

Comisión n°14, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”

## **EL DIABLO SABE POR DIABLO, PERO MÁS SABE POR VIEJO: LA PROPUESTA DE UNA VUELTA A LOS ORÍGENES DE NUESTRA LEGISLACIÓN CIVIL**

**Autor:** Francisco Marcelo Amado\*

### **Resumen:**

*El siguiente trabajo consiste en un análisis de la limitación a la capacidad de las personas por causa de prodigalidad, desde su aparición en el antiguo derecho romano, hasta nuestros días, pasando por el código de Vélez, la reforma introducida por la ley 17.711, el derecho comparado y el código civil y comercial*

### **Conclusiones:**

- El código de Vélez Sarsfield era más respetuoso del derecho a la libertad y autonomía individual, dejando en un segundo plano la protección patrimonial
- La inhabilitación por prodigalidad tiene como objeto de protección el interés patrimonial familiar
- La legislación comparada si bien en ciertos casos ha seguido la línea del código civil y comercial argentino, en otros, como es el caso del derecho francés, se aparta
- La inhabilitación por prodigalidad no solo supone un grave atentado contra la libertad individual de la persona, sino que también es dificultosa su configuración tanto para ingresar a este régimen como para salir de él
- Por todo esto, es que propongo y considero que debe ser suprimido en una futura reforma.

### **1. Concepto de prodigalidad**

La prodigalidad, como concepto jurídico, ha sido definida de múltiples maneras desde antaño. Así, se la conceptualizó como:

*“El pródigo es el que disipa locamente sus bienes”<sup>1</sup>,*

*o “que dilapida inútilmente su fortuna, o que por desorden del espíritu o de las costumbres, disipa su fortuna en gastos sin sentido”<sup>2</sup>,*

---

\*Alumno de tercer año de la carrera de abogacía en la Universidad Nacional del Sur

<sup>1</sup>LLAMBÍAS, “Tratado de derecho civil. Parte General”, AbeledoPerrot, 18va. Edición, 1999, T. I, pág. 362

o “que tiene propensión a los gastos inútiles o desproporcionados a la situación patrimonial”<sup>3</sup>

o “que dilapida sus bienes tanto de renta como de capital, habitualmente y con graves efectos sobre el patrimonio peligrando caer en la ruina”<sup>4</sup>

o “el comportamiento irregular y seriamente condenable de una persona que pone por ello en peligro su propio patrimonio en perjuicio de determinados familiares”<sup>5</sup>

o “el que se expone a sí mismo o a su familia a la pérdida del patrimonio por actos de disposición, de administración insensata”<sup>6</sup>.

Como vemos, han sido muchos los intentos por definir a la prodigalidad, y se lo ha hecho a partir de diferentes miradas u orientaciones, que podemos clasificarlas como:

- a) Posiciones subjetivistas: son aquellas que atribuyen el accionar del pródigo a un estado patológico, a un desequilibrio psíquico, a una alteración de las facultades mentales del sujeto
- b) Posiciones objetivistas: son aquellas, que rechazando el punto de vista anterior, definen a la prodigalidad como una cuestión de hecho, que se verifica en el accionar del sujeto, y que está exento de toda consideración psicológica

Con respecto a cuál ha sido la política legislativa seguida por los distintos ordenamientos jurídicos, podemos dividirlos en posturas<sup>7</sup>:

- a) Teoría Individualista: Para esta postura, la prodigalidad es una cuestión ajena al derecho (no hay ningún interés público en juego) y por tanto, fuera de su regulación. Se argumenta en su favor diciendo que el sujeto es libre de disponer de sus bienes a su antojo, y que cualquier intromisión del ordenamiento jurídico en este aspecto sería un atentando contra la libertad individual. Esta fue la postura de Dalmacio Vélez Sarsfield en su código, quien siguiendo a Freitas, lo deja en claro en la nota al artículo 50, cuestión sobre la que luego volveré.
- b) Teoría de la interdicción: Según esta posición, que sigue la tendencia del derecho romano, el pródigo es declarado incapaz, y puesto bajo el régimen de la tutela o curatela.
- c) Teoría de la inhabilitación: Se trata de una posición intermedia respecto de las dos anteriores, ecléctica. Somete al pródigo al régimen de la inhabilitación, la cual, resulta menos gravosa que la declaración de incapacidad y lo dota de una asistencia, de un contralor por parte de un tercero para ciertos aspectos fundamentales, siendo para el resto plenamente capaz. Esta es la postura que adopta nuestro actual código civil y comercial, en su título primero, capítulo

---

<sup>2</sup>BUERES, HIGHTON, “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y Jurisprudencial”, Hammurabi, 1995, T. 1, pág. 754

<sup>3</sup>BUERES, HIGHTON, Ob.cit. pág. 755 (Citando las definiciones de Marty, RenaudRipert, Boulanger y Enneccerus, transcriptas por Lavallo Cobo, en Belluscio- Zannoni “Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado” T.1, pág. 585)

<sup>4</sup>BUERES, HIGHTON, Ob.cit., pág. 755 (Citando a Cifuentes, Rivas Molina, Tiscornia en “Juicio de Insania y otros procesos sobre la capacidad pág. 128)

<sup>5</sup>BUERES, HIGHTON, Ob.cit., pág. 755 (Citando a Díez Picazo, Gullón, “Sistema de derecho civil”, T. 1, pág. 282)

<sup>6</sup>TAU ANZOÁTEGUI, C. “La prodigalidad en la ley 17.711”, La Ley 138-1263 (Citando a Spota, “Sobre las reformas del Código Civil”, pág. 61)

<sup>7</sup>LLAMBÍAS, Ob.cit., pág. 362

segundo, párrafo quinto, artículo 48. Dicha postura fue introducida a nuestra legislación originariamente por la reforma al código civil de 1968 por ley 17.711, mediante la incorporación del artículo 152 bis.

## 2. Antecedentes en el derecho antiguo

Decía Spota, citando a Beauchet, que en el antiguo derecho griego, ya parece que el pródigo era pasible de interdicción.<sup>8</sup>Trasladándonos al derecho romano, cuna del denominado derecho continental europeo (del que nuestro sistema es parte y sobre el cual haremos un pequeño análisis) la prodigalidad tuvo su tratamiento desde las primeras etapas históricas.

Aparece en la sociedad romana antigua, con una finalidad de protección del patrimonio familiar. Como se sabe, en sus inicios, el derecho romano giró entorno a la gens (organización que tenía por base presuntos orígenes generacionales comunes), a la familia. Para los intérpretes de la Ley de las XII Tablas, el pródigo aparecía como aquel que dilapidaba los bienes paternos (*bona paterna abitaque*) recibidos en sucesión mortis causa. Como era una actitud que atentaba contra los principios de *austeritas* y de la *gravitas*, el dilapidador era puesto bajo el cuidado (*cura*) de sus agnados y en su defecto de la gens. Esto se llevaba a cabo mediante la declaración hecha por el magistrado (algunos incluso dicen que la misma gens), que decretaba la interdicción y se basaba en los siguientes supuestos: “a) que se tratase de bienes recibidos por sucesión abintestato – los bienes recibidos por testamento quedaban fuera de la curatela, ya que se consideraba que el paterfamilias, al hacer la institución de heredero, consideraba a este último capaz de administrar adecuadamente sus propios bienes- b) que dichos bienes fuesen recibidos del padre o abuelo paterno, y c) que el declarado pródigo tuviese descendencia directa”.<sup>9</sup> Estas limitaciones al instituto fueron eliminadas posteriormente por la jurisprudencia, con la aparición del denominado derecho pretoriano que morigeró el carácter rígido propio del hasta el entonces derecho romano. Así, al motivo original de protección del patrimonio familiar, surge uno nuevo, que viene a tutelar el patrimonio individual. Ya en la legislación imperial, la prodigalidad se extendió de la *bona paterna* al patrimonio del propio interdictado. “Así, a partir del famoso rescripto de Antonio Pio se amplió a los bienes propios del pródigo y se previó la posibilidad de nombrar al hijo como curador de su padre”.<sup>10</sup>

## 3. El código civil de Vélez Sarsfield

Hombre de su época, Vélez Sarsfield imprime a su obra un carácter liberal, lo que implica, entre otras cosas, un gran respeto hacia la autonomía de la voluntad del individuo y de la propiedad privada. Es por eso, y ya adentrándonos en el tema que nos concierne referido a la prodigalidad, que el codificador se enmarcó en la postura Individualista, mencionada en el primer punto. Así, en la nota al artículo 54, referido a

---

<sup>8</sup>TAU ANZOÁTEGUI, ob.cit., pág. 1264

<sup>9</sup>BERNAL GOMEZ, B. “La curatela del prodigo en el derecho romano”, BMDC (Boletín Mexicano de derecho comparado), vol. 48, pág. 788

<sup>10</sup>BERNAL GOMEZ, B. Ob.cit., pág. 791

los incapaces absolutos, y siguiendo la posición de Freitas en la nota al artículo 40 de su “Esboço”, expone:

*“En el número de los incapaces, no pongo los pródigos porque esa calidad no podrá, según este código, ni sujetarse a juicio ni traer una interdicción. El cód. de Luisiana, en el art. 413, abolió la incapacidad de los pródigos o disipadores. Dice así: “La interdicción no tendrá lugar por causa de disipación o de prodigalidad.” Las razones de esta resolución son: 1º, que la prodigalidad no altera las facultades intelectuales; 2º, que la libertad individual no debe ser restringida, sino en los casos de interés público inmediato y evidente; 3º, que en la diferente manera de hacer gastos inútiles que concluyan una fortuna, no hay medio para distinguir con certeza el pródigo del que no lo es, en el estado de nuestras costumbres, y todo sería arbitrario en los jueces, poniendo interdicción a algunos, mientras quedaban innumerables disipadores; y 4º, que debe cesar la tutela de los poderes públicos sobre las acciones de los particulares, y, ya que no es posible poner un máximo a cada hombre en sus gastos, el que se llamase pródigo habría sólo usado o abusado de su propiedad, sin quebrantar ley alguna*

De esta manera, y con estos argumentos, Vélez excluyó de la regulación de su código a la prodigalidad, que recién vendría a ser legislada e introducida al código, bajo el régimen de la inhabilitación, por la reforma de la ley 17.711 del año 1968.

### **La ley 17.711. El artículo 152 bis**

En el año 1968, durante la presidencia de facto de Juan Carlos Onganía, el Poder Ejecutivo Nacional dictó la ley (decreto-ley) 17.711, que introdujo una amplia reforma al código, y respecto a al tema de este trabajo, adicionó el régimen de la inhabilitación en el artículo 152 bis.

Según la norma citada, para poder inhabilitar a una persona por prodigalidad debían cumplirse los siguientes requisitos<sup>11</sup>:

- a) **Acción dilapidadora:** debían ser gastos irracionales, injustificados, insensatos, caprichosos o inútiles. Suponía entonces, un despilfarro patrimonial, inútil, incausado, sin ningún tipo de control. La valoración debía ser objetiva, prescindiendo de los motivos individuales, aunque no en manera absoluta, ya que en ciertos casos podrían justificar una solución contraria
- b) **Habitualidad:** se refería a la realización de un cúmulo de actos, de una cierta periodicidad de los mismos
- c) **Existencia de un cierto núcleo familiar:** La posibilidad de declaración judicial quedaba limitada a los casos en el que el pródigo tuviera descendientes, ascendientes o cónyuge. No importa que las personas enumeradas en la normativa estuvieran a cargo del pródigo, pues no era una exigencia legal para la inhabilitación. Así, quedaba definido su fundamento, que era la tutela del interés familiar (a diferencia de otras

---

<sup>11</sup>BUERES, HIGHTON, Ob.cit., pág. 758

legislaciones, donde el fundamento es el interés del propio pródigo o el interés social, al ser la prodigalidad una conducta socialmente disvaliosa).

- d) **Incidencia patrimonial de la conducta dilapidadora:** El legislador argentino consideró que para poder inhabilitar al pródigo, su conducta debe importar una considerable disminución de sus bienes (*hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio*) que pongan en peligro la subsistencia del grupo familiar (*expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio*).

Muchas fueron las posiciones al respecto, habiendo tanto detractores de la figura, como quienes la consideraron como un acierto. Así, Guillermo Borda, autor de la reforma nos dice<sup>12</sup>: (refiriéndose a las razones dadas por Vélez en su nota) “*Son argumentos que no carecen de fuerza dentro de una concepción liberal e individualista del derecho, pero que están muy lejos de ser satisfactorios para la conciencia jurídica actual. Ya no es posible hablar del derecho de abusar de la propiedad (recordemos el art. 2513, que lo autorizaba expresamente, ha sido modificado por la ley 17.711 suprimiendo el llamado ‘ius abutendi’). Tampoco es verdad que la capacidad individual (Vélez habla de ‘libertad individual’, pero es evidente que el trastocamiento de palabras sólo tiene por fin darle mayor eficacia al argumento) únicamente puede ser restringida en casos de interés público inmediato y evidente. Todas las incapacidades de hecho tienen en vista, ante todo, el interés del propio interdicto y no uno de orden público. En nuestro caso se trataría principalmente de la propiedad de la familia. El argumento fundado en el peligro de la arbitrariedad judicial es igualmente inconsistente. La experiencia indica que nunca ha de temerse, por parte de los jueces, por un ataque a las libertades o derechos humanos, puesto que ellos, por su educación, su cultura jurídica, por tener su vida dedicada al estudio y aplicación del derecho, son siempre respetuosos de aquellos bienes del hombre. En caso de duda se inclinarán siempre por mantener la capacidad sin ninguna cortapisa. La prueba la han suministrado los países que admiten la interdicción del pródigo, pues en ellos la institución ha funcionado sin inconveniente algún. Menos importancia aún tiene la observación de que la prodigalidad no altera las facultades mentales. No es esta la única causa de interdicción, y el mismo Vélez Sársfield admitió que también los sordomudos que no saben darse a entender por escrito están sometidos a ella.(...) Se trata de personas que malgastan irrazonablemente su fortuna, en una medida que las expone a perderla. Muchas veces, en el fondo de esta conducta imprudente hay una verdadera falla mental, bien que no alcance caracteres de una verdadera demencia pero aunque así no fuere, lo cierto es que el pródigo revela una falta de aptitud para administrar libremente sus bienes(...) La intervención del juez tiene en este caso, como único fin evitar a dilapidación de la fortuna, y a ello debe limitarse”.*

En la misma línea se manifestaba Llambías, quien festejó la reforma afirmando que constituye “*una de las más felices innovaciones de la ley 17.711*”<sup>13</sup>. En este sentido, y habiendo realizado con Borda una ponencia para el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (1962) propiciando la inclusión de la regulación de la prodigalidad, nos dice: (refiriéndose a la postura adoptada por el codificador) “*Ya nadie admite que el dueño de los bienes pueda hacer lo que se le venga la gana, pues tal afirmación desconoce la función social de la propiedad. El hombre es un miembro de la comunidad*

<sup>12</sup> BORDA, G. “La reforma del código civil. Inhabilitación”, El Derecho t. 29 pág. 717

<sup>13</sup> LLAMBÍAS, Ob.cit.,pág 358

*en que vive, especialmente de la comunidad familiar. Tiene por ese hecho un conjunto de deberes de los que no puede desentenderse. Tampoco es exacto que no concurra en el caso ningún interés público*".<sup>14</sup> También, esta ha sido la posición de Ossorio y Gallardo <sup>15</sup>.

Por otro lado, algunos doctrinarios, siguiendo una posición más cercana a la de Vélez, se manifestaron en contra de la regulación de la prodigalidad. Así, Anzoategui<sup>16</sup> transcribe la opinión vertida por distintos autores en el II Congreso Nacional de Derecho Civil, en épocas anteriores a la reforma de la 17.711: *"la acción de incapacidad sobre la base de prodigalidad, por los propios hijos, trae más dificultades al hogar que las que puede causar la dilapidación de una fortuna por el jefe de esa familia o 'célula familiar' (Mántaras); "quien solicita la prodigalidad no lo hace para salvar a esa persona de la indigencia, sino animado por motivos de beneficio propio, ponerse a cubierto de la disminución del caudal que ha de recibir un día en su condición de heredero"* (Díaz de Guijarro); *"¿Qué sucedería si los hijos investigan la conducta del padre y denuncian su prodigalidad? Sería la guerra civil, el control antipático e inhumano para garantizar intereses pecuniarios"* (Lafaille).

## Derecho Comparado

Siguiendo la clasificación planteada por Llambías<sup>17</sup>, que ya mencioné más arriba y a la que me remito<sup>18</sup>, son tres las orientaciones políticas legislativas seguidas en lo referente a la prodigalidad.

A modo ilustrativo, veremos cómo es el tratamiento legislativo de la prodigalidad en algunas legislaciones extranjeras.

La legislación francesa eliminó el supuesto de prodigalidad como causa de incapacitación de las personas, mediante la reforma al art. 425 del Cód. Civil, vigente desde el 1/1/2009.

El código civil brasileño vigente, en su artículo 4, incluye a los pródigos en la lista de los incapaces (inc. IV) y los declara sujetos a curatela (art. 1767). En tales casos, la interdicción podrá ser promovida por los padres o tutores, por el cónyuge o cualquier pariente y por el Ministerio Público (art. 1768).

Como es de notar, y a diferencia de nuestra legislación, el código brasileño no posee una definición legal acerca de que debe entenderse por pródigo, tarea que ha recaído sobre la doctrina, que, a grandes rasgos, ha seguido los caracteres propios de la figura argentina: *"pródigo e aquele que nao sabe administrarsuafazenda de maneira ordenada, levando à dilapidação dos seus bens em prejuízo do cônjuge e dos herdeiros necessários (descendentes e ascendentes)"*<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup>LLAMBÍAS, Ob.cit., pág 363

<sup>15</sup>LAGOMARSINO, C. "Los pródigos en la reforma del código civil", El Derecho t. 23, pág. 905

<sup>16</sup>TAU ANZOÁTEGUI, C. Ob.cit., pág. 1271

<sup>17</sup>LLAMBÍAS, Ob.cit., pág. 362

<sup>18</sup>1. Concepto

<sup>19</sup>"Pródigo es aquel que no sabe administrar su patrimonio de manera ordenada, llevado a dilapidar sus bienes en perjuicio del cónyuge o de los herederos necesarios (descendientes y ascendentes)" {citado por Alberto Fraga en "A interdição do Pródigo" : Oliveira, J.M. Leoni Lopes, "Novo Código Civil Anotado", Editorial Lumen Juris, segunda edición, pág. 19}

## La regulación en el nuevo código civil y comercial (Ley 26.994)

El nuevo código civil y comercial vigente, mantuvo la posición tomada por el legislador en la ley 17.711. En la exposición de motivos, escuetamente, se reafirma el fundamento de la institución (inhabilitación), que sólo se mantiene para el caso de los pródigos: “*La figura de los inhabilitados se reserva para el supuesto de prodigalidad, que se regula apuntando especialmente a la protección del interés patrimonial familiar*”<sup>20</sup>. De esta manera, se aparta de su antecesor, el Proyecto de 1998, que sin invocar fundamento alguno en la exposición de motivos, lo había excluido de los supuestos de inhabilitación en el artículo 42<sup>21</sup>:

*“Puede inhabilitarse judicialmente a los ebrios o toxicómanos consuetudinarios, y a los disminuidos en sus facultades físicas o psíquicas, cuando el ejercicio de su plena capacidad puede resultarles presumiblemente algún daño”*<sup>22</sup>

Así, el instituto de la inhabilitación quedó plasmado en el nuevo código en el libro primero (*parte general*), título primero (*persona humana*), capítulo segundo (*capacidad*), sección tercera (*restricciones a la capacidad*), parágrafo quinto (*inhabilitados*), en los artículos 48, 49 y 50:

**“Art. 48 - Pródigos.** *Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes”*

**“Art. 49 - Efectos.** *La declaración de inhabilitación importa la designación de un apoyo, que debe asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia”*

**“Art. 50 - Cese de la inhabilitación.** *El cese de la inhabilitación se decreta por el juez que la declaró, previo examen interdisciplinario que dictamine sobre el restablecimiento de la persona.*

*Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con apoyo”*

---

<sup>20</sup>“Proyecto de código civil y comercial de la Nación”, La Ley, 2012, pág. 458

<sup>21</sup> Ver la crítica a esta postura adoptada por el proyecto en TOBÍAS, J. “Algunas observaciones a la parte general del proyecto de código civil de 1998”, La Ley 2000-B-1130

<sup>22</sup> “Proyecto de código civil de la República Argentina unificado con el código de comercio. Nota de elevación, fundamentos y legislación comparada”, AbeledoPerrot, 1999, pág. 164

Como queda a la vista, no solo se eliminaron los otros supuestos de inhabilitación que el artículo 152 bis contenía, sino que también se ha modificado la caracterización jurídica de la prodigalidad, que ahora exige la sumatoria de dos presupuestos<sup>23</sup>:

- A) **La prodigalidad en la gestión de los bienes:** la prodigalidad se manifiesta como una situación objetiva, “*que involucra el actuar de la persona, independientemente de cuales sean las causas – psíquicas, mala administración, negligencia, dilapidación -*”<sup>24</sup>, las cuales quedan por fuera de la prueba requerida para acreditar el supuesto. “*Se requiere además el requisito de la habitualidad, dado que la realización de un acto aislado no podría justificar la inhabilitación*”<sup>25</sup>.
- B) **La exposición a la pérdida del patrimonio a su cónyuge, conviviente, hijos menores de edad o hijos mayores de edad con discapacidad** (“*anteriormente se requería, además, que la persona ya hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio*”<sup>26</sup>): es una excepción a la regla del artículo 31, que determina que las restricciones a la capacidad se imponen siempre en beneficio de la persona, respondiendo en este caso a la protección de la familia, la cual queda abarcada por el cónyuge, conviviente, hijos menores de edad o con discapacidad. Los legitimados para incoar la acción son el cónyuge, el conviviente, los ascendientes y los descendientes. Respecto a si el propio pródigo está legitimado a iniciar el proceso, los autores se orientan por la positiva<sup>2728</sup>, haciendo una interpretación analógica de los artículos 31, 32 y 43.

Con relación a sus efectos, el código dispone que “*el inhabilitado mantiene su capacidad a tenor de lo establecido en el art. 31 de este ordenamiento, quedando solo limitada al acompañamiento de un apoyo en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia*”<sup>29</sup>.

Por último, el código determina la forma de obtener la rehabilitación. La misma debe ser decretada por el mismo juez que la declaró, con el previo examen interdisciplinario que dictamine sobre el restablecimiento de la persona y las pruebas que crea convenientes (“*verificación del cese de los actos de la persona que oportunamente exponían a la misma y/o a los beneficiarios protegidos, al riesgo de daño o pérdida patrimonial*”<sup>30</sup>; recuérdese que es una cuestión de hecho). Si en cambio, se llegase a la conclusión de que la persona no ha mejorado, o que ha mejorado, pero no

---

<sup>23</sup>LORENZETTI, R. “Código civil y comercial de la nación comentado”, RubinzalCulzoni, 2014, T. 1, pág. 271

<sup>24</sup>CARAMELO – PICASSO – HERRERA “Código civil y comercial de la Nación anotado”, Infojus, 2015, t. 1, pág. 123

<sup>25</sup>LORENZETTI, R. Ob.cit., pág. 271

<sup>26</sup>RIVERA y MEDINA, “Código civil y comercial de la nación comentado”, La Ley, 2014, T. 1, pág. 192

<sup>27</sup>LORENZETTI, Ob.cit., pág. 272

<sup>28</sup>CARAMELO – PICASSO – HERRERA Ob.cit., pág. 124

<sup>29</sup>CORDERA, BORDA y ALFERILLO, “Código civil y comercial. Comentado, anotado y concordado”, Astrea, 2015, T. 1, pág. 69

<sup>30</sup>CARAMELO – PICASSO – HERRERA Ob.cit., pág. 125

plenamente “*el juez puede ampliar la nómina de actos que puede realizar por sí o con apoyo, o incluso modificar las funciones o personas que ejerzan dicho apoyo*”<sup>31</sup>.

## **El desacierto de la reforma**

### Existencia de vías alternativas de protección

Lo primero que he de decir, es que creo que la institución de la inhabilitación, es una merma demasiado grave de la capacidad individual en relación a aquello que se pretende proteger. No quiero decir con esto que crea que la familia no es importante dentro del entramado social. Muchos menos desconocer la obligación que pesa sobre las personas de alimentar y sostener a su grupo familiar. Simplemente creo que privar a una persona de su capacidad de disponer de su patrimonio, cuando está en pleno uso de sus facultades, y someterlo a un régimen asistencial (con la designación de un apoyo) atenta ilegítimamente contra la libertad individual del sujeto. Ya hay otras medidas que pueden tomarse en relación a alguien que incumple sus deberes familiares. El ordenamiento jurídico prevé diversas vías de protección para el derecho alimentario de los parientes:

A) En la esfera civil, se puede recurrir a la acción de alimentos (arts. 537 y 543 del código civil).

Por su parte, el código establece en el artículo 1551 la prohibición para el donante de efectuar una liberalidad que alcance la totalidad de patrimonio.

B) Penalmente, nuestro ordenamiento jurídico tipifica el delito (de instancia privada) de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, receptado por la ley 13.994.

Como queda claro, son varias las formas que el ordenamiento jurídico prevé para la protección del interés familiar que la inhabilitación por prodigalidad pretende proteger.

Si bien tales mecanismos protectorios podrían fallar en su cometido protectorio: ¿No sería demasiado avanzar sobre la libertad individual del sujeto, privándolo de la libre administración de sus bienes, por una decisión que él ha tomado libremente? ¿Acaso nuestro ordenamiento jurídico soluciona de esta manera otras situaciones similares? Es obvio que si el sujeto incurriera en esa conducta por una afección en su psiquis estaríamos de acuerdo en que tal vez correspondería privarlo de su libre administración para protegerlo.

### Dificultades en la descripción del supuesto de hecho

El segundo de los problemas que advierto es cómo se acreditarán los supuestos de hecho que dan lugar a la inhabilitación. Como se ha visto, no es, ni ha sido una cuestión muy clara y fácil para los autores. Por el contrario, es una cuestión altamente discutida y controvertida, cuestión que irremediablemente llegaría a tribunales.

---

<sup>31</sup>LORENZETTI, Ob.cit., pág. 273

## El cese de la inhabilitación

Según el código, la misma debe disponerla el juez que la decretó, *previo examen interdisciplinario que dictamine sobre el restablecimiento de la persona*. Ahora bien, si para que alguien sea declarado pródigo, debe constatarse la situación de hecho que requiere el código, ¿cómo puede ser que se requiera para su cese un *examen interdisciplinario* al igual que un incapaz, o al igual que un individuo con capacidad restringida? ¿No es acaso el pródigo una persona en el completo uso de sus facultades? ¿De ser alguien con alguna afección mental no entraría en la categoría de incapaz o de capacidad restringida? Para mi intranquilidad, los comentaristas del código, en lo que creo un intento por salvar esta cuestión, nos dicen que ese examen debe circunscribirse a constatar la *“verificación del cese de los actos de la persona que oportunamente exponían a la misma y/o a los beneficiarios protegidos, al riesgo de daño o pérdida patrimonial”*<sup>32</sup>, destacándonos que es una cuestión de hecho. Ahora yo me pregunto, ¿cómo es posible verificar el cese de esas actividades si el sujeto se encuentra privado de su administración y con la asistencia de un apoyo? ¿Cómo sabemos que el sujeto no realiza más esos actos si no es libre de hacerlos? ¿Acaso le preguntamos, “usted sigue realizando actos de prodigalidad”? Es como pretender saber si un perro que una vez que se lo sacó a pasear mordió a alguien, lo volvería a hacer sacándolo con un bozal, y en una jaula. Ya lo decía Mántaras en el II Congreso Nacional de Derecho Civil, refiriéndose al pródigo en tiempos anteriores a la Ley 17.711: *“si es ‘mental’ está previsto con la interdicción del mismo, y si no es un ‘mental’, si su incapacidad proviene exclusivamente del hecho económico de la prodigalidad cabe preguntar: ¿cuándo cesa la incapacidad del pródigo? ¿con que hechos vamos a probar que ha cesado la prodigalidad y que corresponde el levantamiento de la interdicción? Le hemos quitado precisamente la posibilidad de demostrarnos con una prudente administración de sus bienes, que la prodigalidad ha cesado”*<sup>33</sup>. Incluso Lagomarsino, quién después de elogiar la introducción de la regulación del pródigo por la Ley 17.711, nos dice: *“Lo difícil de prever qué requisitos exigirán los jueces para tener por acreditada la cesación del motivo de interdicción, toda vez que no tratándose de una enfermedad, no es posible determinar la cesación de la incapacidad por el examen de facultativos y tampoco podrá exigírsele al pródigo que pruebe haber realizado actos que demuestren que su prodigalidad se ha extinguido, toda vez que la realización de esos actos le son prohibidos”* desbarrancando hacia su final al agregar que debido a la dificultad práctica que se plantea, los jueces seguramente *“deberán recurrir al auxilio de psicólogos que examinando al inhabilitado informarán al juez si a su juicio se encuentra aquél o no en condiciones de ser rehabilitado”*.<sup>34</sup>

Por todo lo expuesto, considero que privar a alguien de su capacidad, en aquellos casos en que estando en el completo uso de sus facultades, realiza actos, con habitualidad, que exponen a su familia a la pérdida del patrimonio, constituye un grave e injustificado atentado contra la libertad del individuo. No podemos perder de vista que existen otras herramientas otorgadas por el ordenamiento jurídico para proteger aquellos intereses que este instituto busca proteger y que su ejercicio puede dar lugar a la satisfacción de pretensiones sólo movidas que por el egoísmo familiar. Tampoco cabe dejar de lado el carácter dificultoso y arbitrario del procedimiento previsto para el cese

---

<sup>32</sup>CARAMELO – PICASSO – HERRERA Ob.cit., pág. 125

<sup>33</sup>TAU ANZOÁTEGUI, C. Ob.cit., pág. 1271

<sup>34</sup>LAGOMARSINO, C. Ob.cit., pág. 907

de la medida<sup>35</sup>. Es de destacar, por último, que más allá del afamado hijo pródigo de la parábola bíblica, no he podido conocer otro, ya que no encontré en la jurisprudencia argentina ningún caso en el que una persona haya sido declarada como tal.

Por lo tanto, en mi opinión, debería suprimirse esta institución de nuestra legislación.

## Bibliografía

- ARGÜELLO, “Manual de derecho romano. Historia e instituciones”, Astrea, 3ra. edición, 2010, pág. 398
- BELLUSCIO – ZANNONI, “Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, Astrea, 1993, T.1
- BERNAL GOMEZ, B. “La curatela del pródigo en el derecho romano”, BMDC (Boletín Mexicano de derecho comparado), vol. 48, pág. 777 y sig.
- BORDA, G. “La reforma del código civil. Inhabilitación”, El Derecho 29-715
- BUERES, “Código civil y comercial de la nación analizado, comparado y concordado”, Hammurabi, 2014, T. I
- BUERES, HIGHTON, “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y Jurisprudencial”, Hammurabi, 1995, T. 1
- BUSSO, E. "Código Civil anotado", Ediar, 1944, T. 1
- CAMELO – PICASSO – HERRERA “Código civil y comercial de la Nación anotado”, Infojus, 2015, t. 1
- CORDERA, BORDA y ALFERILLO, “Código civil y comercial. Comentado, anotado y concordado”, Astrea, 2015
- FRAGA, A., “A interdição do Pródigo”, <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/10/processocivil.pdf>
- GIAVARINO, M. “La inhabilitación por prodigalidad en el proyecto ¿Acierto o desacierto?, Revista de derecho de familia y persona, julio 2012, pág. 353
- GIOVANNETTI – ROVEDA, “La inhabilitación por prodigalidad en el proyecto de código civil y comercial”, Revista de derecho de familia y persona, julio 2012, pág. 371
- GONZALEZ MAGAÑA, I. “La prodigalidad como causal de inhabilitación en el derecho civil argentino”, Revista de derecho de familia y persona, marzo 2011, pág. 293
- LAGOMARSINO, C. “Los pródigos en la reforma del código civil”, El Derecho 23-903
- LORENZETTI, R. “Código civil y comercial de la nación comentado”, RubinzalCulzoni, 2014, T. 1
- LLAMBÍAS, J. “Tratado de derecho civil. Parte General”, AbeledoPerrot, 18va. Edición, 1999, T. I
- LLAMBIAS - RAFFO BENEGAS - POSSE SAGUIER, "Código civil anotado", AbeledoPerrot, 2002, t. I-A
- RIVERA y MEDINA, “Código civil y comercial de la nación comentado”, La Ley, 2014, T. 1

---

<sup>35</sup>GONZALEZ MAGAÑA, I. “La prodigalidad como causal de inhabilitación en el derecho civil argentino”, Revista de derecho de familia y persona, marzo 2011, pág. 295

- ROMERO COLOMA, "Capacidad, incapacidad e incapacitación", Editorial Reus
- TAU ANZOÁTEGUI, C. "La prodigalidad en la ley 17.711", La Ley 138-1261
- TOBÍAS, J. "Algunas observaciones a la parte general del proyecto de código civil de 1998", La Ley 2000-B-1130
- TOBIAS, J. "La persona humana en el proyecto", Revista de familia y de las personas, julio 2012, pág. 261
- "Proyecto de código civil de la República Argentina unificado con el código de comercio. Nota de elevación, fundamentos y legislación comparada", AbeledoPerrot, 1999
- "Proyecto de código civil y comercial de la Nación", La Ley, 2012