

LA TUTELA JURIDICA DE LOS SUJETOS DEBILES: EL DESPERTAR DE LOS SUEÑOS DOGMATICOS DE LOS JURISTAS

Juan Espinoza Espinoza ^(*)

Cuando leemos cualquier manual tradicional de instituciones del Derecho Privado, nos encontramos frente a una miríada de conceptos que se refieren al actuar jurídicamente relevante de las personas. Términos como sujeto de derecho, persona, personalidad, capacidad, entre otros, son diversas referencias semánticas que aluden a una única realidad ontológica: el ser humano. Como lógica consecuencia de esto, en no pocas ocasiones se observan identidades en los contenidos, o diferencias con algún matiz que, en nuestra opinión, han servido sólo para recrear la fantasía de los dogmáticos o para obedecer determinadas orientaciones ideológicas.

Estos conceptos han pasado inalterados a través de las generaciones que no van valorizando críticamente el hecho que, siendo el derecho un producto cultural, sus instituciones deben adecuarse a las nuevas exigencias de la sociedad. Estamos hoy asaz lejanos de los criterios que movieron a la pandectística alemana a teorizar sobre la capacidad y en los últimos años, una atenta y siempre creciente doctrina ha advertido la necesidad de volver a ver esta parte del arsenal conceptual del derecho, tendiendo a eliminar instituciones o a actualizarlas de conformidad con los valores emergentes en la sociedad actual, vale decir, respetando la dignidad del hombre, incluso cuando éste se encuentre en una situación de hecho que le impida o lo limite en la interacción con sus consocios en paridad de condiciones.

1. IDENTIDAD ENTRE LOS CONCEPTOS DE SUBJETIVIDAD, PERSONALIDAD Y CAPACIDAD

Un sector autorizado de la doctrina italiana entiende que los conceptos de subjetividad y capacidad jurídica son idénticos ⁽¹⁾, a tal punto de considerar que

^(*) Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de Lima.

⁽¹⁾ Así, FALZEA, voce «Capacità (teoria gen.)», en *Enc del dir.*, Giuffrè, 1960, VI, 10 y 14; PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, 1972, 138; MESSINETTI, voce «Personalità (diritti della)», en *Enc. del dir.*, Giuffrè, 1983, XXXIII, 374; STANZIONE, *Studi di diritto civile*, ESI, 1986, 34; PIZZORUSSO, «Persone e Famiglia», en *Commentario SCIALOJA-*

tienen poco crédito las teorías que los distinguen ⁽²⁾. En efecto, cuando se habla de subjetividad (o de sujeto de derecho) se alude a un centro de referencia normativo, vale decir, a la titularidad de un complejo de derechos y de deberes. La *titularidad* —en tanto situación actual y efectiva— comprende en sí la *aptitud* ⁽³⁾ a ser titular. Titularidad y aptitud son dos momentos que no pueden ser concebidos separadamente. La una supone inevitablemente a la otra y de consecuencia, su distinción conceptual no es correspondiente con los datos que nos ofrece la experiencia jurídica.

La personalidad ha sido considerada como la aptitud para ser sujeto de derecho, entendiéndose a ésta como un concepto más amplio que el de la capacidad jurídica, dado que ésta última era concebida como medida de la primera ⁽⁴⁾. Otros consideran estos dos términos como sinónimos ⁽⁵⁾. Sobre otro plano, el concepto de personalidad es entendido como un valor ⁽⁶⁾. La noción de personalidad-aptitud

BRANCA, ZANNICHELLI, *Foro It.* 1988, sub arts. 1-4, 140; BIGLIAZZI GERI, BUSNELLI, BRECCIA y NATOLI, *Diritto Civile*, UTET, 1992, I.1, 102.

(2) DOGLIOTTI, «Le persone fisiche», en RESCIGNO, *Trattato*, UTET, 1982, T/2, 13.

(3) Dentro de los criterios de la denominada teoría formalista, caracterizada por la no correspondencia entre la realidad jurídica y aquella extrajurídica, se puede comprender la diferencia del sujeto (subjetividad) y actitud para tener dicha cualidad (capacidad jurídica). El hecho de considerar a los hombres como sujetos de derecho dependía del reconocimiento del ordenamiento jurídico, el cual, utilizando el recurso de la capacidad jurídica, efectuaba la determinación de la actitud para ser sujeto de derecho. Si nosotros vemos a la subjetividad y a la capacidad jurídica dentro de un esquema de identificación entre las dos realidades mencionadas, deviene inútil la existencia de este tipo de capacidad, en cuanto ya está presupuesta dentro del concepto de subjetividad (así, STANZIONE, *op. cit.*, 33).

(4) DUSI, *Istituzioni di Diritto Privato*, Giappichelli, 1985, I, 91.

(5) FERRARA, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Athenæum, 1921, I, 443; DE RUGGIERO y MAROI, *Istituzioni di Diritto Privato*, Principato, 1953, I, 168; DI SEMO, *Elementi Privato*, Giuffrè, 1966, 99; DE CUPIS, *Istituzioni di Diritto Privato*, Giuffrè, 1980, 29.

(6) Así, quien parte de la premisa que dada la historicidad de los valores, se debe relativizar la noción de los mismos (PERLINGIERI, *La personalità umana*, cit., 25). El A. afirma que la personalidad es un valor unitario (*op. cit.*, 45), objetivo; interés, bien jurídicamente relevante (*op. cit.*, 137), definiéndola como "titularidad institucional de ciertas situaciones jurídicas subjetivas" (*op. cit.*, 138). Hay quien entiende que la noción de valor no se puede referir a objetos, sino a la cualidad de los objetos, por consiguiente la persona no sería un valor, sino la personalidad, dado que ésta es el aspecto dinámico de la primera (STANZIONE, *op. cit.*, 338). Otros, en cambio, consideran a la *persona* como un valor (MESSINETI, *op. cit.*).

se justifica en un contexto donde existe identidad entre los conceptos de subjetividad y de persona, pero frente a los sujetos de derecho que no necesariamente son personas (concebido, organizaciones de personas no inscritas) ésta deviene insuficiente ⁽⁷⁾.

Por consiguiente, existiendo identidad conceptual entre subjetividad, personalidad y capacidad jurídica, creemos oportuno prescindir del uso de estos dos últimos términos, dado que responden a una concepción de la presencia del hombre en la experiencia jurídica bien diversa respecto de aquella de nuestros días ⁽⁸⁾. La categoría jurídica de *sujeto de derecho* no es una graciosa concesión que ofrece el ordenamiento positivo a los hombres (a través de previa *evaluación*, haciendo recurso a los conceptos de personalidad o de capacidad jurídica), ni una realidad aislada e independiente del derecho. Es el resultado de una armónica correspondencia entre la realidad ontológica y aquella formal. Es dentro de esta óptica que debemos visualizar a la subjetividad, sin olvidar la especial dignidad del hombre en cuanto "persona-valor" ⁽⁹⁾.

2. LA DELIMITACION DE LOS ALCANCES DEL BINOMIO CAPACIDAD JURIDICA-CAPACIDAD DE OBRAR. LA CAPACIDAD NATURAL

Otra distinción que ha sido obra de los juristas es aquella existente entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, entendida esta última como idoneidad o aptitud que tiene el sujeto para ejercitar autónomamente sus derechos y cumplir con sus deberes. De cuanto hemos dicho en el punto precedente, observamos que la contraposición entre estos dos tipos de capacidad no refleja coherentemente la actividad jurídicamente relevante de los sujetos de derecho. Se advierte que actualmente en la praxis se está produciendo una suerte de "achataamiento" de la

⁽⁷⁾ Viene dicho que también esta construcción teórica obedece a los criterios de la tesis formalista y de consecuencia, recaen sobre ésta las mismas críticas puestas en evidencia en la nota 3.

⁽⁸⁾ Así, ESPINOZA ESPINOZA. *Estudios de Derecho de las Personas*. CONCYTEC-CIDDE, Lima, 1990, 201. Nosotros proponíamos la supresión del término *capacidad jurídica* y utilizar aquel de *capacidad tout court* para referirse a la denominada capacidad de *ejercicio*.

⁽⁹⁾ DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1982, I, 259.

capacidad jurídica en beneficio de la capacidad de obrar ⁽¹⁰⁾. En efecto, estando comprendida la primera dentro del concepto de subjetividad, relevaría solamente la denominada capacidad de obrar ⁽¹¹⁾.

Hay quien sostiene que la denominada capacidad jurídica puede ser considerada también en función de la pertenencia a las formaciones sociales ⁽¹²⁾. En efecto, dado que éstas gozan de autonomía reglamentaria de sus propios ordenamientos, pueden crear, a nivel de sus integrantes, situaciones jurídicas diversas en relación a terceros. Otros, advierten que el error de los juristas ha sido el de ver la denominada capacidad jurídica de una manera abstracta y general, cuando en cambio ésta se debía observar en la práctica aplicativa en relación a los sujetos concretos e individuales ⁽¹³⁾.

Se afirma, con razón, que estos dos tipos de capacidad operan de manera diversa según se refieran a situaciones jurídicas existenciales o a aquellas patrimoniales. Esto viene a ser que en las primeras, la dicotomía es inexistente, dado que, siendo el fundamento de estas situaciones el pleno desarrollo de la persona humana, sería contradictorio admitir la titularidad de las mismas, sin la respectiva facultad para su efectivo ejercicio. En cambio, en el caso de las situaciones jurídicas patrimoniales, por su naturaleza, es posible separar el momento estático de aquel dinámico ⁽¹⁴⁾.

La capacidad natural, llamada también capacidad de entender y de querer es otro instrumento conceptual previsto por el código civil italiano para determinar la validez de los actos realizados por los sujetos de derecho. Se considera que la capacidad natural es una forma perteneciente al género *capacidad de obrar*, al cual "debe ser acertada caso por caso por el juez en relación al singular acto realizado

⁽¹⁰⁾ ALPA, *Status e capacità*, Laterza, 1993, 143.

⁽¹¹⁾ Hay quien prefiere distinguir entre titularidad y ejercicio de los derechos, en vez que entre capacidad jurídica y capacidad de obrar (ALPA, *op. cit.*, 145).

⁽¹²⁾ PIZZORRUSO, *op. cit.*, 180 ss.; ALPA, *op. cit.*

⁽¹³⁾ STANZIONE, *op. cit.*, 30.

⁽¹⁴⁾ PERLINGIERI, *op. cit.*, 139; STANZIONE, *op. cit.*, 82; LISELLA, *Interdizione "giudiziale" e tutela della persona*, ESI, Napoli, 1984, 81.

por el sujeto" ⁽¹⁵⁾. Por consiguiente, este tipo de capacidad opera excepcionalmente en alternativa al criterio de la mayoría de edad como condicionante para la obtención de la capacidad de obrar ⁽¹⁶⁾. Como complemento del principio de la indisociabilidad entre titularidad y ejercicio de los derechos y las libertades fundamentales, hay quien considera que, en caso de silencio de la ley, la capacidad natural es el único criterio idóneo para determinar la validez de los actos inherentes a tales libertades ⁽¹⁷⁾.

3. SUJETOS SOMETIDOS A PROTECCION JURIDICA: EL MENOR DE EDAD

Basta dar una ojeada a cualquier escrito tradicional sobre el derecho de familia para percibir que en la relación paternofamiliar campea la idea de total sujeción del menor a la potestad de los padres. Este *dogma* debe volver a ser visto a la luz de los "espacios de autodeterminación de los menores" ⁽¹⁸⁾. Se afirma que, en la valorización de las decisiones existenciales, no puede ser olvidada la madurez de juicio del sujeto (en términos legales: su capacidad natural), independientemente de su edad. El vínculo entre padres e hijos debe verse como una "relación edu-

⁽¹⁵⁾ BIGLIAZZI GERI, BUSNELLI, BRECCIA y NATOLI, *op. cit.*, 106.

⁽¹⁶⁾ Sin embargo, para la validez de algunos actos jurídicos, el c.c. italiano establece un mínimo de edad diversa. Así, dieciséis años para reconocer al hijo natural (art. 250, ult. par.), o para aceptar el propio reconocimiento como hijo natural (art. 250, 2º par.), o para consentir la inserción en la familia al hijo natural por uno de los mismos padres, en calidad de hijo legítimo (art. 252, 2º par.), para contraer matrimonio por graves motivos, previa autorización del tribunal (art. 84, 2º par.), prestar consentimiento, en la hipótesis precedente, para las convenciones matrimoniales, con la asistencia de los padres (art. 164). Basta ser mayor de catorce años para ser escuchado por el juez, en caso de contraste sobre cuestiones de particular importancia en el ejercicio de la potestad de los padres (art. 316, 5º par.).

⁽¹⁷⁾ BIGLIAZZI GERI, BUSNELLI, BRECCIA y NATOLI, *op. cit.*, 107. Dentro de este contexto, hay quien prefiere hablar de "concreta actitud de discernimiento" (LISELLA, *op. cit.*, 81), también D'INELLA, «Interdizione e inabilitazione: loro attuale significato e prospettive di riforma per una protezione dell' "incapace"», en *Giur. it.*, 1987, I, 1120. En sentido crítico se advierte que se incurre en un equívoco cuando se habla de capacidad de discernimiento, por cuanto se cambia por "jurídicamente legítimo lo que se reputa éticamente justo" (FALZEA, «Infermità di mente e problemi di capacità della persona», en *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di CENDON, ESI, Napoli, 1988, 23).

⁽¹⁸⁾ BUSNELLI, «Capacità ed incapacità di agire del minore», en *Dir. fam. e pers.*, 1982, 58.

cativa" ⁽¹⁹⁾.

Cuando se ha referencia al menor como categoría abstracta, se olvida que éste pasa por etapas progresivas de madurez, que pueden dividirse en tres fases: la del niño de tierna edad (de 0 a 7 años), la de los grands enfants (de 7 a 14 años) y la de los sujetos aviados al cumplimiento de la mayoría de edad (de 14 a 18 años ⁽²⁰⁾. A partir de esta clasificación se prospecta la idea de un acceso directo a la justicia para todos los menores que tienen más de catorce años ⁽²¹⁾.

Resulta más coherente observar que el problema de la capacidad del menor difiere según se trate que éste tenga, o no, capacidad natural. En el primer caso ocurre distinguir entre actos ilícitos, actos jurídicos lícitos con contenido personal y actos con contenido extrapatrimonial. La posición de los padres será relacionada con aquella de los hijos en un sentido solidario, de concierto o de concurrencia, respectivamente. Si el menor no es aún capaz de entender y de querer, los padres realizarán intervenciones de tipo potestativo (a través de la representación legal) y de tipo protectivo (desenvolviendo el cuidado del menor) ⁽²²⁾.

4. SIGUE. LOS DISMINUIDOS PSIQUICOS: HACIA UNA IGUALDAD EFECTIVA EN LA TUTELA DE SUS INTERESES. EL REQUISITO DE LA HABITUALIDAD

El art. 414 c.c. italiano somete a tutela especial a los mayores de edad y a los menores emancipados que se "encuentran en condiciones de enfermedad de mente habitual que los hace incapaces de proveer a sus propios intereses". Por cuanto respecta la enfermedad de mente, se pueden mover dos consideraciones preliminares: la primera reside en los criterios que se deberían utilizar para su determinación, teniendo en cuenta que el concepto de *normalidad* es diverso a través del tiempo y de las diversas sociedades y responde a modelos fijados en función de

⁽¹⁹⁾ BUSNELLI, *op. cit.*, 59.

⁽²⁰⁾ BUSSANI, CENDON, GHEDINI y VENCHIARUTTI, «I diritti della personalità dei minori: titolarità ed esercizio», en *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 778.

⁽²¹⁾ BUSSANI, CENDON, GHEDINI y VENCHIARUTTI, *op. cit.*, 780.

⁽²²⁾ BUSNELLI, *op. cit.*, 70.

la mayoría o de una elección política ⁽²³⁾.

La segunda consideración se mueve de la constatación que la presencia de la enfermedad de mente no coincide, necesariamente con la incapacidad de entender y de querer (o ausencia de discernimiento) ⁽²⁴⁾. Por consiguiente, podemos encontrar sujetos con algún disturbio psíquico (ej. neurosis); pero que pueden y saben cuidar perfectamente sus intereses ⁽²⁵⁾.

Tradicionalmente, en hecho de encontrarse en una situación de alteración mental ha sido estigmatizado jurídicamente con una desproporcionada limitación a la denominada capacidad jurídica del sujeto y de consecuencia, se concretizó en un ataque a su subjetividad. Se recuerda, con precisión que "lo absoluto de la subjetividad jurídica está en estrecha relación con lo absoluto de la igualdad jurídica y como las condiciones de salud no inciden sobre la igualdad, no inciden tampoco sobre la subjetividad" ⁽²⁶⁾. El enfermo de mente tiene, en igualdad de condiciones, igual dignidad respecto al sujeto *normal* y por el hecho de encontrarse en una situación de disminución psíquica, el Estado (a través del ordenamiento jurídico), tiene la obligación de eliminar las barreras no sólo formales (art. 3, pár. 2 Const.) para realizar su plena igualdad sustancial como persona ⁽²⁷⁾.

⁽²³⁾ PERLINGIERI. «*Il diritto civile nella legalità costituzionale*», en ESI, 1991, 358. En efecto, se advierte la necesidad de diferenciar la personalidad anormal de la enfermedad mental, dado que la primera se asocia a criterios estadísticos y la segunda se individualiza sólo por un accertamiento técnico riguroso de una alteración patológica de las facultades mentales (NAPOLI. «*L'intermittà di mente, l'interdizione, l'inabilitazione*», en *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 1991, 28 y 26).

⁽²⁴⁾ PERLINGIERI. *op. cit.*, VISINTINI, «*La nozione di incapacità serve ancora?*», en *Un altro diritto per il malato di mente* (cit. en n. 17), 94.

⁽²⁵⁾ A nivel jurisprudencial se entiende que la incapacidad de proveer a los propios intereses, a los efectos de la interdicción por enfermedad de mente, es vista también bajo el perfil de los intereses no patrimoniales (CAS., 26.10.71, n. 2155; 07.04.72, n. 1037; 05.07.76, n. 2553; 18.12.89, n. 5652 y 21.10.91, n. 11131, entre otras).

⁽²⁶⁾ FALZEA, «*Infermità di mente e problemi di capacità della persona*», en *Un altro diritto per il malato di mente* (cit. en n. 17), 18.

⁽²⁷⁾ Sobre la diferencia entre los principios de paridad de tratamiento y de igualdad, cfr. PERLINGIERI, *op. cit.*, 178.

Un notable ejemplo, a nivel legislativo, del reconocimiento de la capacidad de obrar del enfermo de mente lo encontramos en la L. 13.05.78, n. 180, accertamientos y tratamientos sanitarios voluntarios y obligatorios. En efecto, en esta ley se abroga el art. 430 c.c. italiano, que preveía el nombramiento de un tutor provisorio para la realización de los actos más urgentes, en caso de internamiento en un manicomio. Se tiende a impedir la restricción de las libertades personales todas las veces que ésta no se presente como terapéuticamente necesaria o cuando no hayan las condiciones ni las medidas sanitarias extra-hospitalarias (art. 2, par. 2). A nivel patrimonial, se prevé que el juez tutelar, en caso de necesidad, adopte los procedimientos urgentes que se requieran para conservar o para administrar las sustancias del enfermo (art. 3, par. 6) ⁽²⁸⁾. En el ámbito de estos procedimientos se puede autorizar el nombramiento de un *administrador provisorio*, pero sin reducir considerablemente la capacidad de obrar del disminuido psíquico ⁽²⁹⁾.

No obstante se trate de una ley con un espíritu diverso, animada por el respeto que merece la persona por su especial dignidad, independientemente de su estado de salud, ésta se encuentra en una situación de conflicto frente a un viejo código, de inspiración patrimonialista, lleno de categorías jurídicas que responden a una ideología por demás superada. Por consiguiente, se advierte el peligro que la filosofía del "ocaso del manicomio", de la cual está inspirada esta ley, "se reduzca casi a un simple pasaje de entrega entre dos diversas camisas de fuerza" ⁽³⁰⁾.

En el mismo orden de ideas se coloca la L. 05.02.92, n. 104, Ley-cuadra para la asistencia, la integración social y *los derechos de las personas con handicap*, que mira a promover la plena integración de personas disminuidas ⁽³¹⁾ en la

⁽²⁸⁾ Esta disposición ha sido tomada en el art. 35, par. 6 de la L. 23.12.78, n. 833, Instituciones del servicio sanitario nacional. La Pretura de Milano ha extendido los alcances de este dispositivo, ampliándolo al caso en el cual los enfermos de mente no estén sometidos a un tratamiento sanitario obligatorio (PRET. MILANO, 18.06.85, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, 6, 622, con nota de VENCHIARUTTI).

⁽²⁹⁾ BRUSCUGLIA, «Commentario alla L. 13.05.78, n. 180», en *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, 198.

⁽³⁰⁾ CENDON, «Profili dell'infermità di mente nel diritto privato», en *Un altro diritto per il malato di mente*, cit., 36.

⁽³¹⁾ El *handicappato* (disminuido) es definido como "aquel que presenta una aminoración física, psíquica o sensorial, estabilizada o progresiva, que es de dificultad de aprestamiento, de relación o de integración laboral y tal de determinar un proceso de desventaja social o de marginación" (art. 3, par.

familia, en la escuela, en el trabajo y en la sociedad. Merece relieve la atención dedicada a las diagnósis prenatal y precoz de las disminuciones (art. 6). Intervenciones educativas y de instrucción están previstas, desde el nacimiento, en los nidos y en los institutos de todo orden y grado, comprendida la universidad. Entre las iniciativas dirigidas a la inserción laboral y social, la ley en examen prevee a los fines del aviamiento al trabajo, la evaluación de la persona disminuida en función de la capacidad laboral y relacional del individuo y no sólo de la disminución física y psíquica (art. 19). Se prevé, entre otros aspectos, la eliminación o superación de las barreras arquitectónicas en los edificios públicos y privados abiertos al público ⁽³²⁾ y la realización de vías accesibles y la instalación de semáforos acústicos para los no videntes (art. 24). De ello emerge, una constante preocupación, también del legislador, por la tutela de los intereses de los sujetos débiles (categoría en la cual entran todos aquellos que presentan disminuciones físicas o psíquicas), no sólo como *sujetos de derecho*, sino como seres humanos con la necesidad de insertarse plenamente en la sociedad ⁽³³⁾.

Por cuanto respecta el requisito de la *habitualidad*, reclamado en el art. 414 c.c. italiano, a nivel jurisprudencial ha sido aclarado que ésta no debe ser entendida

1).

⁽³²⁾ Así, precedentemente a esta ley: PRET. ROMA. ord. 21.07.89. en *Foro it.*, 1991, I, 1614; TRIB. MILANO. 11.05.89. en *Giur. merito*, 1989, I, 1088 v en *Arch. loc.*, 1990, 325 y TRIB. MILANO, 19.09.91 en *Arch. loc.*, 1992, 138 y en *Giur. it.*, 1992, I, 2, 670. El Trib. Foggia, 29.06.91, ha establecido que: "es admisible la instalación del ascensor a cuenta de un condóminio disminuido, aún cuando los otros condóminios se opongan a tal obra, porque de la evaluación comparativa de los intereses contrapuestos —de efectuarse en el espíritu de la función social que la propiedad privada tiene en la Constitución— resulta que el ascensor consiente al condóminio disminuido la solución de un problema vital y de primario interés cuál es la adecuada inserción en la vida social". en *Nuova. guir. civ. comm.*, 1993, n. 3, 355. con nota de DITTA.

⁽³³⁾ Animada por un espíritu análogo, la Constitución portuguesa de 1976 consagra, en su art. 71, cuanto sigue:

"1. Los ciudadanos física o mentalmente deficientes gozan plenamente de derechos y están sometidos a los deberes consagrados en la Constitución, con reserva del ejercicio o del cumplimiento de aquellos para los cuales se encuentren incapaces.

2. El Estado se obliga a realizar una política nacional de prevención y de tratamiento, rehabilitación e integración de los deficientes, a desarrollar una pedagogía que sensibilice a la sociedad en relación a los deberes de respeto y de solidaridad con éstos y a asumir el compromiso de la efectiva realización de sus derechos, sin daño de los derechos y deberes de los padres o de los tutores.

3. El Estado apoya las asociaciones de deficientes (esta última parte ha sido incluida por la Ley Constitucional N. 1/89)".

como *continuidad* de la enfermedad mental ⁽³⁴⁾. En efecto, se precisa que la *habitualidad* se refiere a un concepto de duración en el tiempo "aunque si está fraccionada por períodos de normal equilibrio mental" ⁽³⁵⁾. Por consiguiente, es necesario determinar cual estado se presenta con más frecuencia en el individuo, vale decir, aquel de equilibrio o aquel de desequilibrio. Si nos encontramos en el segundo caso, devienen irrelevantes los denominados intervalos lúcidos ⁽³⁶⁾.

La jurisprudencia anterior había individualizado el carácter de *permenencia* de la enfermedad de mente, que ocasiona la declaración de interdicción o de inhabilitación (art. 414 c.c.), como criterio para distinguirla de la enfermedad de mente a la cual se hace referencia en el art. 428, vale decir, como fundamento de la acción de anulación de determinados negocios jurídicos, la cual es un *estado transitorio* ⁽³⁷⁾.

5. SIGUE. HACIA UNA OPTICA PERSONALISTA QUE TUTELE A LOS PRODIGOS DE FRENTE A UNA TRADICIONAL VISION PATRIMONIALISTA

En el instituto de la inhabilitación por causa de prodigalidad, se puede observar con mayor nitidez la marcada vocación patrimonialista de los modelos jurídicos que gobernaban los códigos civiles del siglo pasado. En efecto, en el momento histórico en el cual ha sido concebida esta institución, prevalecía la tendencia a la conservación del patrimonio y la consiguiente tutela de las pretensiones sucesorias de los familiares.

A tal punto es exaltada la tutela de la propiedad, que la *dignidad* y el *honor* de la familia, se consideraban amenazados, cuando existiese un peligro en la

⁽³⁴⁾ La Corte de Casación Civil ha considerado que la habitualidad: "no viene confundida con la continuidad, ya que la existencia de intervalos lúcidos, mas o menos largos, no es de obstáculo para la declaración de interdicción o de inhabilitación" (CAS. CIV., 20.11.85, en *Giur. it.*, 1987. I. 1123).

⁽³⁵⁾ CAS. CIV., cit., 1125.

⁽³⁶⁾ Así: LISELLA, *op. cit.*, 43; D'INELLA, *op. cit.*, 1116.

⁽³⁷⁾ CAS. CIV., 11.07.53, en *Giur. civ.*, II, 1953, 2477; TRIB. GENOVA, 13.01.73, en *Dir. fam. e pers.*, 1974, 422.

depauperación de su patrimonio, símbolo de prestigio de la misma ⁽³⁸⁾. Cambiados los medios tradicionales de transmisión de los bienes, siendo más relevante la circulación de los bienes muebles en vez de aquella de los bienes inmuebles y revaluados el trabajo como fuente de riqueza, cambia la ecuación propiedad=dignidad de la familia. Por consiguiente, el fundamento de la inhabilitación por prodigalidad se encuentra en un proceso de transformación de la tutela de los intereses patrimoniales de los familiares al equilibrio entre la protección social del individuo (en el respeto de sus libertades civiles) y de la familia (la cual tiene el derecho a ser satisfecha en su mantenimiento, asistencia moral y material) ⁽³⁹⁾.

El individuo la plena libertad de disposición de sus bienes, de consecuencia, las limitaciones a su capacidad de obrar se pueden justificar sólo cuando la conducta pródiga sea el resultado de una enfermedad mental ⁽⁴⁰⁾. Sin embargo, hay quien sostiene que la prodigalidad no sea —necesariamente— una enfermedad mental, a los efectos del art. 415, par. 1, sino sea una *anomalía psíquica* ⁽⁴¹⁾ (y por consiguiente, causa autónoma de inhabilitación).

Como veremos posteriormente, la experiencia jurídica comparada ha redimensionado la prodigalidad, cambiando su concepción, de causa para alterar el estatuto jurídico del sujeto (declarándolo inhabilitado o incapaz) a motivo para nombrar un representante que asista al pródigo en la realización de determinados actos de naturaleza patrimonial.

⁽³⁸⁾ NAPOLI, *op. cit.*, 85.

⁽³⁹⁾ NAPOLI, *op. cit.*, 97.

⁽⁴⁰⁾ BIANCA, *Diritto civile*, Giuffrè, 1990, 238; NAPOLI, *op. cit.*, 98. También en jurisprudencia se observa que: "para declarar la inhabilitación, el juez, accertado el comportamiento del sujeto de habitual tendencia a la disolución de las propias sustancias, debe constatar que tal conducta revele una alteración mental que particularmente atenga a la incapacidad de valorizar los problemas para una administración no gravemente perjudicial" (CAS. CIV., 13.03.80, n. 1680, en *Giur. it.*, 1980, 966).

⁽⁴¹⁾ TRABUCCHI, «L'alterazione mentale nella prodigalità dell' inabilitando», en *Giur. it.*, 1980, 968.

6. LA CRISIS DE LOS INSTRUMENTOS TRADICIONALES QUE REGULAN EL ACTUAR JURIDICAMENTE RELEVANTE DE LOS SUJETOS SOMETIDOS A PROTECCION ESPECIAL

El código italiano instituye como instrumentos de *protección* de los sujetos débiles a la interdicción y a la inhabilitación. La primera, como se ha visto, está dirigida a tutelar al mayor de edad y al menor emancipado, los cuales se encuentran en condiciones de habitual *enfermedad de mente* que los hace incapaces de proveer a sus propios intereses (art. 414). Se prevée la inhabilitación cuando la enfermedad de mente, en el caso de los sujetos ya mencionados, no revista un connotado estado de gravedad. Pueden ser inhabilitados también quienes, por prodigalidad o por abuso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, exponen a sí mismos, o a la propia familia, a graves perjuicios económicos. De la misma manera el sordomudo y el ciego desde el nacimiento o desde la primera infancia, si no han recibido una educación suficiente (art. 415).

Ya habíamos señalado el conflicto existente entre las normas que protegen a los disminuidos psíquicos (L. 180/78) y a los que sufren de *handicap* (L. 104/92), que están inspiradas en el principio de respeto de la persona y en el valor de la solidaridad, por un lado y las disposiciones del código civil, de contenido exquisitamente patrimonialista e inspiradas más en la tutela del grupo familiar, por el otro. En efecto, instituciones como la interdicción ⁽⁴²⁾ o la inhabilitación deben ser vueltos a ver a la luz de los principios que gravitan en torno a la tutela de las necesidades existenciales de los sujetos de derecho, eliminando así, criterios anacrónicos que obstaculizan su pleno desarrollo.

El Código civil, a través de diversas disposiciones, sanciona con *anulabilidad* las siguientes hipótesis:

1. Actos cumplidos por el interdicto después de la sentencia de interdicción (art. 427, par. 1) ⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ Este instrumento jurídico ha sido definido como "elefantiaco", por cuanto deviene pesado y poco ágil para resolver y tutelar los intereses de los sujetos que merecen protección jurídica especial (NAPOLI, *op. cit.*, 13).

⁽⁴³⁾ Aunque parezca lapalisiano, la jurisprudencia aclara que los actos concluidos por personas incapaces, siendo anulables, producen efectos jurídicos hasta que no sean anulados (CAS. 28.11.84, n. 6198; 22.12.84, n. 6666, entre otras).

2. Actos cumplidos por el interdicto después del nombramiento del tutor provisorio, cuando al nombramiento siga la sentencia de interdicción (art. 427, par. 2).

3. Actos excedentes de la ordinaria administración hechos por el inhabilitado, sin la observancia de las formalidades prescritas, después de la sentencia de inhabilitación o después del nombramiento del curador provisorio, cuando al nombramiento siga la inhabilitación (art. 427, par. 3).

4. Actos cumplidos por persona que, si bien no interdicta, se pruebe que haya estado por cualquier causa, aunque transitoria, incapaz de entender y de querer al momento en el cual los actos han sido cumplidos (art. 428, par. 1 ⁽⁴⁴⁾ 2).

Junto a este elenco de causas de anulabilidad, se prevén una secuela de denominadas *incapacidades especiales* ⁽⁴⁵⁾, que enumeramos a continuación:

1. Prohibición de contraer matrimonio del interdicto por enfermedad mental (art. 85, par. 1).

2. Separación judicial de los bienes en caso de interdicción o de inhabilitación de uno de los cónyuges (art. 193).

3. Incapacidad o decadencia del oficio de tutor (art. 350) y curador (art. 393) del interdicto o del inhabilitado.

⁽⁴⁴⁾ En esta disposición se prevee, para determinar la anulabilidad de los actos unilaterales, una situación de perjuicio del autor, en cambio, para la anulabilidad de los contratos, la mala fe del otro contrayente. En jurisprudencia se confirma que no es exigible la demostración de un grave perjuicio derivado la incapaz, para la anulación de los contratos, sino que esto es sólo uno de los *indicios reveladores* del requisito esencial de la mala fe del otro contrayente (CAS., 26.02.92, n. 2374; 12.07.91, n. 6205; 11.01.82, n. 112; 08.10.81, n. 5298; 16.04.81, n. 2308; 13.05.80, n. 3137; 05.12.78, n. 5723 y 11.02.78, n. 619. En sentido contrario, CAS., 28.09.83, n. 3693). Se opina que "cambiada la atención sobre la afidabilidad de la contraparte de frente a su mala fe no se necesita más tomar en examen la lesión del incapaz si no como indicio de la mala fe, de otra manera la misma norma positiva habría sancionado *tout court* el reclamo al perjuicio también en los contratos" (CARBONE, V., «Annullamento del contratto concluso dall'incapace naturale: basta la malfede?», en *Il Corr. Giur.*, 5/1992, 514). En el caso de anulación del contrato por propia incapacidad del vendedor, permanece el derecho al resarcimiento del daño de parte del otro contrayente cuando éste, de mala fe, haya alienado a un tercero el bien objeto del contrato y sin que sea necesaria una preventiva tentativa de recuperar el bien mismo del tercero (CAS., 16.03.90, n. 2212).

⁽⁴⁵⁾ Tomadas de NAPOLI, *op. cit.*, 262-264.

4. Incapacidad de disponer por donación (art. 774) y por testamento del interdicto por enfermedad de mente (art. 591).

5. Disolución del contrato de alquiler por la interdicción o la inhabilitación del arrendatario, salvo garantía (art. 1626).

6. Extinción del mandato por interdicción o inhabilitación del mandante o del mandatario (art. 1722).

7. Disolución (o recesión) del contrato de cuenta corriente por interdicción o inhabilitación de una de las partes (art. 1833).

8. Exclusión de la sociedad simple del socio interdicto o inhabilitado (art. 2286).

9. Imposibilidad de ser nombrado como administrador de una sociedad por acciones, o en caso de estar nominado, decadencia del propio oficio, de parte del interdicto o del inhabilitado (art. 2382).

10. Inelegibilidad o decadencia del cargo de síndico del interdicto o del inhabilitado (art. 2399).

11. Irresponsabilidad de las consecuencias del propio hecho dañoso del menor no emancipado (art. 2048) y del incapaz de entender y de querer (art. 2046). Responden sus representantes legales, salvo que éstos demuestren no haber podido impedir el hecho. Sin embargo, permanece la obligación de pagar con *equitativa indemnización*, a cargo del incapaz de entender y de querer, cuando el vigilante no esté en grado de resarcir el daño y en vista de las condiciones económicas de las partes (art. 2047) ⁽⁴⁶⁾.

No se necesita reflexionar mucho para advertir que el viejo código civil condena a los interdictos y a los inhabilitados (sin embargo estos últimos, en menor medida) a estar confinados a la marginación en el actuar social. En efecto, si bien es cierto que se parte con la intención de proteger a los *sujetos débiles*, el remedio deviene peor que la enfermedad, por cuanto éste resulta excesivo frente a las

⁽⁴⁶⁾ Se considera que sin son agentes dañosos el menor o un otro sujeto legalmente incapaz, pero capaz de entender y de querer en el momento de la realización del acto, esta situación se reputa como *ilícita*, existiendo responsabilidad solidaria del autor con el vigilante (BIGLIAZZI GERI, BUSNELLI, BRECCIA y NATOLI, *Diritto Civile*, 3, 1990, 746).

necesidades existenciales de estos. Lo que se debe hacer es tratar de hacer participar socialmente al sujeto del cual se limita el actuar jurídicamente relevante, en vez de *getizarlo* en un *paraje* de infinitas limitaciones funcionalizadas prevalecientemente a satisfacer los intereses de los familiares y de los terceros ⁽⁴⁷⁾.

También ha sido puesto en evidencia que la distinción entre actos de ordinaria y extraordinaria administración tiene carácter exclusivamente dogmático y que no se adapta a las concretas condiciones de la psiche del sujeto ⁽⁴⁸⁾ dado que, el ámbito de los actos de ordinaria administración, podría necesitarse la asistencia del curador del inhabilitado, que no puede salvaguardar por sí mismo sus propios intereses. En suma: se debe llamar la atención sobre la capacidad de discernimiento del sujeto y no sobre la distinción conceptual de la naturaleza de los actos que éste realiza.

7. HACIA UNA TUTELA RESPETUOSA DE LA DIGNIDAD DE LOS DISMINUIDOS

Producto de la confrontación entre la nueva y la vieja normativa ha emergido un esbozo de propuesta de ley ⁽⁴⁹⁾, cuyas características son:

⁽⁴⁷⁾ Esta observación ha sido puesta en evidencia unánime por la doctrina. Se advierte que la interdicción es excesivamente severa y que la inhabilitación es una institución de estampa punitiva, poniendo en evidencia el denominado "efecto enyesamiento" (discriminación social) que éstos producen, junto a la previsión del art. 425 c.c., que tiene una entonación pasiva (CENDON, «Infermi di mente e altri "disabili" in una proposta di riforma del codice civile», en *Pol. dir.*, 4, 1987, 623. También del mismo A., «Il settimo libro del codice civile. Il diritto dei soggetti deboli», en *Pol. dir.*, 1, 1990, 154), o que la interdicción constituye un "insostenible instrumento de aislamiento" (NAPOLI, *op. cit.*, 13).

En una crítica al actual régimen argentino, que bien puede aplicarse a casi la totalidad de los países que integran el bloque jurídico de base romana, se sostiene también que se debería establecer un sistema de incapacidad regulado por las circunstancias y la personalidad del incapaz "dejando sin efecto la fragmentación rígida actual de la demencia e inhabilitación", creando, con carácter de urgencia "puentes de comunicación entre la siquitría actual y el derecho" (CIFUENTES, «Tutela jurídica del enfermo mental», en *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, 182 y 179).

⁽⁴⁸⁾ MARELLA, «La protezione giuridica dell'infermo di mente», en *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 244.

⁽⁴⁹⁾ CENDON, «Infermi di mente e altri "disabili"», cit., 653 ss.

1. Admisión judicial del interdicto al matrimonio, donde se acierte que las condiciones de éste no son tales de impedir el desenvolvimiento de la vida conyugal. Es obligación del juez escuchar directamente al interdicto y al futuro cónyuge. Es facultativo hacerse asistir en el examen del interdicto por un asesor técnico y escuchar a los responsables y coordinadores de los servicios sanitarios y sociales directamente comprometidos en la curación y asistencia del enfermo (art. 2).

2. Se reconoce el derecho del interdicto por enfermedad de mente de impugnar el matrimonio, salvo el caso previsto en el art. 2 (art. 3).

3. Se suprimen las hipótesis de interdicción o de inhabilitación como causas de la separación judicial de bienes (art. 4), abandonándose así el criterio *punitivo* del art. 193 c.c.

4. Se reconoce el derecho del interdicto de promover la instancia delante del juez, para obtener la autorización a efectos de impugnar el reconocimiento de la filiación natural que le ha sido concedido (art. 5).

5. Equiparación del reconocimiento del hijo natural de la persona sana de mente con aquella hecha por el interdicto y la consiguiente abrogación del art. 266 c.c., que regula esta disparidad de tratamiento (art. 6).

6. Se reconoce el derecho del interdicto para promover la acción para obtener que se judicialmente declarada la paternidad o maternidad natural (art. 7).

7. Se reconoce el derecho del menor (art. 8), del interdicto y del inhabilitado (art. 27) de cumplir personalmente los actos necesarios para satisfacer las exigencias de la vida cotidiana.

8. Se instituye el procedimiento de la *administración de sostenimiento*, la cual es una especie de representación judicial que no ataca en sustancia el actuar jurídicamente relevante del disminuído⁽⁵⁰⁾ (art. 12).

(50) "La administración de sostenimiento reduce o atenúa la capacidad del beneficiario sólo en relación a algunos actos, aquellos establecidos específicamente por el juez: para todo lo demás el disminuído conserva intacta su capacidad y el régimen es, por consiguiente, compatible sea con la disciplina de la incapacidad natural, sea con las instituciones de la representación voluntaria. Es, en cambio, siempre incompatible con la interdicción y con la inhabilitación" (CENDON, «Infermi di mente e altri "disabili"», cit. 625).

9. Es tarea del juez, mediante decreto, establecer cuales son los actos relativos al patrimonio del beneficiario que el administrador de sostenimiento tiene el poder de cumplir en nombre de este último (previa autorización del juez tutelar, salvo disposición diversa) y cuales actos deben ser cumplidos por el beneficiario con la asistencia del administrador. Si no se cumple cuanto ha sido prescrito, tales actos pueden ser anulados (art. 18).

10. Anulabilidad de los actos cumplidos personalmente por el beneficiario sin la participación o asistencia del administrador (art. 9).

11. Poder de testar del interdicto, con la asistencia del tutor o de un curador nombrado *ad hoc*, previa autorización judicial (art. 32).

12. Poder de donar del interdicto y del inhabilitado, con la asistencia del tutor o del curador o de una curador nominado *ad hoc*, previa autorización judicial (art. 37).

13. Obligación del incapaz de entender y de querer de reparar el daño ocasionado (art. 4) con la responsabilidad solidaria del vigilante, salvo que éste pruebe de no haber podido impedir el hecho (art. 42).

Esta propuesta ha suscitado alguna perplejidad, como aquella de su generalidad en la referencia que se hace a los actos destinados a "satisfacer las exigencias de la vida cotidiana" (arts. 8, 19, 27 y 30) ⁽⁵¹⁾. Del mismo modo, ha llamado la atención crítica de la doctrina la "amplitud" de la elencación de los destinatarios del procedimiento de la administración de sostenimiento (art. 12), que no sólo comprende a aquellos que sufren "de un disturbio físico o mental incluso temporales" sino incluye también aquellos que se encuentren en "impedimentos debidos a la edad, o por otros motivos". La preocupación que se advierte es aquella del peligro de someter a una medida de protección también a individuos sólo "diversos" ⁽⁵²⁾. En nuestra opinión, es oportuno el recurso que se hace a las *cláusulas generales*, dado que las necesidades existenciales de los sujetos no se pueden tipificar en reglas fijas, mas bien, éstas deben ser flexibles a las circunstancias del caso concreto. Por cuanto respecta a los destinatarios de la

⁽⁵¹⁾ LISELLA, «Infermità fisica o mentale e codice civile. Note su una proposta di riforma», en *Rass. dir. civ.*, I. 1989, 55-56.

⁽⁵²⁾ LISELLA, *op. cit.*, 58. Esta observación, a su vez ha sido criticada como "engendradora de excesivo pesimismo" (MARELLA, *op. cit.*, 250).

propuesta, no se debe olvidar que para estar sometido a la protección especial de la *administración de sostenimiento*, se debe tener "necesidad de ser protegido en el cumplimiento de los actos de la vida civil". Por consiguiente, el problema no es discutir si los sujetos *diversos* deben, o no, estar sometidos a la *administración de sostenimiento*, sino determinar si éstos tienen la *necesidad* de estar protegidos.

8. LA EXPERIENCIA JURIDICA COMPARADA

A. LA REFORMA ESPAÑOLA

El Código civil español de 1889, reformado por la Ley 13/1983 en materia de tutela, en el art. 200 establece como causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias *persistentes* de carácter físico o psíquico que impidan a la persona de gobernarse por si misma. Los incapacitados están sometidos a tutela (art. 222, par. 2), pero en relación al grado de discernimiento, pueden ser sometidos a curatela (art. 287) ⁽⁵³⁾. Desde la reforma cde 1983, la prodigalidad no es mas considerada causa de incapacidad, sin embargo el pródigo, el cual no es definido por el legislador ⁽⁵⁴⁾, es sometido a curatela (art. 286, par. 3). Pueden pedir la declaración de prodigalidad sólo e cónyuge, los descendientes o los ascendientes que percibiesen alimentos del presunto pródigo o que estuviesen en condiciones de

⁽⁵³⁾ Uno de los principios que informa esta reforma es aquel de la irrelevancia de la situación de incapacidad en la esfera de la subjetividad jurídica, en cuanto ésta "no se explica en razón de madurez futura (de los incapaces) o de su posible vuelta a la normalidad. Son los fundamentales valores humanos, de que también los incapaces son portadores, los que hacen estos sujetos jurídicos con igual plenitud de las personas capaces" (GORDILLO, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Tecnos. Madrid, 1986, 21). En jurisprudencia se considera que el curador no suple la voluntad del asistido, sino la refuerza, controla y encausa, complementando su disminuída capacidad, por lo cual su función no es de representación, sino de asistencia y protección, que presta su apoyo e intervención para el cumplimiento de aquellos actos que debe realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los cuales no deben ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial (TRIB. SUP., 31.12.91. en *Cuad. Civitas jur. civ.*, enero/marzo 1992, N° 28, Madrid, 179).

⁽⁵⁴⁾ De esta tarea se ha hecho cargo la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Con sentencia del 20.09.30, se pone en evidencia el criterio de desproporción entre las sustancias del pródigo y los gastos "inútiles y supérfluos" que éste realiza; con sentencia del 18.05.62 y del 25.03.42, se considera a la prodigalidad como conducta desordenada de la persona que habitualmente gasta su patrimonio con ligereza, poniéndolo en injustificado peligro en detrimento de su familia; con sentencia del 02.01.90, se observa que la simple liberalidad (en el caso, un beneficio patrimonial a la segunda mujer) no constituye prodigalidad. En doctrina, considera la prodigalidad como enfermedad de mente, SANTOS BRIZ, *Derecho Civil. Teoría y Práctica*, I, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, 407.

reclamárselos (art. 294) ⁽⁵⁵⁾.

La persona afectada de deficiencias o anomalías psíquicas, puede contraer matrimonio, previo dictamen médico sobre su actitud para prestar el consentimiento (art. 56, par. 2). Los incapacitados pueden reconocer los hijos no matrimoniales, previa autorización judicial con audiencia del Ministerio Público (art. 121) ⁽⁵⁶⁾.

En el derecho de sucesiones, se establece como regla general que pueden testar todos aquellos a los cuales la ley no prohíbe expresamente (art. 662). Son incapaces para testar los menores de catorce años (art. 663, par. 1) y quien habitualmente o accidentalmente no se encuentra en su *cabal juicio* (capacidad natural). El incapacitado puede otorgar testamento, siempre que en la sentencia que ha declarado su incapacidad no se disponga lo contrario. En tal hipótesis el notario designa dos facultativos que reconozcan previamente al incapacitado y respondan de su capacidad, después de lo cual, éste autorizado a efectuarlo (art. 665, reformado por la L. 30/91) ⁽⁵⁷⁾. Haciendo una interpretación a *sensu contrario* del art. 663,

⁽⁵⁵⁾ Así TRIB. SUP., 17.06.88, en *Cuad. Civitas jur. civ.*, abril/agosto 1988, N.17, Madrid, 607. Se afirma que la prodigalidad "no es ya la antigua institución protectora de la legítima, si no que, más limitadamente, se orienta al servicio del derecho de alimentos en el círculo familiar más próximo" (GORDILLO, *Comentario a TRIB. SUP.*, 17.06.88, cit., 611). El A. critica la sede normativa de la reformada declaración de prodigalidad (L.I. T.X: De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados), en sustancia símil a la anterior y sugiere de llevarla a la regulación de las obligaciones alimentarias, funcionalizándola a través de una prohibición legal traducida en una limitación, declarada judicialmente, de las facultades de administración y disposición del pródigo (GORDILLO, *op. cit.*, 613).

Del cambio que ha sufrido la figura de la prodigalidad es emblemática la sentencia de la Sala I.a. de la Audiencia de Barcelona, del 14.10.87, que ha revocado una declaración de prodigalidad de la Pretura Instancia, n. 2, de Barcelona, con sent. del 31.01.82. En efecto, los actores, mayores, casados y con recursos propios, no se encontraban en situación de pretender alimentos: éstos solicitaban la protección de las acciones que garantizaban la efectividad de una sustitución fideicomisaria (CAS., 05.03.90, en *Cuad. Civitas jur. civ.*, abril/agosto 1990, N° 23, 507 ss).

⁽⁵⁶⁾ Cfr. LISELLA, *Fondamento e limite dell' incapacitación nell' ordinamento spagnolo*. Rass. dir. civ., 1985, II, 771 y ss.

⁽⁵⁷⁾ Según TRIB. SUP., 08.03.72, la circunstancia que hayan sido cumplidas las formalidades de este artículo, no impide que pueda declararse nulo el testamento, si se prueba que el testador no tenía plena capacidad mental. En TRIB. SUP., 26.09.88, se entiende que la certificación notarial sobre la capacidad del testador adquiere, dada la seriedad y el prestigio de la institución notarial, una esencial relevancia en materia de certeza, constituyendo una presunción *juris tantum* de capacidad que puede destruirse sólo a través de una evidente y completa prueba contraria (TRIB. SUP., 25.03.57, 16.04.59, 07.02.67, 21.06.86 y 10.04.87). Según el orientamiento prevaeciente, en efecto, la carga de la prueba

par. 1, se concluye que también el mayor de catorce años puede otorgar testamento.

Se considera, a los efectos de la aceptación de donaciones simples, que sea necesaria sólo la capacidad natural ⁽⁵⁸⁾. En efecto, el art. 322 no debe ser considerado como una norma que en modo expreso declare la incapacidad del menor a actuar válidamente con los instrumentos del derecho civil ⁽⁵⁹⁾. Se reconoce, como regla general, el art. 625 ⁽⁶⁰⁾ e interpretando a *sensu contrario* el art. 626 ⁽⁶¹⁾ se arriva a esta conclusión. Los menores son tutelados en el libre ejercicio de sus derechos de la personalidad o de otros género que, de cuaderno con las leyes y las propias condiciones de madurez, puedan realizar por si mismos, limitando así el ámbito de la representación legal proveniente de la potestad de los padres (art. 1162.1). Los padres deberán obtener la autorización judicial para renunciar a la herencia o al legado concedidos al hijo o a las donaciones que le sean ofrecidas. Si el juez negase la autorización se presume automáticamente aceptado el legado, herencia o donación. la aceptación de la herencia se presume hecha, en todo caso, como beneficio de inventario (art. 166, par. 2).

No pueden prestar un válido consentimiento los menores no emancipados (art. 1263, par. 1) ni los locos o dementes ni los sordomudos que no sepan escribir (art. 1263, par. 2) ⁽⁶²⁾. La jurisprudencia española ha acogido como principio

de la incapacidad mental del testador en el momento de otorgar el testamento, grava sobre quien sostiene la existencia de dicha incapacidad (TRIB. SUP., en Cuad. Civitas jur. civ., septiembre/diciembre 1990. N° 24. Madrid. 1048).

⁽⁵⁸⁾ Así, la Dirección General de Registros y del Notario, con resolución del 03.03.89, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, abril/agosto 1989, N° 29. Madrid, 407. En esta resolución se pone en evidencia el respeto que merece la personalidad jurídica del menor (*op. cit.*, 408).

⁽⁵⁹⁾ Art. 322: "El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en los casos especiales por este Código".

⁽⁶⁰⁾ Art. 625: "Podrán aceptar donaciones todos los que estén especialmente incapacitados por la ley para ello".

⁽⁶¹⁾ Art. 626: "Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes".

⁽⁶²⁾ No obstante que la declaración de incapacidad no tenga efectos retroactivos, "el estado mental originador de una disminución de la actitud volitiva e intelectiva para contratar en que se encuentre una persona antes de ser declarada incapaz puede, según la doctrina de esta Sala, dar lugar al juego de lo

general que la capacidad de las personas se presume siempre, mientras que la incapacidad debe ser acreditada de manera evidente y completa ⁽⁶³⁾.

En materia de responsabilidad civil, los padres son responsables por los daños ocasionados por los hijos que se encuentren bajo su vigilancia (art. 1903, par. 2) ⁽⁶⁴⁾. Los tutores son responsables por los daños causados por los menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y que habiten junto a ellos (art. 1903, par. 3). En jurisprudencia se entiende que, a los efectos del art. 1903, par. 2, no se puede ignorar el carácter flexible del concepto "bajo su vigilancia", que admite situaciones transitorias derivadas del derecho de visita o de la convención reguladora de separación judicial de los padres ⁽⁶⁵⁾. Se admite que la responsabilidad de los padres no puede imponerse en el período en el cual han confiado la vigilancia de sus

dispuesto en el artículo 1263. número 2o. del Código Civil" (TRIB. SUP., 01.01.86, *Cuad. Civitas jur. civ.*, enero/marzo 86, N° 10, Madrid, 3405).

⁽⁶³⁾ Sent. Tribunal Supremo, 18.03.88, en *Cuad. Civitas jur. civ.*, enero/marzo 1988, N° 16, Madrid, 209. Por cuanto respecta los actos del enfermo de mente no declarado incapacitado, se considera que ninguna norma impone la nulidad de pleno derecho de los mismos y que este régimen es funcionalmente inadecuado (DELGADO, *Comentario* a la Sent. Trib. Sup., 04.04.84, en *Cuad. Civitas jur. civ.*, abril/agosto 1984, N° 5, Madrid, 1578).

⁽⁶⁴⁾ En jurisprudencia es pacífico que: "la responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos realizados por los hijos que están bajo su potestad se justifica tradicional y doctrinalmente por la transgresión del deber de vigilancia que a aquéllos incumbe, que el legislador contempla estableciendo una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad y la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad" (TRIB. SUP., 22.09.84, en *Cuad. Civitas jur. civ.*, septiembre/diciembre 1984, N° 6, Madrid, 1979; 22.01.91, en *Cuad. Civitas jur. civ.*, enero/marzo 1991, N° 25, Madrid, 219). Esta decisión, que atribuye responsabilidad "casi objetiva" a los padres ha sido criticada en doctrina. En efecto, se parte de la diferencia entre "socializar el riesgo" y "hacer caridad a costas del bolsillo ajeno", afirmando que: "hemos suprimido las discriminaciones por razón de filiación. Los hijos han dejado de pagar por los "pecados" de sus padres. Va siendo ahora, pues, de que los padres dejen de pagar los "pecados" de sus hijos" (PANTALEON PRIETO, *Comentario* TRIB. SUP., 22.09.84, cit., 1990). En este sentido, se observa que: "hemos pasado del fatalismo medieval al extremo opuesto: la restitución a toda costa, no importa quien restituya" (GARCIA RIPOLL, *Comentario*, TRIB. SUP., 22.01.91, cit., 234-235).

⁽⁶⁵⁾ Sent. Trib. Sup., 27.09.90, en *Cuad. Civitas jur. civ.*, septiembre/diciembre 1990, Madrid, N° 24, 1023).

hijos al centro escolar del cual reciben la educación ⁽⁶⁶⁾.

B. LA REFORMA FRANCESA

En el sistema francés, la L. n. 68-5/68, ha modificado el Code Civil, introduciendo la figura de la *sauvegarde de justice*. Por consiguiente, dentro de la figura genérica de los *majeurs qui sont protégés par la loi* (art. 488) ⁽⁶⁷⁾, en el cual se conserva la distinción entre *majeur en tutelle* (art. 492 y ss.) y *majeurs en curatelle* (art. 508 y ss.) (como en el homólogo español), encontramos a los *majeurs sous la sauvegarde de justice* (art. 491 y ss.) ⁽⁶⁸⁾, con la necesidad de ser *protegidos* en sus actos de la vida civil ⁽⁶⁹⁾. La peculiaridad de esta figura se encuentra en el hecho que éstos conservan el ejercicio de sus derechos. De consecuencia, no se produce la anulabilidad de los actos realizados por los sujetos

⁽⁶⁶⁾ Así: "la obligación de guarda de los padres renace desde el momento en que el centro escolar acaba la suya, circunstancia que no ha de interpretarse de manera rígida, pues impondría con carácter general a los padres la obligación de recoger a los menores inmediatamente de acabada cada clase. Si es habitual en el centro que los alumnos se queden en el patio de recreo un corto espacio de tiempo después de terminada la jornada lectiva, antes de ser recogidos o trasladarse a sus domicilios, es obligado deducir que los padres cuentan con que hasta entonces están en el centro y vigilados por su personal. Distinto hubiera sido si el centro recurrido tuviese como norma el cierre inmediato de todas sus instalaciones acabada la jornada, entonces sí están obligados los padres a prever la guarda de sus hijos menores" (TRIB. SUP., 03.12.91, en *Cuad. Civitas jur. civ.*, enero/marzo 1992, N. 28, Madrid, 115).

⁽⁶⁷⁾ Según este artículo, es protegido por la ley, sea con ocasión de un acto particular, sea de una manera continua, el mayor de edad que, por alteraciones de sus facultades personales, se encuentre en imposibilidad de proveer a sus propios intereses. Es también protegido quien por prodigalidad, intemperancia u ociosidad expone a sí mismo al peligro de un estado de necesidad y compromete el cumplimiento de las propias obligaciones familiares. Para este último se prevee el nombramiento de un curador, según el art. 508-1.

⁽⁶⁸⁾ Esta sometido a este régimen quien sufre de alteración de sus facultades mentales por motivos de una enfermedad o una debilidad debida a la edad. Están también comprendidos quienes se encuentran afectados de una alteración de las propias facultades corporales, siempre que comprometa la posibilidad de manifestar su voluntad. Estas alteraciones deben ser establecidas a nivel médico (art. 490).

⁽⁶⁹⁾ Se diferencian este tipo de mayores con aquellos sometidos a curatela, en el hecho que estos últimos —no obstante que el status de ambos de la hipótesis previstas en el art. 490—, en cuanto éstos tienen necesidad de ser *controlados y aconsejados* en sus actos de la vida civil. Se comprende fácilmente, en base al grado de la disminución que los afecta, que éstos necesitan de un cuidado mas completo que aquellos sometidos a la *sauvegarde de justice*.

a los cuales ha sido acertado judicialmente el estado de enfermedad ⁽⁷⁰⁾, sino sólo la posibilidad de actuar en rescisión por las simples lesiones o en reducción en los casos de exceso. A tales efectos, el tribunal deberá tener en consideración la fortuna de las personas protegidas, la buena o mala fe de la contraparte y la utilidad de la operación (art. 491-2).

En materia de responsabilidad civil está obligado el resarcimiento incluso aquel que ha causado el daño en el momento en el cual se encontraba bajo el dominio de una alteración mental (art. 489-2). En concordancia con este dispositivo, también el incapaz es responsable por el daño ocasionado por las cosas (art. 1384-1) y de daños ocasionados por los animales, cuando el incapaz es el guardián (art. 1385) ⁽⁷¹⁾. La jurisprudencia considera que la responsabilidad del disminuído ex art. 489-2 no sea una *fattispecie* autónoma del art. 1382 (que regula el principio general de la responsabilidad civil) ni del art. 1383 (responsabilidad en los casos de negligencia o imprudencia) ⁽⁷²⁾. Sobre la posibilidad de extender este tipo de responsabilidad también a los menores de edad la doctrina se ha dividido ⁽⁷³⁾ y la

⁽⁷⁰⁾ Según el art. 489 se puede solicitar la declaración de nulidad cuando se pruebe la existencia de una alteración mental al momento de la realización del acto. Sin embargo, después de la muerte del sujeto, no se pueden invocar las razones de este artículo, salvo que el acto lleve en si mismo la prueba de una alteración mental o si el individuo haya sido sometido a la *sauegarde de justice*, tutela o curatela (art. 489-1).

⁽⁷¹⁾ Hay quien considera que esta solución puede aparecer "poco equilibrada" (PATTI, en «Ancora sul favor del diritto civile per gli incapaci (e su una innovazione, di segno opposto, dell' ordinamento francese)», *Riv. dir. civ.*, 1983, 646). Se sostiene también que el legislador francés haya optado por una vía peligrosa y se hace una invitación a la prudencia para el precio a pagar por la "puesta en libertad" en el tráfico jurídico del enfermo de mente (AUTORINO STANZIONE, «Sulla responsabilità dell' infermo di mente nell' esperienza francese», en *Riv. dir. civ.*, 2, 1991, 368-369).

⁽⁷²⁾ CAS. 2a., 04.05.77, en VENCHIARUTTI, «La responsabilità civile degli infermi dei mente in Francia», en *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 510. Por consiguiente, frente a una doctrina minoritaria que defiende la interpretación restrictiva del art. 489-2, la jurisprudencia se ha alienado aquel sector de la doctrina que es favorable a una interpretación extensiva del citado artículo (PETRELLI, en «La responsabilità civile dell' infermo di mente nell' ordinamento francese», en *Riv. dir. civ.*, 1991, 85).

⁽⁷³⁾ Cfr. ZENO-ZENCOVICH, «La colpa oggettiva del malato di mente: le esperienze nord-americane e francese», en *Resp. civ. e prev.*, 1986, 10.

jurisprudencia ha asumido una posición elástica ⁽⁷⁴⁾. Cuando el menor sufre de una enfermedad mental y ocasiona daños, no es aplicable el art. 489-2 ⁽⁷⁵⁾. La simple pérdida de conocimiento, originada por un disturbio de carácter físico, no es considerada equivalente a una alteración mental y en consecuencia, los alcances del art. 489-2 se limitan a los daños ocasionados por los enfermos de mente ⁽⁷⁶⁾.

La quinceañera puede contraer matrimonio (art. 144), o cuando subsistan graves motivos, la dispensa del impedimento de la edad podrá ser expedida por el procurador de la República (art. 145). El menor de edad puede reconocer al hijo natural; y la madre menor tiene el derecho de ejercitar la acción de investigación de la paternidad del hijo, hasta cuando este último no esté en grado de promoverla personalmente (art. 340-2, al. 2) ⁽⁷⁷⁾.

C. LA REFORMA AUSTRIACA

En Australia, la L. 136/83, sobre la representación para personas disminuídas, reforma el código civil de 1811, a su vez modificado por la ley n. 140/79 y sustituye en gran parte la ley sobre la interdicción e inhabilitación de 1916 ⁽⁷⁸⁾, al punto que estos dos institutos resultan suprimidos. En su lugar se avía como tutela la denominada *Sachwalterschaft*, que consiste en el nombramiento de un administrador (Sachwalter), cuyo ámbito operativo está limitado a un solo acto o a una pluralidad determinada de éstos. En efecto, según el § 273 modificado, tiene

⁽⁷⁴⁾ BUSSANI. *La colpa soggettiva*. CEDAM. 1991. 170. Aunque si, en línea de principio, se puede afirmar que, a partir de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación del 09.05.84, que ha tratado cinco decisiones en las cuales se encontraban implicados menores, el menor incapaz de entender y de querer es responsable civilmente, equiparando su posición con aquella del enfermo de mente. Curiosamente, el fundamento doctrinario de esta decisión se encuentra en los art. 1382 y 1384 y no en el art. 489-2 (VENCHIARUTTI, *op. cit.*, 519 y PETRELLI, *op. cit.*, 94).

⁽⁷⁵⁾ CAS., 1a., 20.07.76, en VENCHIARUTTI, *op. cit.*, 517 y en PETRELLI, *op. cit.*, 87.

⁽⁷⁶⁾ CORTE SUP., 2a. cámara, 04.02.81 en VENCHIARUTTI, *op. cit.*, 517 y en PETRELLI, *op. cit.*, 95.

⁽⁷⁷⁾ La información corresponde a la tutela de los menores ha sido tomada de VENCHIARUTTI, «Incapaci in diritto comparato», en *Digesto, disc. Priv., Sez. Civ.*, IX, UTET, 1993, 389.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. BAJONS, «La protezione dell'infermo di mente nel diritto austriaco», en *Un altro diritto per il malato di mente*, cit., 405 ss.

necesidad de este tipo de tutela la persona que sufre de una enfermedad física o que esté mentalmente disminuída y que no se encuentre en grado de cuidar personalmente y sin incurrir en desventaja los propios negocios o parte de éstos. En consecuencia, la persona disminuída no puede ni disponer, ni comprometerse en modo legalmente válido, en los negocios de competencia del *Sachwalter*, sin su consentimiento expreso o tácito (§ 273a, 1).

Otra innovación la encontramos en la equiparación del enfermo de mente con el menor de 7 a 14 años ⁽⁷⁹⁾, eliminándose así aquella que existía precedentemente entre el primero con el menor de tierna edad (0-7 años), y el consiguiente nombramiento del curador. Por cuanto respecta a la capacidad de testar, se prevee la posibilidad de otorgar testamento ante al notario (art. 568), la cual debe ser prevista expresamente en el decreto de nombramiento del administrador (art. 245, frase II). Poniendo en confrontación esta disposición con aquella análoga española, podemos concluir que en Austria, la capacidad de testar del enfermo de mente opera de manera excepcional, mientras que en España es concebida como una regla general. En materia de matrimonio se establece que no puede contraer nupcias quien es incapaz de obrar (§ 2 de la ley matrimonial, n. 244/1938, reformado). El enfermo de mente sometido a capacidad limitada, ex § 102, es equiparado al menor entre 14 y 17 años y por consiguiente, es admitido su matrimonio con el consentimiento del representante legal ⁽⁸⁰⁾. Tanto en el testamento como en el matrimonio, existe el límite impuesto por el art. 865, que invalida los actos realizados por persona incapaz de entender y de querer.

⁽⁷⁹⁾ § 102 (incapaces: capaces limitadamente) 1) Se consideran incapaces los niños menores de siete años y las personas mayores de siete años que no tienen el uso de la razón. 2) Se consideran limitadamente capaces los niños mayores de siete años y las personas a las cuales ha sido prepuesto un protutor (*Sachwalter*) según el § 273 AABGB (Extraído de *Il codice della famiglia della repubblica austriaca*, a cura de MASCHIO, Maggioli. 1986. 199). Por consiguiente, el legislador austriaco distingue, a nivel de disturbios psíquicos, las personas privadas del uso de la razón, que son consideradas incapaces (§ 102.1), de las personas mentalmente disminuídas que no pueden proveer sus propios intereses, con *capacidad limitada* (§ 273.1)

⁽⁸⁰⁾ § 3. (Consentimiento del representante legal de la persona responsable de la educación del menor) 1) quien es menor de edad, o quien está limitado en la capacidad de actuar por otros motivos, necesita, para contraer matrimonio, del consentimiento de su representante legal. 2) Además necesita del consentimiento de quien responde de su cuidado y educación. 3) Si los consensos necesarios según los parágrafos 1 y 2 son rechazados, el Tribunal, a petición del futuro contrayente que los necesita, debe sustituirlos, si no existen motivos válidos para el rechazo.

D. LA REFORMA ALEMANA

El Código civil alemán de 1900, ha sido sometido a sustanciales e importantes modificaciones en materia de capacidad. En efecto, con una ley de reforma, *Betreuungsgesetz (BtG)*, que ha entrado en vigor en 1992, se ha cambiado todo el sistema, al punto de suprimir las figuras de la interdicción ⁽⁸¹⁾ y de la curatela. El art. 104 modificado, reduce (de tres a dos) las hipótesis de incapacidad de obrar:

1. quien no ha cumplido el sétimo año ⁽⁸²⁾
2. quien no se encuentra en un estado morbosos de perturbación de la actividad del espíritu excluyente de la libre manifestación de la voluntad, en cuanto tal estado no sea de naturaleza pasajera.

En efecto, se elimina el tercer párrafo, que se refería al interdicto por enfermedad de mente ⁽⁸³⁾. El art. 105.1 dispone que la declaración de voluntad de una persona incapaz de obrar es nula. Se sanciona con los mismos efectos la declaración de voluntad expresada en condiciones de inconciencia o cuando se concretiza en un estado de disturbio temporal de la actividad de la mente (art. 105.2). Se ha modificado el Título dedicado a los mayores sometidos a tutela (*Vormundschaft über Volljährige*) (arts. 1896 - 1908) que regulaba la *Entmündigung* (interdicción), sustituyéndose éstas por una nueva figura de protección, la *Betreuung* (asistencia). Se ha abrogado el art. 1910, que regulaba el instituto de la *Gebrechlínchkeitspflegschaft*, con el cual se disponía el nombramiento de un curador para los disminuidos.

Se prevé el nombramiento de un asistente, en el caso en el cual un mayor afectado de una enfermedad mental o de invalidez física o psíquica no pueda tener cuidado, del todo o en parte, de sus negocios. Este nombramiento es hecho por el juez tutelar (*Vormundschaftsgericht*), sobre propuesta del mismo interesado o de oficio. Se advierte que en el caso que el mayor afectado de invalidez física que no

⁽⁸¹⁾ Se abrogan los arts. 6 (que se refería a la interdicción), 114 (de la capacidad limitada del interdicto) y 115 (revocación del decreto de interdicción).

⁽⁸²⁾ Se observa que el menor de edad mayor de siete años es parcialmente incapaz de obrar (VENCHIARUTTI, *Incapaci...*, cit., 387).

⁽⁸³⁾ *Codice Civile dell'Impero Germanico*, traducido por EUSEBIO, UTET, 1897, 15.

pueda tener cuidado de sus negocios, el asistente sólo puede ser nombrado previa propuesta del interesado, a menos que este último no pueda manifestar su propia voluntad (art. 1896.1). Se acoge el principio de la determinación de la esfera de competencia del asistente. Este intervendrá en actos bien precisos, en los cuales su participación sea necesaria. La asistencia no es necesaria cuando un delegado u otras personas, que no sean representantes legales, puedan hacerse cargo de los negocios del inválido del mismo modo que un asistente nombrado (art. 1896.2).

Se tutela el derecho a la *privacy* del asistido, en lo que concierne a sus telecomunicaciones y a su correspondencia, estableciéndose que el asistente puede intervenir sobre éstos sólo en el caso que el juez tutelar lo haya dispuesto expresamente (art. 1896.4). Se reconoce el derecho de veto del asistido, cuando se considera que, en el caso en el cual éste proponga de no nombrar a una determinada persona como asistente, tal declaración debe ser respetada (art. 1897.4). La aceptación del encargo del asistente es entendida como un deber, cuando el sujeto resulte idóneo, teniendo también en cuenta de las relaciones familiares, de trabajo y de otros tipo (art. 1898.1) que existen entre asistente y asistido.

Se contempla la posibilidad de nombrar más de un asistente, de parte del juez tutelar, para mejorar la administración (art. 1899.1), o para consentir la esterilización del asistido (nombramiento de un asistente *ad hoc*) (art. 1899.2). Es una obligación del asistente el actuar para el bienestar del asistido, comprendiéndose en esto, también la posibilidad que éste tenga de organizar su propia vida según los propios deseos e ideas, teniendo en cuenta su capacidad (art. 1901.1). Es también considerada una obligación la adhesión a los deseos del asistido, cuando se esté en grado de hacerlo y sin que dañe al bien del asistido (art. 1901.2).

El asistente, dentro del ámbito de su esfera de competencia, es considerado como un representante del asistido en vía legal y extralegal (art. 1902). En base a una interpretación a *sensu contrario* del art. 1903.2, el asistido puede contraer matrimonio y otorgar testamento, dado que una persona con limitada capacidad de actuar no necesita del consenso de su representante legal a estos efectos. No hay necesidad del consentimiento del asistente en el caso de una declaración de voluntad del asistido, cuando ésta aporte exclusivamente una ventaja jurídica, o se refiera a un acto de la vida cotidiana de poca importancia, salvo, en este último caso, que el juez tutelar no disponga diversamente (art. 1903.3).

En materia de alquiler, el asistente necesita el consentimiento del juez tutelar, para resolver un contrato de arrendamiento de un espacio habitativo concluido por el asistido (art. 1907). Según el art. 1908, quien asiste puede prometer o conceder una cuota del patrimonio del asistido sólo con la autorización del juez

tutelar. Estas disposiciones se pueden aplicar análogamente en el caso de los menores de diecisiete años (art. 1908a). Cuando resulte necesario, se pueden ampliar las funciones del asistente (art. 1908d.3)

Con respecto a la tutela de los menores de edad ⁽⁸⁴⁾, se excluye el requisito del consenso del representante legal para la validez de los actos mediante los cuales el menor obtiene ventajas jurídicas (art. 107). La misma regla vale para las declaraciones recibidas de la persona parcialmente capaz (art. 131). El art. 110 considera válidos, desde el inicio, los contratos concluidos por el menor utilizando los medios financieros puestos a su libre disposición por los padres (o por el tutor), o de otra persona autorizada por estos últimos. La mayor de dieciséis años podrá casarse, previa autorización judicial. Sólo cuando el futuro cónyuge sea mayor de edad (EcheG 1, par. 2, *Ehegesetz* 1946). El art. 828.1 dispone que el niño, de edad inferior a los siete años, no es responsable de los daños ocasionados por los terceros, mientras que entre los siete y dieciocho años, estará obligado a resarcir el daño sólo cuando sea en grado de entender y de querer.

9. EL CODIGO CIVIL PERUANO

De la lectura del Código civil peruano de 1984, en lo que respecta a la tutela de los sujetos débiles, parecería deducirse que la regla general sea la incapacidad de los sujetos de derecho y la excepción su capacidad. En efecto, no obstante que el art. 42 disponga que tienen plena capacidad de ejercicio en sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años, se contrapone como *límite* el contenido de los dos artículos siguientes.

Se consideran absolutamente incapaces (art. 43):

1. Los menores de dieciséis años, salvo para los actos especificados por la ley.
2. Quien por cualquier causa se encuentre privado de *discernimiento*.
3. Los sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

Son relativamente incapaces (art. 44):

⁽⁸⁴⁾ En esta parte los datos han sido tomados de VENCHIARUTTI, *op. cit.*, 387 y ss.

1. Los mayores de dieciséis y los menores de dieciocho años de edad.
2. Los retardados mentales.
3. Los sujetos que sufren de deterioro mental que les impida expresar su libre voluntad.
4. Los pródigos ⁽⁸⁵⁾
5. Quienes incurren en mala gestión ⁽⁸⁶⁾
6. Los ebrios habituales ⁽⁸⁷⁾
7. Los toxicómanos
8. Aquellos que sufren pena que lleve anexa la interdicción civil ⁽⁸⁸⁾.

Los incapaces mayores de edad (absolutos y relativos) sólo pueden ser declarados interdictos (dado que no se cuenta con la institución de la inhabilitación) y por consiguiente, están sometidos a curatela (art. 565.1). Según el art. 581, los alcances y los límites de la curatela son fijados por el juez, cuando declara la interdicción del incapaz, en función de su grado de incapacidad. Son obligaciones del curador proteger al incapaz, proveer en cuanto sea posible a su restablecimiento

⁽⁸⁵⁾ Según el art. 584: "Puede ser declarado pródigo el que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible".

⁽⁸⁶⁾ El art. 585 recita: "Puede ser declarado incapaz por mala gestión el que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos".

⁽⁸⁷⁾ Según el art. 586: "Será provisto de un curador quien por causa de su ebriedad habitual, o del uso de sustancias que puedan generar toxicomanía o de drogas alucinógenas, se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena".

⁽⁸⁸⁾ El código civil de 1984, en concordancia en el art. 32 del Código Penal de 1924, preveía como causal de incapacidad relativa ala interdicción civil. El actual Código Penal de 1991 suprime esta figura y la incorpora dentro de la inhabilitación (art. 36 C.P.).

y cuando sea necesario, a su internamiento en un establecimiento adecuado ⁽⁸⁹⁾ y representarlo y asistirlo, según su grado de incapacidad, en sus negocios (art. 576). Se prevee que el curador del incapaz que tiene hijos menores, sea —a la vez— tutor de éstos (art. 580) ⁽⁹⁰⁾.

En lo que respecta la validez de los actos realizados por los incapaces, debemos distinguir los actos efectuados antes y después de la interdicción. En el primer caso, la regla general es que los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de ésta existía notoriamente en la época en la cual se realizaron (art. 582). Como excepciones se encuentran los actos del pródigo y del mal gestor, los cuales no pueden ser impugnados (art. 593). Se observa, en estos casos, la excesiva protección que se ofrece al tercero con menoscabo del sujeto sometido a interdicción, contrariamente al modelo italiano ⁽⁹¹⁾. Para situaciones que se presenten después de la declaración de la interdicción, encontramos la regla general del art. 140.1, el cual especifica que para la validez de un acto jurídico ⁽⁹²⁾ se tiene necesidad de un *agente capaz*. El acto jurídico es nulo cuando haya sido realizado por persona absolutamente incapaz (art. 219.2) ⁽⁹³⁾ y es anulable cuando su autor sea un incapaz relativo.

⁽⁸⁹⁾ Según el art. 578: "Para internar al incapaz en un establecimiento especial, el curador necesita autorización judicial, que se concede previo dictamen de dos peritos médicos y, si no los hubiere, con audiencia del consejo de familia".

⁽⁹⁰⁾ Según el art. 606 se nombrará curador especial en el caso de conflicto de intereses entre el sujeto sometido a curatela y el curador, o entre el primero y los otros incapaces, cuando éstos se encuentren bajo un curador común (inc. 4). Se nombra un curador especial cuando los incapaces tengan bienes lejanos de su domicilio que no pueden ser convenientemente administrados por el curador ordinario (inc. 5), por la necesidad de conocimientos especiales o por la naturaleza de la administración (inc. 6) o por una cláusula específica (inc. 7).

⁽⁹¹⁾ En efecto, en el art. 776 c.c. italiano, se prevee la posibilidad de anular la donación hecha por el inhabilitado, aunque sea anterior a la sentencia de la inhabilitación o al nombramiento del curador provisional, después que ha sido promovido el juicio de inhabilitación. En el caso de los pródigos, el curador además puede pedir la anulación de la donación que ha sido hecha dentro de los seis meses anteriores al inicio del juicio de inhabilitación.

⁽⁹²⁾ El código civil peruano acoge la tesis tradicional francesa que considera al acto como sinónimo del negocio jurídico.

⁽⁹³⁾ Se prevee como excepción, el art. 1358: "Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria".

La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando sea indivisible el objeto del derecho de la obligación común (art. 226). Ninguno puede repetir cuanto ha pagado al incapaz con motivo de una obligación anulada, salvo en la parte que haya sido de su beneficio (art. 228). Cuando el incapaz haya obrado de mala fe ocultando su incapacidad para inducir a la conclusión del acto, ni éste, ni sus herederos o cesionarios, pueden oponer la nulidad (art. 229).

En el caso del pródigo, del mal gestor, del ebrio habitual y del toxicómano, según el art. 591, estos no pueden accionar las vías legales, ni practicar actos que no sean de *mera administración* de su patrimonio, sin el asentimiento especial del curador. El juez, al instituir la curatela, puede limitar también la capacidad del interdicto en cuanto a determinados actos de administración. Los actos patrimoniales hechos en contravención de cuando ha sido dispuesto son anulables (art. 594). El curador de los sujetos antes mencionados representa legalmente a sus hijos menores y administra sus bienes, a menos que estén bajo la potestad del otro padre o tengan tutor (art. 592).

En materia de matrimonio, éste no puede ser contraído por los *impúberes*, salvo *graves motivos*, autorizados por el juez, siempre que el hombre tenga dieciséis años y la mujer catorce (art. 241.1). También los menores pueden casarse con el asentimiento expreso de sus padres (art. 244. par. 1). En estos casos cesa la incapacidad de quien se casa (art. 46) ⁽⁹⁴⁾. Está también previsto el impedimento matrimonial para quienes sufren crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos (art. 241.1) y de los sordomudos, ciegosordos y ciegosordos que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable (241.5). En el caso que se contravengan estas disposiciones, dichos matrimonios son nulos (arts. 274.1 y 274.2 respectivamente). Es anulable el matrimonio del *impúber*, sin embargo, no se puede intentar la acción después que el menor haya obtenido la mayoría de edad, ni cuando la mujer haya concebido (art. 277.1).

En lo que se refiere a la separación de patrimonios, el código no acoge el modelo *punitivo*, reservando al cónyuge ofendido el derecho de pedirla, cuando el otro abuse de las facultades que le correspondan o actúe con dolo o culpa (art. 329). El reconocimiento de la filiación extramatrimonial está reservado a los abuelos o a las abuelas de la respectiva línea cuando el padre o la madre estén privados de discernimiento, o no puedan expresar su voluntad indubitadamente (sordomudos,

(94) El mismo efecto se produce cuando se obtiene título que autorice a ejercer una profesión u oficio.

ciegosordos y ciegomudos) o sean retardados mentales, o sufran de deterioro mental que les impida expresar la propia voluntad (art. 389). A *sensu contrario*, cualquier interdicto no comprendido en el artículo precedente y que tenga al menos dieciséis años puede reconocer al hijo extramatrimonial (art. 393). En el caso que se trate de la situación pasiva del reconocimiento, el hijo menor o incapaz tiene el derecho a negar el reconocimiento hecho a su favor dentro del año siguiente a la obtención de la mayoría de edad o al cese de su incapacidad (art. 401).

El menor capaz de *discernimiento* puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias, siempre que sean puras y simples, sin la intervención de sus padres. Tales menores pueden ejercitar derechos estrictamente personales (art. 455). Independientemente de los artículos vinculados a las necesidades ordinarias de la vida diaria (art. 1358), el menor que tenga más de dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar a derechos, siempre que sus padres, que tengan sobre él la potestad, autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen. En caso contrario, el menor está sujeto a la restitución de la suma que haya recibido en su beneficio. El menor que hubiese actuado con dolo responde de los daños que origine a los terceros (art. 456). El menor capaz de *discernimiento* puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio. En este caso puede practicar los actos de los cuales tenga necesidad en el ejercicio regular de tal actividad, administrar los bienes que le hayan sido dejados con esta finalidad o que adquiriera como producto de tal actividad, usufructuarlos o disponer de éstos. La autorización puede ser revocada por razones justificadas (art. 457).

El menor que tenga catorce años puede recurrir al juez contra los actos del tutor (art. 530), pedir su remoción (art. 557) y si es mayor de esta edad, puede asistir a las reuniones del consejo de familia con la posibilidad de ser escuchado, pero sin voto (art. 646).

En materia de sucesiones, son incapaces de otorgar testamento los menores (salvo que estén casados), aquellos que estén privados de *discernimiento*, aquellos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable (sordomudos, ciegosordos, ciegomudos), los retardados mentales, aquellos que sufren de deterioro mental que les impida expresar su libre voluntad, los ebrios habituales, los toxicómanos y aquellos que no tengan, en el momento de testar, por cualquier causa, aunque transitoria, la lucidez mental y la libertad necesarias para cumplir este acto (art. 687). En el caso que no se cumpla tanto cuanto ha sido prescrito, se prevee un tratamiento diverso. El testamento es atacado de nulidad cuando haya sido hecho por incapaces menores o por mayores enfermos de mente cuya interdicción ha sido declarada. En los otros casos mencionados en el artículo precedente (art. 687), el testamento es anulable (art. 808). Los ciegos pueden testar sólo por escritura

pública, cumpliendo determinadas formalidades (art. 693).

En materia de obligaciones, el pago hecho a los incapaces sin el asentimiento de sus representantes legales, no extingue la obligación. Si se prueba que el pago ha sido útil para el incapaz, se extingue la obligación en la parte que ha sido pagada (art. 1227). En el campo de los contratos, la oferta tiene efecto vinculante, aunque si el proponente deviene incapaz, obligándose los herederos o los representantes legales, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias determinen que este efecto de la oferta sea intransmisible (art. 1383). En cambio, la incapacidad sobrevenida del destinatario de la oferta determina la caducidad de ésta (art. 1387). En los contratos hechos con cláusulas generales aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización el servicio genera de pleno derecho la obligación del pago a cargo del cliente, aunque no se haya formalizado el contrato o éste sea incapaz (art. 1396). Se prevee que quien paga una deuda derivante del contrato de juego y apuesta no autorizado, no puede pedir su repetición, salvo que se advierta la presencia del dolo en la percepción de los beneficios o que el repitente sea incapaz (art. 1943, par. 2).

En materia de responsabilidad civil, el menor capaz de *discernimiento* responde de los daños ocasionados por sus actos ilícitos (art. 458). No es responsable civilmente la persona que se encuentra, sin culpa, en un estado de pérdida de la conciencia, por el daño que ocasiona. Lo es, en cambio, el tercero que sea responsable de este estado de pérdida de conciencia (art. 1974)⁽⁹⁵⁾. Cuando el incapaz de ejercicio con *discernimiento* ocasiona un daño, éste es responsable en vía solidaria con su representante legal (art. 1975). Cuando el incapaz sin *discernimiento* es autor de un hecho dañoso, responde sólo su representante legal (art. 1976), proveyéndose una indemnización equitativa cuando la víctima no haya podido obtener una reparación. Esta indemnización será autorizada por el juez en vista de la situación económica de las partes (art. 1977). Se considera responsable del hecho dañoso también quien incita o ayuda a ocasionarlo. El grado de responsabilidad será valorizado por el juez de acuerdo a las circunstancias del caso (art. 1978).

(95) Este artículo se inspira en el art. 2046 del homólogo italiano. Se observa como diferencia que el modelo peruano, al referirse al *estado de inconciencia*, sólo hace alusión a la incapacidad de entender y no a aquella de querer. Por consiguiente, si una persona en perfecta conciencia de sus actos, actúa —por ejemplo— bajo el influjo de psicofármacos, su conducta dañosa no sería comprendida dentro de los alcances del art. 1974 y de consecuencia, sería responsable (TRAZEGNIES, *La Responsabilidad Extracontractual*, I, PUCP, Lima, 1988, 390-391).

En el campo de la prescripción, ésta se suspende cuando los incapaces no se encuentran bajo la vigilancia de sus representantes legales (art. 1994.1). Opera también la suspensión de la prescripción entre los incapaces y sus curadores, durante el ejercicio de la curatela (art. 1994.5). La Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Ley N° 26497, del 11.05.95 prevé la inscripción en el Registro del Estado Civil de las resoluciones en las cuales se declare la incapacidad y aquellas que limiten la capacidad de las personas (art. 44, d). Se registran las sentencias que imponen la inhabilitación (art. 2030.3).

11. SIGUE: LA VALORIZACION DEL DISCERNIMIENTO EN EL CODIGO CIVIL PERUANO

EL modelo diseñado por el código civil peruano puede ser observado a la luz de la inutilidad del binomio capacidad jurídica capacidad de obrar en materia de situaciones jurídicas existenciales, siendo relevante el discernimiento de los sujetos de derecho. En efecto, de una interpretación a *sensu contrario* del art. 594, podemos afirmar que, al no estar reconocido el poder de pedir la anulación de los *actos no patrimoniales* del pródigo, del mal gestor, del ebrio habitual y del toxicómano, se deduce que éstos son libres de ejercitarlos sin la intervención de sus representantes legales. En esta dirección se encuentra la tutela del menor capaz de *discernimiento* que, según el art. 455, puede ejercitar derechos estrictamente personales y también en la situación del interdicto capaz de *discernimiento* y el de dieciséis años, los cuales pueden reconocer al hijo extramatrimonial (art. 393).

La presencia del discernimiento en materia de resarcimiento de los daños del incapaz es determinante. La declaración de incapacidad no es importante a los efectos de la valorización de la responsabilidad de su autor directo, sino para establecer si la víctima tiene frente a sí a otra persona contra la cual pueda actuar con la finalidad de una reparación ⁽⁹⁶⁾. El código civil peruano acoge el sistema de la responsabilidad subjetiva (principio de la culpa) ⁽⁹⁷⁾, que concurre con aquel de la responsabilidad objetiva ⁽⁹⁸⁾. Si el incapaz sin discernimiento daña a un

⁽⁹⁶⁾ Así, TRAZEGNIES, quien critica la elección del codificador peruano, en su peligroso acercamiento al área de la culpa "absolutamente subjetiva", vale decir, *in concreto* (op. cit., 404).

⁽⁹⁷⁾ Art. 1969: "Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor".

⁽⁹⁸⁾ Art. 1970: "Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo".

tercero realizando la *fattispecie* del art. 1969, no es responsable. Lo es en cambio, cuando se cumplen los extremos del art. 1970. Esta disparidad de tratamiento ha originado justas críticas, por cuanto no se ofrece una efectiva tutela a la víctima ⁽⁹⁹⁾.

El fundamento del resarcimiento *ex art.* 1975, reside en la responsabilidad por culpa *in vigilando* referible al representante legal del incapaz. La jurisprudencia anterior al código de 1984 ha tenido no pocos problemas en el delimitar los alcances de este tipo de culpa ⁽¹⁰⁰⁾, siendo orientada hacia la responsabilidad objetiva del representante legal del incapaz menor de edad. El actual código responsabiliza directamente al mismo menor dotado de discernimiento de sus actos ilícitos (art. 458). En doctrina se advierte la necesidad de una apreciación *in abstracto* de la culpa, de manera tal que también los sujetos sin discernimiento sean civilmente responsables, en cuanto no se adecuen al *standard del hombre razonable*. De este modo se superaría la concepción subjetiva de la culpa ⁽¹⁰¹⁾.

La primera cuestión que se presenta es determinar si es más justo un modelo que tutele efectivamente a la víctima del daño ocasionado por una persona,

⁽⁹⁹⁾ Así, TRAZEGNIES, que mueve de la necesidad de responsabilizar civilmente también a los incapaces sin discernimiento (*op. cit.*, 408-409).

⁽¹⁰⁰⁾ Así, en la sentencia de la Corte Suprema, 22.09.44, se declara infundada la demanda por resarcimiento de daños (que había sido admitida en las instancias inferiores) debido a la pérdida de un ojo de un menor, daño ocasionado por otro menor con el hueso de la carne que comía. La motivación exonera de la culpa *in vigilando* por que se considera que le heho era "obra de la fatalidad". Posteriormente, las orientaciones jurisprudenciales se dirigieron hacia la responsabilidad objetiva del representante legal. En 1948, en una situación similar a la precedente, la Corte Suprema sostenía que "hasta que el daño se haya producido por acto practicado por el menor (...), para que proceda la reparación de él por el padre de dicho menor en razón de minoría de edad de éste". También la misma Corte, con sent., 13.06.56, declaró la culpabilidad por la "condición de padre" del "responsable directo del accidente". Con sent., 05.09.60, la Corte Suprema declara infundada la demanda por resarcimiento de los daños, en cuanto éstos provienen del acto de la misma parte actora. En efecto, el hijo menor de ésta había prestado el carro a un amigo suyo, también menor y se pretendía el resarcimiento de parte del menor que había ocasionado daños al carro. En materia de *libertad sexual*, la responsabilidad del padre asume connotaciones interesantes. La Corte Suprema, con sent., 18.09.54, responsabiliza civilmente a la madre de un menor que había violado a una menor de catorce años de edad, que quedó en cinta, pagando la indemnización correspondiente. El principio que se puede inferir de estas sentencias es que por el solo hecho de ser padre se deviene responsable civilmente por los actos ilícitos de los hijos menores. Por consiguiente, el criterio subjetivo de la culpa deviene irrelevante. (Las sentencias han sido tomadas de TRAZEGNIES, 409-413).

⁽¹⁰¹⁾ TRAZEGNIES, *op. cit.*, 417.

aunque si ésta se encuentre en un *estado de pérdida de la conciencia*, en menoscabo de la tutela que merece la situación momentánea de la incapacidad de entender, que prevee el código peruano, la cual se traduce en la falta de culpa del agente dañoso (art. 1974). En mérito a contemperar estos dos intereses, creemos que se debe cambiar la atención hacia la víctima ⁽¹⁰²⁾. Debemos dejar de juzgar maniqueísticamente la etiología del acto dañoso y tratar de no hacer soportar los efectos del mismo a quien es menos responsable del acto ilícito. El primer paso que se debe dar es tratar de entender que la *responsabilidad civil* debería obedecer a criterios de *justicia distributiva*, en vez que a criterios de *justicia retributiva* ⁽¹⁰³⁾. Es en base al valor de la solidaridad que se debe fundar el resarcimiento de la víctima dañada por el sujeto incapaz de entender y no en consideración al criterio proporcional del binomio discernimiento ⁽¹⁰⁴⁾ - responsabilidad ⁽¹⁰⁵⁾. La presencia del discernimiento debería ser contemplada a los efectos de determinar la *conurrencia* de la responsabilidad con otros sujetos, pero no como causa de exoneración de la misma.

También en el caso de los sujetos declarados incapaces, la presencia del *discernimiento* debe ser interpretada en este sentido. Vale decir, si se verifica un daño ocasionado por un individuo incapaz de *discernimiento*, es responsable directo su representante o vigilante. De *lege ferenda* debería responder directamente el incapaz cuando éste no tuviese representante o vigilante, o cuando se demuestre la

(102) Esta idea, para nada nueva, ha sido ya evidencia en estos términos: "el cambio de atención del autor del daño a la víctima, a ver bien, no es sólo el contenido de una siempre más advertida necesidad de seguridad, sino es además la consecuencia inevitable de una situación en la cual la búsqueda de un autor material del daño arriesga a menudo de no dar ningún resultado" (RODOTA, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè. 1964, 23).

(103) Sobre la diferencia de estos tipos de justicia, cfr. PERLINGIERI, *op. cit.*, 91-92.

(104) Se entienden como sinónimos, en tanto estados psicológicos, la *conciencia* a la cual se refiere el art. 1974 y el *discernimiento* reclamado en los arts. 1975 y 1976. La diferencia existente entre estas dos realidades responde a un criterio de temporalidad: en el primer caso se trata de una situación *transitoria* y en el segundo es *permanente*.

(105) Ya antes habíamos señalado en otra sede: "no importa el origen del daño, sino cómo resolver sus consecuencias. No importa el agente dañoso sino de dañado" (ESPINOZA, «Reflexiones en torno a la unificación de los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual», en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, U.N.M.S.M., Lima, 1990-1991, 166 y en *Revista del Foro*, 2, Lima, 1991, 234).

ausencia de la culpa *in vigilando*, o (como ya está regulado en el art. 1977) cuando las condiciones económicas de los representantes impidan satisfacer a la víctima.