



LA INCAPACIDAD

Luis Moisset de Espanés^(*)

Fecha de publicación: 01/10/2012

1. INTRODUCCIÓN

LA CAPACIDAD REGLA, LA INCAPACIDAD EXCEPCIÓN

En artículo anterior nos referimos a la capacidad como un atributo inherente de la persona¹.

Sin perjuicio de remitir a dicho punto para abundar en la materia, es dable reiterar en esta oportunidad que la capacidad, en un sentido genérico, es la “*aptitud de la persona de ser titular de derechos y la posibilidad de adquirirlos y obrarlos por sí misma*”.

De igual modo, cabe recordar que se trata de un atributo que ostenta una doble faz; la “dinámica” que refiere a la posibilidad de la persona de adquirir y ejercer por sí derechos, y de contraer por sí mismo obligaciones y la “estática” que atiende a la potencialidad del hombre de ser titular de derechos y obligaciones, y que se vincula a la posibilidad del goce de tales derechos, siendo indiferente quién ha sido el sujeto que intervino en el proceso de adquisición de los mismos.

Desde esta perspectiva, es que en nuestro ordenamiento, la capacidad se desdobra en “capacidad de goce o de derecho” que atiende a la aptitud de toda persona, por el sólo hecho de ser tal, de adquirir derechos y contraer obligaciones sin importar quien realiza los actos necesarios para lograr la adquisición de los mismos, y en “capacidad de obrar o de hecho” que importa la aptitud de adquirir tales derechos por sí mismo, es decir la posibilidad de poder realizar por sí el acto jurídico idóneo para llegar a ser titular de un derecho o deudor de una obligación.

^(*) Jurista argentino. Consultor de Derecho y Cambio Social.
lmoisset@arnet.com.ar

¹ Vide número anterior de Derecho y Cambio Social.

Efectuadas tales disquisiciones previas, resta destacar que en el Derecho Civil argentino todas las personas humanas son capaces, tanto de derecho como de hecho, salvo que la ley haya declarado expresamente su incapacidad.

De tal manera la regla general es la capacidad, y la incapacidad la excepción debiendo ésta última surgir de una disposición legal explícita en tal sentido².

Esta es la doctrina que surge clara del texto del art. 53 del Código Civil en tanto dispone que a las personas físicas “*Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política*”³.

En definitiva, las incapacidades (ausencia de capacidad) se erigen como limitaciones excepcionales.

En función de tal naturaleza excepcional, el derecho se interesa principalmente por establecer y regular cuidadosamente las “incapacidades”; en cambio, respecto de la capacidad, sólo sienta la regla general guardando silencio en lo demás.

Atendiendo a tal cualidad, discrepa la doctrina en orden a la interpretación que cabe acordar a las normas que regulan la incapacidad.

Así, mientras para Llambías⁴ tal hermenéutica ha de ser “restrictiva”, para Spota⁵ la naturaleza excepcional de las incapacidades no implica que sean de interpretación restrictiva “*ni que resulte de manifiesta improcedencia la interpretación extensiva y, aún con los respectivos cuidados, la misma analogía jurídica*”⁶.

² Tal como se estudiará a continuación, el elenco legal de los incapaces de hecho es escueto, encontrándose enumerados en los arts. 54 y 55 del CC y en el art. 12 del Código Penal (condenados a más de tres años de prisión o reclusión). Los incapaces de derecho, en cambio, son numerosísimos y de muy difícil determinación previa, a tal punto que autorizada doctrina ha entendido que “*no sería ni fácil ni conveniente ordenarlos en una lista general*” (Conf. Alfredo ORGAZ, *Personas individuales*, Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 182)

³ También se colige tal principio general del art. 52 del Código Civil, sin embargo esta normativa refiere específicamente a la capacidad de derecho, y por ello preferimos relegar su análisis para la oportunidad en que se trate tal cuestión.

⁴ Jorge J. LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1961, T. I, p. 387

⁵ Alberto G. SPOTA, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1948, T. I, Vol. 3-1, p. 155.

⁶ En igual línea de pensamiento hallamos a Orgaz para quien el principio de que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción “*no quiere decir...que las incapacidades deban siempre interpretarse restrictivamente...ni siquiera que sean de interpretación estricta*”, aunque el autor no admite, a diferencia de Spota la analogía en ningún supuesto (Conf. Alfredo ORGAZ, *Personas individuales*, Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 183).

Por nuestra parte, consideramos que la interpretación de cada incapacidad debe efectuarse conforme un criterio que resulte coherente con su inteligencia y *ratio iuris*, aún cuando para ello deba acudir a una interpretación extensiva.

Sin embargo, a diferencia de Spota, no admitimos la aplicación de la analogía, toda vez que –en función de la regla general y la naturaleza excepcional de la incapacidad- está prohibido extender las incapacidades a hipótesis no comprendidos en la ley explícita o implícitamente.

2. INCAPACIDAD DE DERECHO. CONCEPTO. CARACTERES.

La incapacidad de derecho se traduce en la prohibición de ser titular de derechos o de obligaciones en ciertos casos expresamente fijados por la ley. Desde esta perspectiva puede ser definida como “*el grado de ineptitud para ser titular de derechos y obligaciones que, para casos especiales, determina la ley como limitación de la titularidad*”.

Entonces, la incapacidad de goce, conduce a negar la aptitud para alcanzar la titularidad de ciertos derechos en casos especiales y para todos los que se hallen comprendidos dentro del supuesto que la norma expresamente prevé.

En esta línea, siguiendo a FREITAS, nuestro Código Civil establece las incapacidades de derecho no persona por persona, sino por grupos o “clases” de personas según sus estados (en sentido amplio) en la vida civil y de familia.

En otras palabras, las incapacidades de derecho no surgen de considerar a la persona individualmente, sino que se trata de incompatibilidades comunes a un grupo de personas ligadas por idéntica función o por análoga investidura o estado.

Como notas tipificantes o caracterizantes de la incapacidad de derecho pueden señalarse:

- Que el **fundamento** de las normas que la sancionan es el orden público, la moral y el afianzamiento de la familia.

De tal manera, con su institución se pretende impedir que alguien sea titular de un derecho so riesgo de perturbar o desestabilizar ciertas relaciones humanas de relevancia ética y/o social.

Atendiendo a tal particularidad es que alguna doctrina ha sostenido que las incapacidades de derecho “*obedecen siempre a una causa grave*” y que “*es necesario que medie siempre un*

interés superior o una razón de moral y buenas costumbres”⁷ que justifique la privación o limitación de la capacidad de goce.

- Que la **finalidad** de la incapacidad de derecho no consiste en el amparo o favor del sujeto sobre quien recae, sino que funciona en su contra, con el objeto de prevenir incorrecciones o irregularidades sociales o moralmente indeseables, y con el fin último de proteger los intereses de terceros, distintos a los incapaces.

Que las incapacidades de derecho **se sujetan a la ley territorial** (arts. 8 a 10 y 949 del Código Civil), o sea cada país aplica su propia ley en materia de incapacidad, y nunca la extranjera aún cuando la persona de cuya incapacidad se trate tenga allí su domicilio.

De tal manera, la ley del lugar (*lex fori*) es la que rige la incapacidad de derecho.

Consecuentemente, una ley que determina una incapacidad en el extranjero no resulta aplicable en nuestro país. Ello así, no sólo por oponerse al derecho público argentino, sino también por mediar incapacidad jurídica estrictamente territorial.

- Que son **siempre relativas**, siendo menester e insoslayable que la ley prevea expresamente esa prohibición⁸.

En otras palabras, la incapacidad de goce es siempre parcial y no total, debiendo resultar tal veda de una disposición explícita del ordenamiento jurídico.

Por ello, no hay en nuestro derecho privado incapaces absolutos, cuando se habla de incapacidad de derecho⁹.

En esta línea de pensamiento, autorizada doctrina ha sostenido que la nominación o locución “incapaces de derecho” es de suyo manifiestamente inadecuada e incorrecta porque “ningún sujeto,

⁷ Guillermo BORDA, Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1965, 4a ed., T. I, p. 384.

⁸ Adviértase que en realidad, la “capacidad de derecho” es siempre “relativa” desde que nadie puede tener en su haber –y como suyos– todos los derechos subjetivos que existen en la comunidad. Desde esta perspectiva, la capacidad de goce no puede nunca faltar en términos absolutos (porque ello implicaría negar a la propia persona), ni puede darse en grado absoluto, desde que siempre está limitada o restringida por la ley.

⁹ Serían ejemplos de incapacidades de derecho absolutas la esclavitud y la muerte civil. Ambas figuras se encuentran suprimidas y proscriptas en nuestro país. En efecto, conforme el art. 15 de la Constitución Nacional no existe esclavitud en la Argentina y el esclavo queda libre por el sólo hecho de penetrar en nuestro país; de otro costado, y tal como lo prescribe de un modo contundente el art. 103 del Código Civil, la muerte civil tanto por pena como por profesión religiosa, o por cualquier otra causa, es repudiable para nuestro ordenamiento.

en cuanto es sujeto de derecho, puede dejar de tener capacidad de derecho”¹⁰.

Como contrapartida, así como la capacidad de derecho no puede faltar absolutamente en ningún individuo, tampoco puede existir de un modo pleno e intacto.

Es que todas las personas están afectadas por alguna incapacidad de derecho, desde que –indefectiblemente- se encuentran comprendidas por algún supuesto legal ineludible, tales como las situaciones de edad (vgr. incapacidad para testar, para ser tutor, etc.), de familia (incapacidad para contratar entre padres e hijos menores de edad, etc.) de función (incapacidad de jueces, abogados, etc.).

Por ello, asiste razón a Orgaz cuando sostiene que “*siempre la capacidad de derecho es una cuestión de grado, un oscilar entre ambos extremos sin alcanzar ninguno*”¹¹.

E igualmente, sobre el particular, resultan gráficas las reflexiones de Cifuentes cuando afirma que “*Fatalmente la persona transita por el mundo ceñido por incapacidades, es decir, frente a prohibiciones que le vedan adquirir derechos determinados según las normas. No hay superpersonas. Es persona por ser ente susceptible de adquirir derechos y obligaciones, pero su capacidad de goce es relativa porque hay diversos derechos y obligaciones que no puede adquirir, a los que no llega su potencialidad o subjetividad jurídica*”¹²

- Que **no se encuentra previsto en el ordenamiento jurídico un modo de eludir la prohibición legal, cuando se trata de incapacidad de goce.**

Es decir, la incapacidad de goce no puede ser suplida por la representación. Por ello, –a diferencia de lo que ocurre con la incapacidad de hecho- los incapaces de derecho no pueden actuar ni por sí ni por medio de sus representantes legales.

- Un acto jurídico celebrado en contravención de una incapacidad de derecho es **nulo** (art. 1043 del Código Civil) y, generalmente, de nulidad **absoluta**.
- La enumeración y regulación legal de las incapacidades de

¹⁰ José BUTELER CÁCERES,

¹¹ Conf. Alfredo ORGAZ, Personas..., ob. cit., p. 177.

¹² Santos, CIFUENTES, Actualidad de los viejos conceptos de "persona", "personalidad" y "capacidad de derecho" (Derivación posible frente a los actos personalísimos), LA LEY 1995-B, 1280.

derecho carece de un sistema ordenado y concentrado en una Sección del Código Civil.

Efectivamente, la normas vinculadas a ella se encuentran dispersas en los distintos títulos del Código.

Sobre el particular se ha sostenido con acierto que *“Fundada en la ley, dicha incapacidad no se enuncia por categorías, no se regula ni se clasifica, ya que no son más que las prohibiciones desperdigadas, asistemáticas, que la ley contempla para que en determinados casos la persona no puede adquirir ciertos derechos”*¹³

3. INCAPACIDAD DE HECHO. CONCEPTO. CARACTERES

La incapacidad de hecho implica la falta de aptitud de las personas para realizar por sí válidamente actos en la vida civil, y puede ser definida como *“la ineptitud física o moral de obrar, o el grado de ineptitud, que impide al titular de un derecho ejercerlo por sí mismo”*¹⁴.

De tal modo, la incapacidad de hecho implica una inhabilitación para actuar por sí mismo, más no impide al sujeto adquirir los derechos o contraer las obligaciones *“por medio de sus representantes necesarios que les da la ley”* (art. 56 Código Civil).

En esta línea se ha sostenido que *“la capacidad de obrar ya no se refiere a la titularidad de derechos y obligaciones sino a la idoneidad para ejercer por sí mismo los poderes y facultades que emanan de los derechos subjetivos de los que es titular, así como la aptitud para adquirir por sí mismo esos derechos o contraer obligaciones”*¹⁵.

A diferencia de lo que se estudió con relación a la incapacidad de derecho, en la de hecho la aptitud puede existir de un modo pleno, puede faltar sólo en relación a determinados actos, o encontrarse ausente en términos absolutos.

En otras palabras, cuando aludimos a la de hecho, la incapacidad puede ser absoluta o relativa.

Será absoluta cuando el sujeto no pueda realizar por sí misma ningún acto válido; en cambio, será relativa, en cambio, cuando se relacione sólo a ciertos y determinados actos.

Corresponde finalmente señalar que la incapacidad de hecho no sólo

¹³ Santos, CIFUENTES, ob cit.

¹⁴ Definición conforme a Enrique BANCHIO, comentario al art. 53 en Alberto BUERES – Helena HIGHTON, Código..., ob. cit., T. I, p. 438.

¹⁵ Conf. Alberto SPOTA, Tratado..., Ob. cit, T. I, Vol. 3-1, ps. 197/198.

opera o se aplica en el ámbito de los actos jurídicos, sino también en el campo de los hechos jurídicos (ya sea que se trate de hechos lícitos o ilícitos).

Por ello, puede aludirse a la incapacidad de obrar desde una triple perspectiva: **1)** Como incapacidad para celebrar actos jurídicos, **2)** Como falta de aptitud para ejecutar actos lícitos que no son actos jurídicos, pero tienen trascendencia para el derecho y **3)** Como inidoneidad para responder por las consecuencias jurídicas de los actos ilícitos.

Atendiendo a tal tríada de aspectos, puede sostenerse en primer lugar que la capacidad de hecho con relación a los actos jurídicos (también llamada “capacidad negocial”) asume distintos grados, siendo la regla general en la materia, la consagrada en el art. 1040 del Código Civil que prescribe que: “*El acto jurídico para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho*”. Tal capacidad no es sino la voluntad, la cual debe ser exteriorizada por una declaración (art. 913 CC), debe tener como fin inmediato la creación, modificación, transferencia, conservación o extinción de derechos (art. 944 CC) y debe reunir las condiciones de discernimiento, intención y libertad (art. 897 CC).

En el campo de los actos lícitos que no son actos jurídicos (es decir, aquellos que no tienen el fin inmediato de crear relaciones jurídicas pero que sí tienen consecuencias jurídicas)¹⁶, **la ley civil también reglamenta la capacidad de obrar. Desde esta perspectiva la regla general es que basta la capacidad exigida por el art. 921 del Código Civil, o sea los catorce años de edad, salvo para la adquisición de la posesión para la que resulta suficiente la edad de diez años.**

Por último, y con relación a la capacidad e imputación en los actos ilícitos, la idoneidad o capacidad necesaria se adquiere a los diez años de edad (art. 921 del Código Civil) y durante el período lúcido en el caso del demente, sea o no declarado en juicio (arts. 921 y 1070 del Código Civil).

Como notas tipificantes o caracterizantes de la incapacidad de hecho pueden señalarse:

- Que el **fundamento** de las normas que la sancionan es la ineptitud física o psíquica del sujeto la cual le impide un pleno y libre ejercicio de sus derechos.

Por ello se ha sostenido que “*Esta privación se funda en la insuficiencia mental de algunas personas para realizar ciertos actos (menores, dementes, sordomudos) o bien en la carencia de*

¹⁶ Son los conocidos como “hechos puros y simples” a los que alude la nota del art. 899 del Código Civil, esto es, actos materiales a los cuales la ley les otorga el efecto de adquirir, modificar o extinguir derechos cuando expresamente así lo establezca.

libertad que traba la libre y eficaz actuación (condenados)”¹⁷.

No obstante tal característica, resulta útil destacar que una vez impuesta normativamente la incapacidad la misma “*adquiere un cierto carácter abstracto y se independiza de la razón que la motivó*”¹⁸.

Por ello, aún cuando se diera un supuesto en el que, por ejemplo, un menor de edad ostentara una lucidez y madurez psicológica inusitada, o –a la inversa- un adulto mayor de edad careciera de la sagacidad de la media promedio, no obstante la inidoneidad ya estaría predeterminada, gozando el adulto inmaduro de plena capacidad de obrar, y careciendo de la misma el menor sagaz hasta alcanzar la mayoría de edad.

Ello así por cuanto la incapacidad es una figura jurídica que funciona mediante tipos o categorías –por regla- rígidas a los fines de garantizar la seguridad jurídica.

- Que la **finalidad** de la incapacidad de hecho consiste en el amparo o favor del sujeto sobre quien recae.

Tiene un objeto claramente tuitivo con relación al incapaz y está instituida sólo en su interés y beneficio.

De tal característica es que se deduce la regla de que sólo el incapaz puede alegar la nulidad o la infracción de la norma que instituye la incapacidad (art. 1164 Código Civil)

- Que las incapacidades de hecho **se sujetan a la ley del domicilio** de la persona de cuya incapacidad se trate (arg. Arts. 6, 7 y 987 Código Civil).
- Que la inaptitud puede **ser relativa o absoluta**.

En efecto, a diferencia de la incapacidad de derecho, la incapacidad de hecho puede ser absoluta sin desmedro de la personalidad porque no significa en realidad privar a la persona de su aptitud para adquirir derechos, sino alterar la manera en que se arriba a ese resultado: “*en lugar de hacerlo por sí misma, adquirirá los derechos por la actuación de su representante y/o con la asistencia de otra persona*”¹⁹.

- Que la incapacidad **puede ser suplida** por el instrumento jurídico de la representación necesaria, en tanto ésta subsana el

¹⁷ Conf. Guillermo BORDA, Tratado..., Ob. cit., T. I. P. 385.

¹⁸ Conf. Manuel ARAUZ CASTEX, Derecho Civil..., ob. cit., T. I, p. 282.

¹⁹ Manuel ARAUZ CASTEX, Derecho Civil..., ob. cit., T. I, ps. 286/287.

impedimento para obrar por sí mismo del que padece el incapaz.

- Que un acto celebrado en contravención de una incapacidad de hecho es **nulo** (art. 1043 del Código Civil) pero de nulidad **relativa** en tanto sólo podrá ser articulada por el incapaz, siendo además susceptible de confirmación.

El menor rigor en la sanción de nulidad se justifica si se repara en que estando la incapacidad establecida en protección del incapaz de hecho, nada obsta a que si el acto le fue beneficioso, aún cuando irregular pueda ser confirmado ya por el representante, ya por el incapaz una vez cesada la causa de la incapacidad.

- La **enumeración y regulación legal** de las incapacidades de hecho es escueta y previa y fácilmente determinable.

En efecto, en los arts. 54 y 55 del Código Civil se enumeran los principales incapaces de hecho.

4. CONTRAPOSICIÓN Y DIFERENCIA ENTRE UNA Y OTRA NOCIÓN

Aún cuando de la caracterización de sendas incapacidades efectuada precedentemente se pueden colegir fácilmente las diferencias entre una y la otra, resulta de utilidad sistematizarlas en un cuadro comparativo, tarea a la que a continuación nos avocamos.

Item	incapacidad de derecho	incapacidad de hecho
FUNDAMENTO	El orden público, la moral y el afianzamiento de la familia.	La ineptitud física o psíquica del sujeto la cual le impide el pleno y libre ejercicio de sus derechos.
FINALIDAD	Prevenir incorrecciones social o moralmente indeseables; con el objeto de proteger los intereses de terceros distintos a los incapaces.	El amparo o protección del sujeto sobre quien recae la incapacidad de actuaciones inescrupulosas de terceros.
LEY APLICABLE	Se sujeta a la ley territorial (arts. 8 a 10 y 949 del Código Civil), o sea cada país aplica su propia ley, aún cuando la persona de cuya capacidad se trate tenga allí su domicilio.	Se sujetan a la ley del domicilio de la persona de cuya incapacidad se trate (arg. Arts. 6, 7 y 987 Código Civil)
GRADO	Siempre relativa. La incapacidad de goce es siempre parcial y no total, debiendo resultar tal veda de una disposición explícita del ordenamiento jurídico.	la inaptitud puede ser relativa o absoluta.
POSIBILIDAD JURÍDICA DE ELUDIRLA	No se encuentra previsto en el ordenamiento jurídico un modo de eludir la prohibición legal. No admite ser suplida por la representación.	Puede ser suplida por la representación necesaria, en tanto ésta subsana el impedimento para obrar del que padece el incapaz.
SANCIÓN POR ACTO EFECTUADO	Nulo y, generalmente, de nulidad absoluta.	Nulo y, por regla, de nulidad relativa, siendo confirmable por el representante o el incapaz una

EN SU CONTRAVENCIÓN		vez cesada la causa de la incapacidad.
ENUMERACIÓN LEGAL	Carencia de un sistema ordenado y concentrado en una Sección del Código Civil. Dispersión en los distintos títulos del Código.	Enumeración escueta y concentrada, en principio, en los arts. 54 y 55 del Código Civil.

5. LOS INCAPACES DE HECHO O DE OBRAR .

Tal como lo señalamos en los puntos precedentes, a diferencia de lo que ocurre con la capacidad de derecho, en el ámbito de la capacidad de hecho la aptitud para ejercer por sí los actos de la vida civil puede existir de un modo pleno, puede faltar en relación a actos determinados, o puede encontrarse ausente de un modo absoluto.

En otras palabras, puede existir una falta total de aptitud de hecho, careciendo absolutamente la persona de toda posibilidad física o moral para realizar por sí actos jurídicos válidos (por ejemplo las personas por nacer o en los dementes); puede también identificarse situaciones en las que las personas son incapaces de hecho sólo de una manera relativa, esto es con relación a actos determinados siendo capaces para el resto (verbigracia, los condenados, o los menores adultos); finalmente, la aptitud plena se configura en los supuestos de personas mayores de edad no afectadas por ninguna causa de incapacidad.

En esta línea, se ha destacado, con acierto, que la clasificación de los incapaces de hecho en absolutos y relativos tiene una trascendente importancia jurídica²⁰.

Tal relevancia se patentiza si se repara que la clasificación resulta útil para distinguir entre actos “involuntarios” y “voluntarios”.

Así, un acto efectuado por un incapaz absoluto es irremediabilmente involuntario, y por tanto –en principio- inconfirmable o insubsanable. En cambio, un acto practicado por un incapaz relativo es catalogable de voluntario y –por tanto- su nulidad será relativa pudiendo ser subsanada mediante su confirmación.

5.A. LOS ABSOLUTAMENTE INCAPACES.

El art. 54 del Código Civil se ocupa de enumerar a los incapaces absolutos, a saber: las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes declarados judicialmente y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito.

²⁰ En contra, Julio César RIVERA, para quien en función de la exclusión de las mujeres casadas como incapaces relativos de hecho la distinción entre incapacidad absoluta y relativa habría perdido relevancia dentro de la sistemática del Código Civil (Conf. Julio César RIVERA, Instituciones..., ob. cit., T. I, p. 401)

Como puede advertirse, algunas de las incapacidades enunciadas responden a causas corrientes y ordinarias en el desarrollo natural de la persona física.

Son, en efecto, comunes y compartidas por todas las personas en alguna etapa de su vida.

Nos referimos a las personas por nacer y a los menores impúberes.

Todos hemos sido encuadrados, en algún momento de nuestra existencia, en tales categorías de incapacidad.

Otras incapacidades absolutas –en cambio- obedecen a causas que –aunque biológicas- son excepcionales, eventuales y extraordinarias, y por tanto no comunes a todas las personas.

Son los supuestos de demencia y sordomudez.

En función de tal excepcionalidad es que la ley civil –tal como se verá- exige un especial procedimiento para constatar la causa de la incapacidad y declararla judicialmente.

Efectuadas tales disquisiciones previas corresponde efectuar un breve análisis de cada uno de los supuestos enumerados en la disposición citada.

a. Personas por nacer. Remisión.

La ley civil argentina –con un claro sentido humanista, y apartándose del sistema imperante en otras legislaciones- estima que el concebido es persona.

Igualmente corresponde reiterar que -a nuestro juicio- la personalidad reconocida a la persona por nacer no se encuentra subordinada a condición alguna²¹, sino que –por la propia naturaleza- se adquiere con la concepción y se pierde con la muerte.

Desde esta perspectiva, y en función de lo normado por el art. 74 del Código Civil, en nuestra opinión, lo único que se extinguirá retroactivamente (en caso de muerte del *nasciturus* antes de nacer o de nacimiento sin vida) serán los derechos de naturaleza patrimonial adquiridos, no así los propios de la esfera extrapatrimonial²².

²¹ En contra de la tesitura mayoritaria que considera que si bien el concebido es –para nuestro derecho- persona, su personalidad es condicionada, futura o provisional (Conf. Raymundo M., SALVAT, Tratado de Derecho Civil argentino. Parte General, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1947, T. I, p. 209. En la misma línea: Manuel, ARAUZ CASTEX, Derecho Civil. Parte General, Ed. Coop. De Derecho y Cs. Sociales, Buenos Aires, 1974, T. I, p. 266; César A., ABELANDA, Derecho Civil. Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1980, T. I., ps. 209 a 217, Jorge, J., LLAMBÍAS, Tratado de Derecho Civil. Parte General, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1997, T. I, p. 226, entre muchos otros)

²² Como derechos extrapatrimoniales del *nasciturus* se han sindicado –en lugar privilegiado- los derechos personalísimos es decir “aquellos que se refieren al reconocimiento de la personalidad humana y su dignidad propia en el doble aspecto corporal y espiritual” (Sobre el tema, ver: Alejandro M.,

b. Los menores impúberes.

Tal como se verá en el punto III de este Capítulo²³, el Código Civil argentino distingue entre los menores que han alcanzado la pubertad y aquellos que aún no la alcanzan.

Así, a los primeros (que la ley denomina “menores adultos”) se los tiene por incapaces relativos, esto es como incapaces respecto de ciertos actos.

Los segundos, en cambio, (llamados “menores impúberes”) padecen de una incapacidad absoluta de hecho.

Conforme lo establecido por el art. 127 del Código Civil, son menores impúberes los que “*aún no tuviesen la edad de catorce años cumplidos*”.

En lo que ahora nos interesa, cabe entonces destacar que incapaz absoluto será -por regla- aquel menor que no alcanzare la edad de 14 años, careciendo durante tal lapso de toda aptitud para realizar por sí los actos de la vida civil.

Sin perjuicio de que este es el principio general, existen ciertas excepciones en las cuales se reconoce al menor impúber cierta capacidad para determinados actos.

Así, el art. 2392 del Código Civil dispone que a partir de los 10 años el menor puede tomar por sí la posesión.

c. Los dementes declarados en juicio.

Para la ley civil argentina, “demente” es toda persona física que adolece de una enfermedad mental, cualquiera sea la índole o naturaleza de esa patología²⁴.

Con ese sentido la terminología del Código ha sido criticada toda vez que –en rigor- para la ciencia médica la demencia es sólo una clase de patología mental, existiendo otras enfermedades que igualmente afectan las capacidades mentales del sujeto y que técnicamente no son calificables de “demencia”.

Por ello es que alguna doctrina estima conveniente la utilización del término “insano”, desde que el concepto propuesto –por su generalidad- evitaría inconvenientes con el lenguaje de las ciencias médicas²⁵.

AZVALINSKY, La personalidad de la persona por nacer, JA 2004-II-976)

²³ Vide...

²⁴ Este es el sentido y significado que surge del art. 141 del Código Civil en tanto prescribe que serán declaradas dementes “...las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”.

²⁵ Conf. Julio C. RIVERA, Instituciones..., ob. cit., T. I, p. 450.

Por nuestra parte, aun cuando reconocemos el acierto de la objeción, preferimos seguir utilizando la denominación “dementes” desde que a más de ser la terminología empleada por la normativa vigente, se trata de una expresión que ha adquirido carta de ciudadanía en nuestro medio.

Retomando el análisis que ahora nos convoca, es dable advertir que aun cuando el art. 54 del Código Civil enuncia como incapaces de hecho absolutos a los “dementes”, el art. 140 del mismo cuerpo legal establece que una persona sólo puede ser tenida por demente cuando media una declaración judicial en ese sentido.

Consecuentemente, sólo carecerá de aptitud –en términos absolutos- para realizar todos los actos de la vida civil, aquel sujeto al que se le haya reconocido su enfermedad mental mediante una sentencia interdictoria²⁶.

Desde esta perspectiva, los actos practicados por el demente declarado tal son de ningún valor, esto es, nulos.

d. Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito.

La sordomudez, cuando el sujeto no puede darse a entender por escrito, genera una incapacidad absoluta de obrar, tal como lo dispone el art. 54 del Código Civil.

Sordomuda –en general- será aquella persona que carece del sentido auditivo y a quien le falta (ya por no haberla adquirido, ya por haberla perdido) la aptitud para hablar.

El sujeto, en estas condiciones, se encuentra –en la mayoría de los casos- en un estado de incomunicación total o muy dificultosa con el mundo exterior.

Sobre el particular, la doctrina ha señalado con acierto que resulta errado equiparar la exigencia de “*imposibilidad de darse a entender por escrito*” con la circunstancia de que el sordomudo “*no sepa leer ni escribir*”²⁷.

En otros términos, aun cuando el sordomudo sepa leer y escribir ello no resulta decisivo para determinar su capacidad, toda vez que el recaudo insoslayable es que “*sepa darse a entender*”, lo que es lo mismo que imponer la existencia de una aptitud intelectual en la operación de la escritura.

Es necesario entonces que el sordomudo comprenda, en su significado, la palabra escrita.

²⁶ El procedimiento para la declaración de demencia es estudiado en el punto 1 del Capítulo V de esta obra, al cual remitimos (Vide pag....)

²⁷ Conf. Alberto SPOTA, Tratado..., Ob. cit., T. I, p. 242.

Por esto, aun sabiendo leer o escribir, si no comprende el sentido de tal acción, lo mismo será un incapaz.

Igualmente resulta requisito ineludible para que tenga operatividad la incapacidad que medie una declaración judicial que declare la sordomudez.

De otro costado, cabe resaltar que se ha criticado que las sucesivas reformas del Código Civil no hayan modificado, actualizado o ampliado el medio previsto por Vélez como posible para que el sordomudo se comunique, sin incorporar las nuevas técnicas existentes al respecto.

Así, se ha sostenido que en la actualidad existen un sinnúmero de medios idóneos para la comunicación del sordomudo a más de la escritura, tales como por ejemplo la vía informática.

Compartimos la objeción formulada en este sentido.

No obstante creemos que, aun cuando la ley civil expresamente sólo aluda al medio escrito, si se comprobara que el sordomudo puede expresarse o darse a entender por otras vías, no cabría su interdicción.

Esta pareciera haber sido la intención del legislador al sancionar la Ley 23.515, que al modificar el art. 166 inc. 9° del Código Civil, aparentemente ha ampliado el espectro del medio para expresarse, admitiendo que el sordomudo pueda contraer matrimonio siempre que pueda manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito “...o de otra manera”.

A todo lo expuesto, sólo resta reiterar que, en función de lo prescripto por el art. 54 del Código Civil, el sordomudo que no sabe darse a entender por escrito y que ha sido declarado tal es un incapaz de hecho absoluto.

Atento tal incapacidad los actos practicados por él son nulos.

5.B. LOS RELATIVAMENTE INCAPACES.

El art. 55 del Código Civil, por su parte, enuncia como incapaces relativos a los menores adultos.

A ello cuadra agregar a los condenados a más de tres años de prisión o reclusión, quienes – conforme lo prevé el art. 12 del Código Penal- también son incapaces relativos.