

La capacidad en el Derecho Internacional Privado argentino

Por Mario J. A. Oyarzábal

SUMARIO:

I. Consideraciones preliminares.— II. Ámbito de la ley personal.— III. Excepciones a la ley domiciliaria.— IV. La minoría de edad.— V. La emancipación.— VI. Mayoridad y conflicto móvil.— VII. La interdicción.— VIII. Crítica de la solución legal y reflexiones finales.— IX. Bibliografía

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La capacidad es una aptitud, un atributo de las personas que sólo puede realizarse en conexión con otras instituciones jurídicas como el matrimonio, las sucesiones, los contratos, el proceso, etc. Esta complementariedad justifica la consideración de la capacidad, sea como una cualidad o atributo inherente a la personalidad, sea como un elemento constitutivo de cada relación o acto jurídico. Según que el acento se ponga en uno u otro aspecto del fenómeno, la capacidad será objeto de una categoría jurídica autónoma o de muchas categorías autónomas.

La oportunidad de emplear uno o varios puntos de conexión influencia sin duda la decisión del legislador. Las soluciones inspiradas en la primera tendencia no pueden consistir sino en la aplicación de la ley personal —de la nacionalidad, del domicilio o de la residencia— del sujeto. Las soluciones que se inspiran en la segunda tendencia comportan, en cambio, la aplicación de la ley de la relación o del acto respecto del cual la cuestión de la capacidad se plantea.

En la mayoría de los sistemas de Derecho Internacional Privado ambas tendencias coexisten; cada una se aplica a una parte más o menos extensa del amplio dominio de la capacidad (1). Veremos cómo esto también sucede en el Derecho Internacional Privado argentino, donde la aplicación de la ley personal del individuo, que constituye la regla general, puede resultar excluida en beneficio de la ley del acto, o allí donde la *lex fori* reclama la prioridad.

II. ÁMBITO DE LA LEY PERSONAL

En el Derecho Internacional Privado argentino la capacidad constituye un elemento del estatuto personal, explícitamente regido por los arts. 6, 7 y 948 CCiv., y sometido a la ley del domicilio. La ley domiciliaria rige tanto la capacidad general de la persona como la capacidad específica para la realización de determinados actos jurídicos, vgr., para emanciparse, para ser adoptada, para contratar, para testar, etc. Es que el legislador ha considerado que las cuestiones que afectan al estado y la capacidad de una persona deben ser gobernadas por una única e idéntica ley, independientemente de donde pueda encontrarse o de donde los hechos controvertidos puedan haber tenido lugar.

El art. 949 es una típica norma de aplicación exclusiva, referida a ciertas prohibiciones consistentes, por lo general, en casos particulares de las llamadas "incapacidades de derecho" y fundadas en la protección de concepciones de orden público internacional argentino (ver arts. 279, 426, 431, 432, 434, 435, 475, 1218, 1358 a 1361, 1807, 1808, 2011, 3291, 3294, etc. CCiv.). Pero no todas las disposiciones argentinas sobre prohibiciones deben aplicarse sin más en casos internacionales (2). Respecto de ellas se impone una interpretación "estrictamente restrictiva" para no desvirtuar la eficacia normativa de las reglas de conflicto generales sobre estatuto personal (3).

Aunque la doctrina no ha logrado llegar a un acuerdo sobre la armonización de los arts. 6, 7 y 948 por un lado y del art. 949 por el otro, ni la jurisprudencia nos brinda una interpretación clara de las controvertidas

(1) Conf. Capotorti, Francesco, "La capacità en Droit International Privé", *Recueil des cours*, t. 110, 1963-III, ps. 165/9. Ver, en general, Rabel, Ernst, "The conflict of laws: A comparative study", vol. I, *Ann Arbor*, 1958-1964, p. 109.

(2) En contra: Goldschmidt, Werner, "Derecho Internacional Privado", 1992, Ed. Depalma, ps. 219/20.

(3) Boggiano, Antonio, "Derecho Internacional Privado", t. I, Ed. Abeledo-Perrot, 1991, ps. 634/6.

disposiciones (4), importa recordar con Boggiano que el criterio según el cual tanto la capacidad como la incapacidad de hecho y de derecho están regidas por la ley del domicilio fue sostenido por la delegación argentina al Congreso de Montevideo de 1939/40 y también ante la Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, reunida en Montevideo en 1979 (CIDIP. II). Por lo que resulta lícito afirmar que esa tesis constituye la interpretación oficial (5).

En el ámbito convencional, ambos Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940 someten la capacidad, sin distinciones, a la ley del domicilio (art. 1).

Esta materia puede dar lugar a la aplicación del reenvío cuando el derecho del domicilio reexpide al de la nacionalidad, para favorecer la armonía jurídica. También cuando los intereses del comercio que son asegurados por la ley del contrato entran en conflicto con el juego ordinario de la ley personal que asegura la protección de los incapaces, con miras a lograr una transacción entre ambas exigencias (6).

Para designar la ley aplicable a la capacidad el domicilio y, en su caso, la nacionalidad deben ser determinados al momento en que tuvo lugar el acto objeto del juicio (7). El art. 3611 CCiv., al someter la capacidad de testar a la ley del domicilio del testador al momento de redactar el testamento, no hace sino aplicar a este supuesto tan reconocido principio. Otro ejemplo es el art. 3286, que somete la capacidad de suceder a la ley del domicilio de la persona al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, ya que la transmisión de la herencia se causa en ese preciso momento (art. 3282 CCiv.).

La capacidad para adquirir un domicilio de elección en otro país es determinada por la ley del domicilio del individuo en ese momento. Aunque se ha estimado que sería preferible aplicar la ley del país cuyo domicilio la persona busca adquirir (8). Esta solución se impone, como veremos, en la hipótesis del art. 138 CCiv. Pero fuera de ella se rige por el derecho domiciliario de quien ejerza la patria potestad, la tutela o la curatela (art. 90 inc. 6 CCiv.).

III. EXCEPCIONES A LA LEY DOMICILIARIA

Determinadas capacidades especiales dan lugar, sin embargo, a una derogación de la ley del domicilio. Así, el art. 10 CCiv. somete la capacidad de adquirir inmuebles argentinos a la *lex rei sitae*. Y el art. 159 regula la capacidad para contraer matrimonio según la ley del lugar de celebración, como condición de su validez sustancial. El *favor negotiorum patriae* del art. 14 inc. 4 CCiv. desempeña un papel similar en cuanto a la capacidad de las partes. Una persona no puede alegar una incapacidad resultante de su ley domiciliaria en un contrato celebrado o a ejecutarse en la Argentina si fuese capaz según las leyes argentinas, salvo si uno de los contratantes conocía esa incapacidad o no la ignoraba sino en razón de una imprudencia de su parte (9). Esta solución es tradicional en Francia a partir del caso "Lizardi", con el fin de salvaguardar la buena fe del que ha contratado en dicho país con un extranjero creyéndolo capaz (10). De ahí el nombre de excepción o correctivo del "interés nacional" con que se la conoce. Aunque el verdadero fundamento parece residir en la excusabilidad de la ignorancia del derecho extranjero (11). También ha sido recogida en el art. 10.8 CCiv. español y en el art. 12 Ley de Introducción al Código

(4) Conf. Goldschmidt, Werner, "Derecho Internacional Privado" cit., p. 220.

(5) Ver Boggiano, Antonio, "Derecho Internacional Privado" cit., p. 634. Las principales teorías en torno a la interpretación de los arts. 6, 7, 948 y 949 CCiv. pueden ser consultadas en prácticamente todas las obras generales de Derecho Internacional Privado argentino, lo que justifica que no las reproduzcamos aquí: vgr., Feldstein de Cárdenas, Sara L., "Derecho Internacional Privado. Parte especial", 2000, Universidad de Buenos Aires, ps. 73/7; Goldschmidt, Werner, "Derecho Internacional Privado" cit., ps. 217/20; Kaller de Orchansky, Berta, "Nuevo manual de Derecho Internacional Privado", con la colaboración de Adriana Dreyzin de Klor y Amalia Uriondo de Martinoli, 1990, Ed. Plus Ultra, ps. 190/6; Rapallini, Liliana E., "Temática de Derecho Internacional Privado", Ed. Lex, 1998, ps. 113/6; Weinberg de Roca, Inés M., "Derecho Internacional Privado", 2002, Ed. Depalma, ps. 154/6.

(6) Battifol, Henri, "Droit International Privé", 5e édition avec le concours de Paul Lagarde, LGDJ., t. II, 1971, París, p. 115, esp. nota 19.

(7) Ver Rigaux, François, "Le conflit mobile", Recueil des cours, t. 117, 1968-I, ps. 378/381.

(8) Castel, J. G., "Canadian conflict of laws", 1997, Butterworths, Toronto-Vancouver, p. 84. Ver también Graveson, Ronald H., "Capacity to acquire a domicile", Int. L.Q., vol. 3, 1950, p. 149.

(9) La profesora Feldstein de Cárdenas, Sara L., "Derecho Internacional Privado. Parte especial" cit., p. 60, ha sostenido que el art. 14 inc. 4 sólo convalida defectos formales del contrato; pero Goldschmidt, Werner, "Derecho Internacional Privado" cit., ps. 218, 222 y 399/400, ha demostrado, sobradamente, a mi juicio, que se aplica también a la capacidad como a la validez intrínseca.

(10) Req. 16 janvier 1861, D. P. 61.1.193, S. 61.1.305, con nota de Massé.

(11) Ver Battifol, Henri, "Droit International Privé" cit., ps. 111/3.

Civil alemán (EGBGB.), pero este último la concibe de forma más amplia, cuando el contrato ha sido celebrado por personas que se encuentran en un mismo país (es decir, tanto dentro como fuera de Alemania) y sin perjuicio de su nacionalidad (ley personal), es decir, en términos semejantes al art. 11 Convención de Roma de 1980.

Así las cosas, resulta acertado el rechazo de Boggiano a calificar las prohibiciones del art. 949 como concernientes a la materia de donde surge la regla prohibitiva (contratos, derecho sucesorio, etc.), por vía del reenvío interno (12) o de otra forma. Esta solución es predominante en los países del *Common Law*, donde no existe una regla general relativa a la capacidad de las personas (13), la que normalmente se rige por la ley aplicable a la validez sustancial del acto jurídico respecto del cual hay que apreciar la capacidad (*lex causae*); y ocasionalmente, por la ley del lugar de celebración del acto o del contrato (*lex loci celebrationis*). Pero no tiene cabida, decíamos, en el Derecho Internacional Privado argentino. Salvo cuando existan normas de naturaleza especial, de fuente nacional o internacional, aplicables a la hipótesis. Entre las de origen interno reiteramos los arts. 10 y 159 citados. Entre las de origen convencional encontramos el art. 45 de ambos Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, que someten la capacidad del heredero o legatario para suceder a la ley sucesoria que es la del lugar de la situación de los bienes hereditarios, y el art. 1 Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas (CIDIP. I, Panamá, 1975), que establece que la capacidad para obligarse se rige por la ley del lugar donde la obligación ha sido contraída. Esta última introduce en el párr. 2º art. 1 el *favor negotii*, indicando que si la obligación fue contraída por quien fuere incapaz según dicha ley tal incapacidad no prevalecerá en el territorio de otro Estado contratante cuya legislación considere válida la obligación. Pero ante el silencio de la ley, las capacidades especiales deben considerarse incluidas en el régimen general de los arts. 6, 7 y 948 CCiv. y del art. 1 Tratados de Montevideo.

Otras limitaciones a la aplicación de la ley del domicilio o de la *lex causae* vienen dadas por la acción del orden público internacional, si el derecho indicado por la nor-

ma de conflicto argentina contemplase una incapacidad general para el goce de derechos –la denominada “muerte civil” (art. 103 CCiv.)–, o introdujese discriminaciones atentatorias del principio de la igualdad de los sexos o de otra índole (arts. 16 CN. [LA 1995-A-26]). Ello surge, asimismo, de forma operativa como resultado de la ratificación por nuestro país de una serie de convenciones internacionales de derechos humanos, algunas de las cuales gozan de jerarquía constitucional. Dos de ellas se refieren específicamente a la capacidad. La primera es la Convención de las Naciones Unidas sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios de 1962 (aprobada por ley 18444; B.O. del 24/11/1969 [ALJA 1969-B-326]), que atribuye a los Estados la competencia para fijar la edad mínima para contraer matrimonio, no pudiendo legalmente casarse las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo causa justificada y mediando la oportuna dispensa (art. 2). Lo que se condice con el art. 160 CCiv., que excluye de los impedimentos para reconocer matrimonios extranjeros la falta de edad mínima establecida en la legislación argentina (16 años para la mujer y 18 años para el hombre). Pero como no cabría reconocer en la Argentina matrimonios extranjeros celebrados entre niños, la capacidad de los contrayentes se juzga en cada caso por el juez argentino del exequá-tur. La definición de niño no puede tomarse de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (LA 1994-B-1703), art. 1 (aprobada por ley 23849; B.O. del 22/10/1990 [LA 1990-C-2699]), ya que conduciría al desconocimiento de todo matrimonio celebrado por menores de 18 años, y aun a convertir en impedimento dirimente el impedimento impediendo del art. 166 inc. 5 CCiv. Más bien habría que buscarla en función de la edad y madurez del niño para el discernimiento, que constituye un requisito del matrimonio válido y que deberá ser apreciado en cada caso por el juez argentino del reconocimiento. La segunda es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979 (LA 1994-B-1669) (aprobada por ley 23179; B.O. del 3/6/1985 [LA 1995-A-12]), que obliga a los Estados a reconocer a la mujer en materias civiles “una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad” (art. 15 inc. 2). No se podría

(12) Boggiano, Antonio, “Derecho Internacional Privado” cit., ps. 635/6.

(13) Ello puede observarse con simplemente recorrer los índices de algunas de las principales obras anglosajonas: vgr., Cheshire y North, “*Private International Law*”, 12th. edition by P. M. North and J. J. Fawcett, Butterworths, London-Dublin-Edinburgh, 1992; Scoles, Eugene F. y Hay, Peter, “*Conflict of laws*”, 2th. edition, West Group, St. Paul, Minn., 1998; Castel, J. G., “*Canadian conflict of laws*”, 4th. edition, Butterworths, Toronto-Vancouver, 1997; Sikes, Edward I. y Pryles, Michael C., “*Australian Private International Law*”, The LawBook Co. Ltd., Sydney, 1991; Anton, A. E. & Beaumont, P. R., “*Private International Law*”, W. Green, Edinburgh, 1990; Binchy, William, “*Irish conflicts of law*”, Butterworth (Ireland) Ltd., 1998.

admitir, por ejemplo, una legislación extranjera que negara o restringiera la capacidad de las mujeres para el ejercicio de la patria potestad (art. 16 incs. 1.d y 1.f), o para contratar (art. 15 inc. 2 cit.), o para contraer matrimonio (art. 16 inc. 1.a).

IV. LA MINORÍA DE EDAD

La ley 17711 (B.O. del 26/4/1968 [ALJA 1968-A-498]) ha eliminado todo rastro de la incapacidad de la mujer en el derecho argentino. Con lo que sólo los menores subsisten como personas básicamente incapaces (arts. 54 inc. 2 y 55 CCiv.). Incapacidad que incluso se quiebra cuando concurre algún facultamiento en su favor para realizar determinados actos. La incapacidad de los menores cesa en el derecho argentino por la mayoría de edad, el día en que cumplen 21 años, y por la emancipación (art. 128). Pero otros Estados no comparten esa opción temporal y la fijan en los 18 años, que constituye la tendencia actual, y excepcionalmente en una edad superior (22 a 25 años). De ahí la importancia de determinar el derecho aplicable a la duración y a las consecuencias de la minoridad.

En el Derecho Internacional Privado argentino la ley domiciliaria rectora de la capacidad, según los arts. 6, 7 y 948 CCiv., es la llamada a regular la condición de menor de edad, la adquisición de la mayoría de edad y la condición de capacidad de los menores. Tanto el grado o la efectiva situación de incapacidad genérica que los afecta como la eventual capacidad para realizar determinados actos antes de alcanzar la mayoría de edad (vgr., para testar, reconocer hijos extramatrimoniales, celebrar contrato de trabajo, administrar sus bienes o estar en juicio), la intervención de las personas que deben suplir o completar su incapacidad y las facultades de aquéllas.

Podría argumentarse que el estado de mayoría o minoridad a efectos de la aplicación de la ley penal está mejor regido por la ley personal del sujeto acusado o víctima del delito (14). Pero no es así en el sistema argentino. La ley 22278 (B.O. del 28/8/1980 [LA 1980-B-1539], mod. por las leyes 22803 [LA 1983-A-103], 23264 [LA 1985-B-1098] y 23742 [LA 1989-C-2582]), que establece el régimen penal de la minoridad, determina la imputabilidad o inimputabilidad se-

gún la edad respecto de los delitos a los que se aplica la ley penal argentina (art. 1 CPen.). Los incapaces según la ley de su domicilio o de su nacionalidad son también destinatarios de las normas penales argentinas; y viceversa, los menores de 16 y de 18 años se benefician del mismo régimen que los menores "argentinos", aunque fueran penalmente responsables según su ley personal. Por lo demás, el sistema de la ley personal es susceptible de introducir una desigualdad violatoria de la Constitución Nacional (art. 16). Ahora bien, el juez argentino no puede declarar la pérdida de la patria potestad o la privación de la tutela o de la guarda, que prevé el art. 7 ley 22278 (texto según ley 23264), si el menor no está domiciliado en el país; sin perjuicio de la restricción que la "disposición definitiva" del menor implica a su ejercicio.

Para la aplicación de la legislación social la condición de menor o mayor se rige, en principio, por la ley domiciliaria. También la edad en que se adquiere la capacidad laboral y profesional, siempre que sea igual o mayor de 14 años, ya que en la Argentina está prohibido el empleo de menores de edad inferior a la indicada, y el art. 189 ley 20744 (B.O. del 21/5/1976 [ALJA 1976-A-128]) de Contrato de Trabajo que la establece es de orden público internacional.

La incapacidad de los esposos por falta de edad legal está sometida, como dijimos, a la ley aplicable a la celebración del matrimonio (art. 159 CCiv.). La capacidad para ejercer por cuenta propia la opción por la nacionalidad argentina y para naturalizarse argentino se rige por el derecho argentino (art. 2 inc. 1 ley 346 [ALJA 1853-1958-1-41]; art. 2 decreto 231/1995 [LA 1995-B-1738]) (15).

La ley aplicable a la capacidad determina también la sanción de los actos obrados mediando incapacidad, la naturaleza de la nulidad y los efectos del acto entre las partes y respecto de terceros, el plazo de prescripción de la acción de nulidad, etc.

V. LA EMANCIPACIÓN

La emancipación, como "institución por la cual los menores de edad quedan liberados de la incapacidad que pesa sobre ellos con anticipación a la mayoría de edad" (16), debe someterse también a la ley personal. El de-

(14) Así es, por ejemplo, en Bélgica; conf. Rigaux, François y Fallon, Marc, "Droit International Privé", t. II, "Droit positif belge", deuxième édition refondue, Larcier, Bruxelles, 1993, p. 405.

(15) Ver, de nuestra autoría, "La nacionalidad argentina. Un estudio desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, del Derecho Internacional Privado y del derecho interno argentino, con referencias al derecho de la integración", 2003, Ed. La Ley, ps. 31/4.

(16) Uambías, Jorge J., "Tratado de derecho civil. Parte general", 18ª edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, t. I, 1999, Ed. Abeledo-Perrot, p. 407.

recho domiciliario del menor regula los requisitos para emanciparse (edad mínima, consentimiento del menor), las causas de emancipación (por matrimonio, por habilitación paterna o judicial, o por llevar vida independiente), los efectos sobre la capacidad del menor emancipado (capacidad general de obrar y actos prohibidos o supeditados a autorización paterna o judicial) y su revocación.

Ahora bien, la emancipación por matrimonio plantea como cuestión previa la existencia de un matrimonio válido según la *lex loci celebrationis* (art. 159 CCiv.). En el caso de nulidad del matrimonio, su incidencia sobre la emancipación que se había producido se determina por la ley rectora de la emancipación. No obstante, cabría ver en el art. 132 CCiv. una norma material imperativa que garantiza la subsistencia de la emancipación en el caso de matrimonio putativo respecto del cónyuge de buena fe.

La habilitación paterna suscita, asimismo, la cuestión previa de determinar la titularidad de la patria potestad, que en el sistema argentino se rige también por la ley domiciliaria del hijo —que es el del padre, salvo si el menor reside en otro lugar diferente—. La ley aplicable a la emancipación determina la forma que ha de revestir el acto, así como las consecuencias de la infracción de la forma impuesta. Mas parecería que siempre es necesario un instrumento público para que pueda inscribirse en el Registro Civil y Capacidad de las Personas argentino (art. 131 CCiv.) y ser oponible a terceros (17). También puede realizarse por acta pasada ante las autoridades diplomáticas o consulares argentinas (art. 248 inc. j Reglamento Consular), que deviene el único medio si la *lex loci* desconoce la institución de la emancipación, como el derecho inglés y el de algunos Estados de la Unión.

La competencia de los tribunales argentinos para acordar la emancipación requiere del domicilio o de la residencia habitual del menor en el país. No bastan razones de “absoluta necesidad” o de “ventaja evidente” si la persona vive en el extranjero (art. 136 CCiv.). Análogamente, habrá que desconocer habilitaciones extranjeras que no procedan del país del domicilio o de la residencia habitual del emancipado, por no estar basadas en las normas argentinas de jurisdicción internacional (art. 517 inc. 1 CPCCN. [t.o. 1981, LA 1981-B-1472]).

Finalmente, debe reconocerse en la República la emancipación presunta —vgr., del mayor de 16 años que vive de forma independiente con el consentimiento de los padres—, por aplicación de la ley extranjera domiciliaria (art. 319 CCiv. español), aunque el derecho argentino desconozca tal causa de emancipación.

El problema de si la emancipación extingue la patria potestad o la tutela se rige por el derecho aplicable a estas últimas. Pero en caso de conflicto sobre una incapacidad del menor con relación a los actos prohibidos o supeditados a la autorización paterna la ley de la emancipación prevalece.

La emancipación comercial debe quedar también sometida a la ley del domicilio (civil), como supuesto del régimen general de habilitación de edad que lo habilita para ejercer el comercio, al igual que la capacidad del habilitado para establecer un domicilio comercial. Pero una vez constituido, la capacidad para ejercer el comercio se rige por este último (18).

VI. MAYORIDAD Y CONFLICTO MÓVIL

El domicilio es susceptible de mudamiento. El cambio de domicilio puede dar lugar a que quien era capaz según la ley personal anterior sea incapaz según la nueva ley personal, y viceversa. El problema consiste en saber si a efectos de determinar la mayoría o la emancipación de una persona el punto de conexión debe considerarse *antes* o *después* del cambio que ha sufrido. Es lo que se denomina “cambio de estatuto” (*Statutenwechsel*) o “conflicto móvil”.

Los arts. 138 y 139 CCiv. argentino dan dos soluciones expresas al conflicto móvil:

El art. 138 establece que si un menor o no emancipado según el derecho de su domicilio extranjero muda su domicilio a la República, será considerado mayor o menor emancipado si lo fuese para la ley argentina. Naturalmente, la capacidad para radicar su domicilio por actos propios en el territorio argentino se rige por la *lex fori*. Así lo ha considerado la jurisprudencia en el célebre caso “María B. Valle Inclán” (19). No es que el precepto carezca de aplicación práctica si el interesado no tuviera capacidad para cambiar por sí su domicilio mientras fuera menor (20). Pero lo cierto es que limitar la situación fáctica al supuesto de cambio de domicilio derivado del traslado del domicilio de los padres o del repre-

(17) Ver Llambías, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil. Parte general” cit., p. 410, nota 79 bis 1.

(18) Ver Rapallini, Liliana E., “Temática de Derecho Internacional Privado” cit., p. 276.

(19) C. Civ. 2ª Cap. Fed., 7/5/1942, LL 26-573 y JA 1942-II-789.

(20) Conf. Romero del Prado, Víctor, “Derecho Internacional Privado”, t. II, 1961, Ed. Assandri, ps. 47/8; Feldstein de Cárdenas, Sara L., “Derecho Internacional Privado. Parte especial” cit., ps. 66/7; Weinberg de Roca, Inés M., “Derecho Internacional Privado” cit., p. 159.

sentante legal al país parece reñido con la idea material latente en la norma a favorecer la mayoría o emancipación.

El art. 139 comulga con el principio de la invariabilidad del estatuto inicial determinado según la ley del domicilio anterior. Un mayor o menor emancipado según el derecho de su anterior domicilio extranjero sigue siéndolo aunque las leyes argentinas de su nuevo domicilio no lo juzguen así. Ciertamente que si una persona es mayor o menor emancipada según su ley domiciliaria no deja de serlo por transitar o residir actualmente en la Argentina, en virtud de las reglas generales de los arts. 6, 7 y 948 CCiv. La idea fundante del art. 139 es la misma que la del art. 138: la preferencia por el derecho más favorable a la capacidad.

Los arts. 138 y 139 dan también varias soluciones implícitas al conflicto móvil: hay que considerar mayor o menor emancipado a quien muda su domicilio de la República al extranjero, o entre dos países extranjeros, si lo es en el primero o en el segundo (extensión multilateral de los arts. 138 y 139); y también al que viaja al extranjero siendo menor, gana la mayoría de edad sin fraude y regresa luego a la Argentina (caso de ida y vuelta). Se aplica el derecho más favorable a la capacidad. Así se resolvió en el caso "Evelina G. F. Berman", aplicándose por analogía los arts. 138 y 139 a la hipótesis de que un menor salga del país e ingrese en otro cuyo derecho la considere capaz para constituir domicilio (21). Esta doctrina quedó plasmada en las Normas de Aplicación del Reglamento Consular adoptadas por resolución ministerial 154/1964, que establecen que cuando los funcionarios consulares expidan, renueven o prorroguen pasaportes a menores de 21 años de edad tendrán en cuenta los arts. 138 y 139 CCiv. respetando las leyes del domicilio que determinan los mismos.

Los Tratados de Montevideo tienen disposiciones semejantes al art. 139 CCiv., pero no al art. 138 (art. 2 de ambos Tratados de 1889 y 1940). No obstante, la regla a favor de la ley que otorga la capacidad, ya sea la del anterior domicilio o la del nuevo, puede reputarse declarativa de un principio general del Derecho Internacional Privado, que excede la fórmula restrictiva adoptada por los Tratados (22).

VII. LA INTERDICCIÓN

A diferencia de los menores, cuya ley domiciliaria los tiene directamente por incapaces, los mayores no sufren una incapacitación como resultado de una medida individual, administrativa o judicial de que son objeto. De ahí la interrelación que existe entre la jurisdicción internacional y el derecho aplicable en esta materia.

Los jueces argentinos son competentes para establecer la interdicción cuando el denunciado tenga su domicilio o residencia en la Argentina (arts. 400 y 475 CCiv.; art. 58 Tratado de Montevideo de 1889). En el primer caso la jurisdicción argentina es exclusiva (23); en el segundo puede haber jurisdicción extranjera concurrente con la jurisdicción argentina. Razones de urgencia pueden habilitar la jurisdicción argentina para ordenar la internación o adoptar otras medidas provisionales o de aseguramiento de un presunto incapaz hallado en territorio argentino, pero no para conocer en el juicio de insania o discernir la curatela. Resulta apropiado que tanto la incapacitación como la adopción de medidas de protección definitivas del incapaz mayor de edad recaigan en un mismo e idéntico foro (24), ya que la sentencia de interdicción provoca la incapacidad del interdicto para el gobierno de su persona o de sus bienes, que deben ser confiados al cuidado de otra persona. Dicha competencia corresponde a los tribunales argentinos cuando el afectado tiene domicilio en la República.

Ahora bien, el juez argentino competente aplicará tanto respecto de las causas como en cuanto a los efectos de la incapacidad pronunciada su *lex fori* (art. 404 CCiv.), que es la ley del domicilio del denunciado. Lo que elimina problemas de adaptación, salvo en los supuestos de reconocimiento de decisiones de incapacitación extranjeras. Pero aun entonces cabría atender sólo a la legislación extranjera en el plano de la capacidad del sujeto y de las facultades del guardián o del administrador designado, si el derecho argentino desconociera esa causa de incapacitación, bajo reserva del orden público. También las facultades del curador extranjero pueden ser limitadas por acción del orden público si pretendiera, por ejemplo, la internación del incapaz en el país sin que concurren las razones del art. 482 parte 1ª CCiv. (peligro de que se dañe a sí mismo o dañe a otros).

(21) C. Nac. Civ., sala C, 30/12/1957, LL 91-439 y JA-1958-IV-27, con comentario de Goldschmidt, en Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas, t. VII, n. 14, 1958, p. 81 y ss. y 169 y ss.

(22) Conf. Capotorti, Francesco, "La capacité en Droit International Privé" cit., ps. 211/2.

(23) C. Civ. 1ª Cap. Fed., caso "Zucker, Carlos O.", 19/7/1932, Gaceta del Foro, t. 92, p. 223 y ss., y JA 38-1045.

(24) Conf. Fernández Rozas, José C. y Sánchez Lorenzo, Sexto, "Derecho Internacional Privado", 1999, Ed. Civitas, Madrid, ps. 395/6.

Las decisiones extranjeras que declaran una incapacidad son reconocidas en la Argentina según las reglas generales aplicables al reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras en materia de estado civil y capacidad. Su inscripción en los Registros de Incapaces y del Estado Civil de las Personas debe hacerse por orden de juez competente, sin que sea necesario promover el incidente de exequátur, salvo cuando disponga una medida de ejecución sobre la persona o los bienes del incapaz. Sin embargo, la cuestión más delicada que suscita el reconocimiento de decisiones extranjeras que pronuncian una incapacidad se refiere a la oponibilidad a terceros de las medidas que no recibieron ninguna publicidad en la Argentina. Ya que el error excusable del contratante del incapaz puede conducir al desconocimiento de eficacia de la incapacidad pronunciada en el extranjero (arts. 76 y 77, decreto ley 8204/1963 de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas; B.O. del 3/10/1963 [ALJA 1963-210]). Me parece que habría que aplicar el régimen de los actos jurídicos obrados por insanos no interdictos. La pauta del art. 473 CCiv. es muy aprovechable: la nulidad no puede hacerse valer si la incapacidad no fuera notoria contra contratantes de buena fe y a título oneroso. De igual manera, habría que tener por válidos los actos obrados por el curador de un incapaz después de revocada la representación si el contratante pudo sin culpa tener por subsistente esa tutela (25).

El levantamiento de la interdicción concierne al juez argentino del domicilio o de la residencia actual del afectado, aunque la incapacitación haya sido declarada en el extranjero (26). Los requisitos de que depende la rehabilitación, así como quiénes pueden pedirla y los efectos legales que la sentencia produce sobre la incapacidad que pesaba sobre el interdicto, se rigen por el derecho argentino, sea como *lex fori* o como ley domiciliaria. La capacidad del interdicto para establecer por actos propios su domicilio en la República se rige, como ya dijimos, por la ley de su domicilio al tiempo del cambio. Por cierto que la interdicción extranjera cesa, aunque la causa patológica subsista, si el derecho argentino desconoce la incapacidad o la regula de manera diferente, como es el caso de los ciegos, de los sordomudos que saben darse a entender por escrito (art. 54 inc. 4 CCiv.) y de los pródigos antes de la admisión del

instituto por la ley 17711 (ALJA 1968-A-498); salvo en el supuesto de manipulación fraudulenta del conflicto móvil con el propósito de escapar a la protección impuesta al incapaz por la anterior ley domiciliaria.

Los conceptos precedentes podrían aplicarse incluso a la incapacidad civil de los penados (27). Las repercusiones en el orden civil que acompañan a los condenados a privación de la libertad, la duración y el alcance de la incapacitación, quedarían sometidas a la ley del domicilio del penado al tiempo de la condena. También las incapacidades de derecho que pudieran afectarlos, nuevamente dejando a salvo el orden público internacional. La sentencia penal extranjera que establece la interdicción legal del condenado tiene efecto automático en nuestro país a título de realidad jurídica concreta, tanto si emana de un tribunal del Estado del domicilio de la persona como de un tercer Estado, y aunque el condenado haya tenido último domicilio argentino o el derecho del país extranjero de su domicilio vea todo reconocimiento a la condenación penal foránea. "La sentencia penal constituye solamente el presupuesto —como cualquier otro hecho material o jurídico— para una valoración dada del derecho privado aplicable, como tal perfectamente reclamable" (28). Ciertamente es que el art. 9 CCiv. declara que las incapacidades que revisitan el carácter de penales son meramente territoriales. Pero esta norma es injusta, ya que deja a los penados desprovistos de toda protección, aun cuando su propia ley domiciliaria prevea la incapacitación a título accesorio de la condena penal. Por lo que el precepto debería restringirse a aquellos casos en que la ley domiciliaria no determina tal consecuencia, así como a las incapacidades de naturaleza administrativa o pública (vgr., la privación del sufragio o de empleo o cargo público) y a aquellas que conculquen el orden público argentino. Hasta aquí lo que respecta a la incapacidad que es efecto de una sentencia penal pronunciada por un juez extranjero. En el otro caso, cuando es pronunciada por un juez argentino, la condena por más de tres años de privación de libertad produce la consecuencia de derecho privado que estatuye el art. 12 CPen. (privación de la patria potestad, de la administración de sus bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos), aunque el sujeto estuviere domiciliado en el exterior. El mismo criterio debe seguirse con relación

(25) C. Civ. 1ª Cap. Fed., caso "R. E. V.", fallo 22061, LL 45-505, con comentario de Romero del Prado.

(26) C. Nac. Civ. sala B, caso "López Taboada, José", 16/9/1957, fallo 41868, LL 90-154/5, JA 1958-III-462 y ss., con comentario de Goldschmidt.

(27) Muy recomendable, Ferrari Bravo, Luigi, "Gli effetti delle condanne penali nel Diritto Internazionale Privato italiano", *Rivista di Diritto Internazionale*, 1960, ps. 26/57.

(28) Ballarino, Tito, "Diritto Internazionale Privato", terza edizione con la collaborazione di Andrea Bonomi, Ed. Cedam, Padova, 1999, p. 333.

a las incapacidades de derecho que resultan de diversas disposiciones legales (ver arts. 166 inc. 7, 398 inc. 10, 475, 990, 3291, 3294 CCiv.; art. 19 incs. 1, 2 y 3 CPen.). Las inhabilitaciones previstas en la legislación argentina son aplicables como normas de policía en cuanto están destinadas a surtir efecto en la Argentina, y como tales tienen preeminencia sobre la ley domiciliaria del condenado o la ley aplicable a la relación sobre la cual la interdicción repercute.

VIII. CRÍTICA DE LA SOLUCIÓN LEGAL Y REFLEXIONES FINALES

Goldschmidt sienta, una vez más, en la Argentina la doctrina correcta (29); que lamentablemente no fue seguida por los redactores del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado elevado al ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14/5/2003 (arts. 47 y 103). Las capacidades generales de derecho y de hecho constituyen calidades durables del sujeto que deben "seguirlo" y conservar su valor jurídico aun en el extranjero. Desde este punto de vista, la competencia de la ley personal —la ley del domicilio— encuentra varias justificaciones. Primero, la atribución o la exclusión de la capacidad dependen esencialmente de dos fenómenos físicos —la edad y el equilibrio mental—, que tienen una naturaleza necesariamente individual. Segundo, esos fenómenos influyen la posición del sujeto dentro de la sociedad y dan lugar a estados personales: el estado de menor, de interdicto, etc. En fin, las incapacidades de hecho tienen generalmente por objeto la protección de la persona, razón suficiente para que su reconocimiento sea universal (30).

Por ello es que también la capacidad para contraer matrimonio debería regirse, a mi juicio, por la ley personal de los contrayentes. La finalidad de lograr matrimonios válidos, que subyace al art. 159 CCiv., no es más loable que la de obtener adopciones válidas, o contratos válidos, desde el punto de vista del tráfico jurídico. Y aún nadie propone someter la capacidad para adoptar a la ley que rige la validez intrínseca de la adopción, o la capacidad de los contratantes a la ley aplicable al contrato o del país donde fue celebrado. Me parece que la capacidad para casarse debería excluirse del ámbito de la *lex loci celebrationis*, salvo cuando el matrimonio se celebra en nuestro país si el contrayente tenía capacidad según el derecho argentino.

En cuanto a las incapacidades especiales, lo justo sería recurrir a la ley de la relación o de la institución respecto de la cual la cuestión de la capacidad se plantea (31). Por ejemplo, la capacidad o incapacidad de los cónyuges de hacerse donaciones debería someterse al derecho que rige el régimen patrimonial del matrimonio; las cuestiones de consanguinidad y afinidad y de ligamen deberían resolverse por la ley aplicable a la validez substancial del matrimonio; las prohibiciones del tutor de casarse con su pupila deberían depender del derecho que rige la tutela; a la indignidad para suceder habría que aplicar la ley que rige la sucesión, y no la ley del domicilio del heredero que establece el art. 3286 CCiv.; etc. Siempre teniendo en cuenta el orden público (art. 14 inc. 2 CCiv.) y el *favor negotiorum patriae* (art. 14 inc. 4). Es que, "en realidad, apenas se trata de una incapacidad, y constituye más bien una *regla prohibitiva* que usualmente se denomina incapacidad porque, sin afectar el estatus jurídico de una persona concierne al conjunto de sus actos, se plantea en consideración de una calidad de la persona" (32), en el caso, la calidad de esposo, de tutor o de heredero.

Las incapacidades relativas a relaciones de derecho público son objeto de una regla de conflicto autónoma: caen bajo el dominio exclusivo de la *lex fori*, conforme al principio de la territorialidad del derecho público. Por ejemplo, la necesidad de que uno de los contrayentes sea autorizado por un organismo público para contraer matrimonio a causa de su profesión o de su calidad oficial (art. 21 inc. r ley 20957 [ALJA 1975-A-116] del Servicio Exterior de la Nación). No obstante, la incapacidad de los extranjeros de ser propietarios de inmuebles en territorios de fronteras, que, evidentemente, se establece por razones de seguridad, cae en el ámbito de la *lex rei sitae*, y no de la *lex fori*.

No es posible ilustrar aquí todos los detalles del problema de la capacidad en relación con un proceso civil, cuyo tratamiento corresponde más bien al campo del Derecho Procesal Civil internacional. Sólo decimos que la capacidad de ser parte en un proceso (*Parteilähigkeit*) y la capacidad de estar en juicio (*Prozessfähigkeit*), que no son sino reflejos de las capacidades de derecho y de hecho del Derecho Civil respectivamente aplicadas al proceso, deben quedar sometidas a la ley domiciliaria del sujeto. En tanto que la capacidad de comparecer en juicio personalmente o por intermedio de un defensor (*ius postulandi*) y la capacidad de ser titular de fun-

(29) Goldschmidt, Werner, "Derecho Internacional Privado" cit., ps. 222/3.

(30) Capotorti, Francesco, "La capacité en Droit International Privé" cit., ps. 184 y 205.

(31) Goldschmidt, Werner, "Derecho Internacional Privado" cit., lug. cit.

(32) Battifol, Henri, "Droit International Privé" cit., p. 108 (el destacado es nuestro).

ciones relativas al proceso (como la capacidad de ser perito o testigo) se rigen por la *lex fori* (33).

También la capacidad en materia de actos ilícitos debe ser profundizada en el capítulo respectivo, ya que en rigor alude a la cuestión de la *imputabilidad* civil, que consiste en la determinación de las circunstancias que impiden el nacimiento de la obligación legal respecto de un individuo dado. Como elemento de la organización de la responsabilidad, la llamada "capacidad delictual" está sometida a la ley que rige el ilícito (34).

IX. BIBLIOGRAFÍA

Argentina:

– Ciuro Caldani, Miguel Á., "Los perfiles de la persona en el DIPr. argentino", "Investigación y docencia", n. 7, 1988, ps. 49/53.

– Fresnedo de Aguirre, Cecilia y Noodt Taquela, María B., "Circulación de personas físicas y capacidad para contratar en el Mercosur. Importancia de la residencia habitual", "Estudios en memoria de Eduardo Jiménez de Aréchaga", 2000, Amalio M. Fernández, Montevideo, p. 155 y ss.

– Goldschmidt, Werner, "La capacidad en el DIPr. argentino", Rev. del Instituto de Derecho Civil de Tucumán, t. II, 1953, p. 109 y ss.

– Falbo, Miguel N., "Capacidad de obrar y disponer de bienes en el derecho comparado y en el DIPr.", Cuadernos Notariales, n. 38.

– Martínez de San Vicente, Julio, "Los incapaces y su protección en DIPr. argentino", Rev. de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas, año VII, 1958, n. 14, ps. 61/79.

– Vico, Carlos M., "El régimen internacional de la capacidad según la ley argentina", Rev. del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1928, p. 550 y ss.

– Zinny, Mario A., "Capacidad para obrar y disponer de bienes en derecho comparado y en DIPr.", Gaceta del Notariado, 1967.

Extranjera:

– Badiali, Giorgio, "Personalità e capacità nel Diritto Internazionale Privato", scritti in onore di G. Barile, ps. 3/169.

– Batiffol, Henri, "La capacité civile des étrangers en France. Influence de la loi française", 1929, París.

– Bom, Hugues, "La compétence des tribunaux belges à l'égard des demandes de dispense de l'âge légal de la nubilité intéressant les mineurs étrangers", Revue Trimestrielle de Droit Familial, 1978, n. 3.

– Bredin, Jean-Denis, "Capacité. Protection des incapables", J.-Class. dr. int., 1959, fasc. 545.

– Capotorti, Francesco, "La capacità en Droit International Privé", Recueil des cours, t. 110, 1963-III, ps. 153/270.

– Clarence Smith, J. A., "Capacity in the conflict of laws", ICLQ., vol. I, 1952, ps. 446/471.

– Dayant, R., "Aliéné" et "Interdiction légale", Encyclopédie Dalloz Dr. Int., vol. I, 1968, ps. 82/94 y vol. II, 1969, ps. 198/9.

– De Nova, Rodolfo, "Esistenza e capacità del soggetto in Diritto Internazionale Privato italiano", scritti in onore de T. Perassi, t. I, vol. I, 1957, Milán, ps. 379/97.

– Durante, Francesco, "La capacità giuridica delle persone fisiche nel Diritto Internazionale Privato italiano", studi in onore di G. Zingali, vol. II, 1965, Ed. Giuffrè, Milán, ps. 335/99.

– Francescakis, Phocion, "Capacité", Encyclopédie Dalloz Dr. Int., vol. I, 1968, ps. 251/6.

– Glenn, H. Patrick, "La capacité de la personne en Droit International Privé français et anglais", 1975, Ed. Dalloz, París.

– Graulich, Paul, "Quelques réflexions sur les conflits de lois relatifs à la capacité de contracter", Mélanges offerts à Ernest Mahaim, vol. II, 1935, París, p. 644 y ss.

– Guinand, Jean, "Le conflit de lois en matière de capacité", Ides et Calendes, Neuchâtel, 1970.

– Heldrich, Andreas, "Die gesetzliche Amtspflegschaft im Internationalen Privatrecht", Festschrift für Murad Ferid, 1988, ps. 131/46.

– Hepting, Reinhard, "Zur Emanzipation ausländischer Minderjähriger durch deutsche Gerichte. Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht", Zentralbl. für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt (ZBlJugR), 1976, ps. 145/51.

– Lequette, Yves, "Protection familiale et protection étatique des incapables", 1976, París, p. 296 y ss.

– Louis-Lucas, Pierre, "Le problème de la loi applicable à l'état et à la capacité des personnes", Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1946-47 et 1947-48), 1951, París, ps. 95/110.

– Mengozzi, Paolo, "L'efficacia in Italia degli atti stranieri di autorizzazione degli incapaci", Riv. Notariato, 1963, ps. 833/91.

– Mosconi, Franco, "Capacità nel Diritto Internazionale Privato", Digesto, sezione civile, vol. II, 1988, Ed. UTET., Torino, ps. 225/39.

– Niboyet-Hoegy, Marie-Laure, "Capacité. Protection des incapables", J.-Class. dr. int., 1983, fasc. 545.

(33) Ver, en general, Morelli, Gaetano, "Diritto Processuale Civile Internazionale", 1954, Padova, ps. 3134; y en la literatura argentina, Boggiano, Antonio, "Derecho Internacional Privado" cit., p. 406 y ss.

(34) Conf. Batiffol, Henri, "Droit International Privé" cit., p. 202 y la bibliografía citada. Ver también Capotorti, Francesco, "La capacità en Droit International Privé" cit., ps. 253/5.

- Von Overbeck, Alfred, "Persons", *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, ch. 15, 1972, ps. 1/55.

- Pagenstecher, Max, "Zur Geschäftsfähigkeit der Ausländer in Deutschland: Ein Beitrag zur Problematik des art. 7 EGBGB.", *RechtsZ*, vol. 15, 1950, ps. 189/239.

- Parra Aranguren, Gonzalo, "La interdicción y la inhabilitación en el DIPr. venezolano", "Actas procesales de derecho vivo", vol. XXIII, ns. 67-9, 1977, Caracas, p. 15 y ss.

- Perroud, J., "Des conséquences d'un changement de la loi personnel", *Journ. dr. int. (Clunet)*, t. 32, 1905, ps. 292/306.

- Rossolillo, Giulia, "Qualche riflessione in tema di incapacità naturale", *Riv. Dir. Int. Pr. Proc.*, 1994, ps. 67/78.

- Simon-Depitre, Marthe y Foyer, Jacques, "Emancipation", *Encyclopédie Dalloz Dr. Int.*, vol. I, 1968, ps. 705/7.

- Tellechea Bergman, Eduardo, "Personalidad y capacidad de las personas físicas en el DIPr.", anexos de la *Rev. de Jurisp. y Doctrina*, n. 5, Fac. de Derecho y Cs. Sociales, Ministerio de Justicia, Montevideo, 1983.