

LA CAPACIDAD NEGOCIAL DE LAS PERSONAS FÍSICAS: SOBREPROTECCIÓN E INFRAPROTECCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

Por *Maximiliano Rafael Calderón*

Sumario: 1. El tema: 1.1. Los problemas del régimen sobre capacidad del Código Civil. 1.2. El fenómeno: sobreprotección e infraprotección legal. 2. Algunos casos de sobreprotección e infraprotección legal: 2.1. Casos de sobreprotección; 2.2. Casos de infraprotección. 3. Algunos criterios de refuncionalización del sistema. 4. Conclusiones.

1. EL TEMA

1.1. Los problemas del régimen sobre capacidad del Código Civil

La regulación de la capacidad para contratar en nuestro Código Civil plantea diversas problemáticas y zonas grises, susceptibles de ser cuestionadas en doctrina.

Uno de los déficits axiales del régimen reside en la manera inorgánica en que regula la capacidad, incurriendo en defectos metodológicos, reiteraciones y superposiciones parciales que dificultan la formulación de una visión integral y sistemática¹.

¹ En materia contractual, existe un triple nivel normativo: las normas generales sobre capacidad (Libro I, Sección I, Tít. 2), las normas sobre capacidad en los contratos (Libro Segundo, Sección Tercera, Tít. 1, Capítulo 2) y las

Encontramos otra censura en la regulación promiscua de la incapacidad de hecho y de derecho, que obliga a ejercicios hermenéuticos a fin de diferenciar en el caso concreto de qué especie se trata².

También puede señalarse la falta de una recepción clara y explícita de un principio general en materia de capacidad de hecho, que en nuestra opinión podría hallarse en la diferenciación entre actos de administración y de disposición³. Esto obliga a un análisis casuístico e impide racionalizar de manera precisa las categorías de capacidad.

Otro inconveniente que detectamos en el sistema legal de capacidad negocial se refiere al grado de protección adjudicada a ciertas categorías de personas mediante restricciones a la capacidad de hecho. Este es el tema que abordaremos en el presente trabajo.

1.2. El fenómeno: sobreprotección e infraprotección legal

Está dicho que la calificación de una persona como incapaz de hecho tiene como finalidad su protección respecto de “inescrupulosos que quisieran aprovechar de su insuficiente madurez”⁴, al hallarse fundada en “una insuficiencia psicológica del sujeto para el pleno ejercicio de sus derechos”⁵.

Esta tésis protectoria no puede satisfacerse en numerosos casos a partir de la normativa vigente, por dos razones:

a) La ley sobreprotege a ciertas personas. Con esta expresión nos referimos a casos en que les atribuye un grado de capacidad inferior al que correspondería, presumiendo en ellas una insuficiencia psicológica para obrar en el ámbito negocial que excede la que realmente presentan.

normas sobre capacidad e incapacidad en cada contrato (cfr. GONZÁLEZ, José - TINTI, Guillermo - CALDERÓN, Maximiliano - RIBA, Marina, *Teoría general de los contratos*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 160).

² Por caso en el art. 1160 Cód. Civ., que comprende incapacidades de hecho y de derecho.

³ Juzgamos central la diferencia entre actos de administración y disposición, desde la óptica de la significación patrimonial de unos (que sólo lo gestionan) y otros (que lo comprometen sustancialmente), como parámetro idóneo para determinar la aptitud del sujeto para el acto de que se trata.

⁴ Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 389.

⁵ Jorge Joaquín LLAMBÍAS, ob. cit., p. 388.

Cuando esto ocurre, la finalidad tuitiva se frustra, pues la privación de capacidad es innecesaria, y actúa en detrimento de la autodeterminación de los sujetos.

La sobreprotección se expresa en declaraciones de incapacidad, prohibiciones para disponer de determinados bienes, etcétera.

b) La ley infraprotege⁶ a otras personas. De este modo calificamos aquellos casos en que no se asumen legalmente insuficiencias reales y comprobables, dejando sin tutela a personas que la precisarían.

La infraprotección se expresa en la falta de consideración de determinadas limitaciones negociales de algunos sujetos, que son considerados capaces “sin más” para la ley civil, pese a su condición (avanzada edad, situación cultural, económica o social, etc.).

Esto lleva a colocar en pie de igualdad a sujetos que presentan algún grado de debilidad con relación a los restantes, privándoles de la protección legal necesaria para la adecuada tutela de sus derechos.

2. ALGUNOS CASOS DE SOBREPOTECCIÓN E INFRAPROTECCIÓN LEGAL

2.1. Casos de sobreprotección

a) *Menores*: al respecto, encontramos diversos aspectos críticos que pueden ser analizados.

Capacidad para pequeños contratos: sin perjuicio que los menores impúberes son incapaces absolutos, se admite unánimemente la posibilidad de que celebren “pequeños contratos” que resultan habituales en su desenvolvimiento social y carecen de entidad económica. Estos principios son aplicables también a los menores adultos.

La doctrina ha intentado explicar este fenómeno recurriendo a la teoría del mandato⁷. Sin embargo, nos parece un planteamiento artificioso, contrario a la realidad de los hechos⁸ y a las reglas del mandato⁹,

⁶ Utilizamos el neologismo para referir a casos en que, sin llegarse a una desprotección total, la protección brindada resulta insuficiente.

⁷ Se explica que los menores actúan en representación de sus representantes legales, por intermedio de un mandato tácito. Serían entonces mandatarios de sus padres o tutores.

⁸ Es claro que los menores actúan por sí mismos, sin ejercer representación alguna ni desarrollar actos por órdenes de terceros que se imputarán patrimonialmente a esos terceros.

que pretende legitimar legalmente lo que constituye precisamente una costumbre *contra legem*.

El aspecto no resulta problemático en la realidad práctica¹⁰, pero denuncia la existencia de un desajuste entre la ley y la realidad, que bien podría corregirse en futuras reformas.

Capacidad del menor adulto: el régimen legal considera como regla la incapacidad del menor adulto, previendo diversas excepciones por lo general condicionadas a la edad¹¹ o al cumplimiento de determinados requisitos¹².

Creemos que el menor adulto, dotado de discernimiento, mejoraría ostensiblemente su situación si tuviera un régimen de capacidad restringida, que permita progresivamente ir sustituyendo la representación legal forzosa por un sistema de asistencia, en el que el menor vaya adquiriendo el ejercicio de determinados derechos (v.gr., de administración) sujetos al contralor de quienes ejercen la patria potestad. Esta alternativa aparece como más compatible con una debida consideración del desarrollo intelectual y sociocultural del menor y, por ende, con un apropiado respeto de su personalidad individual.

Pensamos que el aprendizaje en el ejercicio de la capacidad debe ser gradual, y brindar a los menores la posibilidad de ir adquiriendo aptitudes y alguna experiencia para moverse en el mundo negocial. La restricción absoluta hasta una cierta edad no permite el desarrollo de estas capacidades, y nos coloca frente a una persona que, a una cierta edad, adquiere capacidad plena sin haber pasado por una etapa de aprendizaje¹³.

Mayoría de edad a los dieciocho años: el tema ha sido objeto de intensas polémicas en nuestro país.

⁹ Vemos en el caso una suerte de mandato superfluo o dado en interés exclusivo del mandatario (arg. arts. 1892 y 1893 Cód. Civ.).

¹⁰ La escasa significación económica de estos contratos lleva a que la cuestión no sea especialmente crítica.

¹¹ Capacidad para contraer matrimonio, para testar, para ejercer el comercio, para ser donantes de órganos, etcétera.

¹² Capacidad para ejercer profesión habiendo obtenido título habilitante.

¹³ Es que, como lo expresa MOISSET DE ESPANÉS en feliz parábola, no sucede que el día del cumpleaños visite a la persona un hada, que la toque con su varita mágica dotándola de discernimiento [...]. (Luis MOISSET DE ESPANÉS, "¿Conviene mantener la habilitación de edad?", disponible desde "<http://www.acader.unc.edu.ar/m9.htm>", consulta al 10/01/06), de donde hallamos plausible que vaya preparándose y adquiriendo aptitudes para el momento en que su capacidad sea plena.

De largo tiempo a esta parte, sectores sociales, políticos y jurídicos han venido postulando la necesidad de establecer la mayoría de edad en los 18 años, fundándose en la tendencia general del derecho comparado, la necesidad de una coherencia con el resto del ordenamiento normativo que atribuye importantes derechos (por caso, políticos) y responsabilidades (por caso, penales) a partir de los 18 años, y la necesidad de otorgar a las personas de esa edad un reconocimiento de derechos acorde con sus necesidades reales y con la realidad sociológica imperante.

Otros sectores rebatieron duramente esta posición, sosteniendo que el estatus jurídico de los menores de 18 años es suficientemente respetuoso de sus necesidades, que una modificación les acarrearía importantes perjuicios (vgr., pérdida de derechos alimentarios, de patronato, de pensiones y asistencia social, etc.), entre otros motivos sociológicos, psicológicos y económicos¹⁴.

Numerosas iniciativas legislativas existieron en la materia¹⁵, habiendo logrado media sanción un proyecto elaborado en tal sentido¹⁶ el 23 de noviembre de 2005 pasado por parte del Honorable Senado de la Nación, estando pendiente de tratamiento en la Cámara de Diputados.

Sobre el punto, creemos que el sistema legislativo vigente requiere modificaciones derivadas de la realidad sociológica imperante, tendientes a dotar de un mayor grado de capacidad a las personas de dieciocho años de edad.

¹⁴ Entre otros críticos de estas iniciativas, mencionamos a Guillermo A. BORDA, "La mayoría de edad a los 18 años", *LL*, 1992-D-1096 y a MOLINA, Alejandro C., "Mayoría de edad a los 18 años: una propuesta indeseable", *LL*, 1992-E-1072; LUIS MOISSET DE ESPANÉS, "¿Beneficia a los jóvenes que la mayoría de edad se fije en 18 años?", *ED*, 111-843.

¹⁵ Incluso, en 1992 un proyecto logró media sanción en la Cámara de Diputados.

¹⁶ El proyecto es de autoría de Rubén Giustiniani, Mario Losada, Gerardo Morales, Norberto Massoni, Cristina Perceval, Carlos Rossi y Diana Conti (Expediente 3293/05). Establece la mayoría de edad a los 18 años y la subsistencia de la obligación alimentaria de los padres hasta los 21 años (salvo que el hijo mayor de edad acredite que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo), pudiendo prolongarse hasta los 25 años (en el caso que la prosecución de los estudios o preparación profesional les impida a los mismos proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente). Se fundamenta la iniciativa en la necesidad de ajustar la legislación vigente a lo normado por la Convención de los Derechos del Niño.

A nivel personal, somos partidarios de la mayoría de edad a los dieciocho años, sin perjuicio de lo cual nuestra propuesta puede sintetizarse en la recomendación del Primer Congreso Nacional de Derecho del Menor, celebrado en Rosario en junio de 1991, consistente en “abrir un debate nacional para analizar las conveniencias efectivas y los posibles perjuicios que pudiese tener la medida, dando participación en el mismo a representantes de todas las disciplinas científicas y actividades que se desarrollan en el ámbito de nuestra sociedad, capaces de aportar opiniones y experiencias referidas a esta cuestión que tanta trascendencia puede tener en la vida de un vasto sector de nuestra juventud”¹⁷.

El impacto de la Convención sobre derechos del Niño: esta norma, que consta de rango constitucional en nuestro sistema jurídico¹⁸, ha motivado diversas lecturas que inciden sobre el sistema de capacidad legal.

No compartimos la posición de quienes pretenden que, desde el dictado de dicha norma, la mayoría de edad se obtiene en la Argentina a los 18 años de edad. Creemos que se trata de una interpretación distorsiva, que parte de la identificación de menor de edad y niño, que no se encuentra claramente establecida en la convención.

Pero lo que sí es indudable es que la convención establece el derecho del niño a ser oído, y dispone un tratamiento diferenciado de sus opiniones basándose en su edad y madurez, además de incorporar el principio de capacidad progresiva y acorde al desarrollo de los menores para ejercer de manera personal y directa sus derechos y garantías y cumplir sus responsabilidades, con el acompañamiento y guía de sus representantes legales.

Esto asesta un golpe al cerrado esquema de incapacidad absoluta e incapacidad relativa sin distinción de grados.

Además, se fija una tendencia que debería dirigir futuras reformas legales, consistente en la flexibilización del sistema de incapacidad y la determinación de pautas graduales.

b) Emancipados: el régimen establecido por la ley 17.711 ha mejorado notoriamente la situación de los emancipados, al morigerar las prohibiciones establecidas con anterioridad.

Sin embargo, subsisten diversas prohibiciones. Las absolutas, del art. 134 del Código Civil, contemplan actos que no pueden practicarse ni siquiera con autorización judicial. Las relativas del art. 135 del Cód-

¹⁷ GUSTAVO A. BOSSERT, “Mayoría de edad a los 18 años”, *LL*, 1991-E-1028.

¹⁸ Ello a tenor del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

go Civil consideran actos que requieren autorización judicial. Juzgamos que el sistema resulta erróneo.

Por comenzar, no se terminan de advertir las razones del sesgo paternalista de la legislación, que pese a conceder plena capacidad a los emancipados, a renglón seguido comienza a desconfiar de su buen criterio, introduciendo excepciones.

Por otro lado, las restricciones de disposición de bienes adquiridos a título gratuito son fácilmente vulnerables, mediante la enajenación onerosa de estos bienes y la ulterior donación de su producido¹⁹. Este procedimiento elusivo no está impedido por la ley.

Además, se teme que un menor emancipado disipe su patrimonio mediante transferencias gratuitas, mientras que no se presume que lo hará embarcándose en malos negocios o actuando con prodigalidad en la conducción de su patrimonio, si lo hace mediante figuras onerosas. Es del saber popular que las fortunas se pierden más por malos negocios y administraciones ruinosas, que por exceso de donaciones.

La prohibición de afianzar obligaciones (art. 134, inc. 3, Cód. Civ.) es particularmente llamativa. El emancipado puede realizar diversos actos de disposición, incluso degradando su patrimonio, pero no puede obligarse condicionalmente como fiador, comprometiendo su eventual responsabilidad. Por cierto que la norma atiende a que, al erigirse en fiador, el emancipado estaría comprometiendo todo su patrimonio y, con él, los bienes de que no puede disponer por el art. 135 del Código Civil, pero esta razón de coherencia interna desaparece, en los casos en que el acervo del menor no incluye bienes obtenidos a título gratuito, y se desdibuja en los demás casos, al permitir actos de mucho mayor impacto patrimonial para el emancipado que los que se restringen.

El carácter sancionatorio de la privación de administrar y disponer de bienes recibidos a título gratuito para el caso de matrimonio sin consentimiento (art. 131, Cód. Civ.) parece más una represalia paterna que una consecuencia lógica del régimen legal. Más coherente sería que, si se admite la validez del casamiento sin consentimiento paterno, éste produzca todos los efectos que le son propios, entre ellos el otorgamiento de la administración de los bienes recibidos a título gratuito.

¹⁹ En contra, Jorge Joaquín LLAMBÍAS, ob. cit., p. 458.

En cuanto a la prohibición especial para los emancipados en el art. 1440 del Código Civil²⁰, la doctrina discrepa acerca de su subsistencia. Creemos que se encuentra tácitamente derogada por la ley 17.711.

En definitiva, pensamos que el sistema de prohibiciones legales establecido en relación a los emancipados resulta equivocado, y debería derogarse, dando lugar a una equiparación absoluta con el mayor de edad.

c) *Religiosos profesos*: optamos por juzgar que esta incapacidad tiene por fundamento la protección del religioso en función de su voto de obediencia, pues cualquier lectura que la presente como de derecho provocaría automáticamente la invalidez de la norma, por ser contraria al régimen constitucional²¹.

Pues bien: el art. 1160 del Código Civil establece la incapacidad para contratar de estos religiosos, con la sola salvedad de la compra de muebles de contado y la contratación por sus conventos. A esto se le añade la facultad de afianzar a sus iglesias, otros clérigos y personas desválidas (art. 2011, Cód. Civ.).

En rigor, la compra de muebles de contado que no sean de gran valor se identifica con la capacidad para pequeños contratos, admitida respecto de incapaces absolutos. Si se tratase de muebles de gran valor, la validez del acto dependería de la existencia de plazos, lo que torna incoherente la prohibición.

La contratación por sus conventos no modifica el estatus de incapacidad de los religiosos profesos, desde que sólo los habilita a contratar por un tercero. La cuestión se dirime en la órbita de la teoría de la representación, y se aplica extensivamente la pauta del art. 1897 del Código Civil relativa al mandatario incapaz, aunque la previsión legal

²⁰ La norma prohíbe a los emancipados salvo autorización judicial ceder inscripciones de la deuda pública nacional o provincial, acciones de compañía de comercio o industria y créditos que pasen de quinientos pesos.

²¹ La tesis que apoya la restricción en el voto de pobreza, califica esta incapacidad como de derecho. Más allá de que ello supondría una indebida inmixción de la ley civil en materias propias de la Iglesia Católica y su relación con sus fieles, supondría una privación de titularidad de derechos equivalentes a una muerte civil, en clara incompatibilidad con los principios constitucionales en materia de libertad individual (arg. arts. 15 y 19), igualdad ante la ley (art. 16) y reconocimiento universal del derecho de propiedad (arts. 14 y 17). En igual sentido, Julio César RIVERA, *Instituciones de derecho civil*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 395)

genera algunos severos inconvenientes interpretativos²². Más allá de estas inconsistencias del régimen, lo verdaderamente grave es que el Código incapacite para toda una generalidad de negocios al religioso profeso, tomando exclusivamente en cuenta la relación jerárquica con sus superiores y sus deberes de obediencia. Este razonamiento llevaría a incapacitar también a los integrantes de fuerzas armadas y de seguridad²³, y no consulta el amplio espectro de relaciones negociales que puede celebrar un religioso, ajenas a la incidencia de sus superiores.

No nos parece satisfactorio afirmar que se trata de una norma anacrónica y en desuso, por cuanto permanece vigente y en caso de una controversia judicial, podría ser aplicada. Debe ser derogada.

Creemos que bastaría la inclusión de una norma general que permita anular los actos realizados por el miembro de alguna institución (religiosa o no), obrando bajo las órdenes de otro miembro de mayor jerarquía, compelido por la normativa interna de la institución que establezca algún principio de obediencia, siempre que dichas órdenes resulten abusivas o perjudiciales.

d) Sordomudos que no saben darse a entender por escrito: nuestro Código, a contramano de los principios generales sobre manifestación de la voluntad, declara incapaces a los sordomudos a condición de que no puedan expresarse por escrito (art. 153, Cód. Civ.).

Esto torna irrelevante que los sordomudos puedan expresarse mediante signos inequívocos o tácitamente (mediante comportamientos), formas de manifestación admitidas para todo sujeto de derecho en general (arts. 915, 917 y 1145, Cód. Civ.): si no lo pueden hacer por escrito, serán incapaces.

Es evidente que la razón por la que el legislador establece la incapacidad no es la posibilidad de comprensión de los sordomudos, sino las

²² La norma deja sin explicar si el religioso profeso cuenta con un mandato tácito o una representación legal del convento que integra, o requiere apoderamiento expreso; si la contratación por el convento debe practicarse en un vínculo genuinamente representativo o más próximo a la gestión de negocios; si la referencia al convento debe en rigor entenderse referida a la Congregación o Instituto de Vida Consagrada a que pertenece, por ser en rigor quien cuenta con personalidad jurídica.

²³ Los integrantes de estas instituciones se encuentran sujetos a regímenes de obediencia y férreas jerarquías (v. gr., ley 19.101 y modificatorias).

dificultades para comunicarse. Ello queda en claro con la lectura del art. 155 del Código Civil²⁴.

Esto carece de sentido, tratándose de sujetos que no tienen necesariamente dificultades de comprensión, que pueden expresarse por signos inequívocos, que pueden comunicarse mediante un lenguaje gestual y hasta pueden imponerse del contenido de un documento que van a firmar si un traductor de tal lenguaje se los comunica. Tampoco es razonable, como lo indica LEIVA FERNÁNDEZ, que sean las únicas personas declaradas incapaces por la simple razón de ser analfabetas²⁵.

Por supuesto que la minusvalía de estas personas justifica un tratamiento diferenciado y tuitivo en relación a las demás, pero de ninguna manera puede importarse lisa y llanamente su carácter de incapaces absolutos de hecho.

e) *Dementes*²⁶: remitimos a lo expresado en relación a los menores, en lo tocante a la capacidad para pequeños contratos.

A ello cabe añadir que el sistema de protección de la incapacidad en relación a los dementes se presenta, a nuestro juicio, demasiado rígido.

En efecto, el sistema del Código Civil maneja una propuesta dicotómica: o la persona es apta para dirigir su persona o administrar sus bienes, en cuyo caso es capaz, o carece de tal aptitud, en cuyo caso es un incapaz absoluto (arg. art. 141, Cód. Civ.). El único dato correcti-

²⁴ La norma no se detiene en las facultades cognoscitivas o comprensivas del sordomudo, sino exclusivamente en su aptitud para darse a entender por escrito.

²⁵ LUIS P. LEIVA FERNÁNDEZ, "Los sordomudos también hablan (Aunque el legislador no escuche)", *LL*, 1983-D-1044.

²⁶ No tratamos en detalle, por no ser objeto del presente estudio, la necesidad de reechar legislativamente los avances de la ciencia y la cultura con respecto a las enfermedades mentales, a tenor de las cuales "usar en esta época" la expresión "demente en sentido jurídico" es estigmatizar y marginar a quien padece una afección psíquica, sancionar la diferencia, en tanto hoy, en una transformación conceptual de los profesionales de la salud mental, ya no se concibe a quien padece un sufrimiento mental como un sujeto básicamente irrecuperable y peligroso para la sociedad que debe ser segregado, sino que se "ofrece a la sociedad la posibilidad de conocer y respetar al discapacitado en la vida ordinaria reduciéndose así sus limitaciones a una condición diferencial no marginadora". (Alfredo J. KRAUT, "La salud mental ante la ley", *JA*, 1995-I-978).

vo de este sistema se encuentra en el régimen de la inhabilitación (art. 152 bis, Cód. Civ.).

Creemos que el sistema, más allá de sus morigeraciones y atenuaciones prácticas, carece de la elasticidad necesaria a fin de proteger a las personas que padecen psicopatologías de una manera justa y adecuada, sin privarlas de derechos que perfectamente podrían ejercer. Esto es producto en gran medida de la antigüedad de las disposiciones legales en vigencia, desarrolladas en un marco científico muy diferente al actual en lo atinente a la salud mental²⁷.

Creemos que la pauta del art. 152 bis del Código Civil puede servir como guía en la materia: en lugar de encasillar de manera forzada a las personas que presentan algún déficit mental como capaces plenos o incapaces absolutos, más razonable parece determinar en cada caso, en base a un análisis interdisciplinario en el que los peritos psicológicos y psiquiátricos jueguen un rol preponderante, qué grado y nivel de restricciones corresponde establecer en la capacidad negocial del sujeto de que se trata.

f) Penados interdictos: el penado sujeto a prisión o reclusión por más de tres años (art. 12, Cód. Penal), quien mientras dure la pena se encuentra privado de la patria potestad, de la administración de sus bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos.

La finalidad que subyace en estas restricciones es, según la doctrina mayoritaria imperante entre nosotros, de carácter tuitivo. Ahora bien: el sistema aparece como defectuoso, desde que el exclusivo fundamento de la restricción de la capacidad del penado se encuentra en la imposibilidad fáctica derivada de la privación de la libertad para ejercer por sí determinados actos. Incluso ha llegado a plantearse la inconstitucionalidad del sistema²⁸.

En este marco, aparece como más lógico un sistema de asistencia, que no prescinde de la voluntad de un sujeto *per se* dotado de discernimiento y aptitudes mentales para decidir sobre sus derechos, sino que

²⁷ La dicotomía en materia de capacidad de personas con problemas mentales se presenta hoy irreductible, oscilando entre la capacidad plena y la incapacidad absoluta. Esto no se compadece con la evaluación en concreto de las diversas psicopatologías, que pueden marcar la necesidad de un régimen *ad hoc* adaptado a las concretas potencialidades de cada enfermo.

²⁸ Julio César RIVERA, ob. cit., p. 445.

le asigna un asistente o colaborador que cumple una función de contralor²⁹.

g) Mudos: El sordo, el mudo y el sordomudo no pueden testar por acto público (art. 3651, Cód. Civ.).

La norma es irrazonable en relación a los mudos, pues si bien los sordos y sordomudos no pueden escuchar la lectura del testamento hecha a viva voz por el escribano, los mudos carecen de este impedimento, pudiendo comunicarse por escrito con el escribano para requerir la confección del testamento y escuchando luego la lectura realizada por éste.

En consecuencia, esta incapacidad especial resulta injustificada por resultar discriminatoria³⁰.

2.2. Casos de infraprotección

a) Insuficiencias negociales de origen socio-económico-cultural: partiendo de un esquema racionalista sustentado en la igualdad formal de todas las personas capaces a los fines negociales, el Código Civil no previó ninguna diferencia fundada en parámetros sociales, económicos o culturales.

²⁹ Jorge Joaquín LLAMBIAS, ob. cit., ps. 562/563.

³⁰ En este sentido, propugnando su inconstitucionalidad, se pronuncia Federico RUSSO, "Testamentos por acto público. La mudez y la inconstitucionalidad del artículo 3651 del Código Civil", *LLBA*, 2008-227, ejemplificando del siguiente modo: "Supongamos que una persona sin impedimento vocal alguno hace llegar a un escribano un instrumento escrito en el que le solicita a este último que confeccione su testamento según las disposiciones que le transcribe y que concurrirá a su escribanía juntamente con los testigos, determinado día y a determinada hora. Llegada la fecha en cuestión este sujeto y los testigos se presentan ante el escribano quien comienza el acto y da lectura íntegra del mismo a viva voz y en presencia de todos los concurrentes. Al concluir la lectura todos suscriben el protocolo y se retiran sin que el testador hubiere pronunciado palabra alguna. De más está decir que nadie se atrevería a atacar de nulidad dicho testamento pues el otorgante no se encuentra incapacitado en forma alguna para otorgar este tipo de actos. Por el contrario si la misma situación es llevada adelante por un sujeto que reviste el carácter de 'mudo', por estricta y textual aplicación del artículo 3651 del Código Civil, nos veríamos obligados a tachar de nulo a dicho testamento por la prohibición que emana de dicha norma".

Estas diferencias pueden hallarse en una formación cultural ajena al mundo de los negocios, en zonas rurales, a partir de principios religiosos, morales o culturales distantes de los vigentes en el ámbito negocial, en la adscripción a una comunidad de pueblos originarios o indígenas relativamente cerrada y con escaso contacto con la realidad exterior, en una condición socioeconómica que condiciona las decisiones adoptadas o limita la posibilidad de comprensión real del acto practicado, etcétera.

La evolución del derecho y la búsqueda de una igualdad sustancial dieron lugar a la especialización de diversas áreas del derecho común que asumen las diferencias de hecho y protegen especialmente a determinadas categorías de personas consideradas débiles (v.gr., derecho del trabajo, derecho del consumo).

No obstante, pese al desarrollo doctrinario sobre la idea amplia de debilidad jurídica³¹, el derecho común no recepta normas generales que partan del déficit de capacidad que presentan determinadas personas por razones sociales, económicas y culturales. Estas situaciones reclamarían un suplemento protectorio legal, que permita trabar un verdadero equilibrio entre las partes.

El instituto de la lesión subjetiva (art. 954, Cód. Civ.) puede ser empleado con la finalidad de restañar estos equilibrios, pese a la insuficiencia de su letra para brindar una adecuada recepción de la debilidad jurídica por razones socio-económico-culturales³². Más específico resulta el art. 327 previsto por el Proyecto de Código Civil de 1998 (comisión

³¹ La doctrina indica que a los fines de la caracterización de la debilidad jurídica juegan diversos parámetros, de entre los cuales debe considerarse la asimetría económica y la asimetría cultural (cfr. María del Pilar HIRUELA DE FERNÁNDEZ - Federico Alejandro OSSOLA, "El contratante débil (determinación de la categoría jurídica)", en AA.VV., *Anuario de Derecho Civil*, t. V, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2001, p. 153). La protección del débil jurídico en el derecho privado fue objeto de una investigación desarrollada por el autor de estas líneas, Ilse Ellerman y Carlos Carelli, bajo la dirección de Manuel CORNET, José Fernando MÁRQUEZ y Guillermo P. TINTI.

³² La verificación de la inexperiencia del contratante posibilita su utilización dentro de determinadas condiciones objetivas para tutelar a quien presenta estas deficiencias.

³³ *Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

decreto 685/95)³³, que establece la posibilidad de alegar la existencia de lesión en caso que “la condición económica, social o cultural” haya conlucido “a la incomprensión del alcance de las obligaciones”.

Creemos que el punto podría resolverse atribuyendo plena capacidad a todas las personas, pero habilitando la prueba en cada caso particular de que la condición económica, social o cultural haya imposibilitado una cabal comprensión del acuerdo celebrado y sus efectos, a los fines de lograr la invalidación de un acto no sólo por la concurrencia de una excesiva desproporción de prestaciones, sino también respecto a errores sobre el sentido y alcance de lo convenido, inficionando de este modo la teoría general del error³⁴.

b) *Insuficiencias negociales de origen psicofísico*: puede aludirse a deficiencias psicofísicas cuyo encuadramiento no es claro en las categorías previstas por la legislación, lo que puede dar lugar a estados de infraprotección o desprotección.

De una parte, se plantea el caso de la discapacidad física. Más allá de la normativa especial en materia de discapacidad o capacidades diferentes³⁵, el derecho civil no establece un mecanismo tuitivo en materia negocial, pese a que las limitaciones anatómico-funcionales derivadas de la discapacidad pueden impedir de hecho el ejercicio de derechos civiles.

Parte de la doctrina³⁶ considera incluida dentro del art. 152 bis del Código Civil, inc. 2 (disminuidos en sus facultades) la discapacidad física, al igual que la situación de los ancianos, ciegos, sordos, mudos, etc., “si debido a su estado pueden dañarse o ser dañados en lo personal o patrimonial”³⁷.

Sin embargo, la norma no resulta inequívoca y puede dar lugar a

³⁴ Creemos que las desproporciones culturales pueden llevar a revisar la ficción de conocimiento de la ley y la regla error *iuris nocet*, receptadas por los arts. 20 y 923 del Código Civil.

³⁵ Entre muchas, las leyes 22.431 y modificatorias, 24.657, 25.252, 25.504, 25.634, 25.689, 25.785, etcétera.

³⁶ Entre otros, Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil argentino-Parte general*, t. I, N° 592, Perrot, Buenos Aires, 1970; MAZZINGHI, Jorge A. (h.), “Dementes, sordomudos, inhabilitados y enfermos internables”, *ED*, 59-759.

³⁷ Santos CIFUENTES, *Elementos de derecho civil*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 204.

interpretaciones contrarias³⁸, que se resuelvan en la desprotección de la persona afectada, lo que reclamaría una previsión específica.

Precisamente el caso de la avanzada edad plantea otra hipótesis de infraprotección o desprotección legal³⁹.

Es claro que la mera vejez no importa de por sí una disminución de las aptitudes negociales del sujeto en cuestión.

Cuando la edad incide sobre la salud mental del afectado, de modo tal que lo torna pasible de una declaración de incapacidad (por demencia) o inhabilitación (por disminución de facultades), no se plantean problemas.

Sin embargo, existen casos limítrofes y zonas grises en que la edad dificulta el ejercicio de los derechos civiles sin dar lugar a una declaración de incapacidad o inhabilitación. Podemos contar el caso de dificultades físicas, cuyo encuadramiento en el art. 152 bis del Código Civil, como expresamos, resulta polémico.

Creemos que la mera ancianidad no puede dar lugar a una declaración de incapacidad, pero sería conveniente establecer una norma general que permita mediante demostraciones en el caso concreto, la adopción de los mecanismos tuitivos que resulten pertinentes según las circunstancias (derecho a reclamar nulidad, curatela, atenuación de responsabilidad, etc.). El citado art. 327 del Proyecto de Código Civil de 1998 establece la posibilidad de alegar la existencia de lesión en caso de “avanzada edad”.

3. ALGUNOS CRITERIOS DE REFUNCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA

Sin perjuicio de las ideas desarrolladas en cada caso particular, entendemos que existen diversos criterios que podrían refuncionalizar el sistema, ajustando el grado de protección legal a la exacta medida de inidoneidad subjetiva para ejercer derechos en el área negocial.

a) Criterio de flexibilidad: El sistema legal debería aceptar la existencia de una graduación flexible de incapacidad, que evite los encuadramientos forzados dentro de categorías rígidas.

Esta necesidad de adaptación de las prohibiciones a la situación específica de los incapaces puede estructurarse desde un sistema legal de limi-

³⁸ Entre otros, Patricio RAFFO BENEGAS - Rafael SASSOT, “Supuestos contemplados en el artículo 152 bis del Código Civil”, *JA*, 1979-551; LUIS MOISSET DE ESPANÉS, “Personas que pueden solicitar la inhabilitación”, *JA*, 12-1971-206.

³⁹ En ese sentido, María Josefa MÉNDEZ COSTA, “Los ancianos en la legislación civil”, *LL*, 1983-A-312; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, 22 de junio de 1982, “F. de G. B., A. C.”, *LL*, 1983-A-313.

taciones específicas, y verse consolidado mediante la atribución a los magistrados de facultades de adaptación de régimen según particularidades del caso. El modelo a generalizar es el del art. 152 bis del Código Civil.

Esta flexibilidad se expresa también en la necesidad de interpretar las instituciones jurídicas de manera elástica y adaptándolas al caso concreto, comprendiendo como lo hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el régimen limitativo de derechos fundado en la capacidad “no puede interpretarse de forma meramente teórica, literal y rígida que se desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos, debiendo adoptarse en cambio, un criterio que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos”⁴⁰.

b) Criterio de no sobreprotección: La ley debe limitarse a restringir los actos que específicamente aparezcan como potencialmente perjudiciales para cada categoría de personas.

En este sentido, debería abstenerse de establecer prohibiciones de carácter general que abarquen indiscriminadamente actos potencialmente perjudiciales con otros inocuos⁴¹. Esta actitud paternalista no guarda debido respeto a la autodeterminación personal de los incapaces, en aquellos aspectos en que no resulta imprescindible un suplemento volitivo o intelectual adicional.

Para ello, creemos que debe tenerse particularmente en cuenta la distinción entre actos de administración y de disposición. Pensamos que se trata de una división axial en orden a la capacidad requerida, que debería regularse con mayor precisión y sistemáticamente.

c) Criterio de amplitud tuitiva: No debe acotarse la protección legal a hipótesis de insuficiencia psicológica por razones de edad o patológicas.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6 de noviembre de 1980, *in re*: “S. y D., C. G.”, *LL*, 1981-A-401. En el caso se discutía si una persona a quien le faltaban dos meses para cumplir 18 años podía ser dador de órganos, estando la vida de su hermano receptor expuesta a riesgo de muerte. La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil había rechazado la solicitud a tenor del art. 13 de la ley 21.541, por ser la edad de 18 años la mínima requerida para la ablación de órganos. La Corte revocó el decisorio, autorizando la dación de órganos.

⁴¹ Cabe apuntar con la jurisprudencia que “la protección exagerada a los incapaces no presenta una utilidad que compense los males que causa a la sociedad, y a los bienes mismos de los menores” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, 16 de febrero de 1984, “C., J. L., suc.”, *LL*, 1984-B-106).

La tutela debe establecerse en relación a la idea de debilidad negocial, con la mayor amplitud respecto a las causas de esas limitaciones.

d) Criterio de consideración interdisciplinaria: La determinación de las incapacidades o capacidades restringidas y las limitaciones específicas para cada caso debe realizarse en un marco de respeto de otras disciplinas (medicina, psicología, sociología, etc.), comprendiendo que los especialistas de cada área serán quienes podrán especificar con mayor precisión en el caso particular cuáles son las concretas limitaciones del afectado, precisando de este modo el grado de protección adecuado para su particularísima situación.

4. CONCLUSIONES

Las consideraciones precedentes no pretenden postular axiomas necesarios y absolutos sobre el tratamiento legal en materia de capacidad negocial. Tampoco apuntan a relevar de manera integral los aspectos discutibles que presenta nuestra legislación vigente sobre el tópico.

Sólo se pretende mostrar que no siempre se logra satisfacer la finalidad tuitiva del régimen de incapacidades de hecho, ya porque se sobreprotege a sujetos que padecen restricciones a su capacidad sin justificativo, ya porque se desprotege o se protege insuficientemente a otros que precisarían una consideración de su debilidad en la esfera negocial. El fin protectorio se desnaturaliza ya por exceso, ya por defecto.

Proponemos un sistema más flexible, que satisfaga esa télesis tutelar sin invadir la esfera de libertad individual de los particulares.

No se trata de establecer sistemas de capacidad en concreto, justamente calificados como utópicos⁴² e imposibles de desarrollar en la práctica, sino de dotar de una saludable elasticidad al modelo existente, a fin que articule el régimen de capacidad de acuerdo a las aptitudes y

⁴² En este sentido se expresa que “Lo ideal, pero totalmente utópico, sería poder determinar la “capacidad en concreto”, que tenía un sujeto al otorgar un acto, tomando en cuenta el grado de madurez alcanzado hasta ese momento, y los conocimientos efectivamente adquiridos [...] y el legislador prudente debe dejar de lado los sueños utópicos, y dar normas generales que contemplen con justicia el común de los casos, para solucionar, o evitar conflictos” (MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “¿Conviene mantener la habilitación de edad?”, disponible desde <http://www.acader.unc.edu.ar/m9.htm>).

necesidades reales de los individuos, instrumentalizando el sistema de derecho civil a la realización más plena posible de la persona humana.