derechos²⁵ lo que el propio codificador admite en la nota al artículo 52²⁶.

Pero, ¿a qué clase de derechos alude la norma?

Poco dice la doctrina concretamente en este aspecto. Mas, lo peor es que a poco que se intente definir qué significa la palabra "derechos" en general y precisar a qué clase de ellos podría aludir el artículo, advertiremos que las clasificaciones efectuadas por los autores y los contenidos que cada uno de ellos le asigna a las mismas palabras suelen variar de modo considerable. De tal modo, podríamos preguntarnos: ¿La norma alude a cualquier clase de derechos subjetivos?, ¿a derechos patrimoniales y/o extrapatrimoniales?, ¿a derechos personales y/o reales?, ¿a derechos de la personalidad?, ¿a derechos personalísimos?, ¿a derechos relativos o absolutos?, ¿a derechos creditorios?, ¿obligacionales?, ¿adquiridos?, ¿innatos? ¿intelectuales?, ¿de familia? De familia: ¿"Puros" o "aplicados"? Todas las respuestas son lógicamente posibles.

Lo único concreto es que el codificador aceptó estructurar el sistema civil distinguiendo entre **derechos reales y derechos personales**. Y que, mientras a los derechos reales les destinó exclusivamente el libro IV: *De los derechos reales*, bajo la denominación de derechos personales reguló a los "derechos personales en las relaciones civiles", asignando para ello todo el libro II y a los "derechos personales en las relaciones de familia" para los que reservó el libro I, sección segunda, luego de tratar en la sección primera a "las personas en general".

²⁵ LLERENA, pág. 82, citado por Busso, *Código Civil anotado*, pág. 243.

²⁶ La expresión "adquirir derechos", además de comprender implícitamente la posibilidad de contraer obligaciones, abraza en sí todas las fases de los derechos adquiridos, desde el hecho de la adquisición de cada uno de los derechos hasta su pérdida total.

Este criterio clasificatorio, tomado por VÉLEZ SANSFIELD del Esboço de Freitas podría llevarnos a sostener que el artículo 52 C.C. -al regular al atributo de la personalidad "capacidad"- alude a **"derechos subjetivos"**, dado que sólo los derechos reales y personales lo son para el autor brasileño, quien consideraba -apartándose del derecho romano-²⁷ que **los derechos de la personalidad no eran verdaderos derechos subjetivos**. Esta posición se sostiene en el mismo Esboço cuando afirma que "Todos los derechos reglados por el Código Civil son derechos adquiridos, facultades ejercitadas, poderes efectivos en relación con las personas o cosas. Las facultades no ejercitadas aún, inherentes a todos los individuos y constitutivas de su personalidad, aunque generalmente tengan la denominación de derechos no son aún los derechos que la legislación civil regla, son **predicados personales**, son la capacidad de obrar de que trata la legislación civil, tratando de las personas. La personalidad es elemento de los derechos, elemento que preexiste; los derechos son creados por la personalidad o se juntan a ellos de parte exterior"²⁸.

En nuestro país fue ORGAZ²⁹ quien sostuvo de manera más firme que los llamados derechos de la personalidad o personalísimos no son en realidad derechos, sino **"presupuestos jurídicos protegidos por la ley"** o **"bienes personales tutelados por el derecho objetivo"**. Similar posición adopta ANDORNO³⁰, cuando sostiene que el derecho no puede considerar al cuerpo como la "propiedad" de una persona puesto que **el cuerpo no es una "cosa" externa** sobre la que se pueda ejercer un derecho subjetivo como el que se ejerce sobre las cosas. Entre la persona y su cuerpo -dice-, no puede haber estrictamente hablando, lazo jurídico alguno puesto que ambas realidades se identifican. En otras palabras -continúa- la persona no

²⁷ GATTI, Edmundo. *Derecho subjetivos y relaciones jurídicas*, Ed. Abeledo-Perrot, pág. 48.

²⁸ "Todos los derechos reglados por el Código Civil son derechos adquiridos, facultades ejercitadas, poderes efectivos en relación a las personas o cosas. Las facultades no ejercitadas aún, inherentes a todos los individuos y constitutivas de su personalidad, aunque generalmente tengan la denominación de derechos no son aún los derechos que la legislación civil regla, son predicados personales, son la capacidad de obrar de que trata la legislación civil, tratando de las personas. La personalidad es elemento de los derechos, elemento que preexiste; los derechos son creados por la personalidad o se juntan a ellos de parte exterior (Teixeira de Freitas, Augusto. *Código Civil (Esboço)*, traducción castellana, Ed. De García Santos y Roldán, 1909, pág. 181. Citado por Gatti, Edmundo. *Derechos subjetivos y relaciones jurídicas*, Ed. Abeledo-Perrot, págs. 48/49.

²⁹ ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*, pág. 107/120.

³⁰ Es por eso, nos dice el autor citado, que los desarrollos biomédicos no pueden obligar al derecho a traducir en términos jurídicos el lazo que une a la persona con su cuerpo sino que el derecho aparece como garante de la unidad de la persona, que de otro modo se vería afectada por una interpretación dualista de tipo "sujeto-objeto" (ANDORNO, Roberto. Op. cit., págs. 54/55).

posee un cuerpo, sino que ella "es" un cuerpo. Y agrega que "el derecho implica por definición una relación de alteridad" (neologismo de fuente italiana - *alterioritá*- que significa autonomía de los extremos de la fórmula sujeto-objeto³¹) y que **donde hay una sola persona, no hay relación jurídica.**

CIFUENTES³² difiere de la opinión de ORGAZ sosteniendo contundentemente que los derechos personalísimos son derechos subjetivos sustentando que "negar que las normas se ocupan de la vida, cuerpo, honor, libertad, etc., y que se ocupan con prioridad, es no tener en cuenta una parte esencial del ordenamiento jurídico..." y que "... ignorar las facultades del hombre sobre ellos es... posponer al mismo hombre". Para agregar: "quien aparta esos bienes del concepto de derecho subjetivo... contradice ese mismo concepto o limita su esfera".

Respecto del "problema del objeto", el autor citado afirma que "descartada la exigencia de una separación real, apreciable fuera del sujeto, desaparecerá el dilema" y que "olvidando la forzosa necesidad de que se separen así los elementos la crítica cae por su base". Para más adelante manifestar que la "exterioridad" del objeto es arbitraria, "porque nada impide objetivar bienes interiores" señalando que lo importante es la "tutela jurídica"³³. LLAMBIAS, BORDA, BELLUSCIO se posicionan con CIFUENTES al expresar que los derechos de la personalidad son verdaderos derechos subjetivos, aunque no por idénticos argumentos³⁴.

Sostener que los derechos personalísimos son derechos subjetivos, ¿significa que se hallan comprendidos en la noción de "capacidad" del artículo 52 C.C.?

Modestamente creemos que las posiciones no son tan antagónicas como parecen. Esto así porque la misma expresión suele ser utilizada para referir a conceptos diferentes. Desde el punto de vista puramente etimológico, la palabra "subjetivo" deriva del latín *subjeti vus* que significa perteneciente o relativo al sujeto³⁵. Así, derecho subjetivo, desde el punto de vista estrictamente semántico, no jurídico, sería: "el derecho que le pertenece al sujeto", definición que no resulta muy conflictiva. Para esta pers-

³¹ La inexistencia del elemento "alteridad" (o *alterioritá*, según la doctrina italiana), entendido como autonomía de los extremos constitutivos de la fórmula sujeto-objeto es la que lleva a sostener a ciertos autores que los derechos personalísimos no son derechos subjetivos porque no existe objeto (CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, págs. 168 y ss).

³² CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, págs. 177/178.

³³ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, págs. 151/152.

³⁴ BELLUSCIO, Augusto C., págs. 272/273; Llabias, Jorge J. N° 5, pág. 372; Borda, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, N° 310.

³⁵ Diccionario de la Real Academia Española en www.rae.es

pectiva, puramente lingüística, derechos reales serían los derechos de una persona sobre las cosas, y derechos personales los que relacionan entre sí a los sujetos y no están atribuidos a las personas sobre las cosas³⁶.

Pero éste no suele ser el único uso dado a la expresión por los autores de derecho, la que puede ser utilizada -al menos- de dos modos distintos: a) Como "*contracara*" del *derecho objetivo*, entendido éste como "conjunto de normas jurídicas tal como se encuentran inscriptas en los códigos o leyes". "**Derecho subjetivo**" se confunde en esta acepción con otro concepto, el de "**relación jurídica**"; b) Como *el elemento voluntario del sujeto activo de la relación jurídica*, llamado también "facultad jurídica". En este último sentido se lo ha definido como "poder o facultad del individuo dentro de cuyos límites su voluntad reina con el consentimiento de todos" (SAVIGNY); "potestad o señorío de la voluntad otorgado por el orden jurídico" (WINDSCHEID) o "intereses jurídicamente protegidos" (IHERING), según la clásica doctrina³⁷. De este modo "derecho subjetivo" es el que le asiste a una persona humana por ser sujeto de derecho.

Si conservamos la expresión "derecho subjetivo" para la segunda acepción y denominamos "relación jurídica" a la primera, conoceremos que los autores le reconocen al primero tres "elementos": a) sujeto (titular del derecho); b) objeto (persona o cosa sobre la cual el sujeto ejerce su poder o comportamiento que está facultado a requerir de persona o personas determinadas); y c) causa (hecho o acto jurídico que le ha dado nacimiento). Desde esta acepción podría afirmarse que los derechos personalísimos no son derechos subjetivos, porque no hay objeto o se puede comenzar a discurrir si las partes del cuerpo o la libertad, por ejemplo, pueden realmente separarse o perderse respectivamente a fin de "descubrir" los dos extremos de la formula sujeto-objeto³⁸.

Las relaciones jurídicas, en cambio, son siempre intersubjetivas -es decir entre sujetos- y se componen de cuatro elementos: a) sujeto activo (es la persona que puede ejercer la prerrogativa a que ella refiere); b) sujeto pasivo (a quien o a quienes le corresponde el deber de soportar el ejercicio de la prerrogativa del titular); c) objeto (conducta que debe observar el sujeto pasivo con respecto al sujeto activo); d) causa (hecho que ha dado

³⁶ Idem.

³⁷ GATTI, Edmundo. *Derechos subjetivos y relaciones jurídicas*, pág. 141.

³⁸ Por ejemplo, BORDA (op. cit., N° 310) que tampoco es valedero el argumento derivado de la falta de objeto de estos derechos. Si bien es cierto -dice- que idealmente el honor, la libertad, la integridad física, deben integrar la personalidad humana, en la práctica puede darse perfectamente el caso de que una persona sea privada de ellos. Son, por consiguiente, separables del sujeto.

nacimiento al derecho). Desde esta posición el objeto de la relación jurídica es siempre un hecho humano (conducta, no una persona o cosa) que podrá consistir en una acción u omisión cuando el derecho es relativo y será siempre una omisión cuando el derecho es absoluto. GATTI³⁹ destaca que, si se trata de una relación jurídica relativa (derecho subjetivo personal o creditorio) hay identidad entre los objetos, en cambio cuando la relación jurídica es absoluta (derechos subjetivos reales) el sujeto pasivo está constituido por todos los integrantes de la sociedad y los objetos difieren completamente. En esta acepción, los derechos personalísimos serán siempre subjetivos (o las relaciones jurídicas serán siempre subjetivas) puesto que la "alteridad" exigida por la doctrina para que la norma sea jurídica se perfecciona con la conducta pasiva que deben asumir los demás miembros de la sociedad de respetar el derecho del titular, de un modo casi idéntico al que resulta en materia de derechos reales. Sobre esta base, dice GATTI que en realidad la clasificación de derechos absolutos o relativos no atiende a los derechos subjetivos sino a las relaciones jurídicas⁴⁰.

Pero ello no significa, a nuestro entender, que necesariamente los derechos personalísimos se encuentren comprendidos entre los derechos enunciados en el artículo 52 C.C. Esto así, porque los derechos subjetivos suelen diferenciarse a su vez en **"derechos innatos" (o esenciales o personalísimos)** y **"derechos adquiridos" (o accidentales)** (aunque a estos últimos sería mejor nombrarlos "derechos susceptibles de ser adquiridos" para distinguirlos del concepto de derechos adquiridos, definidos por un "corte" en el plano temporal) **y el artículo 52 C.C. refiere expresamente a "adquirir" derechos, lo que no puede acontecer con los derechos personalísimos que son innatos.**

Esto resulta indiscutible si atendemos que -según el Diccionario de la Real Academia Española- el término "innato" deriva del latín *innà tus*, participio pasado de *innasci*, que significa "nacer en", "producirse" y es definido como: "connatural y como nacido con la misma persona"⁴¹. A modo de ejemplo podemos referir que BORDA⁴², expresa que se llaman derechos de la personalidad aquellos que son innatos al hombre como tal y de los cuales no puede ser privado. GOLDSTEIN⁴³ afirma que los derechos innatos se origi-

³⁹ GATTI (op. cit.), págs. 135/136.

⁴⁰ GATTI (op. cit.), págs. 141/142.

⁴¹ Diccionario de la Real Academia Española en www.rae.es

⁴² BORDA (op. cit.), N° 310 y 311.

⁴³ GOLDSTEIN, Mateo. *Derechos personales*, Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo VIII, pág. 361.

nan inmediatamente en la naturaleza abstracta y común de los hombres, considerada en la integridad de sus elementos esenciales, mientras que los adquiridos se fundamentan en la naturaleza concreta e individual del hombre. BUSO⁴⁴ sostiene que la personalidad lleva consigo ciertos derechos innatos entre los que enumera a la integridad física y moral, el honor y la intimidad. CIFUENTES⁴⁵ manifiesta que "si el derecho aparece automáticamente con el principio de la persona, porque normativamente se lo atiende desde entonces, es innato. En cambio, cuando el orden jurídico prevé su entidad después, en etapas posteriores al hecho jurídico de comenzar a ser persona, es adquirido". Este criterio clasificatorio tiene su raíz en la causa de las relaciones jurídicas dado que mientras los derechos adquiridos tendrán su causa siempre en un hecho humano en los derechos innatos la causa será un hecho de la naturaleza⁴⁶.

Con lo expuesto creemos que asisten dos respuestas posibles a la cuestión del título respecto de los derechos personalísimos mirados desde la óptica de la capacidad: a) si entendemos que los derechos personalísimos no son realmente derechos subjetivos sino predicados personales (FREITAS), bienes personales tutelados por el derecho objetivo (ORGAZ) o no lo son por carecer de objeto y la necesaria relación de alteridad (ANDORNO), los actos otorgados en su ejercicio no se hallarían comprendidos dentro de la declaración de incapacidad que refiere a "derechos"; y b) si comprendemos que los derechos personalísimos son verdaderos derechos subjetivos (CIFUENTES, LLAMBÍAS, BORDA, BELLUSCIO) tampoco serían alcanzados por la interdicción, dado que el artículo 52 C.C. alude a derechos adquiridos y los personalísimos pertenecen a la categoría de innatos.

V. ¿CABE IGUAL INTERPRETACIÓN DESDE LA LECTURA DE LAS NORMAS ESPECÍFICAS?

A poco de abordar la cuestión desde el plano de las pocas normas específicas que atienden al tema de los derechos personalísimos en nuestro derecho interno (ley N° 24.193, sobre trasplante de órganos y materiales anatómicos; N° 22.290 sobre utilización de la sangre humana y N° 17.132, aplicable sólo al ámbito de la Capital Federal y que contiene artículos vincula-

⁴⁴ BUSO (op. cit.), pág. 245.

⁴⁵ CIFUENTES, Santos; Rivas Molina, Andrés; Tiscornia, Bartolomé. *Juicio de insania y otros procesos sobre la capacidad*, pág. 134.

⁴⁶ GATTI (op. cit.), pág. 134.

dos a los derechos de los pacientes), advertiremos que el aspecto de la capacidad no ha sido atendido por nuestra legislación o lo ha sido de modo deficiente.

De hecho, la única norma que refiere a la cuestión de la capacidad es la ley de trasplantes que permite "la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplantes sobre una persona capaz, mayor de dieciocho años" (art. 15) y utiliza igual fórmula cuando alude a la capacidad para autorizar la ablación de órganos o materiales anatómicos del propio cuerpo para después de la muerte (art. 19).

Ya en las Segundas Jornadas de Derecho Civil (Mercedes, 1983) se postuló la modificación de la norma debido a la desafortunada redacción del precepto desde que una persona de dieciocho años no es capaz, salvo que esté emancipada⁴⁷. La misma crítica se ha expresado en las Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho, proponiéndose que se reemplace la frase "capaz, mayor de dieciocho años" por el concepto "pleno uso de sus facultades mentales"⁴⁸.

Ahora bien -aunque sostengamos como lo hemos expresado que la declaración de incapacidad no alcanza a los actos personalísimos- podríamos decir que las normas citadas prohíben al declarado incapaz otorgar estos actos jurídicos en particular, puesto que su situación de incapaz de hecho lo colocaría dentro de un "grupo o clase de personas" alcanzado por una incapacidad de derecho (es decir, porque los artículos 15 y 19 de la ley N° 24.193 así lo expresan y no porque estén alcanzados por el principio general del artículo 54, inciso 3 del C.C.). Sin embargo, la aparente razonabilidad de la interpretación nos llevaría a concluir que el acto no podrá ser otorgado por el incapaz (por su declaración de incapacidad) ni por su representante (porque el carácter del acto hace inviable el reemplazo de la voluntad por la del curador). La solución no parecería ser justa si la persona incapaz tiene la capacidad suficiente para comprender el acto para el que se lo reclama y desea otorgarlo.

Y, vista así, la norma podría ser contraria a preceptos constitucionales (directos o indirectos) y a reglas éticas que pertenecen al derecho consuetudinario internacional. Entre las primeras podemos citar: al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional en cuanto obliga al Congreso a legis-

⁴⁷ Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil, Mercedes 1983, en *Derecho Civil. Parte General. Temas*, bajo la dirección de Julio Cesar RIVERA, pág. 121, Ed. Abeledo-Perrot. Si bien la posición se debatió con base en la ley N° 21.454 -antecedente de la actual- la expresión "capaz, mayor de dieciocho años" es la misma.

⁴⁸ CASTRO, Sandra Beatriz. *La capacidad del dador en la ley de trasplantes*, ponencia presentada en las I Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho, Buenos Aires, 22/VIII/2000.

lar y promover medidas de acción positiva, que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato⁴⁹, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad; a la ley N° 23.054, ratificatoria del "Pacto de San José de Costa Rica" que en su artículo 5°, apartado 1, contempla el derecho de la persona a que se respete "su integridad física, psíquica y moral"; a la ley N° 25.280, por la cual se aprueba la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad" ya citada y a la ley N° 23.592 contra todo tipo de discriminación, en cuanto prohíbe expresamente los actos de impedir, obstruir, restringir, menoscabar arbitrariamente el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución por razones de raza, religión, nacionalidad, opinión política, ideología, opinión gremial, sexo, posición económica o social y caracteres físicos.

Salvo esta cuestión en particular sobre la cual dejaremos "sobrevolar" la duda de la inconstitucionalidad de los artículos que se analizan, es importante que quede claro que entendemos que todo lo que no esta prohibido está permitido para la persona declarada incapaz (art. 19 Constitución Nacional).

En este punto es dable destacar que todo el desarrollo realizado precedentemente no significa negar la incapacidad real que algunas personas

⁴⁹ Las Normas Uniformes sobre igualdad de Oportunidades para las personas con Discapacidad de la ONU profundizan el concepto. Bajo el título "Conceptos fundamentales de la política relativa a la discapacidad" el documento redefine y precisa los conceptos esbozados en el "Programa de Acción Mundial para Personas con Discapacidad". Refiere que con la palabra "*discapacidad*" se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo y que la misma puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental, las que pueden ser de carácter permanente o transitorio (punto 17). Distingue "*discapacidad*" de "*minusvalía*" a la que califica como "la pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás" y destaca que el concepto describe la situación de la persona con discapacidad en función de su entorno, teniendo por finalidad centrar el interés en las deficiencias de diseño del entorno físico y de muchas actividades organizadas de la sociedad, por ejemplo, información, comunicación y educación, que se oponen a que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad. Refiere, además, que con anterioridad las palabras "*discapacidad*" y "*minusvalía*" se utilizaban a menudo de manera poco clara y conjunta, lo que era perjudicial para las medidas normativas y la acción política y recoge la preocupación de que el concepto sea considerado con un carácter demasiado médico y centrado en la persona, y tal vez no aclare suficientemente la relación recíproca entre las condiciones o expectativas sociales y las capacidades de la persona (punto 18). Más adelante entiende por "*prevención*" a la adopción de medidas encaminadas a impedir que se produzca un deterioro físico, intelectual, psiquiátrico o sensorial (prevención primaria) o a impedir que ese deterioro cause una discapacidad o limitación funcional permanente (prevención secundaria). Precisa que la prevención puede incluir muchos tipos de acción diferentes, como atención primaria de la salud, puericultura prenatal y postnatal, educación en

pueden tener para otorgar estos actos jurídicos. Simplemente creemos que no corresponde vincular a éstos con la sentencia de incapacidad, sino que compete analizarla de manera independiente y para el acto concreto que en cada caso se pretende otorgar. Así, cuando por razones de inmadurez, por afecciones psíquicas permanentes que inhiben para comprender o por inconsciencia accidental o transitoria una persona no esté en condiciones de otorgar el acto, no lo podrá hacer, y la ley deberá establecer un mecanismo para suplir su voluntad en caso que sea imprescindible. Por ejemplo la "Declaración de Lisboa sobre los Derechos del Paciente" -norma ética emanada de la Asociación Médica Mundial en 1981-⁵⁰, luego de postular como principio general el de la autodeterminación (art. 3º, inciso a), reconoce que "el paciente 'adulto mentalmente competente' tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia" (art. 3º, inciso b). Luego refiere que si el paciente se halla "inconsciente o no puede expresar su voluntad se debe obtener el consentimiento de un representante legal, cuando sea posible y cuando sea legalmente pertinente" (art. 4º, inciso a) y "si no se dispone de un representante legal, y se necesita urgente una intervención médica, se debe suponer el consentimiento del paciente, a menos que sea obvio y no quede la menor duda, en base a lo expresado previamente por el paciente o por convicción anterior, que éste rechazaría la intervención en esa situación" (art. 4º, inciso b).

materia de nutrición, campañas de vacunación contra enfermedades transmisibles, medidas de lucha contra las enfermedades endémicas, normas y programas de seguridad para la prevención de accidentes en diferentes entornos, incluidas la adaptación de los lugares de trabajo para evitar discapacidades y enfermedades profesionales, y prevención de la discapacidad resultante de la contaminación del medio ambiente u ocasionada por los conflictos armados (punto 22) y define a la "rehabilitación" como un proceso encaminado a lograr que las personas con discapacidad estén en condiciones de alcanzar y mantener un estado funcional óptimo desde el punto de vista físico, sensorial, intelectual, psíquico o social, de manera que cuenten con medios para modificar su propia vida y ser más independientes. Aclara que la rehabilitación puede abarcar medidas para proporcionar o restablecer funciones o para compensar la pérdida o la falta de una función o una limitación funcional. El proceso de rehabilitación no supone la prestación de atención médica preliminar. Abarca una amplia variedad de medidas y actividades, desde la rehabilitación más básica y general hasta las actividades de orientación específica, como por ejemplo la rehabilitación profesional (punto 23). Por logro de la "igualdad de oportunidades" entiende al proceso mediante el cual los diversos sistemas de la sociedad, el entorno físico, los servicios, las actividades, la información y la documentación se ponen a disposición de todos, especialmente de las personas con discapacidad (punto 24). Declara que el principio de la igualdad de derechos significa que las necesidades de cada persona tienen igual importancia (punto 25); que las personas con discapacidad tienen derecho a permanecer en sus comunidades locales (punto 26) y que a medida que las personas con discapacidad logren la igualdad de derechos, deben también asumir las obligaciones correspondientes (punto 27).

⁵⁰ Declaración sobre los Derechos de los Pacientes (adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial, Lisboa, Portugal, septiembre-octubre de 1981 y enmendada por la 47ª Asamblea General, Bali, Indonesia, septiembre de 1995) www.wma.net/s/home.htm

⁵¹ LAVALLE, Olga O. *Consentimiento informado en adolescentes*, JA. 2000-IV, pág. 1072. La autora

Respecto del "paciente legalmente incapacitado" requiere "el consentimiento de un representante legal, cuando sea legalmente pertinente"; sin embargo, destaca que "el paciente debe participar en las decisiones al máximo que lo permita su capacidad" (art. 5º, inc. a), y "si el paciente incapacitado legalmente puede tomar decisiones racionales, éstas deben ser respetadas y él tiene derecho a prohibir la entrega de información a su representante legal" (art. 5º, inc. b).

La definición de "paciente adulto mentalmente competente" utilizada en la Declaración proviene de la bioética. LAVALLE⁵¹ destaca que el concepto jurídico de "capacidad" no coincide necesariamente con el bioético de "competencia" cuando se trata de la toma de decisiones referidas al propio cuerpo y a la salud, Así, por ejemplo -afirma- una persona con una incapacidad jurídica absoluta (un demente declarado en juicio) puede sin embargo tener el discernimiento suficiente para participar en la toma de decisiones atinentes a su salud.

VI. EL CONCEPTO DE CAPACIDAD DE DERECHO, ¿ALCANZA A LOS ACTOS JURÍDICOS DE NATURALEZA FAMILIAR?

A modo de aclaración preliminar valga referir que los conceptos vertidos anteriormente sobre "derechos subjetivos" y "relaciones jurídicas" son plenamente aplicables al **derecho de familia**.

ZANNONI⁵² define a éste como el "conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares" y a la "**relación jurídica familiar**" como "toda relación que el ordenamiento jurídico establezca entre personas, imputando deberes o atribuyendo derechos, interdependientes y recíprocos, para la realización de fines o intereses familiares". "**Derechos subjetivos familiares**", son -en palabras del autor citado- "las facultades otorgadas a las personas como medio de protección de intereses legítimos determinados por las relaciones jurídicas familiares".

cita para fundar su afirmación a la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci cuando en la conferencia dictada en las Primeras Jornadas de Bioética y Derecho bajo el título "El derecho del menor sobre su propio cuerpo" diferenció claramente "capacidad" de "competencia", destacando que el concepto deriva del derecho anglosajón y se funda en la idea de que "la conciencia del propio cuerpo viene a cada ser humano mucho antes de su mayoría de edad". También señala que la Corte de la Cámara de los Lores resolvió que la "capacidad médica" se adquiere a los dieciséis años.

⁵² ZANNONI (op. cit.), pág. 45 y ss.

⁵³ ZANNONI (op. cit.), págs. 51/52.

Más adelante observa que los derechos subjetivos familiares pueden atender a la satisfacción de **intereses propios**, que tendrán contenido patrimonial o extrapatrimonial (vgr., acciones de separación personal o divorcio vincular, petición de divorcio por presentación conjunta, ejercicio de la acción de nulidad, impugnación de la paternidad, acción de alimentos para sí, reclamo del pago de recompensas o compensaciones; inicio de acciones por exclusión del hogar, etc.), pero también pueden corresponder para la protección de **intereses ajenos** en cuyo caso suelen presentar la particularidad que además de derechos resultan, a su vez, deberes u obligaciones (vgr., decisiones derivadas del ejercicio de la patria potestad, como la elección de la educación de los hijos, el derecho y el deber de visitarlos del progenitor no conviviente, etc.)⁵³.

Según el mismo autor, cuando la materia propia del acto jurídico es la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas familiares, estamos ante un **"acto jurídico familiar"** y, por vía de adaptación de la definición que para los actos jurídicos en general prevé el artículo 944 del C.C., los define como **"aquellos actos humanos, voluntarios, lícitos que tienen por fin inmediato crear, modificar, ejercer, conservar o extinguir relaciones jurídicas de familia"**⁵⁴.

En nuestro país, DÍAZ DE GUIJARRO fue quien primero y de modo más destacado y profuso colaboró para desarrollar el concepto de acto jurídico familiar, definiéndolo como "actos voluntarios lícitos que tengan por fin el emplazamiento en el estado de familia o la regulación de las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares"⁵⁵. El autor no comprendió en el concepto a los actos que modifiquen o extingan relaciones jurídicas familiares, por entender que "los derechos subjetivos familiares no serían susceptibles de ser transferidos, conservados o aniquilados por el solo juego de la voluntad"⁵⁶, posición que rebaten BELLUSCIO⁵⁷ y el propio ZANNONI⁵⁸ sosteniendo que el acto jurídico familiar puede tener por objeto la modifica-

⁵⁴ ZANNONI (op. cit.), pág. 53.

⁵⁵ DÍAZ de GUIJARRO, Enrique. *Introducción al estudio del acto jurídico familiar*, JA. 1956-IV, pág. 108; *Concepto y naturaleza del acto jurídico familiar*, JA. 1966-VI-17, Sección Doctrina; *El acto jurídico de emplazamiento en el estado de familia*, JA. 1955-IV-14, Sección Doctrina N° 5. Obsérvese que no siempre el estado de familia tiene su fuente en un acto jurídico familiar, como por ejemplo en la determinación de la maternidad por la simple constatación del parto y la identidad del nacido (art. 242 C.C.).

⁵⁶ DÍAZ de GUIJARRO, Enrique. *Concepto y naturaleza del acto jurídico familiar*, JA. 1966-VI-17, Sección Doctrina.

⁵⁷ BELLUSCIO, Augusto. *Derecho de familia*, tomo I, pág. 170 y ss.

⁵⁸ ZANNONI (op. cit.), pág. 55.

⁵⁹ Como ya afirmamos, el estado es otro de los atributos de la personalidad, distinto a la capacidad.

ción o la extinción de derechos subjetivos familiares (vgr., el derecho de dejar a salvo los alimentos para uno de los cónyuges a tenor del artículo 236 C.C. en el divorcio de presentación conjunta o la revocación de la adopción simple). En alusión a la posición de DÍAZ DE GUIJARRO, sugiere ZANNONI que el mismo pone el acento en el contenido de la relación jurídica, donde la autonomía de las partes está fuertemente limitada por el interés familiar, cuando en verdad debe atenderse a la causa-fuente que hace a la estructura del acto.

De este modo, podríamos distinguir por un lado, a los **actos que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas de familia**, lo que nos lleva al concepto de **estado de familia** entendido esto como atributo de las personas de existencia visible⁵⁹ (¿actos jurídicos familiares puros?) (vgr., matrimonio, divorcio, reconocimiento de hijos, acciones de emplazamiento o desplazamiento de estado, adopción, etc.) y, por el otro, a los **actos que importan al ejercicio de los derechos subjetivos otorgados por el derecho de familia** precisamente en virtud de gozar de cierto estado familiar (¿actos jurídicos familiares aplicados?) (vgr., reclamar la tenencia legal de los hijos o un régimen de visitas, autorizar a un menor a contraer matrimonio, otorgar alguna de las autorizaciones del artículo 264 *quater*, administrar los bienes de los hijos menores, etc.). Los primeros producirán efectos patrimoniales aunque no constituyan su esencia, los segundos podrán tener o no contenido patrimonial.

Luego de meditar sobre el contenido de esta rápida descripción y, a partir de allí, intentar descifrar si los actos jurídicos de naturaleza familiar son otorgados en ejercicio de derechos innatos o adquiridos, descubriremos que sería introducirnos en un terreno resbaladizo, donde no existen opiniones de autores y la interpretación será sin duda de carácter controvertido.

Pero, dado que es indiscutible que muchos de los derechos subjetivos que confiere el ordenamiento jurídico en virtud de las relaciones de familia serán de carácter adquirido, desde un enfoque general la respuesta brindada para los actos jurídicos personalísimos no resultará útil para dar solución respecto de los actos jurídicos otorgados en ejercicio de derechos de familia. Ello sin perjuicio de que al analizar los distintos actos en particular podría afirmarse que algunos se otorgan en ejercicio de derechos

BUSSO (op. cit., pág. 407) enseña que la noción de estado designa a la posición de la persona dentro de los dos grupos que ella integra: la nación (estado de ciudadano) y la familia (estado de familia). Llambías (op. cit., pág. 341) refiere que en nuestro derecho positivo la terminología "estado" o "estado civil" se refiere al modo de ser de la persona dentro de la familia (estado de padre; estado de hijo).

⁶⁰ MAZZINGHI, Jorge A. *Derecho de familia*, tomo I, N° 11; Bosset – Zannoni. *Manual...*; Belluscio,

innatos (vgr., ¿los otorgados en ejercicio de la patria potestad materna? Conf. art. 242 C.C.).

El panorama se hace más confuso aún, si leemos a los autores que en general sostienen que los actos jurídicos familiares no constituyen una categoría diferente del acto jurídico en general sino una especie dentro de este género⁶⁰. Se afirma que ello se desprende de la propia opinión de DÍAZ DE GUIJARRO cuando expresa que "siendo que el derecho de familia es parte integrante del derecho civil, corresponde concluir que la teoría general de los actos jurídicos comprende a los actos jurídicos familiares, por cuanto la voluntad humana es decisiva para su creación"⁶¹.

No obstante lo expuesto, no existen voces doctrinarias que postulen que los actos otorgados en materia de familia puedan ser celebrados por los representantes legales. LLAMBÍAS⁶², por ejemplo, comentando el carácter extensivo de la representación "a todos los actos de la vida civil" y destacando que quedan exceptuados aquellos para los cuales estuvieren especialmente facultados los propios incapaces (lo que permitiría interpretar por vía jurisprudencial la doctrina de la rehabilitación parcial o el criterio del Proyecto ALTERINI) señala que independientemente de estas excepciones quedan igualmente exceptuados de la representación genérica que invisten los representantes, los llamados "actos personalísimos", que son los que por su naturaleza sólo están librados a la discrecional voluntad de su autor. No cabe duda de que bajo la expresión "actos personalísimos" el actor refiere a los de naturaleza familiar puesto que cita como ejemplos el matrimonio, el reconocimiento de la filiación, el testamento, la acción de divorcio, la revocación de la donación por ingratitud del donatario, etc. La misma idea expresan BUERES - HIGHTON⁶³ cuando refieren que la extensión de la representación no alcanza a los "actos personalísimos" (mismos ejemplos), los cuales no pueden ser celebrados sino con el concurso de la voluntad del incapaz y -agregando que- para estos actos, la representación necesaria no es admitida, pudiendo corresponder en algunos de ellos la asistencia del representante. BORDA⁶⁴ postula que los actos otorgados en materia de familia no pueden ser celebrados por los representantes legales, y BELLUSCIO,

tomo I, N° 74; Ferrer, Francisco. *Enciclopedia de derecho de familia*, tomo I, pág. 79 y ss. Zannoni (op. cit.), pág. 57.

⁶¹ DÍAZ de GUIJARRO, Enrique. *Voluntad en el acto jurídico familiar*, Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XXVI, pág. 749.

⁶² LLAMBÍAS (op. cit.), págs. 418/419.

⁶³ BUERES-Highton (op. cit.), pág. 449.

⁶⁴ BORDA (op. cit.), pág. 490.

⁶⁵ BELLUSCIO (op. cit.), pág. 309.

GARBINO, COBO, PARDO, RIVERA⁶⁵ refieren que una de las excepciones a la regla genérica está constituida por ciertos actos que suelen ser denominados por la doctrina como "actos personalísimos" que no pueden ser celebrados sino con el concurso de la voluntad del incapaz (habla de matrimonio, reconocimiento de filiación, testamento). Estos últimos autores citan, a su vez, a MACHADO y a ORGAZ. BUSO⁶⁶ comenta que "hay excepciones" a la representación necesaria y da como ejemplos el matrimonio de menores, el testamento y el reconocimiento de hijos.

DÍAZ DE GUIJARRO⁶⁷ luego de remarcar las diferencias entre los actos jurídicos familiares y patrimoniales, destaca el carácter personalísimo de los primeros afirmando que "una de sus características es la inherencia personal..."⁶⁸ y que "...media una gran diferencia con la esfera de los actos jurídicos patrimoniales, en la cual los representantes necesarios de los incapaces -y para estos últimos- adquieren derechos y contraen obligaciones por su propia resolución y sin ningún concurso de la voluntad del representado y aun sin conocimiento de éste...", lo que "... no es así en materia de actos jurídicos familiares". En efecto -continúa- la "individualidad de la persona" de que nos habla VÉLEZ SANSFIELD (nota al artículo 1445) y los derechos inherentes a la persona a que refiere el artículo 1196, principios apenas desenvueltos legalmente, asumen plena entidad cuando se trata de celebrar un acto jurídico familiar, por cuanto no se concibe que actúe con poder decisorio, otra voluntad que la de quien la crea: el acto jurídico familiar es una emanación de la personalidad humana, tanto cuando se proyecta sobre el emplazamiento en el estado de familia como cuando regula los derechos subjetivos familiares, porque uno y otro hacen al estado, que es un atributo esencial de la personalidad. A continuación, y a lo largo de la nota, el autor citado desarrolla la incidencia que el carácter personalísimo y no reemplazable por representación produce en el acto jurídico matrimonial; en el reconocimiento (sin desconocer que puede acontecer el emplazamiento de estado con prescindencia de la voluntad en virtud de una acción de estado) y en la adopción. Creemos que con estas palabras queda clara la posición del citado sobre los alcances de la representación del curador designado.

⁶⁶ BUSO (op. cit.), pág. 448.

⁶⁷ DÍAZ de GUIJARRO, Enrique. *Voluntad en el acto jurídico familiar*, Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XXVI, pág. 749; y *Tratado de derecho de familia*, tomo I, pág. 368, N° 283.

⁶⁸ Creemos que es preferible reservar la terminología "derechos inherentes a la persona" a los derechos y obligaciones patrimoniales que por su naturaleza no son transmisibles a los herederos, tal como lo define el propio Código Civil en el artículo 498.

⁶⁹ BORDA, Guillermo. *Tratado de derecho civil*, pág. 437, y cita a Molinas. *Incapacidad civil de los*

Así las cosas parece indiscutible que el curador no puede representar al incapaz para este tipo de actos. Pero, ¿esto significa que no se encuentran alcanzados por la declaración de insania?, ¿dirigir su persona alude a los actos extrapatrimoniales de naturaleza familiar? Aquí la doctrina no es tan uniforme ni explícita.

BORDA⁶⁹ expresa contundentemente que los curadores no pueden otorgarlos pero tampoco los dementes declarados en juicio. Sostiene que en la esfera del derecho debe considerarse demente a toda persona que, a consecuencia de una perturbación de sus facultades mentales, carece de aptitud para conducirse a sí misma, en sus relaciones de familia y para administrar sus bienes. Igual opinión es mantenida por MOLINAS -citado por BORDA- quien sostiene que la incapacidad alcanza "muy particularmente en lo que atañe a la vida de familia, aptitud para dirigir y educar a sus hijos, gobernar el hogar, etc.". En síntesis: **para estos autores los actos jurídicos familiares no puede otorgarlos nadie.**

Nosotros creemos que no es la interpretación correcta.

En principio, cabe destacar que no es materia de discusión que la declaración de insania no alcanza a cuestiones vinculadas a otras ramas del derecho (vgr., en el derecho penal importa el concepto de "**inimputabilidad**", que no es igual al de capacidad⁷⁰; en el derecho administrativo se atiende a la "**discapacidad**" y en el derecho procesal la **legitimación**). **Esto es claro porque el concepto de "capacidad" pertenece al derecho civil.**

Y aun en las ramas que se han desprendido del derecho civil se utilizan otros conceptos de carácter autónomo (vgr., en el derecho laboral importa la **invalidéz laborativa**; en el derecho previsional la **invalidéz previsional**).

Incluso dentro del propio campo del derecho civil se dejan afuera del concepto de incapacidad actos de naturaleza peculiar (vgr., para otorgar un testamento se debe atender a la "**perfecta razón**" (art. 3615 C.C.) y para determinar la responsabilidad por la violación a un derecho subjetivo ajeno, lo que resulta importante es el "**discernimiento**", aun para el demente declarado (concepto vinculado a la cuestión de los "intervalos lúcidos")⁷¹ (art. 1070 C.C.).

insanos mentales, tomo I, pág. 23 (pág. 438).

⁷⁰ El mismo C.C. en su artículo 151 sostiene que "la sentencia sobre demencia y su cesación sólo hacen cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos declarados en este Código, mas no en juicio criminal, para excluir una imputación de delitos o dar lugar a condenaciones".

⁷¹ LLAMBÍAS, J. J. *Código Civil anotado* (pág. 146) refiere que la capacidad de hecho y el discernimiento son conceptos jurídicos diferentes, no sólo en su misma noción, sino en cuanto a los efectos a que dan lugar y al modo de su funcionamiento. La capacidad es la aptitud legal que se otorga al

También creemos que alcanzar con la insania a los actos jurídicos familiares no ha sido el verdadero espíritu del legislador. ACEVEDO⁷² sugiere que al legislar sobre dementes, paradójicamente, el codificador se encontraba más motivado a proteger a los no dementes; y BUSO⁷³, luego de definir a la curatela como una institución de policía civil en materia de capacidad de las personas, afirma que desde un concepto social la curatela es una institución que sirve al interés general pues permite que los patrimonios de personas incapaces se incorporen a las transacciones jurídico-económicas evitando el perjuicio social que resultaría de su aislamiento. LLAMAS POMBO⁷⁴ -refiriéndose al derecho español pero sintetizando el sentir de la época- nos señala que las legislaciones de aquel tiempo ponían el acento "en la protección de la sociedad y la salvaguarda del patrimonio familiar frente a los actos del perturbado mental".

Y especialmente, como argumento fundamental de la crítica a la posición expuesta, nos parece que establecer una prohibición, aunque una persona esté en condiciones mentales para otorgar determinados actos, sin que sea posible que la reemplace un representante **no es imponer una incapacidad de ejercicio sino una incapacidad de derecho, con el agravante que** -a diferencia de lo expuesto por ejemplo sobre la normatividad en materia de trasplante de órganos- **se presupone una prohibición de carácter general para todos los actos jurídicos familiares aunque las normas específicas no lo impidan expresamente.** En otras palabras, interpretar que la "clase" de personas "declaradas incapaces" no estaría en condiciones de otorgar actos jurídicos familiares con independencia de que pueda comprenderlos, es confundir los alcances de la declaración de insania, remedio a la incapacidad de ejercicio, con las prohibiciones legales para ser titular de ciertos derechos subjetivos y que obedecen a políticas legislativas especiales para cada tipo de actos en particular.

sujeto y que lo habilita para su ejercicio, por sí mismo, de sus derechos favoreciendo la condición de aquél, en tanto el discernimiento es una aptitud natural del sujeto -facultad de conocer- que la ley toma en cuenta para imputarle la autoría de lo obrado y especialmente para exigirle responsabilidad por las consecuencias de tales actos perjudiciales para los demás. La capacidad se refleja en la validez de los actos jurídicos obrados por el sujeto y el discernimiento se traduce en la atribución al sujeto de lo obrado y en la responsabilidad por las consecuencias que derivan de la actividad del agente. La capacidad se evalúa por categoría abstracta, el discernimiento se aprecia en concreto.

⁷² ACEVEDO, Mariano (op. cit.).

⁷³ BUSO (op. cit.).

⁷⁴ LLAMAS POMBO, Eugenio. *Psiquiatría y derecho de familia en la legislación española*, en Derecho de familia, Revista Interdisciplinaria, N° 1, Ed. Abeledo-Perrot.

Mas, independientemente de estos conceptos generales, da la sensación de que la opinión de BORDA no es compartida por la mayoría de los autores, por lo menos explícitamente. Por el contrario, parecerían avalar la postura que propiciamos.

Por ejemplo LLAMBÍAS⁷⁵, al comentar el artículo 62 C.C. (el que señala que: "La representación de los incapaces es extensiva a todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados en este Código"), escribe: "quedan al margen de tal representación, los actos para los cuales los incapaces, no obstante su condición general de tales, estuviesen especialmente facultados, y que por ello mismo le estaría restada su realización a los representantes, por ser inconcebible que el legislador haya atribuido la válida realización de un mismo acto jurídico a dos personas diferentes". Y más adelante, bajo el título *Actos personalísimos*, dice que independientemente de la excepción (anterior) -actos facultados- quedan igualmente exceptuados de la representación genérica que invisten los representantes, los llamados actos personalísimos que son aquellos que por su naturaleza están librados a la discrecional voluntad del autor del acto, de manera que se entienden ajenos al cometido de aquellos representantes. Actos de esta índole son el matrimonio, el reconocimiento de filiación, la acción de divorcio, la revocación por ingratitud del donatario, etc. Por consiguiente, si los incapaces resultaran también serlo para esta clase de actos, vgr., el reconocimiento de una filiación antes de los 14 años (conf. art. 286 C.C.) o el otorgamiento de testamento antes de los 18 años (art. 3614 C.C.), dichos actos no podrían ser celebrados por nadie: ni por el incapaz en razón de serlo para ese acto **-los actos personalísimos por lo general tienen un régimen particular de capacidad-** ni por el representante legal por no extenderse la representación a esa clase de actos.

BUSO⁷⁶ al comentar el mismo tema afirma: "Extensión: Reglamenta el artículo la extensión de la representación, **e indirectamente la extensión de las incapacidades que son por ella suplidas**. Y la norma es que el incapaz, lo es para todos los actos de la vida civil". BUERES - HIGHTON⁷⁷ de igual modo, dicen: "Reglamenta el precepto legal que comentamos la extensión de la representación, y con ella, **indirectamente, la extensión de las incapacidades que son por ella suplidas**, a todos los actos de la vida civil" para más adelante referir que para estos actos la representación

⁷⁵ LLAMBÍAS (op. cit.), págs. 418/419.

⁷⁶ BUSO (op. cit.), pág. 447.

⁷⁷ BUERES - Highton (op. cit.), pág. 449.

necesaria no es admitida, **pudiendo corresponder en algunos de ellos la "asistencia" del representante** (de lo que puede deducirse que parecerían presuponer que los pueden otorgar. Si no, no existiría acto al cual "asistir").

SALVAT - ROMERO DEL PRADO⁷⁸, citando el artículo 62 del C.C., sostienen: "En principio, pues, esta representación es de carácter general y comprende el ejercicio de todos los derechos correspondientes al incapaz. Los casos de excepción los veremos en los lugares oportunos pero, a título de ejemplo pueden citarse los siguientes: la celebración del matrimonio (art. 14 de la ley N° 2393), el reconocimiento de hijos naturales o el otorgamiento de testamento (art. 286 C.C.). En estos casos **y otros análogos, el goce y el ejercicio del derecho son inseparables**, porque la ley quiere una manifestación personalísima de la voluntad del interesado".

BELLUSCIO⁷⁹ expone: "La representación de los incapaces se extiende a todos los actos de la vida civil", pero se reconocen dos excepciones a esta regla genérica. La primera está constituida por ciertos actos que suelen ser denominados por la doctrina "actos personalísimos", que no pueden ser celebrados sino con el concurso de la voluntad del incapaz: tales serían el matrimonio, el reconocimiento de la filiación, el testamento, etc. Para estos actos no puede existir representación; **a lo sumo será necesaria en ciertos casos la "asistencia" del representante**. La segunda refiere a los actos prohibidos para el tutor aunque el juez indebidamente lo autorice (art. 450 C.C.).

CIFUENTES - RIVAS MOLINA - TISCORNIA⁸⁰ (refiriéndose a los testamentos) dicen que: "si el representante de un incapaz -caso del curador del demente- no tiene la facultad de hacer la declaración en nombre de aquél, **la incapacidad de hecho se convierte en una imposibilidad legal que se identifica con la incapacidad de derecho**, o sea, la de gozar o ser titular del derecho. Desde este punto de vista es conveniente una consideración no cerrada sino abierta, en tanto la psiquiatría evoluciona hacia una tendencia dinámica y analítica que desborda el camino del estudio de la personalidad anormal y muestra matices de interés sobre las posibilidades curativas parciales o totales de corta y larga duración de la enfermedad mental". Más adelante desarrollan y propician la autonomía de la "capacidad para testar" (arg. arts. 3615 y 3616 C.C.) sobre el concepto de la "perfecta razón" y se preguntan si la solución legal en la forma que fue inter-

⁷⁸ SALVAT, Raymundo M.; Romero del Prado, Víctor N. *Derecho civil argentino*, tomo I, pág. 411.

⁷⁹ BELLUSCIO (op. cit.), pág. 309.

⁸⁰ CIFUENTES; Rivas Molina; Tiscornia (op. cit.), págs. 71, 72-81, 82-85.

pretada acerca del testamento, puede extenderse a otros actos personalísimos en los que el argumento principal está presente, es decir, la imposibilidad de que el representante del incapaz pueda suplirlo y celebrar por él el acto, lo que importaría convertir la incapacidad de hecho en otra de derecho, y analizan el acto jurídico matrimonial sobre la base de la autonomía del concepto "privación permanente o transitoria de la razón" (art. 166, inc. 8, C.C.). En esta línea de pensamientos -continúan- con respecto a los actos personalísimos, **podría considerarse que también le es posible otorgar al demente otros actos**, en situación de remisión parcial o total de la enfermedad, como **el reconocimiento de hijos por actos entre vivos o de última voluntad**, la dación de órganos para trasplantes *in vivo* o con los de su cadáver, la conformidad para la difusión de la imagen, la negativa o admisión de tratamientos médicos quirúrgicos, **la adopción**, la revocación de un testamento. Citan a RIPERT - BOULANGER quienes dicen que **la capacidad requerida no es una capacidad jurídica**, por lo que es preciso admitir que el interdicto puede en ese intervalo lúcido reconocer un hijo natural, y admiten una excepción al artículo 502 del Código Civil francés cuando se trata de actos conservatorios y, quizás también, de ciertos actos de la vida doméstica.

ALBALADEJO⁸¹, refiriéndose al derecho civil español, afirma contundentemente que la incapacitación alcanza a los actos básicamente patrimoniales, cuya realización se le encomienda al tutor (entendido como curador) **quedándole al incapaz la posibilidad de realizar los actos que no pueda suplantar aquél**. Bien entendido que si la demencia es actual, no puede otorgar ninguno de los actos por falta de entendimiento y voluntad suficientes. Esta solución tiene dos razones: una, estar a favor de la menor restricción de capacidad, que es regla y que hay que acoger en caso de duda; otra, hacer posible que el incapacitado realice por sí el acto, cuando disfrute de un intervalo lúcido.

Este "modo de leer" la opinión de los autores que propiciamos adquiere lentamente mayoría, por ejemplo en la interpretación autónoma de un acto jurídico familiar como lo es el matrimonio (con sustento en que la fórmula "**privación transitoria o permanente de razón**" es distinta al concepto de capacidad y con apoyo en la existencia de un régimen especial de nulidades que hace inviable la aplicación del sistema general). En el mismo sentido los autores coinciden también que la fórmula "**alteración mental**

⁸¹ ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil*, Ed. Bosch, Barcelona, sexta edición, pág. 272 (citado por Cifuentes..., pág. 84).

grave" utilizada en el artículo 203 C.C no coincide con el concepto de capacidad y corresponde traer a colación aquí lo expresado sobre la idea de **"adulto mentalmente competente"** para aludir a la capacidad para otorgar actos jurídicos personalísimos.

Desde un plano más general aún y advirtiendo que la realidad nos demuestra que con distintos diagnósticos se alcanza igual resultado a pesar de que no todas las afecciones mentales presentan iguales limitaciones, sería dudosa la constitucionalidad de una interpretación comprensiva a tenor de las nuevas normas incorporadas al derecho positivo por aplicación del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Especialmente nos parece que se produce una concreta discriminación entre personas que sufren similar padecimiento con la diferencia que una ha sido declarada incapaz y otra no, por circunstancias ajenas al acto que ambas pretender realizar y estimamos aplicables las normas jurídicas citadas al analizar los actos jurídicos personalísimos.

Quizás, resumiendo el sentir de estas líneas y sin detenerse en un análisis pormenorizado de las normas, BALDARENAS⁸², luego de enunciar las consecuencias que acarrea en la interpretación de las normas jurídicas la concepción idealista o realista que se adopte en el campo de la filosofía, destaca que la capacidad jurídica y la de obrar desde la óptica realista -entendidas como los límites jurídico-naturales básicos de la subjetividad respectivamente pasiva (o estática) y activa (o dinámica), determinada la primera por el principio y fin de la existencia personal (de manera absoluta e indisponible para el legislador) y la segunda por el grado de autogobierno psíquico del sujeto (de manera tendencial y con arreglo a normas positivas, que no pueden violar, sin embargo, el principio fundamental de la libertad personal)-, constituyen las principales proyecciones y exigencias de la dignidad personal en el derecho privado. Para más adelante señalar -con cita a MUÑOZ- que la incorporación del artículo 75, inciso 22, segundo párrafo a la Constitución Nacional, deberá producir y requerir una profunda adaptación y nueva forma de interpretación de la normativa civil sobre capacidad acorde con la concepción antropológica que tal ordenamiento legal ahora contiene. Opina también que si bien la Constitución Nacional recepta en el artículo 16 el concepto de igualdad ante la ley, por lo que tal

⁸² BALDARENAS, Jorge A. *¿Son los "menores", ...incapaces?* en Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia, N° 11, pág. 79 y ss., cita a Muñoz, Fabián F. *Incidencia de la reforma constitucional sobre la parte general del derecho civil*, Trabajos del Centro, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Rosario, Argentina, 1995, pág. 47, y a Gete Alonso, María del Carmen. *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Civitas, Madrid, pág. 26 y nota 18.

vez pueda decirse que la capacidad de derecho es igual para todos, pero la capacidad de hecho puede ser diferente, tal interpretación, que pudo haber sido parcialmente correcta hasta ahora, con la incorporación de aquellos tratados, no alcanza, y al ir más allá de la protección necesaria, viola normas fundamentales. Aclara que dice "parcialmente y hasta ahora" porque aquel principio constitucional se plasma en los artículos 52 y 53 del C.C. al establecerse la regla de que todas las personas físicas deben ser reputadas capacitadas, regla que no puede ser circunscripta a la capacidad de derecho sino que también debe alcanzar a la de obrar. Cita en apoyo de su posición la nota que VÉLEZ puso al artículo 52 del C.C. en cuanto afirma en su último párrafo que "... y así, cuando las leyes civiles permiten la adquisición de un derecho o *cuando no la prohíben*, permiten su ejercicio, su conservación y la libre disposición de ese derecho".

De lo expresado queda claro que opinamos que los actos jurídicos familiares resultan ajenos a la declaración de insania y que por principios constitucionales y legales (la capacidad es la regla) deben serle permitidos al incapaz si se encuentra en condiciones de otorgarlos. Ello, sin perjuicio del análisis particular que debe realizarse desde las normas específicas.

VII. ENTONCES, ¿QUÉ SIGNIFICA INCAPACIDAD PARA DIRIGIR SU PERSONA?

Lo expuesto en el punto anterior es válido para todos los supuestos de incapacidad de ejercicio (menores y dementes declarados en juicio) dado que se lo desarrolla a partir de los principios enunciados en la parte general (arts. 51 al 62 del C.C.). Así las cosas, cabe preguntarnos qué alcance corresponde darle a la fórmula establecida por el artículo 141 del C.C. "personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes".

No nos detendremos en los conceptos "enfermedades mentales" y "administrar sus bienes" dado que han sido largamente desarrollados en doctrina, destacando tan sólo que los autores coinciden en que la ley ha adoptado un criterio biológico-jurídico (la enfermedad no alcanza para justificar la declaración, pero tampoco la sola falta de aptitud -vgr., un "bruto" no enfermo mental- pero podría válidamente pensarse que el concepto "dirigir su persona" alude a las cuestiones no patrimoniales, entre ellas los actos jurídicos familiares).

Creemos que la frase "dirigir su persona" refiere a la problemática de la internación (y al presente, a la necesidad de tratamiento), puesto que no

es coherente sostener que el principio general no se aplica a lo particular. Además esto puede resultar razonable si pensamos que al momento del dictado de la norma la declaración de insania y la internación psiquiátrica aparecían como procesos entremezclados dado el modo en que se entendía debía protegerse a los incapaces, esto es: internándolos. LLAMBÍAS, aludiendo al artículo 475 C.C. (los declarados incapaces son considerados como los menores de edad en cuanto a su persona y bienes), sostiene que el "gobierno de la persona" que se le impone al curador se refiere "al cuidado del incapaz, y principalmente a la curación de éste si resulta factible, no pudiendo determinar la internación de aquél, pues ese asunto sólo compete al juez"⁸³.

En este sentido dable es remarcar que el juicio de internación psiquiátrica se ha ido desprendiendo paulatinamente del juicio de insania, materias que estuvieron indisolublemente ligadas al momento del dictado del Código Civil y su presupuesto jurídico es la **"necesidad terapéutica de internación"** y no la falta de aptitud para dirigir su persona y administrar sus bienes (dicho sea de paso: el juicio de internación en cuanto puede afectar un derecho personalísimo en sentido estricto, como es el derecho a la libertad, se encuentra "fuera" del concepto de capacidad, del mismo modo que los demás derechos personalísimos).

VIII. ¿CABE IGUAL INTERPRETACIÓN DESDE LA LECTURA DE LAS NORMAS ESPECÍFICAS?

Al igual que cuando tratamos los actos jurídicos personalísimos corresponde hacer un somero análisis de las normas familiares que al regular sobre cuestiones específicas hacen referencia a la capacidad o a la enfermedad mental.

Al respecto, desarrollaremos -de manera acotada dado los límites de esta nota- las siguientes: 1) "la privación transitoria o permanente de la razón" (art. 166, inc. 8, C.C.) como impedimento para celebrar el acto jurídico matrimonial; 2) la "alteración mental grave" como presupuesto jurídico para solicitar la separación personal (art. 203 C.C.); 3) la excepción a la prohibición para adoptar que rige para personas casadas "cuando el cónyuge haya sido declarado insano, en cuyo caso debería oírse al curador y al Ministerio Público de Menores"; 4) la suspensión de la patria potestad "en

⁸³ LLAMBÍAS, J. J. *Tratado...* (op. cit.), tomo I, pág. 419.

caso de interdicción de alguno de los padres o de inhabilitación según el artículo 152 bis C.C. incisos 1 y 2" (art. 309 C.C.); 5) la prohibición para ser tutores de los "privados de razón" (art. 398, inc. 3, C.C.) y de los "que hubieren sido privados de ejercer la patria potestad" (art. 398, inc. 6, C.C.).

1) Ya dijimos que para el **acto jurídico matrimonial** existe una tendencia a desvincular el concepto "**privación permanente o transitoria de la razón**" del concepto de "capacidad" admitiendo la posibilidad de que los dementes declarados puedan contraer matrimonio si es que cuentan al momento de la celebración del acto con el discernimiento necesario para otorgar el consentimiento. MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA⁸⁴, por ejemplo, sostiene que la "privación de la razón" significa falta de discernimiento, elemento interno de la voluntad que es básico porque sin él no cabe hablar de intención, ni de libertad. La autora citada estima que la fórmula legal es sumamente amplia y que están impedidos de celebrar matrimonio el "débil mental" y el enfermo mental interdicto o no interdicto que carece de discernimiento en el momento del acto, el mentalmente sano que se encuentra privado de discernimiento por el efecto de una droga o de un accidente que le ha causado esa consecuencia, y correlativamente, es hábil para contraer matrimonio el que padece una enfermedad mental, interdicto o no interdicto, pero que goza de discernimiento en el momento de la ceremonia. Similar posición adoptan VIDAL TAQUINI, ZANNONI, CIFUENTES, BUERES - HIGHTON⁸⁵. En igual sentido, la Cámara Civil 1 de Morón⁸⁶ ha sostenido: "La ley permite la celebración de matrimonio a incapaces absolutos y la veda a quienes tienen capacidad; no se trata de tener a alguien por demente sin sentencia, sino que la sentencia aprecie si existió o no la demencia en el momento de la celebración..." y que "... lo que impide la celebración de un matrimonio válido... es la situación de hecho de alienación mental, independientemente de la declaración judicial de demencia; de ahí que, el inciso en tratamiento comprende sólo la primera, la existencia de la segunda, influye sobre la carga de la prueba". El reglamento del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires⁸⁷, prevé que "Cuando el oficial público advierta en el acto de la ceremonia o en la oportunidad del artículo 186 del Código Civil que uno o ambos contrayentes se

⁸⁴ MÉNDEZ COSTA, Josefa. *Régimen legal del matrimonio civil*. Ley N° 23.515, pág. 46 y ss.

⁸⁵ VIDAL TAQUINI, Carlos. *Matrimonio civil*, págs. 68 y ss. y 640 y ss.; Zannoni, Eduardo (op. cit., pág. 260); Cifuentes, Santos; Rivas Molina y Tiscornia, V., pág. 84 y ss.; Bueres - Highton, pág. 828.

⁸⁶ Cámara Civil 1 de Morón, 11785, RSD-79-88, S 19-4-1988. Magistrados votantes: Ludueña-Ondarts-Russo.

⁸⁷ Registro del Estado Civil de la Ciudad de Buenos Aires, www.buenosaires.gov.ar/registrocivil/normativa

encuentran eventualmente privados de la razón no efectuará el matrimonio y requerirá un certificado médico acerca de la aptitud mental del o los mismos" (art. 123 del reglamento). La interpretación asertiva también resulta de las "Normas Uniformes..." en su artículo 9º, ya citado⁸⁸. En contra de la autonomía del concepto se pronuncian SPOTA, LÓPEZ DEL CARRIL y MAZZINGHI⁸⁹.

2) Respecto a las "**alteraciones mentales graves**" previstas por el artículo 203 como presupuesto jurídico que viabiliza el pedido de **separación personal** se ha precisado sobradamente la independencia del concepto. Especialmente porque -para que se configure el supuesto de hecho- la norma ha previsto "otro" criterio biológico-jurídico (similar al art. 141 C.C.). Se necesita que la "alteración mental grave" (o el alcoholismo o la adicción a la droga) "provoquen trastornos de conducta que impidan la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos". Se ha dicho, precisando los alcances de este presupuesto objetivo, que "las 'alteraciones mentales' deben tener el signo de la 'gravedad', impidiendo por tanto que la persona elabore sus juicios conforme a unas formas y leyes que son la estructura misma del pensamiento; con lógica, en suma, requiriéndose, además, que sean 'permanentes', vale decir que tengan la habitualidad en la conducta del sujeto y no se trate de desajustes esporádicos o episódicos" y que "sea la alteración mental grave y permanente la que torna moralmente imposible la vida en común o con los hijos que habitan el hogar conyugal, no

⁸⁸ Normas Uniformes sobre igualdad de Oportunidades para las personas con Discapacidad de la ONU en www.un.org y www.who.int/es

⁸⁹ SPOTA, Alberto. *Tratado de derecho de familia*, tomo II, volumen 1, pág. 804; o Spota, Alberto. *Nulidad de matrimonio por impedimento de locura*, LL. 24-571; López del Carril, Julio. *Régimen del matrimonio, separación y divorcio – Ley N° 23. 515*, pág. 43, Ed. Depalma; o *Demencia y dementes en el Código Civil y en la ley N° 17.711*, JA. 1972-541; Mazzinghi, J. A. *Derecho de familia*, tomo II, pág. 137. También Llambías, Orgaz, Lafaille, Borda y Díaz de Guijarro opinan de manera negativa. En general, la tesis negativa se apoya en el rechazo de la teoría de la inexistencia y la aplicabilidad subsidiaria de las normas sobre nulidad de los actos jurídicos patrimoniales al acto jurídico matrimonial, fundamentalmente mediante el recurso de echar mano al artículo 1041 C.C. que dice: "Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria". Sobre el tema, nos dice Zannoni (op. cit., pág. 337) que ello supone, previamente cuestionar el régimen de especialidad de las nulidades matrimoniales y que, aceptado éste, la remisión no cabe.

La CSJBA ha sostenido al respecto que "el régimen de nulidades matrimoniales en la ley N° 2393 es independiente del que rige para las nulidades de los actos jurídicos en general, por lo cual el sistema establecido en el Código Civil para la invalidez de tales actos (en su caso, sus artículos 1038 y 1047) no resulta aplicable, en principio, a la esfera matrimonial, no pudiendo los jueces declarar de oficio la nulidad de un matrimonio" (SCBA B 51916 S 1-6-93, voto del Dr. Rodríguez Villar; o SCBA B 49896 S 25-8-87, voto del Dr. Negri).

resultando suficientes las meras dificultades o molestias de la vida cotidiana de los esposos derivadas de actitudes extravagantes, poco usuales, hosquedad, silencio, deficiente trato social, falta de afectividad, falencias en el orden o en la higiene personal, etc., pues -sin perjuicio de que puedan llegar a ser fundamento de otra causal de separación- se trata de hechos ajenos al supuesto que nos ocupa"⁹⁰.

3) En lo que hace a la **adopción de menores**, la ley N° 24.779 -modificatoria del C.C. en la materia- ha previsto en el artículo 315 del mismo ciertas incapacidades de derecho, estableciendo la prohibición de adoptar a personas que no residieren permanentemente en el país al menos cinco años previos al pedido de guarda o que no tuvieran treinta años de edad, salvo que estuvieren casados y que el matrimonio tenga una "antigüedad" de al menos tres años o se acredite la imposibilidad de tener hijos, etc. El artículo 320 C.C., por su parte, exige que las personas casadas adopten conjuntamente (otra incapacidad de derecho), salvo "**cuando el cónyuge haya sido declarado insano**, en cuyo caso deberá oírse al curador y al Ministerio Público de Menores" (inciso b). Desconocemos opiniones de autores que comenten la disposición desde la óptica que nos preocupa.

¿Es ésta una incapacidad de derecho? A nuestro juicio, no. Puesto que la norma se limita a habilitar la adopción de un menor por el cónyuge del declarado incapaz sin referir a la capacidad del insano para otorgar el acto, ni enunciar a la declaración de insania entre las limitaciones del artículo 315 C.C. Ello no significa que ante la petición de adopción por parte de una persona declarada incapaz el juez analice la conveniencia de otorgarla en razón del padecimiento mental del requirente y en resguardo del superior interés del niño.

4) Una cuestión que merecería un tratamiento más prolongado del que aquí resulta posible es la reglada en el artículo 309, primer párrafo del Código Civil, reformado por la ley N° 23.264 en cuanto determina: "**El ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido... en caso de interdicción de alguno de los padres, o de inhabilitación según el artículo 152 bis, incisos 1 y 2, hasta tanto sea rehabilitado...**".

Dicen BUERES - HIGHTON⁹¹ que la "suspensión del ejercicio... no es sancionatoria para los progenitores -a diferencia de los casos de la privación de la patria potestad, art. 307, Código Civil-, sino que refieren a situaciones fácticas constatadas judicialmente, que tornan exigible el efecto señalado" y que no requieren de declaración judicial expresa, siendo suficiente acre-

⁹⁰ CC2 LP A43900 RSD-200-97 S 6-5-97.

⁹¹ BUERES - Highton (op. cit.), pág. 1300.

ditar la declaración de incapacidad con la sentencia respectiva.

En nuestra opinión, la ley establece una incapacidad de derecho a las personas declaradas incapaces y -a partir de la vigencia de la ley N° 23.264- a las inhabilitadas, de dudosa constitucionalidad, especialmente en el aspecto fáctico del ejercicio de la patria potestad, entendido éste como el elemento material o guarda y diferenciado del aspecto representativo. En honor a la brevedad hacemos nuestras las palabras de las Dras. FABIANA DELGADO y MIRYAM SOUZA DIAZ⁹², funcionarias de la Curaduría General de la Procuración General de la SCJBA, quienes afirman: a) Que respecto de los interdictos la solución es ideológicamente compatible con una concepción de la sentencia de insania como productora de la pérdida de todas las potencialidades humanas pero, si concebimos a la enfermedad mental como un proceso dinámico, cambiante y perfectible, el ordenamiento legal no se compeadece con el concepto antes enunciado; b) Que ello implica transformar el carácter protector del sistema de incapacidad en un sistema represivo; c) Que, en consecuencia, debe requerirse que el ordenamiento legal vigente sea modificado y se incorpore expresamente la posibilidad de declarar incapacidades parciales, de permitir al incapaz realizar actos para los cuales no hay impedimento por su estado patológico, permitiendo así la adecuación de la norma a la realidad de cada hombre y el mejor acompañamiento de las posibilidades terapéuticas actuales, las que muestran posibilidades casi totales de recuperación y curación en una amplia gama de enfermedades mentales.

Con igual orientación, en el Tercer Encuentro Nacional sobre Curadurías Oficiales⁹³ se aprobó por unanimidad el siguiente despacho: "... debería evaluarse una futura modificación del artículo 309 C.C., con el objeto de que su aplicación no produzca la suspensión de pleno derecho del ejercicio de la patria potestad de los inhabilitados del artículo 152, incs. 1 y 2, y de los incapaces del artículo 141... (y que)... tal suspensión deberá ser valorada previa indagación de las circunstancias que en casos especiales puedan comprometer la salud, moralidad o seguridad de los hijos".

Lamentablemente, el Proyecto de Código Civil de 1998 no altera la sus-

⁹² DELGADO, Fabiana y Souza Díaz, Miryam. Ponencia emitida durante las Jornadas del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, Mar del Plata, noviembre de 1996.

⁹³ Tercer Encuentro Nacional de Curadurías Oficiales, Paraná, 17 y 18 de noviembre de 1994.

⁹⁴ Artículo 602: "Suspensión del ejercicio. El ejercicio de la patria potestad queda suspendido mientras dure la ausencia de los padres judicialmente declarada. También queda suspendido en caso de interdicción o inhabilitación de alguno de los padres, hasta que sea rehabilitado, y en los supuestos establecidos en el artículo 12 del Código Penal" en www.alterini.org

tancia de esta regulación a tenor de la lectura de su artículo 602⁹⁴.

5) Respecto de la capacidad de derecho para ser **tutor**, el artículo 398 C.C. la restringe a **"los privados de razón"** (inc. 3) y a los que hubieren sido **"privados del ejercicio de la patria potestad"** (inc. 6). BUERES - HIGHTON⁹⁵ luego de preguntarse si el inciso 6 alcanza a la privación y a la suspensión de la patria potestad, o tan sólo a aquélla, sostienen que "la gravedad de los actos comprendidos en ambas hipótesis hace que nos inclinemos por una interpretación amplia, que incluya tanto a las causales de privación como a las de una suspensión del ejercicio". BELLUSCIO⁹⁶ identifica "privados de razón" con "dementes" bajo el título "incapacidades de carácter general y por razones de orden físico" y considera "incapacidades por razones de índole moral o ética" a los privados de ejercicio de la patria potestad (no a los suspendidos), considerando "obvias" las razones que fundan las respectivas incapacidades.

En nuestra opinión, el inciso 6 sólo puede referir a los privados de la patria potestad, ello así por cuanto la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción y porque las razones por las cuales el legislador suspende la patria potestad no son de orden sancionatorio como lo es en la privación. Por su parte, creemos que la "privación de la razón" regulada en el inciso 3 deberá interpretarse de manera autónoma al concepto de incapacidad por demencia de modo similar al que los autores desarrollan para el acto jurídico matrimonial.

A riesgo de ser reiterativos, destacamos aquí que, cuando la ley nada dice respecto de la capacidad para los distintos actos jurídicos familiares, deberá estarse a la real aptitud del sujeto en el momento oportuno, resultando la declaración de incapacidad un elemento que tan sólo podrá cobrar relevancia como probatorio de la enfermedad mental.

IX. ¿CÓMO APLICAR LA INTERPRETACIÓN CONTRARIA?

Desde una óptica estrictamente personal -y para el caso que el lector no comparta la opinión vertida y crea que compete al juez de la insania la "rehabilitación parcial" para que el declarado incapaz otorgue válidamente estos actos de naturaleza familiar o personalísimos (doctrina que, al igual que la propuesta por el Proyecto de Código Civil de 1998, admitimos para los actos que sí entendemos están comprendidos en los alcances del juicio de insania: esto es los patrimoniales)- deseamos ofrecer algunas

⁹⁵ BUERES - Highton (op. cit.), págs. 1389/1392.

⁹⁶ BELLUSCIO (op. cit.), tomo II, págs. 326/8.

reflexiones.

Todos los operadores del derecho que nos hemos vinculado al tema de la enfermedad mental conocemos que en el proceso de insania, las pericias psiquiátricas que en junta celebran los peritos médicos suelen reducirse a entrevistas con el presunto "insano" quienes lo entrevistarán en una o dos oportunidades y, en el mejor de los casos, cotejarán la impresión habida con la historia clínica o con certificados e informes de otros profesionales, si estos existieren. Al hilo de este razonamiento, podríamos pensar que el imperativo que plantea prohibir otorgar actos familiares o personalísimos exige que el juzgador determine con más precisión la extensión de la sentencia de incapacidad. Ello requeriría un esfuerzo mayor de los peritos, quienes deberían indagar y expedirse sobre la aptitud actual del denunciado por insania para otorgar cualquier acto de la vida civil, inclusive los de contenido familiar o personalísimos, para que al momento de dictarse sentencia pueda preservarse su capacidad jurídica en el aspecto para el cual la enfermedad no lo limite.

A nuestro modo de ver, esta lógica de la "incapacidad declarada" -que invierte el principio general de la capacidad con la declaración de insania salvo para lo que expresamente esta autorice- encuentra un límite lógico imposible de superar: el factor "tiempo".

Ello así, porque los peritos deberán pronunciarse en el contexto de un juicio declarativo de incapacidad sobre puntos de pericia absolutamente especulativos sin base en elementos fácticos actuales al momento de dictaminar (vgr., podríamos sostener -por vía de hipótesis- que un esquizofrénico en período de defecto puede "saber" si desea contraer matrimonio, pero sólo podrá evaluarse su real voluntad en caso de que el mismo se encuentre vinculado "afectivamente" con alguien, si su capacidad preservada se lo permite en algún momento determinado de su vida).

Así las cosas le cabrían a los peritos y a los jueces dos posibilidades lógicas: a) prohibirle todo al declarado incapaz, y para el caso que sea necesario, el insano venga a solicitar su rehabilitación al efecto; b) emitir una detallada sentencia limitando al incapaz sólo para lo que en el momento de ser revisado no pueda realizar, lo que según nuestro entender es una tarea de cumplimiento imposible.

Y si bien el inconveniente que denunciemos, no es exclusivo de esta cuestión sino que constituye una de las características que le dan identidad

⁹⁷ Es que el derecho de familia -a diferencia de otras ramas del derecho que suelen "fijarse" en el pasado e intentar una "reconstrucción formal" en el marco de un proceso con el objeto de alcanzar

propia al derecho de familia⁹⁷ **suponer qué cosas determinadas podrá hacer una persona en el futuro en vez de opinar qué no podrá hacer, constituyen dos puntos de partida ideológica y lógicamente opuestos.** Y, dada la carga de precisar, los facultativos siempre correrán el enorme riesgo de dejar de lado algún aspecto, por más cuidado y dedicación que pongan al momento de emitir su pericia. Es por eso que entendemos que **cualquier interpretación de las normas debe comenzar por analizar la dificultad desde la capacidad y no a la inversa,** y que sólo con ese modo de ver las cosas el juicio de insania tendrá en la realidad de la vida la verdadera finalidad tutelar que se propicia en doctrina y no se transformará en una "patente" que acarree más dolores que beneficios.

A este argumento podría replicarse que desde esa lógica correspondería analizar la capacidad concreta también para los actos jurídicos patrimoniales. Contestamos que esta postura significaría desmerecer el valor del juicio de insania, como elemento vital en la realización de la seguridad jurídica de las transacciones económicas, dado que es en el ámbito de lo patrimonial donde el proceso de interdicción previsto por los artículos 140 y ss., sumado al reemplazo de la voluntad del declarado incapaz del 377 y ss. y al sistema especial de nulidades previsto por los artículos 472, 473 y 474 del C.C., donde la declaración de incapacidad por demencia cumple su verdadera función.

X. ¿QUÉ ROL LE CABE AL CURADOR EN ESTA CLASE DE ACTOS?

A esta altura del desarrollo resulta obvio decir que no es el carácter representativo el que identificará su actuación.

¿Esto significa que el curador de una persona declarada incapaz no debe intervenir en estas materias?

Nos enseña LLAMBÍAS⁹⁸ que, además del sistema legal de protección por representación, también se encuentra el de asistencia y que, por este sistema, el incapaz no es sustituido por otro en el ejercicio de sus derechos, sino llamado conjuntamente con otro al desempeño de ese ejercicio, destacan-

la justicia en el caso concreto (vgr., en el derecho penal importa el momento de la realización del hecho ilícito y en el derecho civil patrimonial, en principio, importa el momento en el que se contrae la obligación)- está obligado a contemplar también el tiempo futuro (vgr., cuando se otorga la tenencia de un menor a favor de uno de los padres se piensa que será en el futuro el más idóneo aunque la realidad después nos demuestre que no ha sido así. Nótese, asimismo, que incorporar el elemento tiempo es una de las grandes dificultades del idealismo genético).

⁹⁸ LLAMBÍAS, J.J. (op. cit.), pág. 415.

do que "mientras que la representación prescinde de la voluntad del sujeto representado, la asistencia da lugar a una actividad compleja cuyo elemento voluntario está integrado por la voluntad del titular de los derechos ejercidos, completada por la voluntad de la persona que desempeña la función de contralor". Señala el autor citado que en el derecho moderno **la noción de asistencia ha tenido un amplio desarrollo por ser especialmente apropiada, tratándose de incapaces dotados de discernimiento** y que, entre nosotros se remedia la incapacidad de hecho en los supuestos de inhabilitación.

Esta función asistencial es la que parecen asignarle los autores referidos precedentemente (ver, por ejemplo, opiniones a las citas números 77 y 79) al analizar los actos jurídicos familiares y la que estimamos corresponde.

La postura es concordante con el espíritu del artículo 481 C.C., el que destaca que "la obligación principal del curador será cuidar que recobre su capacidad, y a este objeto se han de aplicar con preferencia las rentas de sus bienes" y con las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que han requerido cada vez en mayor medida una participación del curador en actos jurídicos que exceden la cuestión patrimonial o en el cuidado de la persona del incapaz (ejemplo típico: controlar la ingesta de la medicación).

Así, en el Tercer Encuentro Nacional de Curadurías Oficiales, se votó por unanimidad que "Es función primordial del curador la de representar y asistir al incapaz por imperio de lo dispuesto en el artículo 481 C.C.". Y que "Se hace por ello imprescindible abandonar el criterio de exclusiva protección al patrimonio para dar paso al de protección de la persona en su integridad".

La Cámara Civil I del Departamento Judicial de Zárate - Campana⁹⁹ ha afirmado que "las funciones del curador son de asistencia material y moral, con una obligación prioritaria emergente del artículo 481 del C.C., que es cuidar que el insano recobre su incapacidad, que se recupere de la enfermedad que adolezca" y que "este objetivo tendrá sus limitaciones en la afección que padezca el enfermo, pero debe entenderse que dentro de ella esa finalidad es propender a un mejoramiento total de sus posibilidades, y es evidente que para favorecer esa evolución debe contarse con el afecto y la dedicación de quien ejerce la curatela".

A modo de síntesis sobre este punto creemos que el rol del curador en los actos jurídicos que analizamos debe interpretarse con una mentalidad integradora, de compromiso real, que aliente la intervención del enfermo mental en los temas para los cuales esté capacitado y paralelamente amplíe las funciones "naturales" del curador con el fin de "acompañar" a su curado abandonando en esas áreas la idea del "reemplazo" por la de "com-

⁹⁹ CC ZC RSD-169-98 S 2-11-98 voto del Dr. Rípodas

plementación”.

Un ejemplo de este modo de interpretar puede resultar para el acto jurídico matrimonial la aplicación conjunta de los artículos 187, inciso 2, C.C. (... los futuros esposos deberán presentar:... 2. la declaración auténtica de las personas cuyo asentimiento es exigido por éste código... padres o tutores) y 475 C.C. (los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces). Y a tenor de ello estimar que corresponde que el curador perfeccione el acto mediante su asentimiento -en el momento de la celebración o precedentemente- de modo idéntico al que ocurre con los progenitores o tutores respecto de los menores de veintiún años.

XI. EL DERECHO A SER OÍDO

Deseamos dedicar aquí, aunque sean tan sólo unas líneas, a propiciar el desarrollo de una corriente de opinión que viabilice el derecho del enfermo mental a ser oído, de modo idéntico al que se encuentra consagrado legislativa (art. 9º, inc. 2 de la ley N° 23.849, ratificatoria de la Convención de los Derechos del Niño); doctrinaria y jurisprudencialmente para los menores.

Refiriéndose a estos últimos, la SCJBA ha sostenido que "... constituye una garantía sustancial que fluye de su consideración como sujeto y no mero objeto de derecho..."¹⁰⁰ y que "... el concepto de madurez es de una relatividad y variabilidad muy pronunciada, fundamentalmente vinculado con la elaboración de juicio que una persona puede realizar, esencialmente distinguiendo entre diversas posibilidades de actuación. Entre el bien y el mal, entre lo verdadero y lo falso. Cuanto más compleja sea la materia de que se trate, más difícil es para la persona formarse un buen juicio con prudencia y sensatez como requiere la calidad de maduro"¹⁰¹, conceptos que estimamos plenamente aplicables para las personas que padecen de enfermedad mental.

XII. LAS OBLIGACIONES DEL INCAPAZ

Por último, queremos destacar también que las interpretaciones que

¹⁰⁰ SCJBA Ac. 6312 del 31-III-98; Ac. 66519 del 20-X-99; Ac. 71303 del 12-IV-2000; Ac. 71380 del 24-X-2001.

¹⁰¹ SCBA Ac. 78728 del 2-V-2000.

postulamos deben ir de la mano con una correlativa exigencia a la persona enferma mental para que asuma los requisitos legales que esté en condiciones de cumplir. Por ejemplo, parecería ser unánime la doctrina que postula la imposibilidad de que el enfermo mental declarado, por el sólo hecho de serlo, incurra en alguna de las causales previstas por el artículo 202 del C.C. por considerarlas "subjetivas". Creemos que, también en estos casos, deberá estarse al real discernimiento existente en cada situación concreta y abrir la posibilidad jurídica de que el demente declarado incurra, por ejemplo, en causal de "adulterio" si ha tenido conciencia de su obrar.

La opinión vertida tiene sustento, por caso, en las Normas sobre Equiparación.... (en la medida que las personas con discapacidad logren la igualdad de derechos, deben también asumir las obligaciones correspondientes -punto 27-)¹⁰² y en el desarrollo doctrinario que efectuara el Dr. EDUARDO JOSÉ CÁRDENAS, durante una disertación efectuada en las Primeras Jornadas de Salud Mental y Derecho, celebradas entre el 30 y 31 de agos-

¹⁰² *Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad de la ONU* en www.un.org y www.who.int/es

¹⁰³ CÁRDENAS, Eduardo José. *Las obligaciones del paciente* en I Jornadas de Salud Mental y Derecho, celebradas entre el 30 y 31 de agosto de 1999. En cuanto expresaba: "La capacidad e incapacidad jurídica está en crisis. Por encima de las leyes está la Constitución Nacional, después las leyes nacionales y una de ellas es el Código Civil que señala con claridad que los menores son incapaces, los enfermos mentales declarados insanos son incapaces, etc. Esto quiere decir que no tienen capacidad para dirigir sus propios actos ni administrar sus bienes. Sin embargo en la práctica los niños a medida que crecen van teniendo más derechos y más obligaciones y los enfermos mentales tienen siempre una capacidad restante. El enfermo mental tiene derecho a poder informarse, a expresar su opinión, a defenderse, etc.; de modo que estas leyes que tienen igual categoría que el Código Civil, nos han mostrado que éste ha quedado derogado parcialmente en muchas de sus disposiciones, algo que no siempre es advertido por los abogados...".