

**XIV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD DEL NORTE SANTO TOMAS DE AQUINO
20 al 23 de Septiembre de 1993
San Miguel de Tucumán
República Argentina**

**HABILITACION DE INCAPACES Y TRATAMIENTO LEGAL
DE DISIPADORES Y EBRIOS.**

Solange Doyharçabal Casse
Profesora de Derecho Civil.

En las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentino realizadas en la ciudad de Tucumán entre el 20 y el 23 de Septiembre de 1993, el tema de "los inhabilitados" ocupó la tabla de la comisión número uno, presidida por los doctores Alberto Bueres y Graciela Messina de Estrella Gutierrez.

El artículo 141 del Código Civil argentino declara incapaces por demencia las personas que, por causa de enfermedades mentales, no tienen aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes. El artículo 152 bis contempla una institución paralela a la incapacidad, cual es la inhabilitación, cuya característica fundamental es obtener para el inhabilitado el nombramiento de un curador, cuya conformidad le será necesaria para disponer de sus bienes por acto entre vivos.

Los inhabilitados podrán otorgar por si solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Dice la ley:

Art. 152 bis: "Podrá inhabilitarse judicialmente:

- 1) a quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio;

- 2) a los disminuidos en sus facultades cuando, sin llegar al supuesto previsto en el art. 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio;
- 3) a quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por acto entre vivos.

Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

La discusión acerca de la interpretación de este artículo condujo a interesantes conclusiones que fueron expuestas, durante la sesión de plenario, por el doctor José W. Tobías. Destacamos las siguientes:

1. El inhabilitado es capaz de obrar, pero con limitaciones, puesto que para otorgar determinados actos necesita "asistencia del curador". Se recomendó flexibilizar esta institución, en el sentido de permitir al juez otorgar al curador, facultades de representación para determinados actos patrimoniales enumerados en la sentencia.
2. El curador deberá desempeñar un rol de protección activa, tendiente no sólo a garantizar la incolumidad del patrimonio del asistido sino también, en los supuestos previstos en los dos primeros incisos del artículo 152 bis, a amparar su persona, particularmente en lo que concierne al tratamiento médico y consiguiente recuperación.
3. El propio sujeto interesado posee legitimación para requerir tanto su inhabilitación como su rehabilitación en los dos primeros casos del artículo 152 bis.
4. Si el curador se niega a prestar el asentimiento o se encuentra imposibilitado a tales fines, puede suplirlo el juez. Se recomendó incorporar una

norma que exija para los actos de disposición y los que excedan el límite de la administración ordinaria de bienes, la asistencia conjunta del curador y del Ministerio Público, quienes deberían, además, obtener la autorización del juez.

5. Es requisito de oponibilidad con respecto a terceros la inscripción registral de la sentencia de inhabilitación, lo que no es necesario frente a terceros de mala fe.

Se recomendó unificar los sistemas de información de los registros de estado civil y capacidad de las personas, a fin de obtener el conocimiento inmediato de la situación de capacidad de los sujetos, por razones de seguridad jurídica en el tráfico de los negocios y de una mejor protección a los terceros.

6. Puesto que la ley no contempla el caso de los disminuidos en sus facultades físicas, se abogó por incluirlos en el sistema de protección jurídica, ya sea incorporándolos en el artículo 152 bis o bien incluyéndolos en el artículo 141. Esto último significaría considerar estas limitaciones como causales de interdicción.
7. En lo que se refiere al pródigo, la mayoría de los participantes en la votación opinó que el interés tutelado por la ley no sólo debía ser el de su familia sino también el del propio inhabilitado. Una minoría se pronunció a favor del criterio actual que exige para obtener la inhabilitación del pródigo, la existencia de una familia afectada. Hubo, sin embargo unanimidad de pareceres, en cuanto a proponer se reemplace la exigencia de haber dilapidado una parte importante del patrimonio, por la de haberse expuesto el sujeto, por su comportamiento dilapidador, a la ruina o a la pobreza o haya comprometido el cumplimiento de sus obligaciones.

Comentario:

El criterio de la ley argentina concuerda con las tendencias que se advierten en el Derecho Comparado en el sentido de evitar la drástica calificación de una persona como incapaz, cuando tiene discernimiento, pero por alguna causa es de temer que realice actos perjudiciales a su persona o patrimonio. Al designarle un curador que lo asista, pero sin declararlo interdicto, consigue el objetivo de protegerlo, evitando la humillación y la injusticia que muchas veces puede significar la sentencia de interdicción.

Este sistema está próximo al criterio de la legislación francesa, cuyo régimen legal sobre incapaces mayores de edad fue modificado por ley 68-5 de 1968

que cambió el artículo 490 del Código Civil, el cual contempló varios regímenes de protección aplicables cuando las facultades mentales están alteradas por una enfermedad, una invalidez o un debilitamiento debido a la edad y cuando existen alteraciones corporales que impidan la expresión de la voluntad. Estos regímenes son la custodia, la tutela y la curatela. En todos ellos la ley ha procurado que la persona protegida conserve el mayor grado de capacidad posible y así, la jurisprudencia ha dicho que el mayor de edad sometido a tutela (el caso más grave), puede de conformidad a lo dispuesto en los artículos 450 y 495 C.C., realizar válidamente ciertos actos de la vida corriente que se le permiten ejecutar al menor adulto y que son aquellos en que la ley o la costumbre los autorizan a actuar por sí mismos.

En el documento de conclusiones de la comisión número uno, se incluyó un despacho de derecho comparado, resumiendo el contenido de la ponencia presentada por quien suscribe vale "Habilitación de incapaces en el derecho chileno y tratamiento que da la ley a los disipadores y ebrios", la cual se reproduce a continuación.

HABILITACION DE INCAPACES EN EL DERECHO CHILENO Y TRATAMIENTO QUE DA LA LEY A LOS DISIPADORES Y EBRIOS.

Solange Doyharçabal Casse.

Profesora de Derecho Civil.

La ley chilena no contempla la inhabilitación en el sentido que le da el artículo 152 bis del Código Civil argentino, es decir, como una institución que permite impedir a determinadas personas disponer de sus bienes por acto entre vivos y otorgar por sí solas los actos de administración que señale la sentencia de inhabilitación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

- I. A continuación veremos el tratamiento que da la ley civil chilena a quienes podrían ser inhabilitados de acuerdo a lo dispuesto en el Código Civil argentino, a saber, el que tiene sus facultades mentales disminuidas, el ebrio y el disipador.

1. Para el Código Civil chileno se está sano mentalmente o se es demente. No se ha considerado una relativa disminución de la

actividad cerebral, lo que tiene por consecuencia que si la persona en cuestión no ha sido declarada interdicta por demencia, sus actos serán plenamente válidos, a no ser que se pruebe que al momento de otorgarlos no estaba en su sano juicio, caso en el cual será posible declararlos nulos.

Ni la vejez más avanzada puede, por si sola, ser causal de interdicción, aunque el debilitamiento de las facultades intelectuales que resulta de la ancianidad sea, sin duda, un elemento de juicio bastante influyente al momento de resolver en un juicio de interdicción por demencia. Es evidente que la bien o mal llamada demencia senil puede llegar a constituir una verdadera enajenación mental (1).

2. El caso del disipador merece un comentario algo más extenso. Es considerado disipador quien dilapida sus bienes con falta total de prudencia y en forma habitual. Puede ser declarado en interdicción de administrar sus bienes por sentencia judicial dictada en juicio ordinario, provocado por su cónyuge no divorciado, por sus consanguíneos legítimos hasta el cuarto grado, por sus padres, hijos y hermanos naturales y, si es extranjero, por el respectivo funcionario diplomático o consular de su país.

La sentencia que acogió la interdicción debe inscribirse en el Registro del Conservador de Bienes Raíces y notificarse al público por medio de tres avisos publicados en un diario de la comuna o de la capital de la región si en aquella no lo hubiera.

Hay que hacer presente que don Andrés Bello pudo haber seguido el criterio del Código Napoleón, el cual estableció para el pródigo un consultor judicial, enumerando taxativamente los actos que podía realizar solo. Sin embargo, prefirió el sistema romano pretorio que asimilaba el pródigo al furioso y lo colocaba en curaduría de sus agnados, sistema que fue asimilado por las Partidas y estaba, por lo tanto, en uso entre nosotros cuando se redactó el Código Civil. Alguna influencia francesa sí recogió proponiendo una interdicción total o una parcial, pero la Comisión Revisora eliminó esta última.

¿A quien se defiere la curaduría?

En primer lugar, el juez la deferirá al marido no divorciado de la mujer

1 Sobre el demente ver, artículo 1.447 y en especial Título XXV del Libro I, arts. 456 al 468 del Código Civil.

disipadora, siempre que no estén separados totalmente de bienes, pero si es el marido el interdicto, la mujer en ningún caso podrá ser su curadora.

Estas normas fueron introducidas por la Comisión Revisora que cambió absolutamente la proposición de Bello. Después de mucho discutir se estimó que la mujer podía perfectamente ser guardadora de su marido demente, pero no del pródigo porque éste conserva la plenitud de sus facultades intelectuales y podría presionar a su cónyuge, haciendo inoperante la curaduría.

En cuanto al marido, él podía ser curador de la mujer disipadora porque ejercía la autoridad marital sobre ella, quien le debía obediencia. Si se le impidió la curaduría de la mujer, en caso de encontrarse separados totalmente de bienes, fue porque en el código primitivo tal separación tenía lugar solamente por sentencia judicial cuando se comprobaba mala administración, malos negocios o insolvencia del marido. Mal podía confiársele entonces la gestión del patrimonio de su mujer.

Hoy, la potestad marital está derogada y es posible adoptar el régimen de separación de bienes por mutuo acuerdo de los cónyuges, pero hasta el momento no se han modificado estas disposiciones.

Agreguemos que, también en contra de las ideas de Bello, se prohibió al hijo ser curador de su padre disipador, estimándose que se sentiría cohibido para resistir a las exigencias de su progenitor.

Si no procede la curatela del cónyuge, la ley llamó en segundo lugar a los ascendientes legítimos o padres naturales que lo hayan reconocido voluntariamente y, en tercer lugar, a los colaterales legítimos hasta el cuarto grado o a los hermanos naturales, eligiendo el juez, entre éstos, al que le parezca más idóneo.

La interdicción y sometimiento a guarda del disipador produce los siguientes efectos:

- 1) Pierde la administración de la sociedad conyugal la que asume el curador y la mujer puede pedir separación de bienes si no quiere someterse al guardador.
- 2) Se suspende la patria potestad sobre sus hijos, quienes quedan sometidos a la guarda del curador, a menos que la patria potestad corresponda ejercerla a la madre.
- 3) Conserva su libertad personal y tendrá para sus gastos una suma de dinero. Sólo en casos extremos, el curador tendrá que proveer por sí mismo a la subsistencia del pródigo.

- 4) A pesar de su incapacidad relativa, le es privativa la ejecución de ciertos actos en los cuales el curador no puede representarlo y, a veces, ni siquiera intervenir, a saber: el pródigo mayor de edad es libre para contraer matrimonio y para testar (por influencia francesa porque las Partidas lo prohibían). También lo es para reconocer un hijo natural.

Ahora bien, si quiere otorgar capitulaciones matrimoniales, las otorga por sí mismo pero el curador debe autorizarlo y si dichas capitulaciones tienen por objeto enajenar bienes raíces o gravarlos con hipotecas, censos o servidumbres, necesita además, autorización judicial (2).

3. Digamos, ahora, algunas palabras sobre el ebrio. Discuten los autores si la embriaguez cuando llega a constituir un estado habitual es causa de interdicción o no. Algunos piensan que, en general, los que se hallan privados de razón por cualquier motivo, incluyendo la embriaguez, la hipnosis o el sonambulismo, quedan comprendidos entre los dementes, pero la mayoría considera que sólo tendrán esa categoría aquellos que pierdan definitivamente la razón como consecuencia del alcoholismo o toxicomanía.

La discusión no tiene grandes efectos prácticos, porque sus actos serán nulos de nulidad absoluta por incapacidad absoluta, si está interdicto por demente, o por falta de voluntad o consentimiento, si aún, sin estar interdicto se prueba que estuvo privado transitoriamente de razón.

El Código Sanitario en su libro séptimo y la ley número 17.105 sobre alcoholes, bebidas alcohólicas y vinagres tratan la situación del alcohólico internado en un centro hospitalario especial de reeducación.

La internación puede ser por disposición de la ley, por voluntad propia o por orden judicial.

¿Cuándo es legal la interdicción?

El artículo 118 de la ley 17.105 dispone que los individuos que, en el término de un año hubieren sido castigados más de tres veces por ebriedad, deberán ser sometidos a un examen médico con el objeto de establecer si requieren de un tratamiento curativo y si este fuere el caso, serán internados en un centro de reeducación para alcohólicos donde permanecerán el tiempo que determine la dirección del establecimiento, el cual no podrá exceder de seis

2 Sobre el pródigo ver artículo 1447 del Código Civil y, en especial Título XXIV del Libro I, artículos 442 al 455 del mismo código.

meses y sólo podrá prolongarse con autorización del juez por períodos que no sean superiores a los señalados.

¿Cuándo puede decretarla el juez?

Sólo en los casos contemplados en el artículo 135 de la misma ley, que permite al magistrado disponer que se interne a un menor a solicitud del tutor o curador o del padre o madre que ejerce la patria potestad y si se trata de un mayor de edad, si se dan las condiciones que dicho artículo establece: ser cónyuge o padre de familia que, sin incurrir en los delitos contemplados en el correspondiente título de la ley, se encuentre, sin embargo, de ordinario bajo la influencia del alcohol, de modo que no le sea posible dirigir correctamente sus negocios o propender al sostenimiento de su cónyuge e hijos.

Podrá ser secuestrado a petición de cualquiera de los miembros de su familia y si la solicitud se funda en mala administración de los negocios deberá probar que resulta lesionado por ésta.

La primera observación que surge de la lectura del texto es que quien no ha contraído matrimonio, nunca podrá ser internado por orden judicial, aunque tenga hijos naturales, porque la expresión padre o madre de familia, la ley la ocupa y define exclusivamente en relación a los hijos legítimos al tratar la patria potestad, en el artículo 240 del Código Civil.

En segundo lugar, cabe una interrogante: si cualquiera de los miembros de la familia puede pedir el secuestro ¿qué entiende la ley por familia? Ningún artículo lo precisa. Por su parte, el Código Civil sólo intentó una definición a propósito del derecho de uso, en el artículo 815, comprendiendo entre las necesidades del usuario las de su familia e incluyendo en ésta al cónyuge, a los hijos legítimos o naturales, a los sirvientes y a las personas que viven con el usuario y a costa de éste o a quienes debe alimentos.

Para los efectos de la ley de alcoholes resulta un concepto muy amplio, por lo que hay que buscar otra solución. Como dentro del procedimiento establecido se dispuso que el juez debería oír a los parientes, esto nos lleva al artículo 42 del Código Civil que determina quienes son tenidos por tales: el cónyuge, sus consanguíneos legítimos de uno y otro sexo mayores de edad y si fuere un hijo natural, su padre o madre que le hayan reconocido y sus hermanos naturales mayores de edad. A falta de consanguíneos en suficiente número, los afines legítimos.

Este artículo se puede complementar con el artículo 992 del mismo código que, al reglamentar la sucesión intestada, establece que los derechos de sucesión de los colaterales no se extienden más allá del sexto grado.

Creemos que cualquiera persona incluida entre las señaladas por estas dos disposiciones podría solicitar el secuestro del alcohólico.

¿Cual es el procedimiento a seguir?

El juez procederá con conocimiento de causa, breve y sumariamente, oyendo personalmente al interesado y a sus parientes, y previo informe médico que atestigüe que se trata de un alcohólico y precise la duración que debe darse al tratamiento, el cual, en este caso, deberá ser expedido por la Dirección del Centro respectivo. Contra la resolución judicial sólo procederá el recurso de queja.

El hijo ebrio bajo patria potestad podrá ser secuestrado a petición del padre o la madre, en su caso, por el período que fije la Dirección del Centro sin que sean necesarios los requisitos señalados anteriormente.

Una vez terminado el tratamiento, ¿quien dispone la salida del establecimiento?

Si el ingreso fue voluntario, se aplica el artículo 132 del Código Sanitario que contempla la salida del establecimiento por orden médica o a pedido del enfermo, siempre que la autoridad sanitaria estime que puede vivir fuera sin constituir un peligro para él o los demás. En todo otro caso tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 137 de la ley que ordena a la Dirección del Instituto enviar, un mes antes que termine el tratamiento, un informe a la autoridad que decretó la reclusión o a la familia del interno, señalando el resultado de la curación y si no estuviere terminada, el juez o la familia podrán prolongarla por el tiempo necesario para la rehabilitación. Es criticable que se permita a la familia soberanamente y no mediante solicitud hecha al juez, prolongar la duración del tratamiento porque podría dar lugar a una eventual colusión con el centro de rehabilitación para mantener indefinidamente a alguien privado de su independencia y sobretodo de su capacidad, porque hay que determinar qué capacidad tiene el alcohólico internado.

El artículo 128 de la ley dice que a petición de cualquiera de los miembros de la familia del asilado, podrá nombrarse a éste un curador por todo el tiempo que dure la hospitalización. Los demás asilados tendrán por curador al director del instituto en que se encuentran internados.

No dice el texto legal expresamente que se le considere interdicto, pero permite a la familia pedir el nombramiento de un curador y como esto solamente puede hacerse una vez declarada la interdicción, hay que concluir que está interdicto por disposición de la ley, por causal de demencia, que sería la única aplicable, teniendo en cuenta que las otras causales son la sordomudez y la prodigalidad. Así pues, por el hecho de estar hospitalizado el ebrio o el toxicómano debe presumirse su carencia de razón,

en cuyo caso la curaduría será general, si bien en la práctica es poco probable que se de lugar a esta designación porque las hospitalizaciones por alcoholismo rara vez exceden de un mes.

Se aplicará entonces la parte final del mismo artículo que dispone que los demás asilados tendrán por curador al Director del Instituto. La ley de alcoholes no señala de que clase de curaduría se trata, pero el Código Sanitario en su artículo treinta y tres le da el carácter de curaduría provisoria de los bienes del enfermo y para ejercer esta curaduría no necesitará de discernimiento ni estará obligado a rendir fianza ni hacer inventario. En lo demás se regirá por las normas del derecho común, gozando de privilegio de pobreza en las actuaciones judiciales y extrajudiciales que realice y sin percibir remuneración alguna.

- II. Si bien nuestra legislación no ha contemplado la institución de la inhabilitación, excepcionalmente ha contemplado la habilitación de determinados incapaces, otorgándoles una capacidad restringida.

¿Cuándo ha sucedido esto?

1. El primer ejemplo sólo tiene interés histórico. El Código Civil chileno fijó la mayoría de edad a los veinticinco años, pero consagró dos instituciones: el peculio profesional y la habilitación de edad. Conocida esta última en el Derecho Romano, en el español de las Siete Partidas, en los Códigos Civiles de Francia, Luisiana y Holanda, no era una creación de Bello, aunque él sí la considerara una novedad, tal vez porque otorgaba mayores facultades al beneficiado que las legislaciones mencionadas.

Podía obtenerse por el sólo ministerio de la ley, en el caso de los varones casados, mayores de veintiún años o por decisión de magistrado competente siempre que la persona interesada, varón o mujer, mayor de veintiún años, estuviera emancipada y cursara la correspondiente solicitud. La emancipación nunca ha concedido al menor ningún aumento de capacidad, pero era requisito indispensable para obtener esta última.

En principio, el habilitado podía realizar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que eran capaces los mayores de edad y sólo en virtud de texto legal expreso podía limitarse su capacidad, lo que sucedía en caso de contraer matrimonio, requiriéndose la autorización de las personas que determinaba la ley y, en lo referente a la administración de sus bienes, exigiéndole autorización judicial dada con conocimiento de causa para aprobar las cuentas de su tutela o curatela, para enajenar e hipotecar bienes raíces. En ningún caso podía donar sus bienes ni ser nombrado tutor o curador y se discutió su capacidad para ser partidor o

árbitro. La jurisprudencia se inclinó a su favor pero siempre con votos disidentes.

La ley 7.612 de 1943 rebajó la mayoría de edad a los veintiún años y, al mismo tiempo, derogó la habilitación. Pudo haberla rebajado a los dieciocho años como lo hicieron otros códigos, pero el caso es que el legislador prefirió no hacerlo, a pesar de la opinión favorable de distinguidos jurisconsultos como don Luis Claro Solar, proclive a esa solución (3).

Así, no hay actualmente en nuestro código una institución que de al *menor adulto, quien, hoy en día, es el que no ha cumplido dieciocho años, una semicapacidad, a no ser que entendamos por ésta las facultades de administración que le otorga el peculio profesional o industrial, con las escasas limitaciones para vender o gravar sus bienes raíces sin autorización del juez y para tomar dinero a interés o comprar al fiado, salvo en el giro ordinario de dicho peculio, sin autorización del padre, madre, o curador adjunto* (4).

2. Un segundo caso de habilitación dice relación con una reciente modificación a nuestro Código Civil por ley 19.089 de 19 de octubre de 1991, que se originó de la siguiente manera:

A propósito de un proyecto de ley que proponía un procedimiento no contencioso para obtener el reconocimiento de maternidad del hijo nacido fuera de matrimonio, cuando fuere póstumo o la madre hubiere fallecido sin alcanzar a reconocerlo, dentro de los treinta días de producido el nacimiento, el señor Ministro de Justicia, asistente a la sesión de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia que debía informar el proyecto, planteó el caso de la madre deficiente mental o sordomuda que no puede darse a entender por escrito, la cual por ser absolutamente incapaz no tiene ninguna posibilidad de reconocer a su hijo voluntariamente. Propuso se le permitiera hacerlo a través de la declaración que efectúe su curador y siempre que conste la maternidad en el comprobante de parto y se haya identificado a la madre en él. Consideraba altamente conveniente la incorporación de esta indicación al proyecto porque permitiría dar solución a una situación de ordinaria ocurrencia cual es la filiación de hijos naturales de madres sordomudas o dementes, víctimas de una violación.

3 El Código Civil trataba la Habilidad de Edad en el Título XVI del Libro I, artículos 297 al 303, derogados por ley 7.612 de 1943.

4 Ver artículos 243 - 253 y 255 del Código Civil.

La proposición fue acogida por unanimidad, cambiándose solamente el término deficiente mental por demente a fin de no entrar en discusiones respecto a la capacidad. En efecto, el vocablo demente ha sido claramente definido en cuanto a su significado y ámbito de aplicación por la jurisprudencia, comprendiendo la enajenación mental bajo todas sus formas y en todos sus grados.

Al discutirse el proyecto tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, fue votado favorablemente, haciéndose presente por varios parlamentarios la necesidad de dictar una norma de esta naturaleza que confiriera tal facultad al curador, por cuanto, de acuerdo a nuestro derecho vigente, los curadores no pueden intervenir o participar en actos de carácter personalísimo, como son los relacionados con el reconocimiento de un hijo natural.

Así pues, se agregó un inciso final al número uno de artículo 271 que dice: "Asimismo, en el evento de que la madre sea demente o sordomuda que no pueda darse a entender por escrito, podrá reconocer a su hijo como natural a través de la declaración que efectúe su curador y siempre que conste la maternidad en el comprobante de parto y se haya identificado a la madre en él."

Reconociendo que la intención es laudable, el texto legal nos merece, sin embargo, los siguientes reparos:

- 1) Habilita a una madre absolutamente incapaz para reconocer voluntariamente al hijo. Si es demente nos parece que nunca podría hablarse de reconocimiento voluntario y sólo debería permitirse el reconocimiento forzado, a través de un juicio ordinario. Si es sordomuda, que no puede darse a entender por escrito, podría hacerlo personalmente presentando al oficial del Registro Civil autorización del juez, dada con conocimiento de causa.
- 2) El padre sordomudo no tiene ninguna posibilidad de reconocer su paternidad, aunque esté plenamente consciente de ella.
- 3) Un acto personalísimo de familia cual es reconocer a un hijo queda en manos de un tercero, el curador, quien mediante la exhibición de un certificado de parto obtendrá la inscripción requerida por el Registro Civil.
- 4) Un certificado de parto es un documento fácilmente falsificable, por lo que no es resguardo suficiente para un acto de tanta trascendencia, lo que se confirma con la decisión del Parlamento que exigió, en el caso de la madre fallecida sin alcanzar a reconocer al hijo, un juicio ordinario

para establecer la maternidad, en circunstancias que también existe en este caso un certificado de parto en que consta la identidad de la madre.

- III. Por último quiero referirme a un estudio académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral, de Santiago de Chile, que concluyó con una proposición o anteproyecto de ley que permita otorgar a los sordomudos analfabetos, capacidad para realizar determinados actos jurídicos, tanto en el campo patrimonial como en el extrapatrimonial.

De acuerdo al artículo 1447 del Código Civil, estas personas son absolutamente incapaces y, en consecuencia, sus actos no producen ni siquiera obligaciones naturales y no admiten caución. Esto las obliga a actuar en la vida del derecho a través de sus representantes legales, exclusivamente y les impide realizar actos personalísimos, salvo el caso excepcional introducido por la ley 19.089 al que acabo de referirme. La ley de Matrimonio Civil corrobora lo anterior en su artículo 4 número 4 que impide contraer matrimonio a los que de palabra o por escrito no pudieren expresar su voluntad claramente.

¿En qué se fundamenta esta incapacidad?

Como el sordomudo que puede darse a entender por escrito es plenamente capaz, hay que descartar la consideración de defecto físico como una patología mental y aceptar que la incapacidad deriva del hecho de no saber escribir, lo que causa o acentúa una cierta debilidad, ignorancia o inexperiencia de las cuales el derecho pretende protegerlo, declarándolo incapaz.

Muchos de nuestros autores pensaron que aún poseyendo un lenguaje gesticular, estará muy lejos de poder comunicar su pensamiento y voluntad con la claridad y exactitud de la palabra o la escritura. En este punto hace excepción la opinión del profesor don Avelino León quien sostuvo que el lenguaje mímico puede en muchos casos ser bastante para expresar una voluntad inequívoca. Esta convicción lo hizo partidario de las legislaciones que facultan al juez para fijar una cierta extensión a la capacidad del sordomudo analfabeto y le permiten contraer matrimonio.

La Comisión de Estudios Jurídicos de la Universidad Gabriela Mistral concordó con este último criterio, sobretodo después de estudiar las legislaciones de Argentina, Perú, Italia, España y Francia, además del Código de Derecho Canónico, todas más flexibles que la nuestra.

El anteproyecto propone normas generales en cuanto a la capacidad para realizar actos patrimoniales y normas especiales para llevar a cabo actos extrapatrimoniales.

En materia de capacidad patrimonial se propuso agregar un inciso al artículo 1447 del Código Civil de tal manera que una vez sentado el principio que el sordomudo que no puede darse a entender por escrito es absolutamente incapaz, se diga: "sin embargo, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito podrán ser habilitados para efectuar ciertos actos de la vida diaria, tales como la compraventa de bienes muebles, pagos y donaciones de poca monta, siempre que el juez, previo examen del interesado, audiencia de los parientes y oído el dictamen de facultativos, concluya que el solicitante puede dar a conocer clara e inequívocamente su voluntad y tuviere, además, suficiente inteligencia para la realización de los actos para los cuales hubiera sido habilitado."

Como se ve, el alcance de esta norma es bastante restringido. El juez sólo puede habilitarlo para realizar actos patrimoniales de la vida diaria como compras habituales de objetos necesarios, por ejemplo de alimentos, que perfectamente pueden realizarse mediante señas inequívocas de su voluntad. De aprobarse algún día esta disposición concordaría con la legislación laboral que no considera al sordomudo como incapaz de celebrar el contrato de trabajo.

Mientras no exista la habilitación que este estudio promueve, los actos señalados, por simples y corrientes que sean, jurídicamente estarán viciados de nulidad absoluta.

En cuanto al aspecto procesal, la habilitación se llevaría a cabo mediante procedimiento no contencioso iniciado por representante legal.

En lo relativo a los actos de familia, se propone subsanar tres grandes limitaciones que son la imposibilidad tanto de contraer matrimonio como de legítimar o reconocer a sus hijos naturales. Se agregaría un inciso al artículo cuarto número cuatro de la Ley de Matrimonio Civil que diría: "Sin embargo cuando estas personas pudieren expresar su voluntad por algún otro signo indubitable, podrán contraer matrimonio, previa autorización del juez, quien resolverá con conocimiento de causa."

A juicio de la comisión, la necesidad de la habilitación judicial previa se justifica plenamente como única forma de velar porque el incapaz preste un consentimiento libre y espontáneo que comprenda la trascendencia del acto que celebra. El juez deberá resolver con conocimiento de causa, para lo cual podrá desde luego citar a los parientes del interesado y solicitar dictamen de facultativos. Si no se cumple con la habilitación judicial previa, el matrimonio sería anulable conforme a las reglas generales sobre la materia.

Naturalmente que al conferírsele aptitud para casarse, se hace necesario revisar las consecuencias que ello produce en los efectos del matrimonio, ya sea personales entre cónyuges o relativos al régimen patrimonial, todos

los cuales pueden conformarse a las reglas generales actualmente vigentes, sin necesidad de agregar más que la exigencia de autorización judicial para determinados pactos como la separación de bienes.

Por lo que respecta a la legitimación, se propone agregar al artículo *pertinente que es el 208 del Código Civil*, el inciso siguiente: "Si el padre, la madre, o ambos no pudieren expresar su voluntad de palabra o por escrito, sólo podrán legitimar voluntariamente a sus hijos ante cualquier oficial civil, siempre que hayan sido previamente autorizados por el juez, exhibiendo al efecto copia autorizada de la respectiva sentencia."

El padre legítimo tiene la patria potestad sobre sus hijos, lo que se traduce en su representación y en la administración de sus bienes. Debido a su limitación, la Comisión estimó que no podría cumplir cabalmente con estos derechos deberes, por lo que consideró que la suspensión de la patria potestad debería operar de pleno derecho, pasando a ejercerla la madre, en su caso. Si tampoco puede ejercerla esta última, se nombrará un guardador al hijo.

En cuanto al reconocimiento de hijo natural en forma voluntaria y espontánea, fue uno de los aspectos prácticos más relevantes que motivó a la Comisión a revisar la situación jurídica de estas personas. Ya mencionamos la modificación introducida por ley 19.089 y las críticas que nos merece. La solución que recomienda este anteproyecto difiere de la escogida por la ley vigente.

Propone el texto que sigue: "Los que de palabra o por escrito no pudieren expresar su voluntad claramente, podrán, sin embargo, reconocer en forma voluntaria hijos naturales ante el Oficial del Registro Civil, exhibiéndole autorización del juez dada con conocimiento de causa."

Como se puede apreciar, esta disposición favorecería tanto al padre como a la madre sordomudos y dejaría fuera a los dementes, porque un acto personalísimo, voluntario, debe por esencia emanar de una persona con *suficiente inteligencia para entender el alcance de su declaración*.

Naturalmente se contemplan medidas de publicidad, exigiendo la inscripción de las respectivas autorizaciones judiciales en los libros correspondientes del Registro Civil y de no efectuarse tales anotaciones no podrían hacerse valer en juicio (5).

5 Ver revista "Temas de Derecho" año 7 N°1, 1992. Universidad Gabriela Mistral, Santiago - Chile, página 63 y siguientes.