

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(Pulse el [título](#) para ver continuación)

Tema: INHABILITADOS

Relatores: PROFESORES DOCTORES JOSÉ W. TOBÍAS, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, LUIS LEIVA FERNÁNDEZ Y SANTOS CIFUENTES

Fecha: 11 DE AGOSTO DE 1992

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Como todos los años, el actual es el quinto, el Departamento de Derecho Privado efectúa ciclos de mesas redondas sobre temas diversos. En el año anterior a la realización de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil se ocupó de tratar el temario de esas jornadas. Los temas que componen el abanico conceptual de las mesas redondas de este año resultan entonces, de los asuntos a tratar en las próximas jornadas de Tucumán de 1993.

Hoy consideraremos un aspecto tan singular como es el de los inhabilitados y con la presencia de profesores distinguidos de esta Facultad de Derecho, que serán presentados en el orden en que harán sus exposiciones. El doctor Tobías aludirá a aspectos del carácter asistencial referido a los inhabilitados. La doctora Highton de Nolasco abundará en otras cuestiones del tema central. Luego el doctor Leiva Fernández pondrá el acento en la legitimación activa, y finalmente el doctor Santos Cifuentes realizará una propuesta de reformas en esta esfera conceptual.

Cabe agregar que las disertaciones del ciclo son recogidas en publicaciones, tanto en una separata con todas ellas, como en las páginas de la Revista del Notariado, que también reproduce la totalidad de las mesas redondas lo cual traduce la colaboración del Colegio de Escribanos de la Capital Federal con las tareas académicas de la Facultad. La jerarquía intelectual la aportan estos encuentros y la perdurabilidad del mensaje es posible gracias al desinteresado aporte del Colegio de Escribanos. Valgan estas palabras como agradecimiento a los docentes, a dicho colegio, al Centro de Estudiantes que difunde este simposio, y a todos ustedes que se hacen presentes en este ciclo del año 1992.

DOCTOR TOBÍAS.

En realidad, pocas de las reformas introducidas por la ley 17711 fueron recibidas con tanto beneplácito por la doctrina argentina como este instituto de la inhabilitación. Más aún, su incorporación al derecho positivo argentino venía siendo reclamada por la doctrina en distintas ponencias, jornadas y congresos y por la obra de los autores. Esta corriente generalizada de opinión se sustentaba en un vacío del Código de Vélez Sársfield. Como es sabido, su autor se apartó en esta materia del Código Civil francés y siguiendo a Freitas implementó un sistema de interdicción en el que la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

causa se basaba en la llamada alienación y el efecto era la incapacidad absoluta de obrar, suplible por un sistema de representación.

De allí que se destacara que quedaban fuera del ámbito de las restricciones a la capacidad un cúmulo de sujetos, como los llamados estados fronterizos o de semialienación, los toxicómanos, los alcohólicos, etc., necesitados de la tutela del ordenamiento jurídico. Es cierto que alguna postura minoritaria, en una interpretación amplia, en los supuestos de la interdicción por demencia, entendía que abarcaba también a los llamados fronterizos, pero - fuera de que se trataba de un enfoque minoritario - de cualquier modo quedaba excluido todo el resto de los casos enumerados antes y, en realidad, el efecto, que era la incapacidad absoluta de obrar, no se correspondía en su gravedad con un desequilibrio síquico que no llegaba a la alienación. Esto explica el favor doctrinario con que fue recibido el instituto a fines de la década del 60.

A casi un cuarto de siglo de vigencia de la reforma las jornadas han incorporado el análisis del instituto. A mí me parece una decisión realmente meritoria por un doble motivo. En primer lugar, porque son múltiples y en muchos casos muy complejas, las cuestiones de interpretación que se suscitan tanto en materia de causales como de proceso o de efectos de la inhabilitación. Pero desde un punto de vista genérico y más trascendente, el mérito de la incorporación del tema reside en que con la perspectiva del tiempo transcurrido, se hace indispensable evaluar si aquel optimismo con que la doctrina recibió el instituto en la década del 70, se ha visto correspondido por su vigencia práctica y si ha cumplido la finalidad tutelar en virtud de la cual se lo creó, o si, por el contrario, corresponde postular de lege ferenda rectificaciones al esquema del instituto o, al menos postular interpretaciones de lege lata que se aparten del criterio con que tradicionalmente se lo concibió. En lo que resta de mi exposición me voy a referir a este último aspecto.

Hay algunos aspectos preocupantes para quienes siguen atentamente la evolución de este tema. Una circunstancia a mi juicio paradójica, por ejemplo, es la casi inexistencia de sentencias de inhabilitación fundadas en la causales del inciso primero, es decir, el uso de estupefacientes y la ebriedad habitual y como contrapartida la dramática realidad que nos indica un creciente y permanente aumento del uso de los estupefacientes y aun del alcoholismo. Esta fractura que se advierte entre la realidad y la casi inexistente aplicación del instituto por estas causales debe llevar al intérprete a buscar las razones.

El tema en estudio debe concentrarse en la manera en que está concebido el instituto. Del artículo resulta que las funciones del curador son exclusivamente patrimoniales, y dentro de ellas aquellas basadas en la asistencia. Los reformadores del 68 en esta concepción que podríamos llamar patrimonialística en el sentido de que agota las funciones del curador en las meramente patrimoniales - recoge la construcción histórica del instituto que viene del Consejo Judicial del Código francés, de las codificaciones anteriores a la unificación italiana, el Código italiano de 1865, y luego recogida por algunos códigos de este siglo. De allí que el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

interés primordial del instituto está concebido primordialmente en el interés patrimonial del inhabilitado. Si se piensa en la época del origen del instituto se van a advertir claramente las razones y esto es corolario de la manera en que las codificaciones del siglo pasado resguardaban los intereses de las personas. El centro era el aspecto patrimonial. El instituto central era el derecho de propiedad y sobre esa base se construían las instituciones de los contratos, de la responsabilidad civil y de las sucesiones.

No debe haber sido tampoco ajeno a este enfoque "patrimonialístico" las circunstancias de cómo se concebían las enfermedades mentales en ese momento. Se tendía más bien a la prevención de daños a terceros y a la custodia de aquel que padecía alteraciones mentales más que a su tratamiento y recuperación. Sucede que en el derecho moderno, en cambio, se resalta el papel central de la persona humana en el ordenamiento jurídico y el cúmulo de intereses no sólo patrimoniales sino extrapatrimoniales que lo tienen como destinatario. Esto explica la construcción de los derechos personalísimos, la elaboración de nuevos derechos personalísimos, el contenido de los derechos personalísimos ya reconocidos, la ampliación del concepto de daño moral. Un cúmulo de manifestaciones particulares denota la relevancia que el derecho contemporáneo otorga a los intereses no patrimoniales de la persona. Y desde el punto de vista del inhabilitado aparece evidente el interés no patrimonial, el vinculado con su tratamiento y recuperación. El interrogante, por lo tanto, es si cuando se trata de desentrañar las funciones del curador hay que atenerse a la redacción gramatical del artículo, que se circunscribe a regular las funciones patrimoniales, o si más ampliamente debe entenderse que las funciones del curador, además de patrimoniales, son personales y se vinculan con la necesidad de ocuparse del tratamiento, cura o recuperación de quien es su asistido.

En el derecho argentino el tema está contemplado por el artículo 481, que impone al curador del incapaz el deber de velar por su tratamiento y recuperación. Es cierto que el artículo se refiere al incapaz y que el inhabilitado no lo es. Pero debe recordarse que el artículo es preexistente, es decir, la curatela en el sistema del código se circunscribe a los incapaces y ahora hay una nueva especie de curatela que abarca a una persona capaz con capacidad restringida. De la correlación de los artículos 152 y 481 resulta, por lo tanto, que las funciones del curador no son solamente las patrimoniales del 152 bis, sino también las personales, las vinculadas con el tratamiento y recuperación de su asistido. Ellas se vincularán, por ejemplo, con el deber de controlar el tratamiento médico, de vigilarlo y visitarlo periódicamente si está internado, de velar por su externación cuando ha llegado el momento, etcétera.

Se ha destacado con acierto que el propio art. 152 da pautas que sustentan esta interpretación cuando en los dos primeros incisos habla de "cuando el juez estime que puede resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio", lo que indica que el interés resguardado no es el exclusivamente patrimonial, sino incluso la persona del inhabilitado, y esto se vincula con la necesidad de su tratamiento y recuperación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Una segunda cuestión vinculada con esta necesidad de determinar la esencia del instituto desde una perspectiva más amplia que el criterio tradicional o la génesis histórica del instituto, se refiere a la determinación de cuál es el verdadero alcance de la naturaleza asistencial de las funciones del curador. También del texto aislado del artículo se podría interpretar en relación con los actos de disposición entre vivos, que la potestad de iniciativa para celebrar tales actos de disposición o los de administración limitados en la sentencia, le incumben exclusivamente al inhabilitado y al curador le incumbiría una especie de rol pasivo, limitado a negar su asistencia o a asistir al acto proyectado por su asistido.

Por mi parte, pienso que el asentimiento viene a ser el corolario final de lo que son las verdaderas funciones del curador. Desde este punto de vista, al curador le cabría el deber de sugerir modificaciones o agregados al acto que proyecta celebrar el inhabilitado, a instar al inhabilitado a la realización de determinados actos de disposición que aquel omite para resguardar la potencialidad económica del patrimonio y, si esto fuera exacto, ello supone - además - un deber de estar permanentemente interiorizado de la evolución del patrimonio del inhabilitado. Desde este enfoque, el curador no tendría un mero rol pasivo en donde la potestad de iniciativa sería exclusivamente del inhabilitado, sino que le cabrían deberes complementarios o conexos a la función de asistencia, consistentes en proponer modificaciones al acto que se proyecta realizar o aun, si media inacción del inhabilitado, instarlo o requerirle la realización de determinados actos que se vinculen con el resguardo de la potencialidad económica de su patrimonio.

En cualquier obra de siquiatria, sobre todo en los casos del inciso 1°, se encuentran repetidas hasta el cansancio, determinadas características. Efectos de la droga y el alcohol: ebriedad, asocialidad, indiferencia, abulia, desinterés, incumplimiento de deberes laborales, etcétera. Entonces, atendiendo a la naturaleza de las causales de inhabilitación y a su esencia de finalidad de resguardo de los intereses del inhabilitado por el curador, sus funciones deben ser encuadradas en el sentido expuesto, es decir, algo más amplio que esta consideración clásica de que tiene un rol meramente pasivo de aceptar o rechazar el acto cuya iniciativa tuviere el inhabilitado.

Como tercera cuestión, el interrogante consiste en establecer, dentro de las funciones patrimoniales, si atendiendo a la letra del artículo y también a la génesis histórica del instituto, sus funciones son exclusivamente asistenciales o si por el contrario en determinadas hipótesis excepcionales, es menester reconocer que el curador tiene facultades de representación y no de asistencia. Me parece que hay por lo menos cuatro hipótesis en que es indispensable reconocer al curador funciones de representación como modo de que el instituto no quede desvirtuado en su aplicación práctica.

Una hipótesis ya analizada en la doctrina y jurisprudencia francesa antes de la reforma de la ley del 3 de enero del año 68, es la vinculada con la acción de nulidad de los actos celebrados por el inhabilitado sin la necesaria asistencia. Algunos códigos le otorgaron expresamente acción al curador para accionar por nulidad, lo que no ha hecho la reforma argentina del 68. Debe recordarse en relación con este tema que la doctrina coincide

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

unánimemente en que el acto celebrado sin asistencia es un acto de nulidad relativa. Por la regla del art. 1048, por lo tanto, la nulidad sólo podría ser articulada por aquel en cuyo interés se estableció, es decir, el propio inhabilitado, o, en el mejor de los casos, por el inhabilitado con la asistencia de su curador.

Una grave cuestión se plantea si el inhabilitado se niega a iniciar la acción de invalidez del acto por él mismo celebrado. Si no se reconocen al curador facultades de representación para anular el acto, el corolario sería que la vigencia del régimen tutelar quedaría en manos del propio inhabilitado, que es a quien se tiende a tutelar. De ese modo, en esta hipótesis, por entender que la interpretación es concordante con la naturaleza misma del instituto y tiende a evitar su desvirtuación en la práctica, pensamos que el curador tiene facultades de representación.

Una segunda hipótesis se plantea en materia de actos procesales. Partiendo de la consideración de que en aquellos actos procesales de naturaleza patrimonial dispositiva se requiere la participación del curador, puede presentarse la situación de que el inhabilitado sea demandado y necesite contestar la demanda con asistencia de su curador o sea necesario - durante el proceso - interponer recursos de apelación o de nulidad o contestar excepciones. Es de temer que el inhabilitado niegue su voluntad para contestar una demanda o interponer un recurso de apelación, y, en ese caso, se plantea la hipótesis de si corresponde reconocerle al curador facultades de representación. En este caso, pensamos, también, que frente a la tentativa infructuosa de lograr la voluntad del inhabilitado para comparecer al proceso es menester reconocerle al curador facultades de representación para actuar en nombre de su asistido.

Otra cuestión se presenta cuando el inhabilitado niega su voluntad para interponer demandas que, de no procurarse, generarían la prescripción de la acción, o cuando es menester un determinado impulso procesal que de otro modo llevaría a la frustración o la caducidad del derecho subjetivo del que es titular, en cuyo caso me parece que también cabe reconocerle facultades de representación al curador. Una última hipótesis se vincula con los deberes personales de tratamiento y recuperación que quedan en cabeza del curador. Debe recordarse que la ley 23515 estableció causales objetivas de separación personal: la alteración de facultades mentales, alcoholismo, drogadicción, y que ello genera un deber alimentario a cargo del cónyuge sano y además el deber de hacerse cargo de lo necesario para el tratamiento y recuperación del cónyuge enfermo. Nosotros pensamos, al menos en función de las circunstancias de cada caso, que el curador debe tener facultades de percibir en nombre de su asistido las sumas destinadas al tratamiento y recuperación como modo de lograr que las sumas tengan el destino específico al que deben ser afectadas, y no sean empleadas en el drogadicto o el alcohólico para persistir en el vicio.

Debe recordarse la naturaleza de las causales: los síndromes de abstinencia y tolerancia del drogadicto y aun del alcohólico, que lo llevan a buscar sumas de dinero para persistir en el consumo de la droga y aun incrementar dicho consumo. De manera que esta facultad de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

representación para percibir las sumas de dinero que se hubieran fijado para su tratamiento y recuperación resultan a mi juicio, a su vez, de los deberes personales que debe reconocérsele y relacionados con la recuperación y cura del inhabilitado.

Finalmente, si este esquema fuera aceptado resultaría, en primer lugar, que las funciones del curador no son patrimoniales, sino además personales, relacionadas con la necesidad de ocuparse del tratamiento, recuperación y cura del inhabilitado. En segundo lugar, que las funciones asistenciales no tienen mero carácter pasivo, de aceptación o rechazo de la iniciativa del inhabilitado, sino que abarcan el deber de sugerir modificaciones o agregados al acto que se proyecta realizar y aun el deber de requerir al inhabilitado la realización de determinados actos que tienden a resguardar la potencialidad económica del patrimonio. Y en tercer lugar, y por último, me parece que en determinadas hipótesis como las enumeradas - deben reconocérsele al curador facultades de representación, como modo de que el instituto cumpla los fines de resguardo para el que fuera sancionado.

DOCTORA HIGHTON.

Mi intervención será para apoyar totalmente esta interpretación extensiva de lege lata, o sea, en el derecho vigente, de esta figura. Al ver que hay tanto consenso entre nosotros parece que ya se sabía que es una interpretación novedosa. Pero el problema es el consentimiento o el asentimiento. ¿Qué es esta diferencia? Hay consentimiento cuando dos personas tienen que ponerse de acuerdo en una declaración de voluntad común a efectos de resolver algo. La teoría del asentimiento, especialmente desarrollada con relación a la sociedad conyugal, implica que una persona es la que resuelve y la otra integra su voluntad, es decir, hay un acto ajeno al cual se agrega un segundo acto integrativo sobre aquel principal; sería un acto accesorio, como de eficacia.

En principio, cuando hablamos de un inhabilitado estamos pensando que el inhabilitado es capaz; él resuelve, él tiene la iniciativa; entonces, ¿qué pasa? el curador, el asistente, parecería que trabaja cuando el otro lo llama, cuando lo llama el inhabilitado y le dice, por ejemplo, voy a vender. Entonces el curador le dice que sí o que no. Un poco funciona como clásicamente se la ha visto a esta figura, y además exclusivamente respecto de actos jurídicos, pero especialmente - aunque se trate de un acto de administración -, el juez puede disponerlo fundamentalmente para actos de disposición. Pero esto implica - como decía el doctor Tobías - darle al curador un rol totalmente pasivo - me gusta más llamarlo asistente -, ¿limitado a qué? porque para que así funcione tienen que ser actos por acción y consultado el curador. Cuando hay un acto por acción, o sea, vende sin consultar al curador la función parece que desaparece. Cuando hay un acto por omisión - porque también podría el inhabilitado dejar prescribir una acción o dejar de contestar una demanda -, si no lo llama y le pregunta al curador si contesta o no, o sea, para integrar la voluntad, parecería que el inhabilitado puede hacer lo que quiera.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El problema es entonces cómo se entera el curador de que su inhabilitado está solo y sin consultarlo vende, no contesta demandas, deja prescribir acciones, etc. El pensar y plantearse esto implica que tenemos que darle un rol activo al curador. Es decir, no tiene que estar en su casa esperando que lo llamen a ver qué va a hacer el otro, sino que tiene que estar controlando al inhabilitado. Para poder ejercer la función, para poder controvertir los actos de omisión, no queda otra cosa que pensar que lo tienen que controlar permanentemente. Entonces, pasamos a un rol activo sobre toda la gestión, y en este caso estaríamos hablando exclusivamente de actos jurídicos. Pero aquí aparece el otro aspecto que es el personal. Ni siquiera estamos hablando de actos jurídicos, sino de meros actos lícitos, por ejemplo, cuando hablamos de si toma o no los remedios, si hace el tratamiento o no, o lo hace al revés, estamos hablando de actos no negociales y da la impresión de que no están contemplados en la norma. Sin embargo, la norma habla de daños a la persona o al patrimonio. Frente a esto caben dos posturas: a) la solamente patrimonial o además b) debe tomarse en cuenta la persona.

Éticamente no hay duda de que no podemos pensar que al inhabilitado se lo ayuda sólo cuando está en juego su patrimonio, pero no cuando está en juego su persona. La respuesta es indudable. No puede ser que haga lo que quiera con su persona, porque no es un acto jurídico, sino que se trata de un acto no negocial. De manera que todo el tiempo lo tiene que estar controlando, pero no decimos que a título personal ayude al inhabilitado, sino si el rol comprende o no esta función de contralor, ya sea para descubrir los actos por omisión, sea para ayudar a la persona.

La jurisprudencia ha hablado de la persona y hay algunos fallos donde expresamente se le dan funciones de contralor, por ejemplo, en este tema de la salud. Pero creo que el problema aquí es más general. No que el juez lo ordene concretamente como respecto de ciertos actos de administración que integran la voluntad, sino que el rol comprende o no este control. Yo contesto que sí, sin que el juez expresamente se lo diga.

Esto implicaría un exceso de paternalismo, como si a través del paternalismo que le estamos adjudicando al rol del curador, la libertad del inhabilitado quedara más coartada de lo que la norma indica. Sin embargo, creo que esto de los actos médicos se conecta con el tema del consentimiento informado, porque tradicionalmente el que ejerce el paternalismo respecto de la salud del enfermo ha sido el médico o equipo de médicos, pero frente a que ahora se plantea el problema de que ante un tratamiento uno puede decir que sí o que no a uno le tienen que explicar de qué se trata, y puede hasta rechazar el tratamiento. Entonces, hay que pensar a quién se refiere esto, ¿quién puede rechazar un tratamiento? Tiene que ser una persona que esté en todos sus cabales. Entonces, precisamente no es para los débiles, porque de alguna manera este inhabilitado tiene una minusvalía. Quiere decir que el curador tiene que integrar su voluntad, controlar efectivamente todos estos aspectos del inhabilitado.

Se concluye entonces que el status jurídico no es realmente el de capacidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con excepciones, sino de una semiincapacidad. La conclusión es que a la figura la miramos como un capaz con excepciones taxativas y decimos que el carácter de la asistencia es puramente pasivo; o la vemos como una semiincapacidad y el carácter de la asistencia es activo, abarcativo de actos jurídicos y de actos no negociales, en la medida en que lo necesita el enfermo.

DOCTOR LEIVA FERNÁNDEZ.

Voy a referirme a la legitimación activa, para promover la acción por inhabilitación, previo refrescar algunos conceptos.

La legitimación para iniciar la acción referida tiene dos enfoques, según se trate de obtenerla por las causales de ebriedad habitual, toxicomanía o deficiencias en las facultades, o según se trate de prodigalidad.

Si se intenta por prodigalidad, el régimen es bastante explícito en el mismo artículo 152 bis que legitima al ascendiente, descendiente o cónyuge.

Si es, por el contrario, alguna de las tres causales explicadas en primer término, el régimen remite, en lo pertinente, al art. 144, donde se trata la legitimación de la acción de interdicción por demencia.

De manera que tenemos que ir al art. 144, pero con una salvedad: "en lo pertinente". Vale decir que no se sigue automáticamente la aplicación de lo estatuido allí sino que esta referencia "en lo pertinente" nos autoriza a examinar con detenimiento los supuestos del art. 144 y referirnos en particular a cuatro de ellos. Dejamos aparte el caso de promoción por el ministerio pupilar.

La primera pregunta que tenemos que efectuarnos es: ¿es taxativa la enunciación del artículo 144? ¿es un numerus clausus o es una enunciación abierta?

En su casi generalidad la doctrina de nuestro país se inclina por el numerus clausus, salvo alguna opinión de Machado y, en derecho francés, de Josserand. Lo cierto es que la misma doctrina que acepta el numerus clausus sin embargo - o parte de ella - acepta también la inclusión de un supuesto no previsto en el artículo 144, que es la petición de la interdicción por el propio causante. Si esto es así en materia de interdicción por demencia, con mayor razón debería serlo en los supuestos de inhabilitación por ebriedad, toxicomanía o disminución de las facultades, puesto que el inhabilitable es por regla capaz, lo cual viene a solucionarnos aquel problema de los intervalos lúcidos, en los que tendría que haber efectuado su propia denuncia de interdicción el presunto demente en las hipótesis de demencia.

Esta solución que aparece avalada por el Anteproyecto de reformas de 1954 y por la obra jurídica posterior de su director, que es Llambías, por Borda, y por Spota, está prevista expresamente en el Código Civil suizo y sólo en nuestro país, en la medida de mi conocimiento, ha sido objetada por Salvat.

Más modernamente, la ley 22914 de internación en establecimientos para dementes inhabilitados, prevé la internación a petición del propio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

interesado. No la inhabilitación, pero sí la internación. De manera que, en alguna medida, desde el punto de vista terapéutico, esta ley ha venido a avalar la postura que sintetizo de la siguiente manera: el propio interesado puede pedir su inhabilitación en los supuestos de ebriedad habitual, toxicomanía o disminución de facultades.

Pasemos a los dos primeros incisos del artículo 144, que se refieren a la iniciación de las acciones por demencia por el cónyuge del causante y por sus parientes; así, a secas, parientes. A mi entender hay para ambos casos, que voy a tratar conjuntamente porque en definitiva forman ambos sujetos - el cónyuge y los parientes - parte de un mismo núcleo, dos fundamentos posibles.

La pregunta es: ¿por qué se autoriza al cónyuge y a los parientes?; ¿por qué se limita la legitimación al cónyuge que no sea divorciado vincularmente y que no sea separado personalmente?

He encontrado dos tipos de respuestas posibles. La primera, que creo que es tradicional, sostiene que al cónyuge se lo habilita en razón del afecto que supuestamente le guarda al causante, mientras que no se habilita para iniciar la acción al cónyuge divorciado vincularmente o separado personalmente por el supuesto desafecto que tiene con el causante y a fin de evitar situaciones enojosas, por ejemplo, denuncias de mala fe.

Un fundamento serio serían entonces las razones de afecto o desafecto.

El otro fundamento es el interés patrimonial. Este último no es ajeno a las previsiones del artículo 141 del Código Civil en cuanto se refiere a la aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes en el caso de demencia, ni a los supuestos que nos ocupan del artículo 152 bis por la referencia a administrar el patrimonio. Concretamente, en el caso de los parientes es un deber iniciar la acción de inhabilitación so pena de incurrir en indignidad y poder ser excluidos de la herencia en los términos del artículo 3295 del Código Civil. Ahora bien, ¿de qué manera se llega a configurar este interés patrimonial? Se llega o por la calidad de heredero - como lo prevé el Anteproyecto de 1954, Borda en nuestro país y Carretero al tratar en España la problemática jurídica del subnormal en el derecho civil español -, o se llega a ese interés patrimonial también por la calidad de acreedor de alimentos, como lo prevé el Anteproyecto de 1954, lo dispone el Código peruano de 1984 y la relativamente reciente ley española N° 13 de 1983.

Entonces, sabemos que hay supuestos en los que el fundamento es de orden patrimonial. Pero, ¿qué ocurre con el afecto y el desafecto?, ¿es posible que el fundamento sea el afecto o el desafecto?

Si la motivación es excluir al cónyuge divorciado vincularmente o separado personalmente y la fundamentación para el orden de los parientes al grado sucesible es el afecto o el desafecto tendríamos que concluir que el cónyuge separado de hecho no puede promover la acción por inhabilitación tal como lo señaló Orgaz, Borda, y lo recogió un fallo de la Sala F de la Cámara Civil. En el mismo orden de razonamiento, tampoco podría promover la acción de inhabilitación el cónyuge que propició una acción por divorcio o por separación personal mientras esté pendiente de resolver.

Este último enfoque también fue sostenido en su momento por Orgaz y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

rechazado por Llambías y en líneas generales por toda la doctrina. Pero además para guardar mayor coherencia con las razones de afecto - desafecto tendríamos que excluir aquellos parientes, cualquiera que fuese el grado sucesible, que hayan manifestado en forma clara enconos personales, los que hayan expuesto claramente una enemistad.

Y esto no sucede. Vale decir, no se ha excluido de la legitimación para efectuar la denuncia al separado de hecho quien sí puede efectuarla. No se ha limitado, pues no se ha excluido al que tiene un juicio de divorcio pendiente y tampoco se ha admitido ningún tipo de prueba sobre el grado de enemistad manifiesta en los parientes con vocación sucesoria.

De manera que tenemos que excluir como fundamento las razones de afecto o de desafecto.

Concluimos entonces en cuanto a si el fundamento es de orden patrimonial, o por razones de afecto o de desafecto, lo siguiente. Primero, que si el vínculo sólo crea una presunción de afecto en cuanto tal, en cuanto presunción, debería caer ante la demostración objetiva del desafecto. Segundo, que el verdadero fundamento es el interés patrimonial que la ley sí reconoce en aquellos tipos de vinculaciones que generalmente están estructuradas sobre la base de razones de afecto. La ley reconoce vínculo, vocación hereditaria, reconoce créditos alimentarios entre parientes entre quienes generalmente existen vínculos de afecto. En tercer lugar, justamente porque el fundamento es de orden patrimonial es que toda la doctrina nacional y extranjera, en la medida de mi conocimiento, ha limitado el orden de los parientes hasta un grado con vocación sucesoria.

Si ésta es la conclusión, tenemos que ver cuáles son sus consecuencias, que serían las siguientes.

En primer lugar, que debería legitimarse a aquellos que tienen derecho a alimentos ordinarios, no extraordinarios, que generaría un crédito meramente eventual, y a aquellos que han conservado la vocación hereditaria. Concretamente, en el caso de los alimentos debería legitimarse, para ser congruentes, al separado personalmente, inocente en el planteo de separación - art. 207 del Código Civil - a aquel que convino en la presentación conjunta de separación personal o de divorcio vincular la reserva de alimentos - art. 236 del Código Civil - y en materia de vocación hereditaria aquel cónyuge separado personalmente, inocente en los términos del art. 3574 del Cód. Civil, o aun al separado de hecho, inocente en la separación fáctica, en los términos del art. 3575.

Vale decir, entonces, que habría que legitimar para promover la acción o denuncia por inhabilitación también al cónyuge o ex cónyuge inocente, como lo prevén los arts. 74 y 90 del Código Civil paraguayo del 86. En nuestro país deberíamos incluir a aquel cónyuge o ex cónyuge con reserva alimentaria donde no hay decisión sobre la culpabilidad. De cualquier manera, lo cierto es que si del matrimonio hubo hijos menores sujetos al representante necesario o legal en cabeza del cónyuge no inocente, se vulneraría todo el sistema, porque como bien afirmaron Planiol, Ripert y Savatier, el cónyuge, el representante legal, pondría la acción en cabeza del hijo menor para lograr la inhabilitación de su ex cónyuge.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pasamos a considerar dos breves supuestos que son el inc. 4° del art. 144, que es la denuncia formulada por el cónsul, para decir que a mi entender es útil y debe ser ratificado. Y me ha convencido de esto lo volcado por escrito por el doctor Cifuentes, que en síntesis y a riesgo de malinterpretarlo puedo traducir diciendo que el art. 7° del Código Civil prevé que la capacidad se rige por la ley del domicilio. Si esto es así los extranjeros pueden ser de dos tipos: en tránsito, en que se aplica la ley extranjera y el cónsul es razonablemente parte, o domiciliados en la República, y en esta hipótesis hay una razón hasta de orden idiomático que hace conveniente legitimar al cónsul sin excluir a otros legitimados y sin violar ningún tipo de igualdad constitucional, ya que no son similares las circunstancias. Y traeré a colación la ley de zonas de frontera, que excluye a los extranjeros de la posibilidad de ser propietarios de inmuebles.

Pasamos al inc. 5° del art. 144 que se refiere a cualquier vecino del lugar, si el causante fuese furioso o incomodase a sus vecinos. Pese a lo que dice el maestro Llambías, el ebrio consuetudinario, el débil en sus facultades, el toxicómano, puede ser tan furioso o incomodar a sus vecinos como un demente, de suerte que no queda excluido el vecino.

Trataremos brevemente lo atinente a prodigalidad. Es exacto que el fundamento de la prodigalidad es la protección del patrimonio familiar. Así es en nuestro país, en el Código peruano de 1984, en el anteproyecto de 1954, en la obra de Bevilacqua para Brasil y en el Código italiano. No así en el BGB, y en el Código suizo, en el que además del patrimonio familiar se protege el patrimonio del propio causante.

Si lo protegido es el patrimonio familiar - como es en nuestro Código -, entonces tenemos en claro que el interés patrimonial es lo que pone en marcha la acción de inhabilitación y por tanto debemos aplicar en estas hipótesis aquel tipo de interpretación referida al cónyuge y a los parientes para el supuesto de ebriedad, toxicomanía o disminución de las facultades al tratar los inc. 1° y 2° del art. 144.

En segundo término, respecto del pródigo también debería incluirse en la legitimación al propio interesado, porque aunque es cierto que cada uno tiene el deber de administrar sus propios asuntos y no puede delegarlos en un tercero, no lo es menos que el propio pródigo integra el grupo familiar, cuyo patrimonio se ha de proteger. De manera que como integrante del mismo grupo familiar, está habilitado para peticionar su propia inhabilitación. Pero además por otro motivo, porque no cabe sustituirlo en algo que puede cumplir él, que de hecho, en la hipótesis que tomamos, cumple él. Esto siguiendo aquel principio de orden patrimonial que está contenido en el inc. 1° del art. 505 del Cód. Civil: el cumplimiento en especie.

Si el pródigo puede cumplir en especie - entre comillas - con el patrimonio familiar por qué vamos a sustituirlo.

Por fin, una curiosidad, consecuencia de lo ya dicho. El ex cónyuge divorciado por la causal de alteraciones mentales graves y permanentes tiene también la facultad de iniciar acción de inhabilitación al heredero de su ex cónyuge fallecido, que es, en definitiva, quien resulta deudor de su cuota

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

alimentaria.

Y con esto tenemos seis conclusiones que por razones de tiempo dejo para otra oportunidad.

DOCTOR CIFUENTES.

Pienso que las exposiciones que me han precedido, en alguna medida van a fundamentar esta propuesta de modificación del régimen. Las dificultades están a la vista. Los inconvenientes están a la vista. La interpretación clásica que con tanta inteligencia han podido exponer los tres panelistas anteriores, nos demuestran que el régimen tal como está redactado, literalmente interpretado y lo enseñamos en la cátedra, es insuficiente. Pero yo voy a hacer una pequeña introducción a las modificaciones que se me ocurre son necesarias y voy a proponer.

Así como considero, por ejemplo, que ha llegado la hora de que de una vez por todas en nuestro país la mayoría de edad sea a los 18 años, borrando el régimen de la inhabilitación dativa de trabajo a esa edad como en Perú - en el art. 45 del Cód. Civil -, en Colombia - en la ley 27 del año 1977 -, en Venezuela - en Código Civil, artículo 18, del año 1976, tres países latinoamericanos similares al nuestro, y está felizmente proyectado en el Poder Legislativo, creo que todo el régimen de capacidad, incluyendo a los enfermos mentales, los inhabilitados y sordomudos, debe ser visto con una perspectiva distinta, propia ya de la llegada del siglo XXI. Voy a hacer una breve retrospectiva de por qué es como es el actual régimen.

Cuando Vélez escribió el Código Civil, existía una serie de conceptos que han sido, diría, por entero dejados de lado, por la ciencia actual. Hay dos principios fundamentales que motivaron a Vélez Sársfield a establecer el régimen de la incapacidad absoluta por demencia - como la llamó - y de la capacidad absoluta de los mayores si no se entraba dentro de esa sombra negra; una razón es porque todavía, por entonces, se consideraba la demencia incurable, es decir, el principio de la incurabilidad siquiátrica de los insanos es algo que golpea al legislador. Por lo tanto, la marginación es completa; incapacidad absoluta de hecho, con las consecuencias que todos conocemos.

Vélez Sársfield se había inspirado en Philippe Pinel, que fue el iniciador de la ciencia siquiátrica, en alguna medida complementada por Esquirol, pero que no llegaba a ver, a través de sus grandes estudios, la posibilidad casi plena de una curación como la que actualmente se avizora y en muchos casos se puede establecer. El segundo principio inspirador que no debemos olvidar, es el de la libertad y de la capacidad. Estos principios son fundamentales en el Codificador, en tiempos en que se sale de los regímenes cerrados al área de la gran libertad que produce la Revolución Francesa, los códigos de entonces y el liberalismo acérrimo, imponderable, que lo llevó a consagrarlos sin resquicios posibles.

Por lo tanto, lo básico era admitir que todas las personas mayores de edad son capaces, de capacidad plena, con capacidad de obrar, por supuesto, y sólo corresponde colocar en el área de la incapacidad a aquellos casos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

patológicos sumamente graves. Pero los marginales, los que después se llamaron semialienados - mal llamados de este modo -, los que sólo padecen alguna anormalidad, no entraban dentro de esta condición porque se mantenía el principio de capacidad plena. O sea que Vélez Sársfield, por la perspectiva propia de la ciencia de su tiempo y por la fuerza de principios que espiritual y filosóficamente lo llevaban hacia ello, dejó de lado la posibilidad de establecer un régimen intermedio.

Sin embargo, ahora todo ha cambiado, porque la siquiatria moderna revela que los enfermos mentales son curables, como lo son los inhabilitados. Es más, se considera que casi todas las enfermedades son curables, aun la esquizofrenia. Muy pocas son las que los siquiátricos de avanzada entienden que no son curables. Pero en el área de la ciencia siquiátrica se sigue, a veces, manejando una especie de concepción clásica, que vamos a ver cómo después se refleja en nuestra ley. Esa especie de concepción clásica etiqueta, pone un rol hace un rótulo del enfermo mental y resulta difícil una vez puesto poder sacárselo. De la incurabilidad, criterio decimonónico se pasó a la idea de la "enfermedad mental", pudiendo llegar ahora a otra idea distinta que nos enseñó el doctor García Badaracco en una conferencia y es el de la salud mental en alguna medida deteriorada, porque todos los llamados enfermos mentales tienen un alto grado de salud mental, pero un desequilibrio en algún sistema afecta la personalidad, porque hay un núcleo dentro de su organismo neuronal que es el que está desequilibrado, generalmente por razones bioquímicas.

Entonces, se nos dice que si ese sistema neuronal de todos los que componen el cerebro se cura, inmediatamente la despersonalización que proviene del desequilibrio que él produce, desaparece y surge la posibilidad en el llamado enfermo mental de recuperarse. No obstante, muchos de los siquiátricos actuales, como muchos juristas, continúan atados a la perspectiva tradicional del código. He leído un libro que me interesa recordar denominado La Realidad Inventada. En este libro, en un artículo: "Acerca de estar sano en un medio enfermo", hay ocho personas que se introducen en ocho sanatorios de los Estados Unidos tanto públicos como privados - el libro está escrito por Paul Watzlarrichz y otros, austríacos -.

Como esos observadores tenían conocimientos en la ciencia siquiátrica, entran en los sanatorios y se hacen pasar por esquizofrénicos.

Sabían cómo engañar a las guardias para hacerles creer que realmente eran enfermos mentales, y después durante seis meses actúan con toda normalidad, porque ellos eran personas sanas, eran ocho sanos en el ámbito de los que se llaman insanos. De golpe, estos observadores se dan cuenta de que a pesar de todas sus actitudes de salud o normales, nunca nadie les quitó la etiqueta de esquizofrénicos. Es más, finalmente consiguieron la externación, pero jamás se dijo que eran sanos, sino que había remitido la esquizofrenia.

Esto me hace recordar a las peritaciones siquiátricas que solemos leer en los tribunales. A aquella gente le pasaban cosas extraordinarias como ésta: empezaron a escribir sus observaciones a escondidas, porque pensaban que quizá vendría el enfermero, el siquiátrico o el asistente y advertirían que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los engañaban, que eran sanos. Pero de golpe se dieron cuenta de que eso no hacía falta, y casi todos tuvieron la misma experiencia, porque como eran esquizofrénicos todo lo que escribían eran "pavadas". Cuando les daban el sicofármaco se iban a escondidas a los lugares donde solían tirarlos y se encontraban con que casi todos los insanos hacían lo mismo, porque encontraron allí muchas pastillas tiradas.

También empezaron a hacer estadísticas de las veces que los siquiатras, los enfermeros y asistentes los atendían. En Estados Unidos lógicamente estos nosocomios cuentan con una organización de un nivel muy superior. Está lo que se llama la "jaula", que es una habitación de vidrio desde la cual los siquiатras, los enfermeros y los asistentes ven lo que hacen los internados. De acuerdo con las estadísticas la proporción de las veces que los médicos siquiатras se acercaron a los pacientes fue mínima, casi de un 6 por ciento. Siempre se metían en la jaula y se ponían a hablar entre ellos para ver qué hacía fulano o mengano o qué le decía el asistente de lo que hacía zutano. Es así, entonces, que se está inventando la realidad. Y nada menos que en los Estados Unidos, clínicas públicas y privadas. Pensemos lo que ocurre en nuestro país.

¿Qué pasa ahora con la reforma del 68? Deja una realidad inventada. Aquello solo que no era una realidad inventada en el relato - la salud de los médicos y observadores - aparece aquí como una realidad inventada, como tal porque - repito -, los enfermos son curables, el gran por ciento. Si leen García Badaracco verán que para él son todos curables y desecha este principio de la incapacidad absoluta que despersonaliza, porque le quita al hombre todo lo que es. ¿De qué vale ser capaz titular de derechos si nada se puede hacer con ellos y tenemos que dejarlos en manos de un tercero que nos gobierna, que gobierna nuestra persona y también nuestros bienes?

Entonces, esta es la situación problemática que la reforma del 68 pretendió aggiornar pero que no lo consiguió y etiquetó otra realidad, porque construyó otra realidad inventada, como está demostrado, en alguna medida, por las exposiciones anteriores de los doctores Tobías y Highton.

Siguiendo aquel principio de libertad y de capacidad cuyo núcleo central está en el art. 52 del Código Civil, casi toda la doctrina, por razones obvias, ha considerado que si no se dijo que los inhabilitados son incapaces, rige el principio de capacidad, son capaces. No obstante, el art. 152 bis no dilucida la cuestión y no hay más que pensar entonces que se aplica el principio que tiene un fuerte arraigo constitucional. Y, después, hace una división en tres partes: los ebrios habituales y drogadictos en el primer inciso; los disminuidos en sus facultades en el segundo inciso, y los pródigos, tipologías que a mi modo de ver se podrían aglutinar en una sola categoría general.

Paso a tratar de encontrarla. ¿Quiénes son los ebrios habituales? En alguna medida lo dijo el doctor Tobías, los del inciso primero del art. 152 bis. He leído de un joven autor peruano, Juan Espinoza Espinoza, cuáles son las diversas formas clínicas más frecuentes del alcoholismo crónico, o sea, de los alcohólicos habituales: a) el delirium tremens, alucinaciones y temblores

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de manos, de brazos y de cara; b) alucinación aguda, delirio de persecución, pero conservando el conocimiento; c) síndrome de Korsacof, o pérdida de la memoria inmediata, se olvida de lo que ocurrió hace un minuto; d) el delirio de celos y la epilepsia alcohólica; la epilepsia no es crónica, aparece con la ingestión del alcohol y desaparece al dejar de beberlo. Ante tal sintomatología, ante semejante cuadro de situación ¿cuál es la solución del art. 152 bis?

Pasemos a los drogadictos, que también son llamados toxicómanos, que viene de griego toxicon: veneno, y manía: locura. Vemos tres aspectos: 1) Dependencia síquica: manía, o sea, una tendencia psicológica, síquica, hacia la droga. 2) Habitualidad biológica, es decir, una verdadera intoxicación que le impide salir de la droga. 3) Síndrome de abstinencia, o sea, síndrome de privación de la droga, hasta cuando se la restringe, es la adicción. La solución: ¿la del art. 152 bis?

Ya lo dijeron los doctores Tobías y Highton. El doctor Tobías dijo que no veía muchos casos de aplicación del inc. 1° del art. 152 bis, porque los efectos de la droga y el alcohol que están descriptos no se van a solucionar a través de una asistencia en los actos de disposición. Por suerte, la jurisprudencia está volcando su mirada hacia la persona.

Y si pasamos a los disminuidos, aparece el conflicto de si se trata sólo de los disminuidos mentales o también de los orgánicos, porque el inc. 2° hace una referencia al art. 141 del Cód. Civil, cuando dice que "no sean los del art. 141". Aquí el juez estima, pondera, aprecia, ¿pero qué? El juez tiene que estimar nada menos si este señor es un enfermo mental - sinónimo, demencia - o si es un disminuido. Esta estimación, que queda en manos del juez, es de una tremenda importancia porque hay una cantidad de estados el débil mental, el senil, el que casi llega a la senilidad demencial, etc. que están en el límite y que pueden volcar sin dificultad la apreciación del juez hacia un lado u otro. Un perito puede decir que es un demente, y otro, tres meses después, que es un inhabilitado, lo que demuestra que todo el sistema es una realidad inventada.

Hay un régimen de dos categorías: el de la incapacidad absoluta, hoy curable, hoy remitida a través de sicofármacos y terapias psiquiátricas, y el de la capacidad con una especie de protección al débil, ajeno a la realidad de semejante cuadro de situación: alcohólicos, drogadictos, disminuidos y pródigos.

En cuanto a los pródigos, hay una obra de Díaz de Vivar y Tiscornia de hace muy poco en un libro de homenaje al doctor Fleitas que se llama El abuso de derecho y otros estudios de derecho - Abeledo - Perrot -, donde enseñan una serie de casos de prodigalidad que demuestran que en realidad el pródigo tiene un origen patológico, que la dilapidación de bienes, el malgastar, el dedicarse al juego, suele ser en la mayoría de los casos un desfallecimiento de las contenciones voluntarias e intelectuales. Por lo tanto, tiene un origen patológico casi similar al caso del inc. 20, el de los disminuidos en sus facultades. Lo que pasa es que se coloca como una especie de causal residual, para todos los casos en que los parientes no han querido etiquetar y ponerle el rol de disminuido, prefiriendo decir que es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

un pródigo, se dedica al juego, o bien están todos los casos en que los parientes no encuentran pruebas para llegar a la conclusión de la disminución de sus facultades. Entonces, entran en la única prueba, la de prodigalidad, que es como ha malgastado una parte importante de su patrimonio.

Volviendo al esquema general, son tres etiquetas más. Como una etiqueta era la demencia incurable, incapaz de hecho absoluto, están tres etiquetas que no le permiten al juez moverse con comodidad, caso por caso, sino que lo obligan a rotular en general, con consecuencias tremendas, como es quitarle a una persona su propia personalidad jurídica, o bien colocar a esta persona - que padece tanto, como lo hemos visto -, como un capaz al que se lo controla desde lejos, como dijo la doctora Highton.

Entonces, voy a hacer una proposición concreta de modificación a las normas que rigen la inhabilitación.

Olvidaba decir que con respecto a los sordomudos, el doctor Leiva Fernández escribió un artículo demostrando que el sordomudo que sepa comunicarse de alguna manera, que pueda declarar su voluntad, aun en forma de gestos, es capaz. Nuestro régimen, al ceñirse a la idea de que es incapaz absoluto el que no sabe darse a entender por escrito, es un régimen estricto, demasiado rígido, pues puede haber comunicación por otros medios. Por ello también en el régimen del sordomudo el código de Vélez no es enteramente proteccionista.

Yo creo que el juez debe tener la posibilidad de graduar las incapacidades, no sólo en cuanto a su extensión, sino incluso en el tiempo. Si hay un alcohólico en cuyo dictamen médico se dice que podrá curar con una internación en un instituto de alcohólicos anónimos, por ejemplo, en tres o cuatro meses, tiene que poder graduar en el tiempo esta incapacidad que durante la alcoholización es absoluta. No es posible sostener en ese caso el sistema de la mera inhabilitación dispositiva patrimonial o un debilitado seguimiento personal.

Por lo tanto, voy a proponer algunas facultades concretas para el juez: 1) fijar la incapacidad; 2) fijar los límites y extensión también temporal de la incapacidad; 3) establecer la representación que corresponda, no cualquiera, no general, sino la que corresponda según la intensidad y la extensión de esa incapacidad, o de asistencia, si sólo se trata de un caso en que corresponde la asistencia; 4) tener el impulso de oficio para iniciar el mismo juez la rehabilitación; no olvidemos que el tema de la capacidad o incapacidad es una cuestión de orden público.

Para la protección de terceros, es conveniente establecer un régimen de inscripción de incapacidades interconectado por computadoras con el resto del país. O sea, en los registros del país tienen que inscribirse las partes dispositivas de las sentencias de los jueces que incapaciten parcialmente, temporalmente o permanentemente o con la extensión que sea.

Esta intercomunicación registral, con la parte dispositiva de los fallos, debe ser, por disposición de la ley, obligada y comunicada a los escribanos y otros funcionarios, quienes deben pedir información para cualquier acto de disposición que se realice. Esta es mi proposición concreta: modificar todo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el régimen de la capacidad para evitar una realidad que considero inventada y una etiquetación jurídica que no se compadece con la siquiatria moderna.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Es la oportunidad de las preguntas. Si no las hubiera, los disertantes podrán redondear sus exposiciones con alguna imagen final, si lo consideran pertinente.

PARTICIPANTE. - ¿Podría explicar mejor las reformas de las que hablaba al final de su exposición el doctor Cifuentes?

DOCTOR CIFUENTES. - En cuanto a la registración, no he tenido tiempo para decir que este régimen gradualista es peligroso respecto de terceros, porque ustedes saben que los actos realizados por un incapaz, aunque sea parcial o transitoria la incapacidad declarada como tal, son nulos, de nulidad relativa. Por lo tanto, tiene que haber alguna forma de publicidad. Por eso dije que a través del aprovechamiento de las computadoras que son manejadas muy modernamente por todos hoy en día, se puede establecer un régimen de registración a nivel nacional en donde aparezcan las partes dispositivas de las sentencias, dado que es el juez el que recibe y trata persona a persona la cuestión, el que estudia el caso y que dispone la incapacidad que corresponde, de manera que puedan ser conocidos por todos los diferentes casos, y además creo que no se afecta con esto el federalismo.

Quiero acotar también que en alguna medida me he inspirado en el Código del Perú de 1984, para esta propuesta genérica y a modo de esbozo de cambio de nuestro régimen legal y orgánico. Ese código establece especialmente en el art. 581 que el juez dispone la extensión y límites de la incapacidad en todos los casos de diversa patología. Pero, además, está el antecedente en el anteproyecto de 1851 de García Goyena, que no lo recibió el Código español de 1888, pero que el Superior Tribunal de España, dejando de lado el código señalado, aplicó como doctrina a través de sus fallos. Por su lado, está el BGB, Código alemán, de 1900, que contempla la posibilidad de la incapacidad parcial. De esta manera termino el apunte sobre los fundamentos de mi propuesta.

DOCTOR LEIVA FERNÁNDEZ. - A mí me quedó algo por decir, de manera que voy a aprovechar para señalar seis conclusiones vinculadas con mi exposición.

En primer lugar, no es taxativa la enumeración del art. 144. La interpretación restrictiva debe surgir del control judicial. Es decir, debe haber interpretación restrictiva, pero surgir del control judicial. En segundo término, el propio interesado puede peticionar su inhabilitación en el caso de ebriedad consuetudinaria, toxicomanía o disminución de facultades. Tercero, aun mediando separación personal o divorcio, están legitimados para promover la denuncia de inhabilitación quienes conserven su derecho por alimentos ordinarios o su vocación sucesoria. Cuarto, corresponde

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mantener la legitimación del cónsul extranjero en los supuestos de ebriedad, toxicomanía o disminución de las facultades. Quinto, también corresponde mantener la legitimación de cualquier vecino en las mismas hipótesis que surgen de los términos del artículo 144, inc.5° y, por fin, sexto, que el propio interesado también puede pedir su propia inhabilitación por prodigalidad.

También deseo manifestar que guardo absoluto acuerdo con lo dicho por el doctor Tobías en el sentido de que las causales de inhabilitación perturban más, o por lo menos en primer término - cronológicamente hablando - la voluntad que el discernimiento, de suerte que lo primero y a veces lo único que se manifiesta es apatía, desinterés, etc. Esto funda en gran medida la posibilidad de que sea el propio interesado quien interponga la acción de inhabilitación.

DOCTORA HIGHTON. - Quisiera controvertir una de las conclusiones del doctor Tobías en tanto él considera que en el momento en que el pródigo, por ejemplo, omite contestar una demanda o entablarla u omite plantear la nulidad de su acto, habría directamente una sustitución en el curador por vía de la representación que ejercería. Yo diría que, para ese caso, este curador asistente debería denunciar la situación al juez, o sea, integrar su voluntad de alguna manera, por medio del juez, definir la situación mediante esa integración entre el juez de la causa de la inhabilitación con el curador, en vez de la sustitución total de la voluntad del inhabilitado.

DOCTOR TOBÍAS. - Es posible que el enfoque global de las exposiciones haya sido en alguna medida monótono, porque parece palpable la unanimidad de puntos de vista acerca de la necesidad de una revisión del sistema de las incapacidades.

También es evidente que mi interpretación, de lege lata, podría cuestionarse en el sentido que de algún modo va más allá del propio texto de la norma. Pero queda claro que es insuficiente. Las facultades de representación pueden admitirse en hipótesis excepcionales - y creo haber enumerado algunas - pero parecería que no se podría pasar ciertos límites sin desnaturalizarse la normativa vigente. Borda admite la posibilidad de que frente a una administración compleja, necesitada de conocimientos especializados, el juez otorgue lisa y llanamente facultades de representación al curador. De cualquier modo, cualesquiera que fuesen las facultades de representación que le reconozcamos al curador en el sistema vigente, lo cierto es que las características de las causales indican claramente la necesidad de una revisión sustancial.

La cuestión acerca de si las facultades de representación surgen naturalmente del sistema normativo o requieren de la previa concesión judicial es un tema complejo en donde creo que hay que hacer distinciones según las hipótesis. Para promover la nulidad del acto celebrado sin asistencia me parece que las facultades del curador resultan de la esencia misma del sistema, porque cualquier interpretación contraria importaría dejar en manos del propio inhabilitado la vigencia efectiva del sistema. En otras hipótesis, como el riesgo de que se prescriba la acción judicial por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inacción del inhabilitado, pese a que ha sido instado por el curador, o el de la necesidad de contestar demandas, es posible que pueda aceptarse el criterio de que estas facultades no surjan del sistema mismo, sino que debe quedar en manos de una decisión judicial previa. Pero reitero que no parece que esto sea así en todos los casos, sino en algunos; por ejemplo, la acción de invalidez resultaría del propio sistema normativo y no requeriría una previa autorización judicial.

PARTICIPANTE. - Si no entendí mal, la doctora Highton plantea una determinada protección del incapaz y el doctor Leiva Fernández le da importancia a la parte patrimonial, de lo cual surgirían ciertos paradigmas contradictorios de interpretación que el doctor Cifuentes resuelve con una propuesta muy avanzada, en el sentido de abrir al público la posibilidad de pedir la interdicción.

DOCTOR CIFUENTES. - No es así. Se trata de darle facultades al juez para graduar. Yo no hablé de la legitimación para pedir la interdicción, sino simplemente de la facultad del juez de graduar hasta dónde llega la incapacidad en la sentencia. Es decir, el juez, analizada la prueba, gradúa y establece cuál es la extensión de la incapacidad.

Mi propuesta se refiere al aspecto central del problema. Es decir, cómo será la vida posterior del interdicto o - como se dice en otros países - del entredicho. Pero cómo se va a iniciar el juicio eso creo que habría que estudiarlo rodeando la idea central que expuse. Formulé la propuesta porque entiendo que el régimen hay que cambiarlo, pero hay una serie de detalles que habría que pulir; no he entrado en ellos.

PARTICIPANTE. - Porque en el caso del empresario pródigo que pone en peligro el patrimonio de la entidad, de los socios, de los empleados, inclusive tendría acción el Estado ante la falta de pago de determinadas deudas.

DOCTOR CIFUENTES. - Sobre ese tema estoy en desacuerdo con el criterio parental de la ley. Creo que hay que proteger a las personas por sí mismas. Pero éste es el régimen actual, que para mí es una etiqueta más. Recuerdo el caso de un sargento que gastaba su sueldo a los cinco días de cobrarlo. ¿Qué hizo el juez? Le nombró un curador para que le retuviera el sueldo y se lo fuera pagando durante el mes. Yo no creo que estuviera protegiendo a la familia allí, sino a su propia vida y creo que esto es lo que hay que hacer, por supuesto, con la debida ponderación del juez. Pero si tenemos etiquetada la capacidad, rotulada en la ley, el juez se desentiende, porque aplica ese rótulo. En cambio, si al juez le encargamos que analice, que examine a este señor, persona a persona, que pida las pericias y las demás pruebas, entonces lo obligamos a tener una intermediación con la persona, porque tendrá que decir hasta dónde llega su libertad de acción, y esto me parece muy positivo, o al menos mucho más positivo que se diga que le corresponde un rótulo, art. 141, incapaz de hecho absoluto, etc.,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

rótulo que como hemos visto no se lo saca más o difícilmente se lo saca de encima. Casi no conozco juicio de rehabilitación.

DOCTOR LEIVA FERNÁNDEZ. - Querría remarcar una cuestión con relación a la referencia que se hizo en la inquietud planteada por el participante. Si no interpreto mal, la doctora Highton se refirió al afecto en el tratamiento médico y en la relación entre el curador y el causante, mientras que yo me referí al patrimonio como interés, como piedra motora en la legitimación activa. Vale decir, que son dos temas diferentes. No obstante lo dicho, aprovecho para señalar que no hay que tenerle miedo al interés patrimonial. En torno a la inhabilitación no hay sólo patrimonio, pero también hay patrimonio.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - La mesa redonda ha concluido, sólo falta mi agradecimiento a los panelistas y a todos los presentes.

Tema: DAÑO A LA PERSONA

Relatores: PROFESORES DOCTORES ALBERTO J. BUERES, LUIS ALVAREZ JULIÁ E ISIDORO H. GOLDENBERG

Fecha: 18 DE AGOSTO DE 1992

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Vamos a tratar nuevamente el daño a la persona que el año pasado, con otros expositores abordamos en el ciclo sobre "Tutela de la persona", pues está incluido en el temario de las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Hoy disertarán los doctores Bueres, Alvarez Juliá y Goldenberg.

DOCTOR BUERES.

Sabido es que los presupuestos de la responsabilidad son la antijuridicidad - descontada la existencia de la acción -, el daño, la relación de causa a efecto y el factor de atribución. De todos estos presupuestos, el único que no podría faltar en la mente de ningún autor es el daño. Hoy día, por ejemplo, se dice que hay responsabilidad aunque falte la antijuridicidad: son los deberes de reparar por acto lícito. También una jurisprudencia cuestionable por cierto, en Francia, ha sostenido que pueden concederse indemnizaciones a título de chance y por razones de equidad en algunas hipótesis en que no está probada en forma completa la relación causal. Por último, en algunos países del norte de Europa se sostuvo en algún tiempo que podía haber responsabilidad aunque estuviera ausente el factor de atribución. Es lo que se denomina responsabilidad por la mera causalidad o por el resultado.

De todos modos, a nadie se le ocurriría pensar que existe responsabilidad sin daño. Por lo tanto, el viejo principio decimonónico de los franceses "pas de responsabilité sans faute" ("no hay responsabilidad sin culpa"), podría