

Nuevo régimen de capacidad civil

Beatriz Escudero de Quintana¹

Resumen

Entre diciembre de 2009 y mediados del año 2010 entraron en vigencia las nuevas leyes sobre Mayoría de Edad (Ley 26.579) Matrimonio Civil (Ley 26.618) y Salud Mental (Ley 26.657).

En el presente trabajo se destacan algunos de los aspectos en que la nueva normativa afectó la capacidad de derecho de quienes habitan en nuestro país, analizándose cuestiones tales como la ampliación a la capacidad de derecho que importó la posibilidad de contraer matrimonio homosexual y otras modificaciones a este atributo de la personalidad que, para las mujeres y para quienes contrajeron matrimonio homosexual, derivan de la Ley 26.618.

Se estudian los principios básicos que imperan actualmente en materia de capacidad de hecho: presunción de capacidad, progresividad y limitación en el tiempo de las declaraciones de incapacidad e inhabilitación. Se destacan las diferencias existentes entre el nuevo régimen y la legislación anterior, efectuándose una apreciación crítica de la nueva normativa en los aspectos relativos a la capacidad civil y, destacándose algunos de los conflictos jurídicos que de ellas derivan, se postulan posibles soluciones.

Palabras clave: capacidad - salud mental - menores - inhabilitados - Ley 26.579 - Ley 26.657

Introducción

Durante muchos años el régimen de la capacidad civil se mantuvo prácticamente inalterado. Si bien es cierto que la doctrina y la jurisprudencia venían exigiendo cambios, y los jueces se apartaban de la normativa civil para dar lugar a soluciones más justas, y adecuadas a los convenios internacionales suscriptos por nuestro país, el articulado del Código Civil no se modificaba. Sin embargo, entre los años 2009 y 2010 se produjo una verdadera revolu-

ción en el tema al dictarse las leyes 26.579 (Mayoría de Edad), 26.618 (Matrimonio Civil) y 26.657 (Salud Mental), las que, en conjunto con la Ley de Protección a los Niños, Niñas y Adolescentes (vigente desde el año 2005), conformaron un panorama sustancialmente diferente de esa institución.

Las modificaciones introducidas tienen origen en la necesidad de adaptar nuestra legislación interna a lo establecido en los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, especialmente las Convenciones In-

¹ Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCaSal.

ternacionales sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849), la Convención sobre Derechos de la Personas con Discapacidad (Ley 26.378) y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Ley 25.280).

Encuentran sustento, asimismo, en las nuevas posturas filosóficas y políticas imperantes en el mundo occidental. Así, por ejemplo, se han receptado en la nueva normativa los principios de multiculturalismo y defensa de los derechos de las minorías, la concepción de que los menores y las personas con deficiencias físicas y síquicas –con capacidades diferentes como acostumbra decirse ahora– son sujetos de derecho y no «objetos» de protección, y que resulta necesario garantizarles no solamente la titularidad de los derechos en igualdad con todos los habitantes del país, sino también, en la medida en que ello no importe una desprotección o un perjuicio, el ejercicio de esos derechos. Esto es, se busca garantizar el mayor margen posible de autogestión en los incapaces, haciendo aplicación del principio de progresividad. Al fijar la mayoría de edad en los 18 años, se alinea el Código Civil con la postura imperante en gran parte de los países occidentales.

Modificaciones en la Capacidad de Derecho

Para comenzar el análisis de los cambios introducidos en la legislación civil por las leyes mencionadas, y dada la tradicional clasificación de la capacidad, entiendo corresponde empezar destacando los cambios que se produjeron en la capacidad de derecho, uno de los atributos de la personalidad, quizá el más im-

portante ya que es lo que define al Sujeto de Derecho.

Es la Ley de Matrimonio Civil (Ley 26.618) la que amplió nuestra capacidad de derecho. El contenido de esta norma, que puede ser criticada por cuanto su técnica legislativa no es rigurosa ni exhaustiva, se puede resumir en cuatro aspectos¹:

En primer lugar, la reformulación de los artículos del Código Civil que impedían hasta entonces el acceso a la institución matrimonial por parte de las parejas del mismo sexo; esto es, se suprimió la heterosexualidad como carácter tipificante y esencial del matrimonio civil.

En segundo término, bajo el modesto rótulo de «cláusula complementaria» se instaura la denominada regla de «equivalencia» o «compatibilidad» entre los matrimonios heterosexuales y homosexuales, de modo que no puedan argumentarse diferencias o distinciones discriminatorias entre ambos connubios. En rigor de verdad, esta disposición, contenida en el artículo 42 de la ley enuncia la regla o principio general en torno al cual gira la normativa aprobada.

Un tercer aspecto a considerar es la supresión de algunas de las diferencias existentes entre hombres y mujeres, por la modificación de los artículos 212, 1.217 inc 3 y 1.807 inc 2 del Código.

Finalmente, se introducen cambios en diversos artículos del código civil suprimiendo menciones al sexo de los contrayentes o esposos; cabe aclarar, sin embargo, que subsisten referencias a la mujer, la viuda, etc. en artículos que los legisladores no modificaron y que ello ha generado algunos inconvenientes interpretativos, tales como los que generan los artículos 1.307 y 3.576 bis.

¹ Solari, Néstor E. «Análisis normativo de la Ley 26.618 de matrimonio civil».

A través de estas modificaciones se ha ampliado, indudablemente, la capacidad de derecho; las personas mayores de 18 años, que antes de la ley solamente éramos titulares del derecho a contraer matrimonio con una persona del sexo opuesto, hoy podemos optar.

Las consecuencias morales y jurídicas de esta norma son innumerables y los conflictos que se generarán también. Basta pensar en las cuestiones de filiación, patria potestad, en el nombre de las personas, en temas de derecho sucesorio, en cuestiones tributarias, para darnos cuenta de ello. Pero no es el momento de analizar estas consecuencias. Solamente quiero recordar algunos otros aspectos en que la capacidad de derecho que se ha ampliado, pero exclusivamente para las mujeres y para quienes ejerciten el derecho de contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo.

Con respecto a las mujeres, la ampliación de su capacidad de derecho deriva de la modificación de los artículos 1217 inc 3 y 212. El primero de ellos se refería a la posibilidad de que el futuro marido, en las convenciones prenupciales, efectuara donaciones a su esposa. Pero las donaciones de la mujer al esposo estaban expresamente prohibidas por el art. 1231. Si bien no se derogó expresamente esta última norma, al admitirse en el actual inciso 3 del 1217 que cualquiera de los cónyuges puede efectuar donaciones antes del matrimonio se lo ha derogado tácitamente y con ello se amplió la capacidad de las mujeres. Y también se la amplió con la modificación al 212 ya que puede revocar dichas donaciones en caso de separación personal.

A partir de la ley, los integrantes de un matrimonio homosexual adquirieron la apti-

tud para escoger el primer apellido de sus hijos; si bien dicha capacidad es limitada, pues deben optar entre dos apellidos (el del cónyuge A y el del cónyuge B), antes de la ley ninguna persona en nuestro país contaba con ese facultamiento. La ley imponía la obligatoriedad de que los hijos llevaran como primer apellido el de su padre biológico (salvo en el caso de hijos extramatrimoniales cuando el padre no los hubiere reconocido) o adoptivo. Y los hijos no reconocidos por su padre, obligatoriamente debían llevar el apellido materno.

Otros aspectos relativos a la capacidad de derecho que debemos analizar son los vinculados con la aptitud de la nuera viuda sin hijos para heredar a sus suegros y la facultad que el 1.307 CC concede a la mujer en caso de fallecimiento presunto de su cónyuge.

Si recordamos lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 26.618 y pensamos en el derecho consagrado por el artículo 3.576 Bis² debemos plantearnos, indudablemente, el interrogante: en el caso de un matrimonio constituido por dos varones, fallecido uno de ellos sin hijos ¿tiene derecho el otro a suceder a sus suegros? Podríamos pensar que no con fundamento en que el supérstite no es «nuera» y que no existe normativa alguna a nivel internacional que prohíba conceder beneficios a las mujeres. Pero el artículo 42 prescribe que «ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo»: queda el interrogante y no dudo que se planteará el caso en

² «La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubieren correspondido a su esposo en dichas sucesiones...»

un futuro no muy lejano, como ya se ha planteado respecto de matrimonios heterosexuales, habiendo algunos jueces y tribunales reconocido tal derecho³.

Similar situación nos plantea el artículo 1.307, que reconoce a la mujer el derecho a postergar el ejercicio de sus derechos por los herederos del presunto muerto hasta tanto finalice el período de prenotación. A partir de la vigencia de la Ley 14.394, los autores discutían si este derecho de la mujer a mantener la sociedad conyugal hasta el comienzo del período definitivo se mantenía. Llambías⁴ y Belluscio⁵, entre otros, se pronunciaban por su subsistencia. Mazzinghi⁶, en cambio, entendía que al ser incompatible con los derechos reconocidos por la Ley 14.394 a los herederos del presunto difunto se había derogado tácitamente esta facultad. La discusión, por supuesto, no estaba cerrada al momento de la sanción de la Ley de Matrimonio Civil y hubiera sido una excelente oportunidad para zanjarla. Lamentablemente los legisladores no lo hicieron. Y, como en el caso de la nuera viuda, el problema se agrava con la «cláusula complementaria». Si nos inclinamos por la subsistencia del derecho, ¿por qué no pueden invocarlo los viudos de un matrimonio homosexual? Y si no deben existir diferencias entre los derechos de uno y otro tipo de matrimonio ¿por qué no pueden invocarlo los viudos de un matrimonio heterosexual?

Modificaciones a la Capacidad de Hecho

Este aspecto de la capacidad jurídica, que ya fuera parcialmente modificada por la Ley 16.061 (aunque no se modificara el articulado del Código Civil), se ha visto fuertemente incidida por lo dispuesto en las Leyes 26.579 y 26.657.

Ley 26.579

Desde la vigencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por ley 23.849, y particularmente desde la vigencia de la Ley 16.061, de Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes algunos autores postulaban que el artículo 128 del CC había quedado modificado y que desde el día del cumpleaños número dieciocho se adquiriría la mayoría de edad.⁷ No era, sin embargo la postura mayoritaria y mucho se criticó la norma por dejar a los jóvenes comprendidos en la franja etaria de 18-21 años en una situación de indefensión, ya que no contaban con la protección especial de las normas mencionadas y como no eran mayores de edad, ni tampoco con las ventajas derivadas de la plena capacidad civil⁸.

Con la Ley 26.579 vino a zanjarse la cuestión: se modificaron diversos artículos del

³ C. Nac. Apel Civil, Sala B «S. A. s/ sucesion ab-intestato», sentencia de fecha 8/11/2010 publicado en MJ-JU-M-66536-AR | MJJ66536 | MJJ66536 - Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Córdoba N° 27 «M. o M. A. s/ declaratoria de herederos», sentencia de fecha 30/4/2009 publicado en MJ-JU-M-43882-AR | MJJ43882 | MJJ43882.

⁴ Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil -Parte General*. 1978. Tomo I, 686.

⁵ Belluscio, Augusto C. *Manual de Derecho de Familia*, 1979. Tomo II, 123.

⁶ Mazzinghi, Jorge A. *Derecho de Familia*. 1996. Tomo II, 497.

⁷ Allegretto, María «La mayoría de edad en la República Argentina. Un voto en minoría que recoge el postulado de la supremacía constitucional y pone luz en medio del caos»; Saux, Edgardo «Mayoría de edad a los 18 años».

⁸ Solari, Néstor «Los niños y los menores de edad después de la reforma constitucional».

Código Civil y Código de Comercio, estableciendo que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años, unificando la edad con la establecida en la Ley Nacional 16.061, de Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes y en las leyes penales, que imponen a los jóvenes mayores de 18 años el mismo tratamiento que a los adultos⁹.

O sea que, a partir de la 0 hora del día de su cumpleaños número dieciocho (no se cambió esta excepción a los principios generales sobre cómputo de plazos), los jóvenes adquieren plena capacidad de hecho, con todas las obligaciones, responsabilidades y facultades de los adultos.

Ahora bien, este adelantamiento de la mayoría de edad no importa colocar a quienes tienen entre 18 y 21 años en exactamente la misma posición que el adulto. Como un reconocimiento de lo que sucede en la realidad en nuestro país, donde, por lo general, los jóvenes entre las edades mencionadas no cuentan con recursos económicos suficientes para afrontar los gastos derivados de su vivienda, alimentación, educación y salud, los legisladores han previsto la subsistencia de la obligación alimentaria de los progenitores hasta los 21 años. Esta obligación tiene las características de la derivada de la patria potestad, pero con una particularidad: puede cesar anticipadamente por dos causas:

- a) renuncia por el beneficiario, acreditando que puede proveer a su sustento
- b) acreditación por el padre de la solvencia económica del menor.

La obligación alimentaria compete al pa-

dre y a la madre, aunque estén separados o divorciados de hecho y comprende lo necesario para la habitación, alimentación, vestimenta, educación, salud y esparcimiento. Quien debe percibir la cuota alimentaria cuando los padres están separados es el joven, él debe extender el recibo si cobra en efectivo y, si se efectúan depósitos bancarios deberá abrirse una cuenta a nombre del alimentado. Y el joven administra y dispone libremente del dinero recibido, como también de todos sus otros bienes, sea que los haya recibido a título gratuito o sean el fruto de su trabajo.

Muchos autores han criticado la extensión de la obligación alimentaria paterna hasta cumplir los veintiún años, señalando la contradicción existente entre el goce de la plena capacidad civil, comercial, laboral y política y la subsistencia de esta obligación, que importa tanto como afirmar que no pueden proveer a su sustento: si consideramos que ni siquiera pueden alimentarse, vestirse, etc ¿cómo les vamos a permitir asumir obligaciones que, por su imposibilidad de procurarse medios económicos, no van a poder afrontar?¹⁰

Otros autores, en cambio, en una postura muy amplia de los deberes familiares, tienen una apreciación negativa de la norma por no haber extendido la obligación alimentaria hasta los 25 años, si ello es necesario para la formación laboral y profesional de los hijos; sustentan tal posición en la circunstancia de que, en muchas ocasiones, los jóvenes se ven obligados a abandonar sus estudios por falta de medios para pagarlos¹¹.

Otro efecto importante de la norma en aná-

⁹ La fijación de la mayoría de edad a los 18 años ha sido una constante en los Proyectos de Reforma del Código Civil posteriores al de 1987.

¹⁰ Gabriel B. Ventura «Incidencias de la ley 26.579 de mayoría de edad en el régimen de los derechos reales».

¹¹ Marcos Córdoba «Anticipación de la Mayoría de Edad. Modificación de la pauta objetiva para determinar la absoluta capacidad de las personas»; Solari, Néstor «La nueva mayoría de edad». El proyecto

lisis, íntimamente vinculado al tema de la capacidad, es la desaparición de la institución de la emancipación dativa o por habilitación de edad, que fuera incorporada por la Ley 17.711 y de la emancipación comercial, sea por autorización de los padres cuanto por haber asociado éstos al hijo mayor de 18 años a su actividad comercial.

Subsiste, en cambio, la emancipación por matrimonio, aunque con alcances muy limitados, ya que sólo se aplicará a quienes aún no cumplieron los 18 años; se mantienen los requisitos de los artículos 167, 168 y 169 del Código Civil, esto es, celebración de matrimonio válido, frente a oficial público competente, con las formalidades legales y previa dispensa judicial de edad y, según algunos autores, autorización de los padres. Se mantienen, asimismo, las consecuencias de la emancipación: plena capacidad civil con las limitaciones de los artículos 134 y 135, el carácter de irrevocable de esta emancipación y las consecuencias en caso de disolución del matrimonio durante la minoridad (se mantiene la emancipación pero no puede contraer nuevas nupcias hasta los 18 años) y de nulidad: para el cónyuge de mala fe cesa la emancipación que se mantiene, en cambio, para el de buena fe.

Ley 26.657

Esta es la norma que regula, desde diciembre de 2010, las consecuencias del daño cerebral y de otro tipo de debilidades o discapacidades. Cabe aclarar que, pese a su denominación, la ley en comentario no se limita a

modificar el régimen de capacidad de las personas que padecen enfermedades mentales sino que abarca también a los sordomudos, a los ancianos, a los débiles mentales y a los que padecen de alguna adicción.

Recordemos que frente al daño cerebral, que es uno de los más terribles que puede sufrir el hombre pues genera una disminución existencial en el sujeto, se han dado diversas respuestas por parte del derecho existiendo —a lo largo del tiempo y el espacio— dos actitudes básicas: abstención y acción.

La primera postulaba «Que la familia del demente se ocupe de él, o bien que quede librado a la suerte. A lo sumo el Estado podrá entrar a tomar cartas en el asunto a partir del momento en que el sujeto haya dañado a alguien o que sea muy inminente el peligro de que lo haga»¹².

La postura opuesta, a su vez, puede plasmarse en diversas actitudes: represiva, protectora y respetuosa. La primera de ellas se basa en la consideración del insano como una anomalía social, un estigma de la familia y en la creencia de que tratar a un loco es, en la mayor parte de los casos, una pérdida de tiempo. Por ello se los encierra en instituciones que son verdaderos depósitos de insanos, se los aísla de los demás hombres: el tratamiento que reciban en esas instituciones variará desde una actitud caritativa en la que se procura que vivan su vida «lo mejor posible» hasta una postura decididamente represiva que importa la colocación de camisas de fuerza, encierros en solitarios, etc.

La segunda posición, que podemos deno-

de modificación del Código Civil del año 1998 determinaba en su artículo 583 que: «La obligación de los padres de proveer de recursos a los hijos subsiste hasta que éstos alcancen la edad de veinticinco años en tanto la prosecución de sus estudios o preparación profesional les impida proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente».

¹² Rabinovich-Berkman. *Derecho Civil -Parte General*. 2000, 470.

minar protectoria o paternalista, importa el convencimiento de que los avances de la ciencia y la psiquiatría permiten obtener, en muchas ocasiones la curación del insano y en que, aún en el caso de los dementes incurables, pueden vivir una vida «feliz» siempre que estén rodeados de los cuidados necesarios para ello. Sin embargo, el derecho no los considera con igualdad de aptitudes que la generalidad de las personas y, por ello, los incapacita, privándolos del derecho a administrar y disponer de sus bienes y de su persona; tal el sistema de nuestro Código, que perduró hasta fines del año 2010. La situación de los enfermos mentales en nuestro país era clara: si se había decretado su interdicción adolecían de incapacidad absoluta de hecho (art. 54 CC) y se les designaba curador para que los representara en sus relaciones con terceros y cuidara de su persona. Por otra parte, se sancionaban con la nulidad los actos jurídicos que el insano celebrase después de la interdicción (nulidad relativa) y se preveía la posibilidad de anular los actos anteriores cuando la demencia era notoria en la época en la cual fueran ejecutados (en caso de solicitarse la nulidad en vida del demente) o cuando la demencia surgía del propio acto, se probaba la mala fe del contratante o el acto se hubiere consumado después de la sentencia de interdicción (caso de demandarse la nulidad después de muerto el insano).

Pero mientras no existiera sentencia judicial al respecto eran personas plenamente capaces, más allá de que, en algunos supuestos, pudiera decretarse la nulidad de los actos jurídicos por ellos celebrados con fundamento en su falta de discernimiento.

En el régimen del Código, pues, no existían grises; las personas estaban clasificadas solo en dos categorías, según fueran sanos o enfermos mentales, esto es, una persona mayor era capaz o incapaz absoluto de hecho. En el primer supuesto no contaba con protección especial alguna del derecho ya que no existía la posibilidad de restringir parcialmente la capacidad de una persona: «se omitía considerar la situación intermedia, la de los llamados fronterizos o semialienados, esto es, de aquellas personas que padecen, por causas cualquiera, una disminución de sus facultades o bien anomalías psicopáticas que han de contemplarse para organizar su protección legal...»¹³. Cabe recordar, por supuesto, que esta incapacidad absoluta preconizada por el Codificador no era en realidad tal pues, como los menores, los incapaces por demencia podían realizar algunos actos de la vida civil, como los que se denominan pequeños contratos, ser mandatarios, etc.

Como producto de la evolución de la ciencia y la doctrina, que demostraron que entre la capacidad total y la incapacidad total, existen infinitos grados, matices y circunstancias que el derecho debe contemplar para asegurar a los enfermos mentales la protección debida sin caer en una represión indebida, que las normas y los jueces deben «buscar el punto justo donde la persona y la sociedad queden amparadas, sin que aquella se vea privada de posibilidades de progreso y ésta de un miembro útil»¹⁴ al reformarse el Código por Ley 17.711 se introdujo el art. 152 bis. Este artículo prevé la inhabilitación de las personas que, sin padecer de enfermedad mental en las condiciones prescriptas para su interdicción, ado-

¹³ José A. Buteler Cáceres. *Manual de Derecho Civil -Parte General*, 147.

¹⁴ Cámara Nacional Civil, Sala C «Del V, J. L.», sentencia del 12 de agosto de 1985, publicada en LL-1985-E, 47.

lecan de una disminución en sus facultades que puede traducirse en perjuicios patrimoniales para el sujeto y, consecuentemente, para su familia. A través de esta institución se asegura al inhabilitado —que continúa siendo una persona capaz— la asistencia de un curador, que debe concurrir con su consentimiento para la realización de actos de disposición y aquellos de administración que fueran señalados en la sentencia de inhabilitación.

Y las cosas siguieron así por largo tiempo. Recién hacia fines del siglo pasado, la actitud frente a quienes sufren de padecimientos mentales ha experimentado un nuevo giro, se ha vuelto respetuosa de la singularidad de los enfermos mentales. Se presume la capacidad de hecho de todas las personas, incluso de aquellas que tienen algún padecimiento mental, se les garantiza, en tanto ello sea posible, el ejercicio personal de sus derechos, restringiendo al mínimo las limitaciones a la capacidad de obrar. Esta es la orientación seguida por la Ley 26.567.

Aclaro que desde varios años antes de la sanción de esta ley, la doctrina nacional señalaba la severidad del régimen instaurado por el Codificador y postulaba la limitación de la incapacidad, implantando un sistema de interdicciones parciales para garantizar las posibilidades de autoconstrucción con que cuentan casi todas las personas que padecen enfermedades mentales.

Se fundaba la postura reseñada en que el régimen vigente restringía lo que podía respetarse y, de esa forma, arrasaba con dichas posibilidades de autoconstrucción; se señalaba que la interdicción, en algunos casos, se parecía más a una sanción que a una medida de protección. Se postulaba —entre otros autores

por Rabinovich Berkman, quien cita a Cifuentes—¹⁵ la conveniencia de la implantación de un sistema que permitiera interdicciones parciales.

También el proyecto de Código Civil del año 1998 flexibilizaba la regla de la incapacidad de los dementes, autorizando al juez a determinar la extensión y límites de la incapacidad.

Podemos mencionar, asimismo, algunos fallos que se inclinaron por esta postura. Entre otros, una sentencia del 12 de agosto de 1985 donde la Cámara Nacional Civil, Sala C sentenció que:

«La ley defiende al incapaz por enfermedad mental de dos formas: por adición... y por sustracción (privándolo de los derechos a dirigir su persona y administrar sus bienes...) Este último modo de protegerlo (la sustracción) debe ser usado con mucha, muchísima prudencia, porque en el preciso instante en que la sustracción de derechos esenciales deja de ser necesaria para proteger a la sociedad o a un hombre, comienza a violarse su dignidad, a envilecerlo y consiguientemente a enfermarlo...quien puede lo más puede lo menos. Si el juez puede privar a una persona de dirigirse a sí misma y de administrar sus bienes en forma total, también puede hacerlo parcialmente. Entre la capacidad total, y la incapacidad total, existen infinitos grados, matices y circunstancias»¹⁶.

En similar sentido, la sentencia que el Juzgado en lo Civil y Comercial de Federación Entre Ríos emitió en la causa «S., J. A. s/inhabilitación», donde se expresara:

«...tampoco se justifica la declaración de su incapacidad pues numerosos actos sí los puede realizar, sin necesidad de que su volun-

¹⁵ *Derecho Civil – Parte General*. 2000, 474.

¹⁶ «Del V., J. L.», sentencia del 12 de agosto de 1985, publicada en LL-1985-E, 47.

tad sea complementada. Por ello considero que una aplicación exegética de las normas sobre capacidad civil, en este caso, importaría hacer operar al derecho como un verdadero obstáculo para el cambio social... No puede dejar de soslayarse que nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales a los que ha adherido nuestro país, disponen claramente principios aplicables en el *sub-case*, tal el de igualdad, no discriminación y progresividad social... atendiendo a la edad actual del interesado, y el nivel o grado de enfermedad, la aptitud que posee para entender, y comprender ciertas acciones tal como da cuenta el informe médico ... deben disponerse las medidas protectorias que sean constitucionalmente adecuadas a su situación, dando una nómina de actos para los cuales se lo declara incapaz, todo ello sujeto a ulteriores modificaciones si el desarrollo científico aporta nuevos elementos o el propio desarrollo de S. aconsejan modificar este status...»¹⁷

En el marco de estos desarrollos científicos, doctrinarios y jurisprudenciales, y adoptándose los principios jurídicos sentados en diversos instrumentos internacionales, en el mes de diciembre del año 2010 entró en vigencia la nueva Ley de Salud Mental que introdujo cambios radicales en nuestra legislación de fondo, redefiniendo el concepto de enfermedad mental, limitando al máximo las internaciones y modificando las consecuencias que los padecimientos mentales acarrearán en el ámbito de la capacidad de obrar¹⁸.

La nueva norma considera a la demencia

como un problema multifacético, con aspectos históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos y enfatiza la importancia del trabajo interdisciplinario para su diagnóstico y tratamiento. Con el declarado objetivo de asegurar el derecho a la protección de la salud mental y el pleno goce de los derechos humanos a las personas con padecimientos mentales, introdujo dos modificaciones importantes en el Código Civil, a través del artículo 152 ter que prescribe:

«Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible».

Capacidad de Hecho: Régimen Actual

Como consecuencia de la sanción de las dos normas mencionadas, los principios jurídicos básicos en materia de capacidad de hecho son:

- a) Se presume la capacidad de todas las personas, incluso de aquellas con padecimientos mentales.
- b) La mayoría de edad se alcanza a los 18 años.
- c) La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza la presunción de riesgo de daño o incapacidad.

¹⁷ Sentencia firme de fecha 18/05/07.

¹⁸ Resulta interesante destacar que el artículo 36 la Constitución de la Provincia de Salta puede considerarse inserto en la nueva tendencia: «De los discapacitados. Los Poderes Públicos brindan a los discapacitados físicos, sensoriales o psíquicos la asistencia apropiada, con especial énfasis en la terapia rehabilitadora y en la educación especializada. Se los ampara para el disfrute de los derechos que les corresponden como miembros plenos de la comunidad».

d) Se reafirma el criterio biológico jurídico para la interdicción o inhabilitación de las personas.

e) Toda restricción a la capacidad de una persona adulta requiere de una sentencia judicial, que sólo puede dictarse luego de un proceso judicial en el que además del dictamen médico exigido por el art. 142 CC, se de intervención a un equipo interdisciplinario.

f) Se mantiene la diferencia entre el régimen de interdicción y de inhabilitación. El primero determina una incapacidad de hecho, total o parcial, y el nombramiento de un representante. El segundo mantiene la capacidad de hecho del inhabilitado pero lo somete a un régimen de asistencia para la realización de determinados actos. En ambos supuestos, los actos celebrados en violación de la restricción a la capacidad, originan la nulidad relativa de los mismos.

g) Las sentencias de interdicción o inhabilitación debe precisar las funciones o actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

h) En el caso de enfermedad mental, se mantienen las obligaciones del curador en lo relativo a la protección de la persona y la vigilancia de que reciba el tratamiento más adecuado a su estado de salud.

i) El enfermo mental tiene el derecho de tomar decisiones relacionadas con su atención o tratamiento dentro de sus posibilidades.

j) Ha desaparecido la institución de la emancipación civil o dativa. Subsiste, en cambio, con un margen muy reducido, la emancipación por matrimonio.

k) Las personas emancipadas tienen capacidad civil con las limitaciones de los artículos 134 y 135 CC, esto es: 1) no pueden, ni con autorización judicial aprobar cuentas a sus tutores, donar bienes recibidos a título gratuito ni afianzar obligaciones; 2) no pueden disponer de los bienes recibidos a título

gratuito, antes o después de la emancipación, salvo autorización judicial o acuerdo de su cónyuge mayor de edad.

l) Todas las restricciones a la capacidad de hecho son limitadas en el tiempo. En el caso de los menores, van desapareciendo a medida que transcurren los años y cesan con la mayoría de edad. Las derivadas de enfermedades mentales o de las situaciones contempladas en el art. 152 bis tienen acotada su duración a tres años, en virtud de lo dispuesto por el art. 152 ter del Código Civil. Esta última limitación encuentra basamento en el derecho del paciente a que el padecimiento físico o mental de que adolece no sea considerado un estado inmodificable y en la necesidad de asegurar el pleno goce de los derechos humanos de las personas con enfermedades mentales (arts. 1 y 7 punto n de la Ley 26.657).

m) Subsistencia, desde el punto de vista de la capacidad de hecho, de cinco categorías de personas:

- personas capaces: todos aquellos que cumplieron los 18 años de edad siempre que no pese sobre ellos interdicción o inhabilitación,
- personas relativamente capaces: los enfermos mentales o sordomudos que no sepan darse a entender por escrito cuya capacidad haya sido restringida por sentencia, los menores de edad que hayan contraído matrimonio, como así también los condenados a pena de privativa de libertad por más de tres años,
- inhabilitados, esto es, las personas sobre las que, por encontrarse encuadradas en algunas de las situaciones previstas en el art. 152 bis del Código Civil, recayera sentencia judicial de inhabilitación, la cual determina los actos que deben realizar con el concurso de su curador.
- incapaces absolutos de hecho: las personas por nacer y aquellos enfermos cuya dolencia les impida la realización de cualquier

acto jurídico y respecto de los cuales se haya dictado sentencia de interdicción absoluta¹⁹, los cuales constituirán la excepción,

- incapaces relativos de hecho, esto es, personas que son básicamente incapaces pero pueden celebrar los actos jurídicos para los que están expresamente autorizados, sea por la ley o la costumbre. Entre ellos incluyo a los menores impúberes y a los adultos. Si bien de conformidad a lo establecido por el art. 54 inc b) CC, los primeros son absolutamente incapaces de hecho, en la realidad celebran numerosos actos jurídicos que se consideran válidos²⁰, se les permite expresar su opinión en temas a ellos vinculados (especialmente temas de familia), participar activamente en procesos judiciales que los afecten e incluso algunos autores postulan su posibilidad de designar abogado²¹; todo ello en base a lo dispuesto por artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y artículos 24 y 27 de la Ley 16.601.

Colofón

Las nuevas normas han instituido un régimen legal más justo, adecuado al rumbo que a

nivel mundial marcan los tiempos, pero no dejan de presentar algunas sombras, y dificultades interpretativas dado que los legisladores no cuidaron la necesaria armonía del sistema.

Así, por ejemplo, con respecto al adelantamiento de la mayoría de edad, puede decirse que ha importado, en algunos aspectos una desprotección para los jóvenes que, en muchos casos sin la preparación adecuada, quedan librados a sus propios errores y aciertos y se ven privados de ventajas que la legislación anterior les concedía²². Podemos también recordar que al sancionarse la Ley 26.579 se ha perdido la oportunidad de introducir en el Código una reforma largamente reclamada por la doctrina: la eliminación de las categorías de menores, instaurando definitivamente un régimen que «asocie e interrelacione armónicamente el concepto de capacidad con la noción de discernimiento»²³.

El principio de la limitación en el tiempo de los efectos de las declaraciones de incapacidad e inhabilitación ha generado diversos interrogantes como consecuencia de las lagunas que presenta la nueva ley, que no ha definido con claridad la situación de quienes fueran declarados interdictos o inhabilitados antes de la vi-

¹⁹ Cabe traer a colación la sentencia de la C. Nac. Civ., sala M. en autos «V., N. L. s/insania», que confirmó la sentencia de primera instancia -dictada días antes de entrar en vigor la ley 26.657- que fuera cuestionada por la Defensora de Menores e Incapaces, por considerar que no cumplía con la exigencia del art. 152 ter del Código Civil. El tribunal resaltó que «el art. 152 ter no derogó el art. 141 del mismo cuerpo legal, no surgiendo en autos limitaciones que justifiquen determinar, al menos por ahora, que la incapacidad de la causante, que reviste la forma clínica de síndrome delirante y retraso mental leve, pueda tener un alcance distinto al previsto por los arts. 54, 141 y 469 CCiv». La sentencia fue reseñada en «Actualidad en Derecho de Familia N° 4/2011» [www.lexisnexis.com.ar/Noticias/](http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=8632&tipo=2)MostrarNoticiaNew.asp? cod=8632&tipo=2

²⁰ No existe sobre el tema, sin embargo, una postura uniforme; véase: Gabriel Ventura, op. cit.

²¹ Silvina Basso «El Abogado del Niño y la Ley 26.061 de protección integral de derechos de Niños, Niñas y adolescentes. Un análisis preliminar».

²² Gustavo Bossert «Mayoría de edad a los 18 años»; Graciela Medina «La mayoría de edad y el régimen sucesorio» y Pablo Flores Medina «Derecho a la vivienda y cambio de régimen de la mayoría de edad»

²³ Facco, Javier H «Menores impúberes y adultos. La reciente reforma del Código Civil».

gencia de la misma; esto es, no se estableció cuál es su situación si la sentencia respectiva tiene, a esa fecha, una antigüedad de tres años ¿los interdictos e inhabilitados recobran automáticamente la plena capacidad de hecho? O, por el contrario, ¿siguen siendo incapaces absolutos de hecho o inhabilitados?²⁴

Un problema similar se planteará respecto de las personas declaradas parcial o totalmente incapaces después del 11 de diciembre de 2010, fecha de vigencia de la Ley 26.657.

Entiendo que la solución en ambos casos debe ser la misma ya que por aplicación del artículo 3 CC la nueva norma debe aplicarse a quienes fueron declarados interdictos antes de la Ley. Y me inclino por entender que el levantamiento de la interdicción no es automático, por el mero vencimiento de los tres años sino que requiere de una nueva sentencia judicial, precedida de un procedimiento similar al que se llevó a cabo para decretar la incapacidad total o parcial o la inhabilitación.

Ello porque es lo que mejor consulta el interés de los discapacitados y porque, como no puede presumirse la incoherencia del legislador, al no haberse derogado los artículos 150, 152 bis y 158 del Código (el último referido a los sordomudos), que prevén una nueva sentencia para levantar la interdicción o inhabilitación, ellos continúan vigentes.

El principio de razonabilidad y el interés del interdicto o inhabilitado –que es lo que las normas en análisis buscan resguardar– son también argumentos en favor de esta solución: si la caducidad fuera automática, los insanos

o personas de las características contempladas en el art. 152 quedarían desprotegidos, podrían otorgar actos perjudiciales a su persona o patrimonio. La debilidad jurídica estructural que sufren las personas a que nos estamos refiriendo genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz...y una norma que, por el sólo transcurso del tiempo dejara de protegerlos no puede considerarse razonable, ya que privaría a sujetos vulnerables de la actuación de los terceros (representantes, curadores o el Estado) necesarios para garantizarles el pleno ejercicio de sus derechos y su protección.

En conclusión, podemos afirmar que, no obstante la presunción establecida en el artículo tercero de la ley²⁵ y de haber transcurrido más de tres años desde el dictado de la sentencia restrictiva de la capacidad de hecho, resulta necesario un nuevo pronunciamiento judicial que rehabilite al insano o inhabilitado, precedido de la intervención del equipo multidisciplinario contemplado en el art. 13 de la Ley 26.657; a falta de tal decisión judicial se mantienen el status de interdicto y/o las restricciones a la capacidad de hecho²⁶.

Sin embargo, sería conveniente una reforma en este aspecto para evitar conflictos y discusiones, incluso judiciales, sobre la validez de actos celebrados después de vencido el lapso de tres años por personas que sufrieron o sufren de alguna alteración en sus facultades mentales o alguna deficiencia física importante y que, por ello, no pueden ejercer plena y libremente su capacidad.

²⁴ Puede consultarse respecto de este tema Mayo, Jorge A y Tobías, José W. «La nueva ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil»

²⁵ «Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas».

²⁶ Puede consultarse respecto de este tema un fallo en el que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 152 ter CC. «M.A.P. s/ Declaración de Incapacidad» – Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería con Competencia en Familia de la V Circunscripción Judicial de Chos Malal (Neuquén) – 23/05/2011 (Sentencia firme) publicado por eIDial.com el 02/06/2011 - AA6BC3

Otro vacío normativo es el referente a la aptitud de las personas declaradas interdictas para solicitar la rehabilitación o el mantenimiento de la interdicción o inhabilitación una vez vencidos los tres años. Postulo la conveniencia de autorizar expresamente a los interdictos y a todas las personas que sufren alguna restricción a su capacidad de hecho a solicitar al juez la iniciación del procedimiento tendiente a mantener esa situación o a que se declare su completo o parcial restablecimiento, con la consecuente modificación de su capacidad de hecho. El reconocimiento de este derecho resulta razonable, atento la presunción de capacidad contenida en el artículo 3 de la Ley 26.657 y lo dispuesto en su artículo 7:

«El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos:... i) Derecho a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado... k) Derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades; l) Derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación...»

Los problemas expuestos no son sino ejemplos de cuestiones que deberán ser solucionadas a la brevedad, para seguir avanzando en pos de la instauración de un sistema de capacidad que realmente responda a las necesidades de la sociedad argentina y en el que exista una perfecta armonía entre las normas constitucionales y legales.

Referencias bibliográficas

- Allegretto, María «La mayoría de edad en la República Argentina. Un voto en minoría que recoge el postulado de la supremacía constitucional y pone luz en medio del caos» *LLBA*. Diciembre, 2007.
- Basso, Silvina. «El Abogado del Niño y la Ley 26.061 de protección integral de derechos de Niños, Niñas y adolescentes. Un análisis preliminar» ponencia presentada en el *IV Congreso Internacional Derechos y Garantías en el Siglo XXI - Abogacía y Magistratura en los procesos de cambio social, organizado por Asociación de Abogados*. Buenos Aires, 19, 20 y 21 de abril de 2007.
- Belluscio, Augusto C. *Manual de Derecho de Familia*, Tomo II, Buenos Aires: Depalma, 1979.
- Bossert, Gustavo «Mayoría de edad a los 18 años» LL 1991-E, 1028; La Ley - Suplemento Especial, Mayoría de Edad. Diciembre de 2009.
- Buteler Cáceres, José A. *Manual de Derecho Civil-Parte General*. Córdoba: Advocatus. Tercera Edición, s.f.
- Córdoba, Marcos «Anticipación de la Mayoría de Edad. Modificación de la pauta objetiva para determinar la absoluta capacidad de las personas» LL, 2006-F: 901.
- Facco, Javier H «Menores impúberes y adultos. La reciente reforma del Código Civil» publicado en La Ley del 23/03/2010.
- Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil - Parte General*. Buenos Aires: Perrot, 1978. Tomo I.
- Mayo, Jorge A y Tobías, José W. «La nueva ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil» La Ley 14/02/2011-<http://millanfernando.blogspot.com/2011/07/regimen-de-interdccion-e.html>
- Mazzinghi, Jorge A. *Derecho de Familia*. Tomo II. Buenos Aires. Ábaco, 1996.
- Medina, Graciela «La mayoría de edad y el régimen sucesorio» La Ley - Suplemento Especial- Mayoría de Edad. Diciembre de 2009.

- Pablo Flores Medina «Derecho a la vivienda y cambio de régimen de la mayoría de edad», ambos artículos incluidos en La Ley - Suplemento Especial – Mayoría de Edad. Diciembre de 2009.
- Rabinovich-Berkman, Ricardo D. *Derecho Civil - Parte General*. Buenos Aires: Astrea, 2.000.
- Saux, Edgardo «Mayoría de edad a los 18 años» La Ley del 24/02/2010:1
- Solari, Néstor. «La nueva mayoría de edad» La Ley On Line.
- Solari, Néstor. «Los niños y los menores de edad después de la reforma constitucional» La Ley del 16/6/2006.
- Solari, Néstor E. «Análisis normativo de la Ley 26.618 de matrimonio civil» La Ley (10/08/10): 1.
- Ventura, Gabriel B. «Incidencias de la ley 26.579 de mayoría de edad en el régimen de los derechos reales» www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/incidencias-de-la-ley26.579-de-mayoria-deedad-en?searchterm=ley+26579.