

Comentarios al Código Civil Peruano

LIBRO PRIMERO

DERECHO DE LAS PERSONAS

SECCION PRIMERA

De las personas naturales

TITULO I

DEL PRINCIPIO Y FIN DE LA PERSONALIDAD

Art. 1.º—“El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo”.

Referencias: Digesto, lib. XXXV, tit. II, ley 9, p. 1, in fine; lib. I, tit. V, ley 26, tit. V, ley 7; lib. L, tit. XVI, ley 129 y 231; Código español, art. 29; argentino, 70; chileno, 74; colombiano, 90 y 93; ecuatoriano, 71, 74; alemán, 1; portugués, 6; suizo, 31; brasileiro, 4; italiano, 1; chino, 6 y 7; peruano, 1, 2, 3, 4; mejicano, 22; japonés, 1.

El hombre puede ser considerado por el derecho como ser individual o como ser colectivo. En el primer caso se habla de

persona natural, en el segundo de persona colectiva. El concepto de persona permanece inherente al ser humano en ambos supuestos.

Persona es el ser humano jurídicamente apreciado. El atributo o calidad intrínseca de ser jurídico, el *subjectum juris*, en el hombre es la personalidad. La personalidad no es la persona, pero es el dato esencial determinante de ella; es el carácter jurídico de la persona como ser humano. No tiene personalidad en tal sentido jurídico, otro ser o ente distinto al hombre, dios, animal, cosa. Como escribe Cervantes: "El hombre es, pues, el sujeto natural de derecho, porque necesita del derecho para realizar su vida; pero es al propio tiempo el único sujeto natural de derecho, porque es el único ser que necesita del derecho para vivir, porque es la única entidad social, porque sólo el hombre es miembro de una sociedad. Ninguna otra cosa material o inmaterial, animada o inanimada, es una entidad social. Por esto decía el jurisconsulto Hermógenes que el derecho es esencialmente humano: *Cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit*".

El Código al ocuparse en primer lugar de las personas individuales, se plantea, antes que todo, lo referente a su personalidad; esto es, su carácter de sujeto de derecho. Y lógicamente lo primero que tiene que preocuparle en este punto es la determinación del surgimiento de la personalidad jurídica, que se produce con el hecho del nacimiento. La atribución del carácter de persona al hombre como *subjectum juris* representa un concepto jurídico a base de un hecho real. El derecho reconoce tal carácter, y ello importa considerar que el hombre tiene aptitud para ejercer sus facultades y para estar sometido a los deberes que el derecho determina, concediendo al respecto, como dice de Diego, los medios idóneos y convenientes para que la personalidad jurídica pueda desenvolverse, y para protegerla y defenderla. El hombre como ser *sui conscius* y *sui compos*, es el único ser a quien corresponde esta calificada preocupación jurídica. El hombre es, pues, por definición sujeto de derecho; él es el gestor del orden jurídico.

Todo hombre es reputado hoy como sujeto de derecho, desde que la esclavitud y la muerte civil son inadmisibles; lo es sin consideración a sexo, raza, profesión religiosa; pues estas circunstancialidades sólo pueden acarrear determinadas limitaciones en cuanto al goce o ejercicio de derechos privados, pero nun-

ca significan el desconocimiento de la personalidad jurídica misma, que corresponde por ontológica necesidad a la presencia misma del ser humano.

El art. 1.º se refiere a la relevancia fundamental del hecho del nacimiento: determina la personalidad jurídica del individuo. El nacimiento que en sí es un hecho fisiológico, es aprehendido por la ley, por la trascendencia jurídica que él tiene. Las repercusiones o consecuencias jurídicas del hecho del nacimiento son importantísimas y numerosas. No sólo en relación al nacido, sino también en relación a otras personas; por ejemplo en lo que respecta a la filiación, vínculos de familia en general, herencia, etc.

El art. 1.º da por supuesto lo referente a la viabilidad, que es cuestión ajena propiamente a un Código Civil, en cuanto a la determinación de aquello en que ella consiste. El Código de 1852 exigía que el nacimiento de verificarse pasados seis meses de la concepción, que el nacido viviera cuando menos 24 horas y que tuviese figura humana. El Código vigente no ha recogido tales indicaciones, que resultaban impertinentes. Basta que el sujeto nazca vivo.

Conforme a la segunda parte del art. 1.º, al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorezca, siempre que llegue a ser parido con viabilidad.

En realidad, pues, la existencia humana comienza antes del nacimiento mismo; comienza con la concepción, cuando menos en lo que se refiere a la protección que el derecho depara.

La ficción de suponer a quien está simplemente concebido como ya nacido, representa una atribución de capacidad de goce sujeta a una doble limitación. En primer lugar, es una capacidad limitada, toda vez que la ley habla de ella "para todo lo que le favorece" (*infans conceptus pronato habetur quotien de commodis ejus agitur*). En segundo lugar, es una capacidad condicionada a la circunstancia de que el *nasciturus* llegue a nacer vivo. Dentro de esta doble limitación funciona la ficción, en cuanto a la protección a una situación expectatícia, la *spes prolis*. Como escribe Pugliati: "el nacimiento" solo no basta

para adquirir la personalidad, sino que es necesaria también la vida: el que nace muerto se considera, desde el punto de vista jurídico, como no nacido: *qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur*. No importa que la muerte se haya verificado antes o durante el parto. No se requiere, sin embargo, que la vida tenga una cierta duración: basta un sólo instante de vida extrauterina, para el cumplimiento de una de las condiciones necesarias para la adquisición de la personalidad”.

El *nondum natus* no es, pues, ni debe considerársele como persona, a lo menos ya determinada. Maldonado y Fernández del Torco escribe: “Porque aquí creo que se encuentra el punto neurálgico del problema. En el hecho de que la ley protege un interés en atención a un futuro titular que todavía existe. Esto no es acudir a la antigua postura de los derechos sin sujeto, sino más bien una hipótesis de “sujeto actualmente indeterminado”, admitida, en general, por la doctrina, y para este caso particular especialmente por von Thur”.

En diferentes formas se manifiesta la protección al concebido. El Art. 306 prohíbe al marido el negar al hijo por nacer. El concebido tiene el derecho a heredar, si se presenta el caso de la postumidad. Puede ser favorecido como heredero testamentario, legatario o donatario. El art. 591 organiza la curatela de bienes que correspondan al que está por nacer. Puede sobrevenir caducidad de testamento, en cuanto él mismo perjudique los derechos del hijo póstumo (art. 752 inc. 1.º). El art. 789 ordena que se suspenda la partición de bienes comunes hasta el nacimiento de un heredero no nacido aún, si en esta partición deben comprenderse los derechos del mismo. La partición hecha por el testador deviene nula por el nacimiento de un hijo póstumo. (art. 799). El artículo 315 indica que en la legitimación por subsiguiente matrimonio, si los contrayentes tuvieran hijos legítimos o descendientes de éstos (en otro matrimonio ya extinguido), el subsiguiente matrimonio sólo legitimará a los concebidos en tiempo que el padre o la madre no tenían impedimento para casarse. Se puede también al infante concebido hacerle beneficiario de una estipulación por otro; así ocurrirá, por ejemplo, tratándose de seguros de vida (Sebag). Además, el principio consagrado en la segunda parte del art. 1.º habrá de tener aplicación aún a aquellos casos en los que la protección al concebido no esté recogida expresamente en preceptos concretos, según lo

que enseña Maldonado y Fernández del Torco en relación al art. 29 del Código Español.

La prueba de que el *infans conceptus* ha nacido vivo, se hará conforme a las reglas generales de derecho (Sebag).

Art. 2.º—“Los que tienen un derecho susceptible de desaparecer o de disminuirse por el nacimiento de un póstumo pueden designar persona que se cerciore de la realidad del nacimiento. Igual derecho corresponde al marido en los casos de divorcio o de nulidad de matrimonio”.

Si la persona designada es rechazada, el Juez hará el nombramiento, el cual debe recaer en persona facultativa si la hubiere”.

Art. 3.º—“La madre debe dar aviso de la proximidad del parto a los que puedan usar de la facultad concedida en el artículo anterior”.

Art. 4.º—“La mujer grávida puede solicitar que se reconozca su estado”.

Referencias: Digesto, lib. XXV, tit. IV, ley 1, p. 2, 5, 10; tit. III, ley 1, p. 1 y 7; Código español, art. 959 y s.; argentino, 78, 247; chileno, 191, 192, 198; colombiano, 225, 226, 231; ecuatoriano, 186, 187, 192, 193; uruguayo, 223; boliviano, 508; peruano, 6, 7.

La postumidad puede tener consecuencias importantes, en cuanto a la herencia dejada por el padre del póstumo. Al nacer el mismo, y nacer con la viabilidad a que se refiere al art. 1.º, debe heredar como sucesor necesario a su padre premuerto. Ello puede significar que queden eliminadas de la herencia otras personas que tengan una vocación hereditaria de grado inferior. El art. 2.º por eso habla de quienes tengan “un derecho susceptible

de desaparecer". Así, es el caso del ascendiente del causante o de sus parientes colaterales, quienes heredarían a falta de hijo, o es el caso de un heredero voluntario, cuyo derecho desaparecería por razón de la presencia del heredero necesario. Otra hipótesis a que se refiere el art. 2.º, es que con el nacimiento del póstumo puedan disminuir los derechos hereditarios que correspondan a parientes del causante. Así, es el caso de otros hermanos del póstumo, que heredarán con éste.

El art. 2.º quiere, pues, que se pueda utilizar un medio para evitar suplantaciones. Manresa y Navarro escribe que se puede a este respecto cometer fraude de cuatro maneras: o haciéndose embarazada (la mujer), o suponiendo un parto, o substituyendo un niño por otro, o haciendo pasar por viable una criatura que no lo sea en realidad. El art. 2.º de nuestro Código brinda los medios para evitar los tres últimos casos de fraude. En cuanto al primero, hay que recordar lo dispuesto en el inciso 2.º del art. 371, que dice: "Las acciones concedidas en los artículos 366, inc. 4.º, 367, 369 y 370 son improcedentes si durante la época de la concepción fué manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la madre"; y en el inciso 2.º del art. 301 que dice: "El marido que no se crea padre del hijo de su mujer, puede negarlo cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintidós días de los trescientos precedentes al del nacimiento del hijo".

Hay que tener en cuenta que no sólo cabe solicitar la diligencia indicada en el art. 2.º, cuando se trata de herencia del padre del póstumo, sino también cuando se trata de herencia de otra persona, a la cual puede tener derecho el póstumo. Así es el caso de Cayo, hijo póstumo de Ticio, teniendo el primero un hermano, Sempronio, que muera después de Ticio y cuando aún no ha nacido Cayo. Si Sempronio tiene otro hermano, Gayo, quien le sobrevive, éste no recibirá toda la herencia de Sempronio (en la hipótesis que ahora se considera, que el *de cuius* no tenga otros herederos de vocación preferente al hermano, como sería su cónyuge, sus ascendientes o descendientes), sino que tendría que compartirla con Cayo, por el derecho de representación (art. 680). En nuestro ejemplo, Gayo tendría el derecho a solicitar que se procediera a la diligencia señalada en el art. 2.º, con respecto al nacimiento de Cayo.

El artículo que comentamos se refiere al marido en los casos de divorcio o nulidad de matrimonio. Conforme al art. 299, al hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio se le atribuye filiación legítima, o sea, que se considera que tiene por padre al que fuera marido de quien parió al hijo.

Para evitar que a base de esa presunción se atribuya una filiación legítima contra la realidad de los hechos, es que se permite al marido intervenir, en el modo que indica el art. 2.º. La mujer puede estar interesada en hacer creer el supuesto nacimiento de un hijo del ex-marido. Conforme al inciso 2.º del art. 301 el marido puede negar la filiación si no ha cohabitado con la mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos precedentes al nacimiento del supuesto hijo. Antes de vencerse el plazo de trescientos días que señala el art. 299 y después de pasados los ciento veintiún días que indica el inciso 2.º del art. 301 puede nacer el hijo; en cuyo caso tendría por padre al ex-marido de quien lo haya parido. La cuestión que plantea el art. 2.º puede referirse a precisar el día mismo del nacimiento, para determinar la situación que corresponde a tal hecho, por incidencia de los preceptos legales citados. De otro lado, puede interesar que se determine el hecho ya de la viabilidad o ya del aborto, para decidir si hay o no trasmisión hereditaria en caso de herencia testamentaria en favor de la persona de cuyo nacimiento se trata, y aún de herencia legal, de ascendiente paterno o materno, cuando el padre o la madre estén excluidos por renuncia, indignidad o desheredación y la herencia pueda corresponder a la persona de cuyo nacimiento se trata, por representación.

La facultad otorgada en el art. 2.º puede utilizarse, designándose por el interesado la persona que se cerciore de la realidad del alumbramiento y de la viabilidad respectivo. No es el caso de comprobar el hecho del embarazo, que no tiene en mayor interés en relación al supuesto del art. 2.º. La persona así designada puede ser rechazada por la mujer, según la indicación del segundo párrafo del art. 2.º. Entonces procede la designación por el Juez, según la indicación de ese mismo párrafo, siempre que tal designación sea solicitada por el interesado. Es evidente que el juez competente será el del domicilio de la mujer embarazada.

Manresa y Navarro escribe: que la viuda "no tiene obligación de aceptar la intervención de la persona designada por los presuntos herederos, pues puede tener motivos racionales para rechazarla, y entonces la designación hecha por dichos interesados queda sin efecto y debe pedirse al mismo juez de primera instancia, o municipal del domicilio, el nombramiento o designación de otra persona: nombramiento que en tal caso ha de recaer precisamente en facultativo o en mujer, tanto mejor si ésta es profesora de partos. En todo caso la persona designada deberá presenciar el parto o cerciorarse de su realidad, y del nacimiento de la criatura en condiciones legales".

Puede ocurrir que haya varias personas a quienes interese el hecho a que se contrae el art. 2.º. Al respecto Scaevola escribe: "cuando los interesados en el nacimiento del póstumo sean varios ¿tendrá cada uno de ellos el derecho a nombrar una persona que asista al alumbramiento para comprobar la realidad del parto y la viabilidad del recién nacido? Creemos que no. El artículo habla de los interesados en plural y concuerda la potestad de los mismos con el singular "persona", dando a entender con esta construcción prosódica que el derecho de todos confluye en la elección de un mismo y único sujeto. Si, pues, los interesados no se ponen de acuerdo, el juez procederá prudentemente si resuelve la discordia mediante insaculación de los nombres de los designados y elección por suerte de uno de ellos, debiendo advertirse que no por el hecho de la intervención judicial de la forma antedicha se desvanece la potestad de la viuda a oponer el veto. Precisamente si hemos optado por el procedimiento de la insaculación y suerte en el caso de desavenencia, es para que el disenso de la mujer pueda actuar sobre su propia jurisdicción".

En lo que se refiere al art. 2.º del Código Nacional habla de "los que tienen un derecho", o sea, de los interesados que mienta el art. 960 del Código Español, comentado por Scaevola.

El art. 3.º establece la obligación de la madre de dar aviso de la proximidad del parto, a los interesados conforme al art. 2.º. Manresa y Navarro, comentando el art. 959 del Código Español, escribe: "al aproximarse la época del parto, la viuda deberá ponerlo en conocimiento de los mismos interesados. El objeto de esta segunda obligación es proporcionar a las personas,

cuyo derecho a la herencia pueda desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo, la ocasión de asegurarse de la realidad del parto y del nacimiento en condiciones viables. Esta obligación al mismo tiempo que permite a la viuda patentizar la verdad alejando toda sospecha de fraude, comunica al nacimiento del póstumo todas las garantías de certeza que pudieran desearse, y dan a los presuntos herederos un medio seguro, bien para evitar en su caso la suposición del parto, o que la criatura que nazca pase por viable no siéndolo en realidad, bien para convenirse de que se ha cumplido la condición que les excluye de la herencia o disminuye su participación en ella. De aquí que esta obligación constituya un requisito esencial en la materia, teniendo mucho mayor alcance e importancia el precepto del art. 961 que el del 959, y debiendo siempre cumplirse, háyase o no dado el aviso de que habla dicho art. 959, y exista o no el documento a que se refiere el 963. Solamente puede estimarse excepcional el caso en que la única interesada en la herencia, con arreglo al testamento o a la ley sea la misma viuda. Esta obligación ha de cumplirse al aproximarse el parto, sin esperar a la última hora, no sólo para evitar que el parto sorprenda a la viuda cuando no haya aún cumplido la obligación, sino también para que haya tiempo suficiente a fin de que los interesados, y en su caso el juez, nombren persona que se cerciore de la realidad del alumbramiento. Respecto a las personas que deben ser avisadas, y forma en que debe darse el aviso, nos referimos a lo expuesto anteriormente al tratar de la primera obligación, debiendo ponerse el hecho en conocimiento del juez del domicilio de la viuda, si no se conocen herederos".

Si ocurriera que ni la mujer diese el aviso a que se refiere el art. 3.º, ni los interesados usaran de la diligencia que les permite el art. 2.º, ello no perjudica la condición de la persona de cuyo nacimiento se trata.

Si el hijo nace de una relación matrimonial, su filiación legítima resultará establecida si él ha nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio (art. 299). Si nace de una relación extramatrimonial, su filiación materna quedará establecida por el hecho del nacimiento (art. 349). Si se negase esa filiación materna, ella puede ser declarada judicial-

mente (art. 375), Púedese también solicitar el reconocimiento judicial de la filiación paterna, oportunamente, si concurren alguno de los siguientes requisitos del art. 366. "1.º Cuando exista escrito indubitable del padre en que la reconozca; 2.º Cuando el hijo se halle en la posesión constante del estado de hijo ilegítimo del padre, justificada por actos directos de éste o de su familia; 3.º En los casos de violación, estupro o raptó, cuando la época del delito coincida con la de la concepción; 4.º Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre durante la época de la concepción; 5.º En el caso de seducción de la madre, cumplida con abuso de autoridad o con promesa de matrimonio, en época contemporánea de la concepción, y siempre que para el segundo supuesto exista principio de prueba escrita". De modo que la omisión de las diligencias establecidas en los artículos 2.º y 3.º no pueden, pues, perjudicar al hijo.

El Art. 4.º establece que la mujer en estado de gravidez puede solicitar que se reconozca su estado. Antes del nacimiento mismo del ser que se halla concebido, la madre puede tener interés en que se reconozca tal hecho de la concepción; precisamente para los efectos de la segunda parte del art. 1.º y las consecuencias a que aludimos al ocuparnos de la protección al *nasciturus*. Además, puede también haber interés respecto al reconocimiento del estado de preñez, para los efectos del inciso 3.º del art. 366 (la paternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada en los casos de violación, estupro o raptó, cuando la época del delito coincida con la de la concepción), del art. 367 (derecho a una pensión alimenticia del que no siendo reconocido en su filiación paterna, voluntaria o judicialmente, es hijo ilegítimo de la persona que tuvo relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción), del art. 369 (derecho de alimentos para la mujer durante los sesenta días anteriores o posteriores al parto, así como pago de los gastos ocasionados por éste y por el embarazo) del art. 370 (derecho de la madre a ser indemnizada del daño moral, en los casos de promesa de matrimonio, cohabitación delictuosa o de minoridad al tiempo de la concepción), del art. 372 (que permite la acción de paternidad, si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo en el caso que el marido hubiese obtenido sentencia que declare que el nacido no es hijo del

mismo); del art. 307 (el marido no puede negar al hijo que nació fuera del tiempo señalado en el inciso 1.º del art. 301, si antes del matrimonio tuvo conocimiento de la preñez).

El art. 4.º se refiere a un acto distinto de los artículos 2 y 3, pues el primero respecta al caso de reconocimiento de la preñez y los dos segundos al caso de comprobación de hecho del nacimiento. El reconocimiento del estado de gravidez es facultativo por parte de la mujer. El reconocimiento con carácter imperativo o forzoso es inadmisibile, pues como se dijo en el seno de la Comisión reformadora, importaba un ataque a la libertad de la mujer y, además, porque resultaba incompatible con el pudor.

También el art. 4.º cabe que se explique en relación al caso de la mujer casada que esté por separarse del marido, mediante acción de divorcio o nulidad del matrimonio, solicitando que se reconozca su estado de embarazada antes de la separación de hecho, a fin de que al sobrevenir el nacimiento del hijo no se le pueda imputar que la gestación ha tenido lugar después de la separación, pretendiéndose negar la paternidad del marido.

Art. 5.º—"Los varones y las mujeres gozan de los mismos derechos civiles, salvo las restricciones establecidas respecto de las mujeres casadas".

Referencias: Digesto, lib. I, tit. V, ley 9; Código portugués, art. 7; chileno, arts. 25 y 55; ecuatoriano, 20; suizo, 11; ley argentina No. 11537, art. 1.º; ley española de 19 de junio de 1934, art. 1.º; Código soviético, art. 4, 2.ª parte; brasileiro, art. 2; peruano, 9 a 11; mejicano, 2; japonés, 14 a 18.

El Código considera que toda distinción en materia de capacidad de derechos entre las personas por razón de diferencia de sexo, debe ser superada. Ello está, efectivamente, por encima de toda discusión. El derecho existe por causa del hombre, quien viene en consideración para aquél en tanto que persona, quien es el ser capaz de derechos y de obligaciones según las indicaciones

de Binder. (Legaz Lacambra). El hombre, el ser humano, goza de capacidad jurídica y cualquiera negación a esta calidad es arbitraria, salvo que exista una poderosa razón que explique o justifique tal negación. La circunstancia de que una persona pertenezca al sexo femenino no puede ser motivo racional para desconocerle su personalidad jurídica. No puede sostenerse que padezca de una *infirmetas consilii* de una *forensis inexperientia*. Una exigencia de justicia impone, pues, la igualdad civil entre mujeres y varones en cuanto a la capacidad en materia de derechos civiles.

Un diferente tratamiento con relación a la mujer y al varón sólo puede explicarse excepcionalmente, por razones somáticas. Así la prohibición de la mujer de contraer segundo matrimonio antes de vencido cierto plazo desde la disolución del primer matrimonio; la diferente edad establecida para el varón y para la mujer para contraer matrimonio; la facultad concedida al marido de negar la legitimidad del hijo de su mujer, en ciertos casos que descartan la presunción de legitimidad; la prueba de la maternidad por el hecho del nacimiento; la declaración judicial de paternidad ilegítima por violación, estupro o rapto; la consideración del sexo para calificar la violencia como vicio de la voluntad. Es de notar que nuestro Código Civil establece como causal de desheredación, haberse entregado la hija o nieta del *de cujus* a la prostitución (art. 713, inc. 2.º), y permite a las mujeres excusarse del cargo de tutoras (art. 497, inc. 2.º).

La indicación del art. 5.º, de que la igualdad entre varón y mujer es sin perjuicio de las restricciones establecidas respecto a la mujer casada, tiene una plausible explicación. El hecho del matrimonio no determina una *capitis diminutio* en la mujer. No ocurría lo mismo en el Código de 1852, que establecía que la mujer casada se hallaba bajo la potestad del marido (art. 28, inc. 1.º) y no podía contratar ni presentarse en juicio sin autorización del mismo (art. 1247, inc. 2.º; art. 179). Conforme al art. 5.º del Código vigente, la mujer casada no está afecta a *capitis diminutio*. Puede contratar por sí misma y presentarse en juicio. "El vigente derecho alemán en contraste con el francés y algunos otros derechos románicos, ha abandonado totalmente la potestad marital: está fuera de toda duda la ilimitada capacidad de

la mujer para celebrar negocios jurídicos y en el orden procesal. Pero aún en el derecho vigente conserva el marido el papel directivo". (Enneccerus).

Marc Ancel compulsando el estado de la legislación, comparada en relación al punto de que ahora se trata, escribe: ¿"Qué precisa concluir de esta mirada general sobre las legislaciones extranjeras en lo que concierne a la capacidad de la mujer? Incontestablemente la incapacidad, otrora la regla, tiende a devenir la excepción. Por lo demás ella no subsiste más que acompañada de una serie de restricciones o excepciones que la modifican en su alcance y naturaleza y aún en su carácter".

Pero en las relaciones personales y patrimoniales que surgen del matrimonio entre los cónyuges y en relación a los hijos, es indispensable, para ciertas manifestaciones de ellas, establecer cierta preferencia en favor de uno de los cónyuges, porque así lo exige la unidad de la vida matrimonial y familiar. Y por eso, a este respecto, se establece que el marido es el jefe de la familia. Es en esta virtud que goza de determinadas facultades (y le incumben recíprocas responsabilidades) exclusivamente o con preferencia a la mujer. Legaz Lacambra explica esta situación expresando que "si bien el padre de familia no puede ser considerado como un señor absoluto, al modo primitivo del pater familiar, tiene un derecho que deriva de la comunidad familiar, que exige una autoridad rectora, por necesidad de integración en un todo dentro del cual los deberes se funden con los derechos en la unidad de unas relaciones que trascienden la mera condición jurídica en las dimensiones del amor, el respeto y la veneración".

Por su parte Valverde escribe: "las diferencias que la naturaleza ha puesto entre los sexos explican que al contraer el varón y la mujer la relación matrimonial, los derechos y deberes que emergen de ese estado no sean en todo su concurrente conjunción los mismos para uno y otra, por lo que mientras algunos ostentan la nota de la reciprocidad, los restantes se atribuyen de modo especial a cada uno de ellos".

Art. 6.º—“La muerte pone fin a la personalidad”.

Art. 7.º—“Si no se puede probar cual de dos o más personas murió primero, se las reputa fallecidas al mismo tiempo y entre ellas no habrá trasmisión de derechos hereditarios”.

Referencias: Digesto, lib. I, tit. XV, ley 3, p. 1; lib. XXXIV, tit. V, ley 9; lib. XXIV, tit. I, p. 32; Código francés, 720-3; italiano, 4 (art. 924); español, 32, 33; portugués, 1728; alemán, 20; suizo, 31, 32; argentino, 103, 109; chileno, 78, 79; ecuatoriano, 75, 76, 949; colombiano, 95, 1015; ley colombiana No. 57 de 1887, art. 9; Código uruguayo, 1041; brasileiro, 10 y 11; chino, 11; italiano, 4; peruano, 8.

Escribe Sánchez Román en relación al punto a que se contrae el art. 6.º lo siguiente: “bien pudiéramos decir que la muerte es la ley de la vida; y si el Derecho es la vida, y para la vida existe, y si la naturaleza del sujeto del derecho está tocada de esta suprema e ineludible finitud, preciso es determinar cómo la muerte influye en la capacidad jurídica y de obrar de aquél, y produce novedad más o menos trascendente en las relaciones de Derecho, en que era término personal. Y por esto se pregunta si la muerte es causa modificativa o extintiva de la capacidad jurídica y de obrar y del resultado de ambas, o sea de la capacidad civil. Resuélvese este problema con una evidente distinción, exigida por la naturaleza de las cosas. En efecto: si consideramos al sujeto de derecho como una persona individual determinada, claro está que con su muerte se han extinguido su capacidad jurídica, de obrar y civil, que, como son nociones unidas a la existencia de un ser personal, es indudable su extinción; por esto aquella persona que ya no existe no podrá ser en lo sucesivo reconocida con aptitud para ser sujeto en una relación de derecho—capacidad jurídica,—y por la misma razón no podrá realizar en lo futuro, puesto que ha muerto, actos jurídicos eficaces—capacidad de obrar,—y habiendo concluido la muerte con la existencia de un sujeto determinado, no podrá decirse que subsiste la capacidad civil, que en vida disfrutó, como resultado de las dos anteriores. Pero si estimamos al sujeto del derecho, no como persona individualmente considerada que ha muerto, ni tampoco nos referimos a la posibilidad, que ya desapareció, de

contraer futuras relaciones de derecho, sino a las ya constituídas al tiempo de su fallecimiento, claro, es también, que estas relaciones y la capacidad jurídica que las produjo tienen que subsistir, aunque varíe su encarnación personal, en cuanto el cumplimiento del orden jurídico no puede ni debe ser impedido por la condición de finitud que es inherente a la naturaleza humana. A pesar de la muerte, que destruyó el sujeto de la relación de derecho constituida, ésta, con la misma esencialidad jurídica, se deriva en diferente ser personal, y hay que advertir que esta sustitución de personas, que varían natural, pero no jurídicamente, no es de poca importancia, toda vez que, si la capacidad jurídica aplicada a una determinada relación se transmite, no sucede lo mismo con la de obrar, ni menos con la civil. Por ejemplo, muerto el sujeto de una relación de derecho determinada, que fuera mayor de edad, si es sucedido, en virtud de cualquier título, por un menor, aunque aquél gozaba de plena capacidad civil, o sea de la jurídica y de la de obrar, no transmitirá al continuador de su personalidad en aquella relación, más que la jurídica, pero no la de obrar, y, por tanto, tampoco la plena civil".

Por lo que se infiere del art. 6.º, la capacidad jurídica, en cuanto dimensión ontológica de la persona, termina con la extinción de la última, porque desaparecido el sujeto desaparecen todos sus atributos. Pero los efectos de relaciones jurídicas ya creados trascienden a la vida de una persona, que es lo que Sánchez Román quiere significar cuando habla de capacidad aplicada. Mas las relaciones constituídas *intuito personae*, por su propio carácter terminan con la muerte de la persona respecto a la cual se establecieron.

La muerte de un individuo origina, pues, una serie de consecuencias jurídicas, y de ahí que la ley se interese por tal hecho, estableciendo, en primer término la consecuencia que se indica en el art. 6.º. Otros efectos puede enumerarse, como son, entre otros, los siguientes: disolución del matrimonio (art. 199, inc. 1.º), extinción de la patria potestad por muerte del padre o del hijo (art. 425, inc. 1.º); extinción de la obligación alimentaria por muerte del obligado o del alimentista (art. 423); extinción de la tutela por muerte del tutor o del tutelado (art. 539, inc. 1.º; art. 540, inc. 1.º); derecho a la sucesión *mortis causa*, testa-

mentaria o legal, universal o particular; extinción del usufructo (art. 943); conclusión del albaceazgo (art. 740); el efecto a que se contrae el art. 1118 con relación a cargos inherentes a la persona; la confusión de obligación entre acreedor y deudor, si el primero es el sucesor del segundo o viceversa; el efecto indicado en el art. 1217, respecto a la muerte de un deudor solidario; la indicación del art. 1467, que las donaciones que deban producir sus efectos por muerte del donante se regirán por las reglas de la sucesión testamentaria; conclusión del contrato de arrendamiento por muerte del arrendatario, si sus herederos comunican al locador que no pueden continuar en el contrato (art. 1531, inc. 3.º); conclusión del contrato de locación de servicios por muerte del locador (art. 1551); del contrato de empresa por muerte del empresario (art. 1565); del comodato por muerte del comodatario (art. 1591); del mandato por muerte del mandante o del mandatario (art. 1649, inc. 3.º); de la sociedad por muerte de uno de los socios (art. 1714, inc. 4.º); extinción del contrato de renta vitalicia (art. 1749); de la donación hecha en forma de prestaciones periódicas (art. 1489).

El art. 6.º se refiere a la muerte natural. La interpretación del precepto tiene que hacerse, necesariamente, en forma restrictiva. El derecho moderno no conoce la muerte civil.

El art. 7.º consagra la solución llamada de los conmurientes, a diferencia del Código derogado que consagraba la solución de los premurientes. El Código francés se afilia también a este sistema. El alemán, el suizo y el brasileiro, así como el italiano vigente, e igualmente los Códigos de Argentina y Chile, han optado por el sistema de los conmurientes.

En verdad, aparece como arbitrario suponer o presumir que habiendo fallecido dos o más personas por consecuencia del mismo hecho que ha causado su muerte, una de ellas debe haber sobrevivido a otra en virtud de circunstancias en realidad indiferentes a la ficticia supervivencia de una persona con respecto a otra. Tales las circunstancias que indican los números 720 a 722 del Código de Napoleón, que pretenden responder al supuesto de que el más fuerte sobrevive al más débil.

La solución más racional es, pues, la de la muerte simultánea; solución que aparece consagrada en el art. 7.º de nuestro

Código. Pero se trata de una simple presunción. Por eso el precepto indica que "si no se puede probar cual de las dos personas murió primero", se las reputa fallecidas al mismo tiempo. De modo que cabe prueba demostrativa de quién de esas personas falleció primeramente.

"Para la aplicación del art. 20 (del B. G. B., que contiene idéntica solución a la del art. 7.º que comentamos), es necesaria la comprobación de que las respectivas personas en un común peligro, por ejemplo un incendio, un naufragio, han perecido" (Warneyer). El art. 7.º no habla como el B. G. B. de que tal peligro común se haya producido; pero ello va implícito en la dimensión misma del supuesto de hecho del precepto, pues en todo caso, habría posibilidad de establecer entre dos personas, quien de ellas ha muerto primero. Así, es necesario que exista una unidad del hecho causante, que haya producido la muerte de las respectivas personas. Como dice Enneccerus "el peligro de vida es común cuando descansa en el mismo acontecimiento principal (erupción de un volcán, desprendimientos de tierras, naufragio, incendio), aunque éste haya producido efectos diversos sobre cada una de las personas (una ha perecido abrasada en la erupción, otra se ha ahogado, otra ha muerto por la caída de la lava) o aunque hayan tratado de escapar del peligro por modos diferentes (han embarcado en distintos botes, zozobrados después)".

El interés para decidir en el caso tratado si debe estarse por la presunción de la premurencia o de la conmurencia, consiste en las diferentes consecuencias que sobrevienen en cuanto a la transmisión de derechos hereditarios. Dentro de la solución de presunción de muerte sucesiva, habrá transmisión de derechos hereditarios del que se supone murió primero al que se supone murió después, si entre ambos hay vocación hereditaria, y transmisión de derechos hereditarios del último a sus sucesores, de tal modo que éstos vienen a recibir la herencia dejada por el primero. Dentro de la solución de presunción de muerte simultánea, no hay transmisión hereditaria entre las dos personas que perecieron por causa del mismo hecho, y los herederos de una y de otra obtienen las respectivas herencias de sus causantes. También, como anota Aramburú, la cuestión planteada puede ofre-

cer interés en cuanto a que "tienen importancia estas presunciones en los contratos, porque puede crearse una obligación en contra de la persona que sobreviva, de entre dos que de antemano se fijan, y entonces será necesario determinar cuál murió antes para exigir el cumplimiento de la obligación a los herederos de la que se presume sobreviviente".

TITULO II

DE LA CAPACIDAD E INCAPACIDAD

Art. 8.º—"Son personas capaces de ejercer los derechos civiles las que han cumplido 21 años".

Referencias: Digesto, lib. IV, tit. IV, ley 1, p. 2; ley X, p. 3; Codex, lib. II, tit. XLV, ley 5; Código francés, arts. 328 y 848, 936; italiano, 2 (arts. 240, 323); español, 320; portugués, 97, 98, 311; argentino, 54, 126, 128 y 129; boliviano, 195, 256; holandés, 385; chileno, 26; colombiano, 34; ecuatoriano, 21; uruguayo, 280, p. 4; alemán, 2; suizo, 14; brasileiro, 9; italiano, 2 (323); japonés, 3; chino, 12; soviético, 7; peruano, 12 y 13; mejicano, 648 y 649, 23 y 24.

Los artículos 8.º a 12 regulan lo referente a la capacidad de ejercicio. Débese, pues, en primer lugar distinguir ésta de la capacidad de goce. En efecto, la capacidad puede entenderse con dos significaciones: como aptitud de disfrute de un derecho, o como aptitud de ejecutar o realizar ese derecho. La capacidad de goce es, propiamente, una capacidad jurídica en virtud de que califica a la persona natural o colectiva como sujeto de derecho, en cuanto tiene los derechos civiles que como tal le corresponden. Se trata de una capacidad intrínseca, que compete a esa persona en abstracto, de manera general. La capacidad de ejercicio es una que se funda en la de goce; es una capacidad de actuación, que se manifiesta en concreto, como realización de tal capacidad de goce. La capacidad de goce es, como dice Aramburú, la capacidad jurídica, "la facultad por la cual el hombre es sujeto de derecho, o, lo que es lo mismo, la propiedad por cu-

ya virtud el hombre puede exigir prestaciones y debe cumplir obligaciones". O, como expresa Gangi, "la capacidad de obrar se distingue de la capacidad jurídica en cuanto que mientras ésta última es la capacidad de ser sujeto de derecho y obligaciones, la primera es, distintamente, la capacidad de cumplir actos jurídicos o sea, actos que tienen efectos jurídicos".

La capacidad jurídica, como decíamos, es general; es inseparable del ser humano, porque califica a éste como persona. Su existencia en buena cuenta es superior al arbitrio del legislador, pues la ley tiene que reconocerla; si no, incurriría en arbitrariedad. La ley no crea esa capacidad que existe *per se*, como atributo substancial de la persona; sólo la reconoce. Si la ley no reconoce aptitud jurídica a ciertas personas en ciertos casos, es por motivos especiales. Esto quiere decir que la capacidad jurídica es por definición genérica, y que las incapacidades sólo pueden establecerse para ciertos casos especialmente establecidos, o sea, que toda incapacidad de goce es necesariamente relativa. Así encontramos casos de incapacidades jurídicas en los artículos 665, 684, 683, 1339, 1397, 82, entre otros. Los casos de incapacidades de goces se encuentran consignados en relación a diversas figuras jurídicas respecto a las cuales aquéllas son establecidas. En tales casos de incapacidad de goce, no hay posibilidad de que exista capacidad de ejercicio, ya que ésta última supone la preexistencia de una capacidad jurídica.

Como expresa de Diego "el concepto de persona en su acepción jurídica agrega al concepto de persona en su acepción filosófica la cualidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, y esa cualidad, aptitud o idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones se denomina capacidad jurídica. Esta se desdobra en dos manifestaciones: a) la tenencia del derecho (capacidad de derecho); b) el ejercicio de los mismos (capacidad de obrar, o sea la aptitud para realizar actos con validez y efectos jurídicos). La primera es el fundamento y condición *sine qua non* de la segunda; es esencial e inseparable del hombre y no puede ser suplida por nada ni por nadie; es común a todos los hombres y superior al arbitrio legislativo, aunque el legislador puede limitarla por razones varias. La segunda, o sea la de obrar, puede faltar, y de hecho falta, en algunos hombres; puede ser suplida a virtud del dogma de la representación; no se da en el mismo grado en todas las personas, y ofrece mayor materia al arbitrio y regulación legislativas".

La capacidad de ejercicio supone en el sujeto el suficiente discernimiento y la suficiente libertad volitiva, para que pueda útilmente hacer uso de su capacidad de goce. Debe ser un *sui conscius* y un *sui compus*, a diferencia de lo que ocurre con la capacidad jurídica, en que ello no se requiere (así, es el caso del *nasciturus*).

Hay, por otra parte, actos civiles de la voluntad humana, que no requieren ninguna capacidad. Así tratándose de hechos que no son actos jurídicos, como el hallazgo, la invención, la ocupación, la especificación, no se requiere de capacidad de ejercicio alguno, para proceder a realizar dichos hechos jurídicos. La capacidad o incapacidad de hecho conciernen, pues, a la esfera de los negocios jurídicos. Tratándose de actos ilícitos, es preciso para que el agente resulte responsable, que sea sujeto que haya procedido con discernimiento (arts. 1139 y 555).

Mientras que la incapacidad de goce es siempre relativa, especial, necesariamente, la capacidad de ejercicio puede ser absoluta (general, es decir, que el sujeto que disfruta de los derechos civiles no puede realizar por sí mismo ninguno de ellos) o relativa, especial (esto es, que sólo algunos de esos derechos no puede ejecutarlos por sí mismo). Por eso encontramos que a la incapacidad absoluta se refiere el art. 9.º y a la relativa al art. 10.

El art. 8.º señala la edad de veintiún años para adquirir la plena capacidad de ejercicio. El código en algunos casos señala otra edad con relación a determinada relación jurídica. Así, el inc. 1.º del art. 326 indica que el adoptante ha de tener más de cincuenta años. Quien no puede adquirir alimentos por su trabajo, tiene el derecho de exigirlos de las personas indicadas en el art. 441, aunque él sea mayor de edad (art. 440). El mayor de sesenta años puede excusarse del cargo de tutor (inc. 5.º del art. 497). La edad de veintiún años se puede decir que es clásica con referencia a la legislación peruana, pues el Código de 1852 fijó igual edad para la adquisición de la capacidad civil (art. 12). De otro lado, en el Perú la capacidad cívica se adquiere también a dicha edad (art. 84 de la Constitución).

La determinación de la fecha en que el sujeto ha cumplido veintiún años se hará de acuerdo al art. 116, es decir, computando años, meses y días completos.

Como lo remarca Cedeño "la capacidad no es un derecho adquirido, pues de la ley exclusivamente emana y a ella corresponde aplicarla o restringirla".

En Francia la jurisprudencia y los tratadistas están acordes en que la capacidad debe sufrir las variaciones de los cambios de la ley; por consiguiente, si una persona es capaz en virtud de las leyes existentes y luego viene a dictarse otra ley que exige nuevo requisito y dada la circunstancia de que esa persona no lo reúne, pierde la capacidad. Un caso típico sería si mañana una ley nuestra exigiera que la mayoría de edad fuera a los veinticinco años, y se presentaría el caso de que si una persona tuviera veintitrés años, quedaría en virtud de la ley nueva en menoría de edad hasta que cumpliera los veinticinco años, de manera que esa persona de veintitrés años volvería a ser incapaz, hasta que cumpliera la edad fijada por la nueva ley.

Art. 9.º—"Son absolutamente incapaces:

- 1.º—Los menores de 16 años.
- 2.º—Los que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento;
- 3.º—Los sordo-mudos que no saben expresar su voluntad de una manera indubitable;
- 4.º—Los desaparecidos cuya ausencia está judicialmente declarada".

Referencias: Instituta, lib. III, tit. XIX, p. 10; lib. I, tit. XX, p. 6, tit. XXIII, p. 3 y 4; lib. III, tit. XIX, p. 7 y 8; Digesto, lib. XLIV, tit. VII, ley 1, p. 12 y 13; lib. L, tit. XVII, regla 4.º, lib. XLII, tit. IV, ley 6, p. 2; Código argentino, 54, 153; chileno, 1447, 341, 342, 456, 469, 473; colombiano, 1504; ecuatoriano, 1437; boliviano, 258; uruguayo, 1279, 432, 50; alemán, 6, 104, 1910; suizo, 17, 372, 369; brasileño, 5; ruso, 8; mejicano 23; chino, 13, 14, 15; peruano, 16, 26, 28; francés, 489, 936, 112 a 114, 1124; holandés, 487; italiano, 414, 415, 416; 48 (324, 338, 339, 340, 20 y 21); español, 30, 200, 1248 inc. 3.º, 181; portugués, 98, 314, 337, 340, 55; japonés, 11.

La enumeración del número 9º es taxativa: no pueden considerarse otros casos que los cuatro en él indicados. Es que la capacidad es la regla; de modo que la incapacidad no se supone.

En todos los casos señalados en el art. 9º de incapacidad absoluta, como en los que resultan del art. 10, de incapacidad relativa, se coloca al incapaz en una situación de subordinación frente a quien ejerce su representación legal; se le coloca, pues, bajo una potestad.

Puede ocurrir que en una misma persona se reunan varias causales de incapacidades. En ese caso se hace prevalecer la más fuerte sobre la más débil, aquélla que importa en mayor grado la negación del ejercicio de los derechos.

Hasta los 16 años el menor sufre incapacidad absoluta; después de esa edad y hasta cumplir los 21 años, su incapacidad es sólo relativa (art. 9º, inc. 1º). No existe declaración judicial que establezca dicha incapacidad absoluta, pues la misma afecta al sujeto únicamente por razón de su menoría; de tal modo que la partida de nacimiento del mismo bastará para acreditando su edad, y establecer si le incumbe una *capitis diminutio* o si es *sui juris*.

Por lo demás, la fijación de esta edad de dieciseis años fué resultado de un compromiso o transacción entre diversos puntos de vista originariamente sustentados en el seno de la Comisión Reformadora. De una parte se propugnó la edad de dieciocho años; de otra parte la de doce y catorce años. Oliveira manifestó al respecto que "se declaraba en contra de la edad de dieciocho años; que no se avenía con la idea de reputar incapaz absoluto al púber que ganaba su sustento colaborando en la vida económica de la nación; que no podía negarse al contrato de trabajo su carácter contractual por ser limitada en él la libertad de las partes, porque la autonomía de la voluntad no es la misma en todas las convenciones y está dentro de la naturaleza de las cosas que sea menor en aquellas que afectan directamente a la persona; que el arrendamiento de servicios presentaba formas variadas, algunas de las cuales, que interesaban a la clase media, no habían salido aún de los moldes clásicos; que dicho contrato no es el único en que intervienen los menores de diecio-

cho años; que éstos celebran frecuentemente, por si solos, todos los requeridos por las necesidades ordinarias de la existencia (el contrato de transportes, por ejemplo; que el código alemán les permite testar y una ley francesa hacer depósitos en las cajas de ahorro y retirarlos, desde los dieciséis años cumplidos; que todos estos hechos no debían pasar inadvertidos para el legislador; que si éste los olvidaba los recogería la práctica, la cual tendría que echar mano de algún recurso técnico, el del consentimiento tácito, por ejemplo, para dar eficacia a algunos actos de los menores, de la misma manera que la jurisprudencia universal había atenuado la incapacidad de la mujer casada respecto de los actos indispensables para la vida ordinaria del hogar, por medio de la teoría del mandato tácito; que para proteger a los menores no había por qué extender su incapacidad absoluta, pues también se conseguía ese fin tutelar con la incapacidad relativa; que la edad más alta admitida por el derecho positivo, era la de dieciséis años, adoptada por el código brasileiro; que el código argentino señalaba la de catorce; que la primera solución era quizás más atrayente desde el punto de vista teórico porque parecía significar que la capacidad jurídica se basa en la aptitud intelectual y no en la física, criterio llamado a renovar la doctrina concerniente a la edad para contraer matrimonio válido, pero que la segunda era superior desde el punto de vista legislativo, pues con ella la ley se apartaba menos de la realidad". Olaechea expuso: que "contra el límite de dieciocho años para la incapacidad absoluta, se aducían argumentos derivados de la institución de la emancipación, que en su concepto, debía ser mantenida; que, efectivamente, con aquél límite, resultaría de improviso capaz el individuo que hasta ese momento era absolutamente incapaz, lo que importaba una paradoja moral y jurídica; que, en consecuencia, se adhería al límite de dieciséis años, en cuya edad como se ha dicho, no se confunden las aptitudes física y moral; que el hecho de que el Código Civil vigente dé al menor a los catorce años el derecho de pedir la remoción de su guardador no prueba que le considere desde esa edad en una capacidad relativa, sino que responde al clamor natural que hace el niño desde la edad más tierna pida lo que le es preciso; que el límite del Código de Comercio para permitir al menor el ejercicio del comercio es el de veintiún años, pues si no los tiene lo ejerce por medio de su padre o guardador, salvo el caso de emancipación anticipada". Calle manifestó que: "con

el fin de armonizar opiniones podía fijarse como límite de la incapacidad absoluta la edad de dieciséis años, con el carácter de provisional". Así quedó acordado.

La determinación de la fecha en que debe considerarse que el sujeto ha cumplido los dieciséis años se hace de acuerdo a lo establecido en el art. 1116, es decir, por años, meses y días completos.

A diferencia del caso considerado en el inc. 1.º, en el del inc. 2.º, o sea, cuando se trata de los que adolecen de enfermedad mental que les priva de discernimiento, es preciso una decisión judicial que especial y concretamente declare la incapacidad por dicha causal. El art. 1331 y siguientes del C. de P. C. indica la tramitación respectiva a seguirse para declarar la interdicción del incapaz por la anotada causal mentada en el inc. 2.º del art. 9.º del C. C. Hay que remarcar que ha de tratarse de enfermedad mental. La enfermedad simplemente física no es causal de incapacidad. Solamente algunos casos de enfermedad física originan determinadas incapacidades de derecho. Así, el art. 683 prohíbe que el mundo otorgue testamento por escritura pública; el art. 684, que el ciego otorgue testamento cerrado u ológrafo; según el art. 145 es anulable el matrimonio del que adoleciera de impotencia absoluta al tiempo de celebrarlo. La razón de la incapacidad del insano mental estriba, como escribe Montarce Lastre, en que el "el alienado es incapaz de conducirse así mismo porque carece de un elemento indispensable, la libertad; de ahí, justamente, el nombre de "alienado" (que tiene su libertad enajenada, que está privado de sus facultades mentales). Cuando este estado ha pasado los umbrales del hogar interviniendo la justicia, y el juez ha declarado que el sujeto está afectado por ella, se dice que dicho individuo es un interdicto". Molinas escribe: "la interdicción, decimos, está establecida en el interés particular del demente, aún cuando esto parezca una paradoja, según lo hemos expresado ya, pero no es así, pues con la curatela que se le otorga a raíz de esa interdicción—y la que es previa e indispensable para que ella pueda acordarse—se le protege en su persona y en sus bienes. Deberá tenerse presente además que si bien es cierto que—aún cuando no se declarara su interdicción—sus actos podrían siempre ser anulados, por cuanto dado

su estado, no tendría las condiciones exigidas para la realización de un acto jurídico, ya que él carece de discernimiento, ello tendría el inconveniente—desde luego, grave—de accionar en cada caso, y con sujeción a las reglas del derecho común para obtener la nulidad del acto, mientras que, decretada la interdicción—y dada la incapacidad que ella crea a la persona—no deberá demostrarse ya en su falta de discernimiento en el momento mismo del acto, sino probar simplemente que ha sido declarada demente”. Según la indicación del art. 561, para que quede sujeto a curatela uno que padece de enfermedad mental (y lo mismo se aplica para el caso del que padece de debilidad mental) es necesario que sea inhábil para dirigir sus negocios. Enneccerus escribe: “se requiere la incapacidad para el cuidado de sus asuntos”. No basta la incapacidad para cuidar de algunos asuntos, y la capacidad para cuidar únicamente de algunos asuntos no excluye la incapacidad. Por asuntos no se han de entender únicamente los actos jurídicos, sino las incumbencias de todas clases, en particular también el cuidado de la propia persona y la observancia de los deberes públicos. La peligrosidad del enfermo no es por sí sola una causa de incapacitación”.

Se comprende, sin mayor esfuerzo, la necesidad de la declaración judicial de la *capitis diminutio*. Pacheco escribió sobre el particular, comentando el art. 21 del Código de 1852: “es necesario, por consiguiente, examinar el hecho particular, verificarlo, y sólo después de comprobada su existencia hay lugar a declarar la incapacidad, para que ésta produzca sus efectos y para que el incapaz quede legalmente en estado de interdicción (21 C.)”.

La declaración de incapacidad es, en efecto, de enorme trascendencia, pues se trata de algo excepcionalmente grave, de hacer una calificación jurídica de enorme significación al negarse a una persona que se halle en *integri status*; y de aquí que se exija una serie de requisitos que aseguran la justificación de la medida. Solamente la declaración judicial ofrece tales debidas garantías. Por lo demás, como escribe Pugliatti, “durante el período en el cual está en vigor la sentencia de interdicción, no se permite ninguna investigación sobre la real condición mental del sujeto a interdicción, ni se toman en cuenta los intervalos lúcidos, para juzgar de la validez o invalidez de los actos por él eventual-

mente ejecutados: todos los actos indistintamente son nulos de pleno derecho, porque el sujeto a interdicción está en estado de incapacidad legal absoluta”.

El inciso 2.º del art. 9.º se refiere a la insanidad mental como enfermedad permanente. Si un sujeto padece de enfermedad mental transitoria se puede demandar la nulidad del acto celebrado en circunstancia tal; pero esto, como se comprende, no respecta a una situación permanente del sujeto que determine una *capitis diminutio* general. El Código portugués indica en su art. 353: “los actos y contratos celebrados por personas que accidentalmente se hallasen privados al tiempo de otorgarse, de hacer uso de su razón por delirio, embriaguez y otras causas semejantes, podrán ser rescindidos si dentro de diez días siguientes a su restablecimiento aquellas personas protestasen por ante escribano y en presencia de dos testigos e intentasen la correspondiente acción dentro de los veinte días siguientes”. El Código alemán en su numeral 105 prescribe “la declaración de voluntad de un incapaz es nula. Es igualmente nula la declaración de voluntad prestada en un estado de inconciencia o de perturbación pasajera de espíritu”. Y es que, como escribe Salvat: “estado habitual quiere decir que sea el estado más frecuente, el más ordinario del individuo; en otros términos su estado normal; una alteración pasajera de las facultades mentales, fácil de presentarse en ciertos casos, por ejemplo, en los de conmoción cerebral, no sería suficiente. Por el contrario, no es necesario que el estado de manía o demencia sea continuo; la declaración de demencia procede aunque tengan intervalos lúcidos. Es clásica la definición que daba D’Aguesseau de intervalo lúcido: “no es—decía—un crepúsculo que junta el día y la noche, sino una luz perfecta, un resplandor vivo y continuo, un día pleno y entero que separa dos noches”. En términos un poco menos gráficos, pero más científicos, podríamos decir con Legran Du Saulle, que “el intervalo lúcido consiste en la suspensión absoluta, pero temporaria, de las manifestaciones y de los caracteres del delirio”. Durante él, el enfermo recobra la plena lucidez de sus facultades mentales; sus actos, el juego de sus sentimientos y pasiones, son completamente normales, como si realmente no estuviera atacado de insania; pero el intervalo lúcido pasa y la manía o demencia reaparecen

en toda su intensidad". Escribe Molinas: "La declaración de demencia, o mejor dicho, el pedido de interdicción, deberá tener por base la existencia de una demencia actual. Ella no puede recaer sobre una demencia ya pasada y a los efectos acaso, de obtener con tal declaración un elemento más para alegar luego la nulidad de actos realizados por la persona que estuvo en tal estado".

Declarada la incapacidad del sujeto por enfermedad mental, queda el sujeto en una situación de no poder practicar por si mismo ningún acto jurídico, en general. Mas, cabe preguntar qué ocurre con el acto que celebre en los llamados intervalos lúcidos. Conforme a los Códigos francés (art. 489), argentino (art. 141), hay nulidad del acto en tales circunstancias. La opinión de la mayoría de los autores se pronuncia en idéntico sentido. Es muy raro el caso del verdadero estado lúcido; suele ser, las más de las veces, un dato engañoso, que encubre la persistencia de la enfermedad. Por eso es lo más aconsejable no entrar en un terreno aventurado al conceder que los intervalos lúcidos posibilitan para celebrar actos jurídicos.

El tercer inciso se refiere a los *sordo-mudos* que no saben expresar su voluntad de una manera indubitable. En este caso es preciso declaración judicial de interdicción (art. 556). En las Partidas se lee: "Otrosi dezimos, que el que es mudo, o sordo desde su nascencia, non puede fazer testamento. Empero, el que lo fuesse por alguna ocasion, assi como por enfermedad, o de otra manera, este tal, si supiesse escriuir, puede fazer testamento, escriuiendolo por su mano misma". (Part. VI, tít. I; ley 13).

En el estado actual de las cosas, como hoy se conocen medios adecuados por los cuales los que sufren del defecto somático indicado en el inciso 3.º, del art. 9.º, pueden dar a conocer su voluntad de manera indubitable, es lógico que la incapacidad no afecte en tal circunstancia a quien padece de dicho defecto somático. El poder expresar de una manera indubitable su voluntad, revela en el agente un desarrollo en sus facultades intelectuales, que no explicarían no reconocerle capacidad de obrar. Como dice Manresa y Navarro, "la lectura y la escritura colocan al sordo-

mudo en la posibilidad de ponerse en relación con el mundo exterior, comunicar sus impresiones y conocer las ajenas; moverse, en fin, libremente en sociedad, poder apreciar la significación y trascendencia de sus actos y hasta prever sus naturales y legítimas consecuencias. Cuando lea y escriba no necesita tutor, a no ser que sea menor, o se halle incapacitado, en cuyo caso lo necesitará por este otro concepto". De tal modo que "tratándose de sordomudo, no cabe constatar la sordo mudéz y que no saben leer y escribir, sino que es menester indagar además si son incapaces a la gestión de sus asuntos y el grado de esa incapacidad". (Enneccerus. Pérez Gonzales y Alguer).

El cuarto caso de incapacidad respecto a los desaparecidos cuya ausencia esté judicialmente declarada (inc. 4.º). Ella está tomada del Código argentino (art. 54).

Nuestro Código Civil establece en el art. 590 que: "cuando una persona se ausentare o hubiere desaparecido de su domicilio ignorándose su paradero y sin dejar mandatario que administre sus bienes, se proveerá a la curatela de éstos, observando lo dispuesto en los arts. 559 y 563. A falta de las personas llamadas por los artículos citados, ejercerá la curatela la que designe el Juez. Esto mismo se observará cuando en iguales circunstancias se acabe el mandato conferido por el ausente". Con este artículo concuerda lo establecido en el art. 1282 y ss. del C. de P. C., conforme a los cuales "se declarará ausente y se le nombrará guardador al que se ha separado o desaparecido de su domicilio o residencia y de cuya existencia no se tiene noticia durante un año a lo menos". La declaración judicial de ausencia se hará de acuerdo a los trámites señalados en los referidos artículos 1272 y ss. del C. de P. C. A seguida este mismo cuerpo de leyes contiene las reglas (arts. 1284 a 1287) sobre posesión provisional y definitiva de los bienes de ausente, en favor de sus herederos (presunción de su fallecimiento).

El Código Civil ha considerado la ausencia judicialmente declarada como una incapacidad, porque ella puede ser estimada como una "incapacidad de hecho", como algunos la llaman. Claro es que examinada la disposición con severo criterio crítico, se echa de ver que se trata de una ficción. Se supone que la persona ausente sea incapaz. Si la *capitis diminutio* en los casos de inca-

pacidad absoluta se debe fundar en una causal de orden natural en el sujeto que lo imposibilite para ejercer sus derechos (como ocurre tratándose de los casos de los incisos 1.º, 2.º y 3.º del art. 9.º), esta causal no se puede afirmar que existe en el caso del ausente. Pero sí existe la imposibilidad de *facto* del ausente, de ejercer por sí mismo sus derechos. Y por eso se le insume en la categoría de los incapaces con incapacidad absoluta, designándosele curador para que lo represente.

Creemos que no existe duda en cuanto a la clase de ausentes a que se contrae el inciso 4.º del art. 9.º: son "los desaparecidos cuya ausencia está judicialmente declarada". Esto elimina, pues, el caso de la llamada simple ausencia, es decir, de una persona "no presente", como se la denomina, o sea, de quien dentro de un procedimiento judicial no aparece con domicilio conocido, en cuyo supuesto se le designa un defensor del ausente que lo represente en dicho juicio (art. 29 y sigts. del C. de P. C.). El curador nombrado conforme al inciso cuarto del artículo 9.º del C. C., tiene la representación general de los intereses del ausente, mientras que el defensor judicial del ausente sólo lo representa en el juicio en el cual ha sido designado con tal carácter.

Los actos practicados por personas que padecen de incapacidad absoluta son nulos, con nulidad absoluta, según lo ordenado en el art. 1123, inciso primero.

Art. 10.—"Son relativamente incapaces los mayores de dieciseis años, y los sujetos a curatela no comprendidos en el artículo anterior".

Referencias: Institutas, lib. III, tit. XIX, p. 10; Digesto, lib. XXVII, tit. X, ley 10 y 11; lib. XLV, tit. 1, ley 6; Institutas, lib. 1.º; proemio; Código alemán, art. 114; suizo, 14, 16, 370, 369, 371; brasileiro, 6; español, 32; argentino, 55; chileno, 1447; francés, 513; italiano, 415; (339, 340); colombiano, 1504; ecuatoriano, 1437; uruguayo, 1280; peruano, 16.

El mayor de 16 años y menor de 21 años padece incapacidad relativa. Como en el caso del menor de 16 años, no se requiere declaración judicial previa que establezca tal incapacidad, la cual resulta del simple hecho de que el sujeto no haya alcanzado la edad de veintiún años. Se ha conservado esta edad, que se hallaba consagrada en el Código anterior y que coincide con la capacidad en materia política.

El art. 10 se refiere a la situación legal de los púberes, fijándose la de los infantes y de los impúberes en el inciso 1.º del art. 9.º. Conforme a este último, por lo demás, no se distingue entre estas dos últimas clases de menores, como ocurría en el derecho romano, para el cual infante era la persona que no había cumplido siete años, e impúber aquel que había alcanzado dicha edad y no había alcanzado la edad de la pubertad, que en la mujer empezaba a los doce años y en el varón en la época en que fuera capaz de generar (*pubes qui generare potest*), hasta que Justiniano la fijó en los catorce años, en general. Con la ley Pletoria la menoría cesaba propiamente a los veinticinco años, en que se reputaba que el sujeto adquiría pleno desarrollo intelectual. El sistema romano aparece recogido en las Partidas.

El Código francés no distingue sino entre mayores y menores (art. 388). Lo mismo ocurría con el Código peruano de 1852, art. 12.

El Código brasileiro sobre este punto contiene reglas idénticas al peruano vigente. Lo mismo ocurre con el argentino, para el cual son menores impúberes los que no han alcanzado la edad de catorce años, y menores simplemente los que tengan menos de veintidós años. Según el Código suizo, la capacidad se adquiere a los veinte años cumplidos. Conforme al art. 16 de dicho Código, toda persona no desprovista de la facultad de actuar razonablemente a causa de su poca edad (*jeune âge*), es capaz de discernimiento. La capacidad o incapacidad se aprecia, pues, en estos casos *in concreto*, con un criterio subjetivo. El criterio objetivo, la apreciación *in abstracto*, fija la edad de veinte años como determinante de la capacidad. Rossell y Mentha escriben: "aquellos que aún hallándose en estado de minoría, sin embargo han alcanzado la edad a partir de la cual se dan cuenta de sus actos, gozarán del beneficio de una presunción virtual de capacidad de discernimiento, y el peso de la prueba incumbirá necesariamente a aquel que negase la verdad material de esta presunción. Los otros serán reputados, incapaces de discernimiento, y la prueba

de su capacidad en relación a la ejecución del acto litigioso será hecha por aquella de las partes que de la misma se prevale”.

En el seno de la Comisión Reformadora se debatió ampliamente lo referente a la incapacidad absoluta y relativa por causa de minoridad, compulsándose diversas opiniones en cuanto a la fijación de la edad para distinguir los púberes de los impúberes, sugiriéndose que esa edad fuese ya la de catorce años, ya la de dieciocho, llegándose a un acuerdo transaccional, en el sentido de que dicha edad fuera de dieciseis años, que es la que fija el art. 10 en concordancia con el inciso 1.º del art. 9.º.

El menor de 16 años no puede realizar acto civil, salvo algunos que excepcionalmente permita la ley (art. 12); representándolo quien ejerza la patria potestad o sea su tutor.

En cuanto a responsabilidad por acto ilícito, no se establece un criterio objetivo, como para el acto jurídico, sino que la imputabilidad se determina *in concreto*. En efecto, el art. 1139 establece: “El incapaz queda obligado por sus actos ilícitos siempre que hubiese procedido con discernimiento”.

La solución adoptada por el legislador nacional, en el sentido de distinguir dos clases de incapacidad por minoría de edad, la absoluta para los que no han alcanzado dieciséis años, y la relativa para los que tienen más de tal edad y no han cumplido veintiún años, parece ser una solución conveniente. Dice Salvat, con referencia al Código argentino, que “en cuanto a las antiguas distinciones entre infantes, impúberes y púberes, el derecho moderno tiende en general a suprimirlas, por tratarse de distinciones abstractas, desprovistas de valor práctico alguno. Las leyes, en efecto, al establecer un límite de edad para la realización de ciertos actos, no lo hacen tomando como base el límite de la infancia o de la pubertad, sino señalando directamente la edad que cada legislador considere más adecuada, según el acto de que se trate, no coincidiendo, generalmente, con el límite de la infancia ni de la pubertad”.

Como se observa, el citado autor se inclina por la solución del Code Civil, de no hacer diferenciación entre menor púber e impúber.

Nuestro codificador ha reputado que habiéndose establecido un tratamiento diferente para los actos practicados por incapa-

ces, según que éstos se hallan incurso en una incapacidad absoluta o relativa (nulidad absoluta y nulidad relativa del acto, respectivamente), con relación a menores de edad convenía hacer la diferenciación entre ambas incapacidades por razón de la edad.

El cálculo de la edad para la aplicación de lo dispuesto en la primera parte del art. 10 (así como del inciso 1.º del art. 9.º) se hará de acuerdo a las reglas establecidas en el art. 1116.

El art. 10, después de referirse al menor adulto, indica que sufren incapacidad relativa los sujetos a curatela no comprendidos en el art. 9.º. El art. 555 enumera las personas sujetas a curatela, que son las siguientes: 1.º Los débiles mentales; 2.º Los que adolezcan de enfermedad mental que les prive habitualmente de discernimiento; 3.º Los sordo-mudos que no puedan expresar su voluntad de una manera indubitable; 4.º Los pródigos; 5.º Los ébrios habituales; 6.º Los que incurran en mala gestión; 7.º Los que sufran la pena de interdicción civil. De esta enumeración hay que apartar, pues, los casos de los incisos 2.º y 3.º del art. 555 (comprendidos en el art. 9.º) de suerte que la incapacidad relativa comprende los casos de los incisos 1.º, 4.º, 5.º, 6.º y 7.º del art. 555.

El débil mental queda sujeto a curatela según la indicación del art. 561. Se requiere en este caso, como en el del enajenado mental (art. 9.º, inc. 2.º), declaración judicial de interdicción; de acuerdo a las reglas establecidas en el art. 1331 y s. del C. de P. C.

El débil mental es el que sufre de un déficit espiritual en cuanto a la inteligencia y libertad, que no le permite ejercitar por sí mismo algunos de sus actos civiles. El débil mental sufre, pues, de una ausencia u obliteración de criterio y de voluntad; y se diferencia del caso de los que sufren enajenación mental, por razón de la mayor gravedad de la dolencia que afecta a éstos últimos, privados completamente de razón; pues en relación a estos estados de anormalidad mental hay una variada y sutil gama, y por eso cabe considerar que existen situaciones de debilidad mental y no de completa alienación mental; de modo que la incapacidad resulta atenuada, o sea, que los individuos deben entonces quedar sujetos a una incapacidad sólo relativa. El juez, de acuerdo con los informes periciales, ha de apreciar el caso *in*

concreto, para decidir si se trata de un caso de incapacidad absoluta o relativa. El art. 571 establece en efecto, que: "El Juez al declarar la interdicción del incapaz fijará la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquél". El juez puede dar a la curatela su extensión y límites máximos, en cuyo caso determina la incapacidad absoluta, o restringe aquélla, permitiendo ciertos actos a la persona curatelada, para que los ejerce por sí misma, en cuyo supuesto determina una incapacidad relativa. Por eso es que el número 571 habla del "grado de incapacidad". La incapacidad, en efecto, se establece como medida de protección del incapaz y, por lo tanto, no debe sobrepasar y desbordar el perímetro constituido por la necesidad de tal protección; en el exceso de esa necesidad, la medida resulta injustificada. De este modo, la declaración de incapacidad absoluta ha de declararse como medida extrema, para el caso propiamente de alienación mental; funcionando una interdicción relativa o mitigada por otros casos graves. Planiol y Ripert escriben con relación a la debilidad de espíritu que "el débil de espíritu a que se refiere el art. 499 es aquél cuyas facultades se hallan debilitadas, sin que haya pérdida total y habitual que haga posible la interdicción. . . . Los Tribunales aprecian libremente la existencia de la debilidad de espíritu y deciden a su arbitrio, según la gravedad y el carácter más o menos habitual de los trastornos mentales entre la interdicción o la dación de un consejero judicial; pueden también rehusar ésta cuando les parezcan que las circunstancias excluyen todo peligro para la fortuna del imbecil".

La razón que justifica la incapacidad por debilidad mental es fácil de percibir. "El individuo está afectado de una debilidad de espíritu que le hace incapaz de poseer una voluntad libre que le sea propia, cediendo a todas las influencias de las personas que le dominan, por lo que es el juguete y algunas veces la víctima de la brutalidad o de los malos tratamientos de aquéllos que le rodean; y por lo que en fin sus facultades intelectuales están de tal manera enervadas por él ya no es más accesible a ningún sentimiento honorable, resultando incapaz de gobernarse por sí mismo". (Daloz).

Por lo demás, el criterio decisivo para declarar la incapacidad por debilidad mental, como por enajenación mental, es que la persona sea inepta para dirigir sus negocios y no se pueda o no se deba prescindir de socorros o cuidados permanentes respecto a

ella, o que dicha persona constituya amenaza para seguridad ajena (art. 561). La enfermedad mental como la debilidad o flaqueza de espíritu, entraña una pérdida o disminución en el debido poder de discernimiento. Sus actos no responden a una apreciación racional de las causales y consecuencias de los mismos; de modo que la declaración de voluntad es inconveniente y peligrosa en lo que se refiere al mismo *mente capti* o a tercero. Un deber de protección social justifica, pues, la inhabilitación respectiva.

El sistema de nuestro Código Civil, admitiendo dos clases de incapacidad por razón de perturbaciones mentales tiene, pues, más flexibilidad que el sistema que sólo reconoce una clase de incapacidad, la absoluta, por enajenación mental en general. Este último sistema es el del Código español, del argentino y del brasileño.

El sistema que sigue nuestro Código es el mismo que ha acogido el Código francés (art. 499); alemán (art. 6.º, inc. 1.º); suizo (art. 369, 16). La debilidad mental, como la enfermedad mental, suponen un estado más o menos permanente en el sujeto. El inc. 2.º del art. 555 dice que quedan sujetos a curatela los que adolezcan de enfermedad mental que les prive "habitualmente" de discernimiento; es decir, que se trata de un caso distinto de insania transitoria. Puede ocurrir, en efecto, que el sujeto se halle en estado pasajero y accidental de obnubilación de discernimiento. El acto que se practique en tales circunstancias tiene que ser nulo; pero se trata de una nulidad que afecta a ese acto, por la falta de consentimiento propiamente tal en el declarante de voluntad. Mas, la incapacidad es una situación general, en que queda insumido el sujeto; de modo que no puede practicar ningún acto o una serie de actos, porque está calificado el sujeto de incapaz (por eso, no interesa determinar si el acto lo hiciera en un "momento lúcido"). Como casos de insania transitoria, pueden citarse la hipnosis, el morfinismo en estado agudo y otras formas de intoxicación, la embriaguez con pérdida del sentido discriminatorio, el delirio intermitente, y en general cualquier estado anormal que implique pérdida de la conciencia de los actos que se realice.

Al caso del débil mental se puede asimilar el de quien por causa de debilidad senil esté incapacitado para dirigir acertadamente sus negocios, conforme a la indicación del art. 575. Se le designa un curador, de acuerdo a lo que este artículo indica. Di-

cho precepto se ha inspirado en el art. 372 del Código suizo; pero mientras éste último considera la interdicción sólo a petición del mismo interesado, es decir, de la persona que se considera imposibilitada de dirigir sus negocios por consecuencia de debilidad senil, el art. 575 de nuestro Código Civil no contiene esta limitación; de tal modo que cabe que la petición judicial respectiva sea hecha por la propia persona que desea quedar curatelada, o por las personas indicadas en el art. 574.

El pródigo queda sujeto a curatela (art. 555, inc. 4.º; art. 576 y ss.). Ya el derecho romano había establecido esta incapacidad. En las Institutas se lee: "Los furiosos y los pródigos aunque sean mayores de veinticinco años, se hallaban por la ley de las Doce Tablas bajo la curatela de sus agnados. Más comúnmente en Roma el prefecto de la ciudad o el pretor, y en las provincias los presidentes, les dan curadores en vista de la averiguación practicada". (ley 3 tit. XXIII; lib I; Inst). Se equiparaba, pues, al *prodigus* con el *menti capti*. En las Partidas se lee: "En latín prodigus, tanto quiere dezir en romance, como desgastador de sus bienes: e dezimos que si a este atal por esta razón le fuesse dado guardador algun su pariente propinco, o a otro; e le fuesse defendido del Juez del lugar, que non sasse de sus bienes sin otorgamiento de aquel su guardador; ningud prometimiento que despues desto fiziesse, non valdría; nin fincaria por ello obligado, si non en la manera que diximos en la ley ante desta, del pupilo". (Part. V, tit. 11, ley 5).

El Código de Napoleón (art. 513) consagra esta causal de inhabilitación, y lo mismo lo hacen la mayoría de los Códigos, incluyendo el español (art. 200), el alemán (art. 114), suizo (art. 370), brasilero (art. 6.º) y el italiano de 1942 (art. 415). El Código nacional de 1852 también consideraba el caso (art. 16, inc. 3.º). El Código argentino no incluye esta incapacidad. Tampoco ha sido admitido por el derecho anglo-americano. El Proyecto del Código civil argentino ha juzgado conveniente mantener en este punto lo establecido en el Código de Vélez Sarsfield.

La cuestión es una de dogmática jurídica. Considerando que el "disipador habitual", como dice el art. 576, que ha dilapidado más de la tercera parte de sus bienes raíces o capitales, teniendo cónyuge, ascendiente o descendientes, es persona que padece una obnubilación de criterio en cuanto a apreciar el valor económico de las cosas, se le somete a una incapacidad relativa, con el objeto de protegerlo y sobre todo de proteger a sus parientes más próximos (cónyuge, ascendientes, descendientes). La razón de la *capitis diminutio*, es la protección económica.

Pero se critica la anterior toma de posición, por cuanto ella responde a una concepción económica individualista. Se trata de la defensa de la propiedad privada. Mas, la riqueza debe circular. Es un interés privado el que se quiere proteger, sin que responda a una necesidad de utilidad social. Entre el que guarda la riqueza y el que la gasta, más simpatía suscita el último y, acaso, despliega una actividad más beneficiosa que el primero. "El pródigo —escribe Ferreyra Coelho— hacer compartir del disfrute de su propiedad a la sociedad en que vive, concurre para el desenvolvimiento comercial y, por tanto, para la riqueza pública, aún con perjuicio de su bienestar futuro. El avariento prívase de muchos goces sólo para no concurrir al bienestar de otros y consecuentemente niega a la sociedad en que vive la cooperación que le debe para el desenvolvimiento quizá producido por la utilización de la propiedad inactiva".

El Código nacional ha adoptado por el criterio condenatorio de la prodigalidad. La omniomanía y la cibomanía, la dilapidación en general, pueden dar origen a que se designe un curador, para que el curatelado no pueda por sí mismo litigar ni realizar actos de disposición (art. 578).

El juez apreciará *in concreto* si procede la incapacidad por prodigalidad, cuando se presenten las circunstancias indicadas en el art. 576. Ha de seguirse para ello el procedimiento ordinario, según lo que ordena el art. 1336 del C. de P. C. El mismo procedimiento del art. 1336 citado, ha de utilizarse para la *capitis diminutio* por mala gestión y por embriaguez habitual. En los demás casos de incapacidades, se utilizará el procedimiento del art. 1132 a 1333 del C. de P. C.

Otra causal de incapacidad relativa es la considerada en el inciso 5 del art. 555, que hace mención de "los que incurrn en mala gestión". El art. 583 y ss, norman las condiciones para que proceda esta inhabilitación. Se requiere que la persona a que la

misma concierne, haya perdido más de la mitad de sus bienes raíces o capitales, teniendo cónyuge, ascendientes descendientes; no rigiendo esa tasa si la acción se interpone por el marido; y quedando al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión (art. 583).

El art. 370 del Código suizo trata de la "mala gestión". Rossel y Mentha hacen el siguiente comentario: "la fórmula legal es bastante elástica; evidentemente, será menester para que haya mala gestión en cuanto a hacer una causa de sometimiento a tutela, que ella implica que la voluntad de no administrar o la incapacidad de administrar razonablemente sus negocios. Esperamos que no se interpretará muy extensivamente esta parte de nuestro texto; un émulo de Bernard Palisay, debería sin ella, ser puesto bajo tutela en Suiza". Agregan los mismos autores: "la mejor salvaguarda de toda aplicación abusiva del artículo 370 reside en esto: los pródigos, los ébrios, etc. deberán, por el hecho de su prodigalidad, de su embriaguez, de su mala conducta, de su mala gestión, exponerse ellos mismos o exponer a su familia a caer en la necesidad, o bien ellos no podrán pasarla sin cuidados y asistencia permanente, o bien ellos amenazarían la seguridad de terceros; y la prueba de cualquiera de estas circunstancias corresponderá al peticionario de la interdicción".

Comparando la causal constituída por la mala gestión con la constituída por la prodigalidad, se advierte la semejanza en cuanto al carácter de los bienes pertenecientes al curatelado: raíces o capitales, y en cuanto a la necesidad de que él tengan cónyuge, ascendientes o descendientes (es decir, herederos forzosos). La causal de inhabilitación es diferente. En la prodigalidad se debe a un defecto en el carácter del sujeto: el hábito de los llamados "gastos locos"; en el caso de la mala gestión, es la falta de eficiencia, la imprudencia en el manejo y dirección de los negocios propios. Mientras que en la prodigalidad se requiere que el desmedro haya superado a la tercera parte de los bienes, en la mala gestión es preciso que haya superado la mitad de los mismos".

La embriaguez habitual es otra causa de incapacidad relativa, según el inciso 5.º del art. 555. El art. 504 y ss., norman lo relativo a la curatela en tal caso. El inc. 3.º del art. 6.º del B. G. B. dice: "aquel que por consecuencia de embriaguez se halla en la

imposibilidad de administrar sus negocios, expone a su familia a caer en la indigencia o compromete la seguridad de otro”.

Según comenta Warneyer, en la indicación debe entenderse que se comprende toda clase de bebida de embriaguez, y no exclusivamente las alcohólicas y que, por el contrario, no se puede pronunciar una inhabilitación por causa del empleo de sustancias estupefacientes como opio, morfina, cocaína; pues este caso a lo que más bien puede dar origen, es a una interdicción por aplicación del inciso 1.º del art. 6.º (por debilidad mental).

Según lo que advierte el art. 585 de nuestro Código, en el caso de la embriaguez habitual la provisión de curador procede si por tal causa la persona de que se trata se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesita asistencia permanente o amenace la seguridad ajena.

Se trate, pues, de un individuo que haya adquirido el vicio de la embriaguez, de la etilomanía, como hábito estable, con carácter morbosos. En tal supuesto de embriaguez habitual, como es el caso de quien ha incurrido en mala gestión, el curatelado no puede litigar, ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin consentimiento especial del curador (arts. 586 y 578). La designación del curador, en ambos casos, del que incurriera en mala gestión y del ébrio habitual, se hace por el juez (arts. 586 y 577), conforme al respectivo trámite del Derecho Procesal Civil (art. 1336 del C. P. C.).

No requiere mayor explicitación la justificación de la inclusión de esta causal de incapacidad relativa, por embriaguez habitual. Tal consideración, si no aparece expresamente del derecho romano, ha merecido la atención de filósofos y juristas. Séneca llamó a la embriaguez una locura voluntaria: Puffendorf alguna vez se refirió a esta cuestión jurídica. Debe padecer *capitis diminutio* el que ha adquirido el hábito de la embriaguez, de tal modo que constituye en él un estado crónico que afecte su equilibrio orgánico y su poder de voluntad y de discernimiento; es decir, cuando sobreviene lo que Legrain ha denominado el “estado mental de base” de los alcohólicos. En tales casos si el síndrome se presenta como acusatorio de una *diminutio mentis*, se podrá proceder a designar un curador del ébrio consuetudinario.

En último término, como causal de incapacidad relativa hay que indicar la que se produce por pena que lleva aneja interdicción civil (art. 555, inc. 7.º; art. 587 y s.). El Código suizo destina a este asunto sus artículos 371 y 432.

El art. 200 del Código español indica que quedan sujetos a tutela los que estuvieren sufriendo pena de interdicción civil (inc. 4.º).

En relación a otros países, los códigos penales establecen la interdicción civil por consecuencia de la pena impuesta. Así ocurre en el argentino (art. 12), en el ruso (art. 40). Hay otros países en que no se ha admitido esta incapacidad, como Brasil y Alemania.

Nuestro Código penal menciona la pena de inhabilitación en el art. 10, y en el art. 27 enumera los efectos de tal pena. Ellos importan cosa distinta de lo mandado en el art. 587 del Código Civil, pues dichos efectos del art. 27 del Código penal se refieren a incapacidades de goce, en tanto que la incapacidad instituida en el art. 587 del Código Civil se refiere a una incapacidad de ejercicio con referencia a los casos indicados en el art. 588.

La razón por la cual se establece la incapacidad en el caso contemplado en el art. 587 antes citado, estriba en la imposibilidad de hecho en que se encuentra la persona de ejercer por sí misma sus derechos. Es una incapacidad de hecho. Es una medida de protección legal del condenado. Orgaz indica que los tratadistas señalan los siguientes fundamentos de la incapacidad de que ahora se trata: "1.º) indignidad del condenado, en el sentido de que la pena le hace inmerecedor de gozar de la normal capacidad jurídica; 2.º) la condición legal del penado que, usando de sus recursos, podría mejorar su situación, contrariando así el principio de la igualdad de las penas: el condenado rico estaría en mejores condiciones que el pobre; 3.º) el temor de que el condenado, pudiendo administrar y disponer de sus bienes, se facilite mediante ellos la fuga, sobornando a sus guardianes; 4.º) un propósito de protección, pues el cumplimiento de la pena le hace imposible al condenado la directa administración de su patrimonio". Agrega dicho autor: "llegamos así al fundamento que explica la institución como un sistema organizado para la tutela del condenado. Desde luego, este fundamento tiene en su favor dos circunstancias significativas: por una parte, la naturaleza de la incapacidad, la cual se refiere al ejercicio de los derechos;

pertenece, pues, al número de las incapacidades de hecho, las cuales se inspiran siempre en un propósito de protección. Por otra parte, este fundamento se encuentra inspirando la incapacidad en todas las legislaciones que la sancionan, aún en aquéllas que la organizan preferentemente como una pena. Parece, así, que él se encuentra en la base de la institución. Según este fundamento, la incapacidad de los penados es establecida por la ley en consideración a que el cumplimiento de la pena hace imposible al condenado vigilar personalmente sus intereses. Nace, pues, de las circunstancias de hecho en que se encuentran los individuos que purgan su condena. Planiol llama a esta incapacidad "arbitraria", en el sentido de que los condenados son tan capaces de obrar después de su condenación como lo eran antes, pues la causa que la origina no tiene relación con la debilidad o pérdida del discernimiento, como la incapacidad de los menores y de los dementes. Mas a nuestro juicio, Planiol da por sentado lo que precisamente es necesario investigar: si la falta de libertad que aflige al condenado no modifica su capacidad de obrar".

Los actos realizados por las personas que sufren incapacidad relativa, son anulables, según lo que indica el art. 1125, inc. 1.º.

Art. 11.—"La incapacidad de las personas mayores de 18 años cesa por emancipación, por matrimonio y por obtener título oficial que autorice para ejercer una profesión u oficio".

Referencias: Institutas, lib. I, tit. XII, p. 6; Codex, lib. VIII, tit. XLIX, ley 5, lib. II, tit. XLV; Código francés, arts. 476, 477, 478; italiano, 390, 391, 394, 397, (arts. 310, 311, 313, 317); español, arts. 314, 315, 316, 318, 320; portugués, arts. 304, 305; alemán, art. 3; holandés, 385; suizo, 14, 15, 431; argentino, 128, 131; chileno, 264, 266, 298, 301; ecuatoriano, 261; colombiano, 312, 339, 340; mejicano, 641 y ss.; peruano, 298 y 299.

En cuanto el caso de emancipación voluntaria, el Código de Procedimientos Civiles indica en sus arts 1039 a 1042 el trámite respectivo. De esta suerte, la declaración de emancipación es una homologada, dictada por el Juez, y no una simple declaración privada; lo cual es ventajoso, pues se evita dudas acerca de la validez en sí misma de la declaración y acerca de sus alcances. Sea que el menor, varón o mujer, está sujeto a patria potestad o a tutela, puede ser emancipado (art. 425, inc. 2.º; art. 539, inc. 3.º) si ha cumplido 18 años, deviniendo con ello completamente capaz, o sea, como indica el art. 3.º del B. G. B., "por la declaración de mayoría, adquiere el menor la situación jurídica de un mayor de edad". Antes de los 18 años la emancipación es nula radicalmente; nulidad que, por lo tanto no puede ser confirmada al llegar el menor a los 18 años; de modo que lo que procedería sería el efectuar la emancipación, que entonces sí sería válida.

Conforme al régimen instituido por nuestro Código, la emancipación confiere al menor plena capacidad; se le considera como un mayor de edad. Desde luego, si un efecto jurídico se hace depender de la circunstancia de que la persona tenga una edad que supere a los 21 años, la emancipación no confiere derechos al emancipado para dicho acto.

Por el matrimonio el menor de edad resulta emancipado de pleno derecho. El art. 82, inc. 1.º del Código establece que no pueden contraer matrimonio los varones menores de edad y las mujeres menores de 18 años. De este modo, no habría posibilidad de aplicar lo indicado en el art. 11 en cuanto a los varones, y no se presentaría dificultad alguna del mismo en relación a las mujeres, pues la edad de 18 años es la señalada en dicho numeral y en el inc. 1.º del art. 82. Pero el art. 87 faculta al Juez para dispensar el requisito de la edad siempre que el varón haya cumplido 18 años y la mujer 16; habiendo la ley 9181 modificado el art. 87 indicando la edad de 16 y 14 años para la dispensa. Puede infiltrarse la duda de si cesa la incapacidad del menor de edad, varón o mujer, que no habiendo cumplido 18 años celebre matrimonio conforme a lo indicado en el art. 87 y la ley 9181. De acuerdo a la legislación francesa, la emancipación se produce en el supuesto considerado, cualquiera que sea la edad del menor que ha

contraído matrimonio (Daloz). El Código chino determina: "el menor que contrae matrimonio tiene la capacidad de ejercicio de sus derechos" (Art. 13; par. 3.º). Entre nosotros la solución tiene que ser distinta. El art. 11 habla de que cesa la incapacidad de las personas "mayores de dieciocho años". Este es, pues, el primer supuesto establecido en la norma; además de él y concurrentemente, se ha de presentar cualquiera de los otros hechos previstos en dicho artículo 11: emancipación, matrimonio, obtención de título oficial.

Nosotros creemos que hubiera sido preferible en este punto que el matrimonio acarrearla la emancipación legal del menor, cualquiera que fuese la edad de éste.

Para que se produzca el efecto del art. 11 de capacidad por matrimonio, es indispensable que se trate de uno válido o por lo menos putativo. Si el matrimonio se anula, la emancipación tácita que se había producido, también queda sin efecto, pues desaparece la causal fundante del efecto fundado en aquélla. En cuanto al caso de matrimonio putativo, es pertinente tener en cuenta el art. 157 que prescribe: "El matrimonio declarado nulo produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos, si se contrajo de buena fé. Si hubo mala fé en uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efectos a su favor; pero sí respecto del otro y de los hijos. El error de derecho no perjudica la buena fé".

El hecho del matrimonio acarrea la habilitación de edad del menor, sin ninguna otra formalidad, como dice el art. 131 del Código argentino, pues aquélla se produce *ipso jure*. "Todo menor que se casa se emancipa de pleno derecho; sin que haya necesidad de ninguna declaración (art. 476). El matrimonio es incompatible, en el estado de nuestras costumbres, con la subordinación de un menor que se hallare sometido a la patria potestad o a la tutela. El marido tiene necesidad de su independencia como jefe de familia, y, por otra parte, en su autoridad marital excluye toda dirección ejercida por un tercero sobre su mujer". (Planiol y Ripert).

Hay que advertir con respecto a este asunto, que la emancipación del menor por matrimonio no es plena en un caso singular, cual es el consistente en que el menor haya contraído matrimonio sin consentimiento del padre o la madre, pues entonces, según la indicación del art. 406 el usufructo legal sobre el

patrimonio del hijo correspondiente al padre o a la madre, subsiste hasta que el hijo adquiera la mayoría de edad.

La emancipación tácita que sobreviene con el matrimonio del menor es irrevocable, así como la emancipación expresa, que se produce por la respectiva declaración judicial; pues en nuestro Código no existe un precepto de revocación como el art. 485 del *Code Civil*.

En cuanto al tercer caso indicado en el art. 11, se justifica la disposición, considerando que la obtención de título oficial que acredite para ejercer una profesión u oficio, revela una condición en el sujeto que le impone responsabilidades, que no son compatibles con una subordinación a voluntad ajena. Su aptitud y desarrollo intelectuales están, por lo demás, demostrados por el hecho de haber obtenido el título a que se refiere la disposición legal. Es, pues, lógico concederle una plenitud en cuanto al ejercicio de sus derechos.

Art. 12.—“Los casos en que los menores de 16 años pueden practicar algunos actos civiles están determinados por la ley”.

Aún cuando el inciso 1.º, del art. 9.º indica que es absolutamente incapaz el menor de dieciséis años, el Código indica algunos casos en que una persona antes de haber llegado a esa edad puede ejercer algunos actos; y de ahí el art. 12, reproducción del 14 del Código derogado. El art. 511 ordena: “El menor capaz de discernimiento puede adquirir a título puramente gratuito sin la intervención de su tutor. Tampoco necesita de éste para ejercer derechos estrictamente personales”. El art. 519 prescribe: “El menor que hubiere cumplido catorce años y cualquier interesado podrán recurrir al juez contra los actos del tutor”. Según el art. 547 “el menor que ha cumplido la edad de catorce años puede pedir al juez la remoción de su tutor”. Expresa el art. 326, inc. 5.º que es necesario “que el adoptado preste su consentimiento, si es mayor de catorce años”. El art. 643 faculta al que tiene más de catorce años a asistir a las reuniones del consejo de familia, con voz pero sin voto. El art. 514 se refiere a que el menor autorizado para ejercer una industria, puede practicar los actos

que requiere el ejercicio regular de ella. El art. 518 expresa: "El menor administrará los bienes dejados a su disposición para el ejercicio de una industria y los que adquiriera por su trabajo con el consentimiento del tutor". El inciso 8.º, del art. 522 indica que el tutor, con autorización del consejo de familia, puede permitir al menor el ejercicio de una industria. No se indica la edad requerible en el menor y, por lo tanto, parecería que es cuestión dependiente de que se considere al menor con aptitud para ejercer la respectiva industria, conforme al criterio del tutor y del consejo de familia. Una interpretación restrictiva debe conducir a pensar que sólo después de que el sujeto haya cumplido dieciséis años, está en aptitud de ejercitar los derechos a que se contraen los citados números 514 y 518.

Conforme al inciso 1.º del art. 82, la mujer que ha cumplido dieciocho años, puede contraer matrimonio; de acuerdo al art. 87, modificado por la ley 9181, el Juez puede dispensar el requisito de la edad para celebrar matrimonio, si el varón ha cumplido dieciséis años y la mujer catorce. Quien ha cumplido dieciocho años puede testar, aunque no mediante testamento ológrafo (art. 682). El menor puede válidamente concertar esponsales, si ellos se celebran con el consentimiento de las personas que el Código exige para el matrimonio (art. 76). El art. 320 prescribe que el hijo mayor de dieciocho años puede prestar su consentimiento para ser legitimado por declaración judicial. Según el art. 357 el menor capaz para testar (o sea, si ha cumplido dieciocho años, según el art. 682), puede reconocer a su hijo en el testamento que otorgue.

(Continuará).

JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN.
