

Capacidad del testador

Por ROMULO E. LANATTA

Profesor Principal

SUMARIO:

Sección Primera. Nociones generales.

1. La capacidad civil y sus clases.— 2. Algunos conceptos generales aplicables a la capacidad para otorgar testamento.— 3. La capacidad y la incapacidad para testar en la sistemática del Código Civil peruano.— 4. Origen de la clasificación de la incapacidad civil en absoluta y relativa y estudio del tema en el derecho comparado.

Sección Segunda. La incapacidad para testar por efecto de las causales de incapacidad absoluta.

5. Incapacidad para testar de los menores de 18 años.— 6. Los conceptos de enfermedad mental y de discernimiento en el art. 9 inc. 2 C. C.— 7. Incapacidad para testar de los sujetos a interdicción por enfermedad o deficiencia mentales.— 8. Posible anulación del testamento otorgado por estas personas antes de la declaración de interdicción.— 9. Prueba de la incapacidad del testador en los testamentos otorgados por enfermos mentales no sujetos a interdicción.— 10. El problema de los intervalos lúcidos.— 11. Testamentos otorgados durante las alteraciones mentales transitorias.— 12. Jurisprudencia.— 13. El testamento de los sordomudos.— 14. La ausencia declarada y la capacidad para testar.

Sección Tercera. Examen de la capacidad para testar en los casos de interdicción declarada por causales de incapacidad relativa o por condena penal.

15. Capacidad para testar de las personas sometidas a interdicción civil por prodigalidad o por mala gestión económica.— 16. Capacidad para testar de las personas sujetas a interdicción civil por condena penal.— 17. Incapacidad para testar de los interdictos por debilidad mental.— 18. La debilidad mental senil y el art. 575 C.C.— 19. Incapacidad para testar de los interdictos por ebriedad habitual o por toxicomanía.

Sección Cuarta. Prohibición a algunas personas de emplear determinadas formas testamentarias.

20. Prohibición a los menores de 21 años de otorgar testamento ológrafo.— 21. El testamento de los mudos.— 22. El testamento de los invidentes.— 23. El testamento de los analfabetos.

Sección Quinta. Referencias a temas conexos.

24. El testamento de los enfermos graves.— 25. Naturaleza jurídica de la denominada incapacidad para recibir por testamento.

SECCIÓN PRIMERA

NOCIONES GENERALES

1. LA CAPACIDAD CIVIL Y SUS CLASES.

Conviene exponer, en forma esquemática, las siguientes nociones elementales sobre la capacidad y la incapacidad civil en general, que son previas al tema que es materia de esta sección.

a) *Capacidad.*

Es la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones y para practicar actos con eficacia jurídica.

b) *Capacidad de derecho y capacidad de hecho.*

Se deduce de la anterior definición que hay dos clases de capacidad, a saber:

La capacidad de derecho, denominada también capacidad de goce, que es la aptitud de la persona para ser titular de derechos y obligaciones. Es intrínseca, pasiva y meramente receptiva. No requiere acto alguno de la persona. Tal el caso de

adquirir por sucesión, que todas las personas tienen, inclusive las colectivas, y en cuanto a las personas físicas hasta los concebidos, con la condición que la ley señala de que nazcan con vida.

La capacidad de hecho o de ejercicio, es la facultad de la persona de poder efectuar por sí misma actos jurídicos; de ejercer derechos y contraer obligaciones. Esta es capacidad extrínseca en virtud de la cual la persona es sujeto activo de derechos y obligaciones. Así, la capacidad para otorgar testamento o para renunciar la herencia o los legados, requieren que quien practica estos actos tenga capacidad de ejercicio. La supresión o restricción de esta capacidad, convierte a las personas en incapaces de ejercer válidamente todos los actos jurídicos, o sólo algunos de ellos.

- c) *La capacidad jurídica de hecho está fundada en la capacidad natural de la persona.*

La capacidad natural, es la aptitud psíquica de la persona para poder ejercer por sí misma conscientemente sus derechos, y para poder practicar con discernimiento los actos jurídicos. Mediante la capacidad jurídica de ejercicio, la ley le reconoce esta capacidad natural. Por eso se dice que la ley no crea la capacidad sino que la reconoce. Por igual motivo, si la persona carece de tales condiciones, por su escasa edad o por su falta de discernimiento, debida a enfermedad mental o a otra causa que le impida razonar normalmente, la ley le niega la capacidad jurídica de ejercicio.

- d) *La capacidad es la regla y la incapacidad la excepción.*

La capacidad jurídica es uno de los atributos de la personalidad. La incapacidad existe sólo en los casos en que la ley suprime o restringe la capacidad. La capacidad es la regla y la incapacidad la excepción. Se deriva de este postulado una importante consecuencia práctica, que consiste en que las causales de incapacidad son únicamente las que determina la ley de manera expresa y con la amplitud que la misma ley debe señalar.

- e) *Objeto de las limitaciones que la ley establece con respecto a la capacidad de hecho.*

Estas restricciones tienen como finalidad principal desempeñar una función protectora en favor de quien practica el acto jurídico y de su familia y también, en algunos casos, la de proteger a terceras personas.

- f) *Sanción legal del acto jurídico practicado por persona incapaz.*

La capacidad civil del agente es uno de los requisitos esenciales para la validez del acto jurídico. Por eso la incapacidad produce como efecto la nulidad del acto practicado por persona que adolezca de incapacidad para ello. Así lo declaran, el art. 1075 del Código Civil que dice: *Para la validez del acto jurídico se requiere: agente capaz, ...*; el art. 1123 que expresa: *El acto jurídico es nulo: Cuando se ha practicado por persona absolutamente incapaz* y el art. 1125 del mismo código que indica: *El acto jurídico es anulable: 1º Por incapacidad relativa del agente.* Conviene advertir que el sistema que configuran los citados arts. 1123 y 1125, que establecen la nulidad de los actos practicados por los absolutamente incapaces y la anulabilidad de los otorgados por quienes lo son relativamente, proviene del Código Civil del Brasil, en cuyos arts. 145 y 147 se establece tal correlación, que no siempre es exacta.

2. ALGUNOS CONCEPTOS GENERALES APLICABLES A LA CAPACIDAD PARA OTORGAR TESTAMENTO.

De acuerdo con las nociones ya explicadas, la capacidad para testar es *capacidad de ejercicio, activa, de hecho.*

Es, además, *capacidad especial*, por estar referida específicamente a determinado acto jurídico, el testamento, la cual no siempre coincide con la exigida para otros actos, teniendo su propia problemática. Le son aplicables, no obstante, además de los ya expuestos, los siguientes conceptos generales:

1º Siendo la capacidad la regla y la incapacidad la excepción, pueden otorgar testamento todos aquéllos a quienes no lo

prohíba la ley. Este es un principio invariable en la doctrina de los diversos países, y en algunos de ellos se expresa en un precepto legal, como se observa en el Código Civil italiano, art. 591 párrafo 1º y en el moderno Código Civil de Portugal, art. 2188.

2º Los preceptos que establecen los casos de incapacidad para otorgar testamento son de orden público, esto es, de carácter imperativo y por lo tanto inmodificables por voluntad del testador o de terceros, tal como lo expliqué en ocasión anterior. (1)

3º La ley aplicable para precisar la capacidad o la incapacidad para testar es, en el campo del Derecho Internacional Privado, la ley personal del testador, según el Tratado de Derecho Internacional Privado de La Habana, arts. 146, 152 y 153. El Código Civil peruano establece en el art. V del Título Preliminar que la capacidad se rige por la ley personal del domicilio del testador, precepto que proviene en esta parte, del art. 7º párrafo 1º del Código Civil del Brasil, pero indica luego que, tratándose de peruanos, se aplicará la ley peruana. (2)

4º La capacidad o la incapacidad para otorgar testamento se aprecian en relación con el momento en que la persona lo otorga. La doctrina es unánime al respecto y en algunos códigos y proyectos está declarada expresamente, como se observa en el art. 605 del Proyecto español de García Goyena y en el art. 3613 del Código Civil argentino. Por consiguiente, la incapacidad que pudo existir antes en el sujeto, o la que sobrevenga con posterioridad al otorgamiento del testamento, no anulan, por sí solas, el acto. De lo expresado se deduce también que, no se requiere que el testador tenga capacidad de ejercicio en el momento de su muerte, como se exigía en el antiguo derecho, basta con que la haya tenido cuando otorgó el testamento.

(1) "Derecho de Sucesiones". Tomo I, Lima, 1969, Nº 7.

(2) El citado art. V Tít. Prelim. del C.C. peruano ha sido comentado, con opiniones coincidentes en cuanto a la crítica de la excepción que establece, por el Dr. José Luis Bustamante y Rivero en "El Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940". Montevideo, 1942, p. 34; por el Dr. José León Barandiarán en sus "Comentarios al Código Civil Peruano" Tomo IV. Lima, 1952, p. 64; por el Dr. Manuel García Calderón en su "Derecho Internacional Privado", Lima, 1969, Nº 121, y por el autor en la obra citada en la nota anterior, Tomo I, Nº 101.

3. LA CAPACIDAD Y LA INCAPACIDAD PARA TESTAR EN LA SISTEMÁTICA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO.

Corresponde examinar, en relación con el tema propuesto, las siguientes cuestiones:

1º Carencia de normas especiales sobre la capacidad para testar.

No hay en el Libro Tercero de nuestro Código Civil, relativo a las Sucesiones, normas de suficiente amplitud destinadas a legislar específicamente la capacidad e incapacidad para otorgar testamento. El título denominado: *Quiénes pueden testar*, que existió en el Código Civil anterior no fue conservado, y no se encuentra, ni en los Anteproyectos, ni en el Proyecto, ni en el Código vigente, preceptos específicos sobre la materia, como los hay en los Códigos Civiles de Francia, arts. 901 al 907; Uruguay, 831; Argentina, 3613 al 3637; Brasil, 1627 y 1628; Italia, art. 591 y en el nuevo Código Civil de Portugal, 2188 al 2191.

De allí que para estudiar el tema y resolver los casos relativos a la incapacidad para otorgar testamento, es necesario aplicar las normas generales sobre incapacidad para practicar actos jurídicos, contenidas principalmente en los arts. 9 y 10 del Libro I del Código Civil, que se refiere al Derecho de las Personas, y los arts. 554 al 589 del Libro Segundo del mismo, que versa sobre el Derecho de Familia, pues los arts. 682 al 684 con que comienza la Sección Segunda del Libro Tercero, que trata de la sucesión testamentaria, se limitan a establecer la imposibilidad en que algunas personas están de emplear determinadas formas testamentarias, estableciendo, desde luego, las prohibiciones correspondientes.

2º Criterio seguido por el Código para la clasificación de las normas generales aplicables a los incapaces.

Para nuestro Código Civil, la capacidad de ejercicio es absoluta o total, cuando la persona puede practicar válidamente toda clase de actos jurídicos, y es relativa o parcial cuando la ley limita sus facultades, restringiendo dicha capacidad. Correlativamente, la incapacidad de ejercicio es absoluta o total cuando quien la sufre no puede practicar válidamente, acto jurídico

alguno, y es denominada relativa o parcial cuando la ley le permite practicar algunos actos jurídicos y le prohíbe otros.

Para formarse un concepto, lo más claro posible, de la sistemática seguida por el Código, que como se ve clasifica a los incapaces en *absolutos* y *relativos*, más las normas sobre la incapacidad relacionada con la forma de algunos testamentos, es necesario dividir las disposiciones pertinentes en tres grupos, transcribiendo los textos legales respectivos. Estos son los siguientes:

Primer grupo: Incapaces absolutos. Son los que figuran en el siguiente precepto:

Art. 9.— Son absolutamente incapaces:

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

Segundo grupo: Incapaces relativos. Son los indicados en el art. 10º, en los incisos 1º y 4º al 8º del art. 555 y en el art. 575.

Art. 10.— Son relativamente incapaces los mayores de 16 años, y los sujetos a curatela no comprendidos en el artículo anterior.

Art. 555.— Estarán sujetos a curatela:

- 1º Los débiles mentales;
- 2º Los que adolezcan de enfermedad mental que los prive habitualmente de discernimiento;
- 3º Los sordo-mudos que no puedan expresar su voluntad de una manera indubitable;
- 4º Los pródigos;
- 5º Los ebrios habituales;
- 6º Los que incurran en mala gestión;
- 7º Los que sufran la pena de interdicción civil;
- 8º Los toxicómanos. (Agregado por D.L. 11.772 del 20.1.950).

Art. 575.— Se dará curador, conforme a las reglas de este título, al que por causa de debilidad senil esté incapacitado para dirigir acertadamente sus negocios.

Tercer grupo. Casos de incapacidad relativa de algunas personas, para emplear determinadas formas testamentarias:

Art. 682.— Pueden testar los mayores de dieciocho años, pero se necesita ser mayor de edad para hacerlo en forma ológrafa.

Art. 683.— El mudo sólo puede otorgar testamento cerrado u ológrafo.

Art. 684.— El ciego y el analfabeto sólo pueden testar en escritura pública, debiendo leerseles el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe, de lo cual se hará mención.

3º *Observaciones al articulado.*

Con cargo de explicar, en el numeral siguiente, el origen de esta clasificación que nuestro Código Civil hace de los incapaces en absolutos y relativos, y de examinar el tema en el derecho comparado, conviene señalar algunos defectos de técnica que son notorios en las referidas disposiciones.

La declaración de quiénes son *absolutamente incapaces*, del art. 9 C. C., tal como está redactada, es inexacta. En efecto, en el inc. 1º se declara que son tales los menores de 16 años, pero según el art. 519 del mismo código, a los 14 años los menores tienen acción para ocurrir al Juez contra los actos de su tutor; según el art. 547 a la misma edad pueden pedir la remoción de éste, y por Ley Nº 9,181 del 27 de setiembre de 1940 se autoriza la validez del matrimonio de la mujer también desde los 14 años. Son estas críticas, semejantes a las que formuló el Dr. Guillermo A. Borda al estudiar el art. 54 del Código Civil argentino y además, y como dicho Profesor lo hizo notar, en la práctica los menores que no han cumplido todavía la edad mínima de ley celebran frecuentemente pequeños contratos, de compra-venta, de pasaje y otros, que no por ser verbales y de escaso valor económico dejan de ser actos con eficacia jurídica. (3) La adición a nuestra fórmula de una frase que exprese "salvo para aquellos actos que autorice la ley", u otra equivalente, contribuiría a reducir la inexactitud de la declaración, pero no a suprimirla. Es, asimismo indispensable, la derogación del inciso 4º del referido art. 9 que califica como incapaces absolutos a los desaparecidos cuya ausencia ha sido declarada y cuyos actos, por aplicación de tal dispositivo, serían nulos para la ley peruana, cualquiera que fuere el lugar donde se hubieren practicado, así como la importancia que pudieren revestir. Dicha norma está en evidente desacuerdo con la realidad de la posible existencia y capacidad natural de tales personas, por cuyo motivo su fuente, que es el in-

(3) Guillermo A. Borda: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Parte general, Tomo I, 4a. ed. Buenos Aires, 1965, Nº 459.

ciso 5º del art. 54 del Código Civil argentino, es disposición que ha sido derogada por la reciente Ley Nº 17.711 de ese país.

En cuanto a los denominados *relativamente incapaces* conviene precisar en la ley que lo son "relativamente a ciertos actos o a la manera de ejercerlos", como lo dice el art. 5º inc. IV del Código Civil del Brasil, o "relativamente a la práctica de ciertos actos o al modo de ejercerlos, como lo expresa el art. 7º del Proyecto de 1965 del mismo país. Además, es preciso reparar que el art. 555 C.C. en que figura su relación, presenta la particularidad de repetir en sus incisos 2 y 3 los mismos incisos 2 y 3 del art. 9, referentes a los incapaces absolutos, duplicidad que es debida a que en el art. 555 la referencia tiene como finalidad indicar quiénes *estarán sujetos a curatela*, tanto así que el inciso que alude a los enfermos mentales agrega el requisito de la habitualidad de su condición, como corresponde hacerlo. Consecuencia de la clasificación de los incapaces en los dos grupos señalados, sería, indudablemente, la de su enumeración en normas separadas. Se observa además, que el Código no emplea, en lo referente a la condición en que deben ser colocados unos y otros, la distinción entre la *interdicción*, que es la medida que técnicamente corresponde emplear para los enfermos mentales privados de discernimiento y para los sordomudos que no saben expresar su voluntad de manera indubitable, y la *inhabilitación*, que es la que debe darse a los demás, distinción terminológica que fluye del derecho comparado. Son éstas y las del numeral siguiente, apreciaciones previas y generales. El estudio particular de cada una de las causales de la incapacidad para testar, será hecho luego, siguiendo el orden indicado en el sumario, en que se ha cuidado de guardar armonía con la sistemática del vigente Código Civil peruano.

4. ORIGEN DE LA CLASIFICACION DE LA INCAPACIDAD CIVIL EN ABSOLUTA Y RELATIVA Y ESTUDIO DEL TEMA EN EL DERECHO COMPARADO.

La clasificación de las personas incapaces de ejercicio en *absolutamente incapaces* y *relativamente incapaces*, empleada en el vigente Código Civil peruano, no proviene del anterior. Su origen se encuentra en el *Esboço* de Freitas, arts. 41 y 42, de donde pasó al Código Civil argentino, arts. 54 y 55, y al del

Brasil, arts. 5 y 6. Estos últimos dispositivos son la fuente inmediata de los arts. 9 y 10 del nuestro.

Examinando el derecho extranjero, es de especial interés el estudio comparativo del régimen que sobre la capacidad de ejercicio establece el Código Civil peruano, con el recientemente adoptado en el argentino, en virtud de las importantes reformas introducidas en este último por la Ley N° 17.711 que comenzó a regir en ese país el 1° de julio de 1968. Son pertinentes en este lugar las modificaciones de que han sido objeto los arts. 54 y 55 de dicho Código y el nuevo art. 152 bis. Se conserva el término incapacidad absoluta en el art. 54, que se aplica a las personas por nacer, a los impúberes, a los dementes y a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito y se suprime, acertadamente, de esta enumeración a los ausentes declarados tales, que el texto original comprendía como incapaces. Se substituye el antiguo texto del art. 55 que, al declarar que eran incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos las personas allí enumeradas, constituía la figura jurídica que denominamos incapacidad relativa, aunque el antiguo texto consideraba en tal condición sólo a los menores adultos y a las mujeres casadas. Mediante el nuevo art. 152 bis, ha sido innovado el sistema, eliminándose la denominación de incapaces relativos y configurándose un régimen tutelar consistente en la inhabilitación de las personas mediante resolución judicial, comprendiendo, en tres incisos, a los ebrios habituales, a los drogadictos, a los disminuidos en sus facultades mentales que no llegan al supuesto de la demencia y a los que incurran en prodigalidad en la administración y disposición de sus bienes exponiendo a su familia a la pérdida de su patrimonio. Se dispone que al inhabilitado se le nombrará un curador sin cuya conformidad no podrá disponer de sus bienes por actos entre vivos, que se aplicará en lo pertinente las normas relativas a la incapacidad por demencia y a la rehabilitación y que los inhabilitados podrán por sí solos practicar actos de administración, salvo las limitaciones que la sentencia de inhabilitación imponga atendiendo a las particulares circunstancias del caso.

El referido art. 152 bis, establece un sistema tutelar que según la opinión de notables juristas de ese país, no está situado en el campo de la incapacidad, sino en el de la capacidad. Su origen y fundamentación doctrinaria en el derecho argentino,

se encuentra en el Anteproyecto de Código Civil del Prof. Jorge Joaquín Llambías, de 1954, en la ponencia presentada al Tercer Congreso de Derecho Civil celebrado en la ciudad de Córdoba, en 1962, por los Profesores Guillermo A. Borda y Jorge Joaquín Llambías, aprobada en el correspondiente despacho de mayoría, en una declaración aprobada en las Terceras Jornadas de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Corrientes en 1965 y, desde luego, en la gestación de la referida Ley N° 17.711 y en los comentarios de la misma. En Corrientes, el Prof. Alberto J. Molinas sostuvo al respecto, que "la inhabilitación es un régimen, no una incapacidad", el Prof. Llambías, en reciente obra en que comenta la reforma adoptada, dice: "El inhabilitado no es un incapaz. Conserva su capacidad para todos los actos de la vida civil y por lo tanto está ubicado en una condición básica de capacidad". El Prof. Alberto G. Spota especifica los actos jurídicos cuyo ejercicio está excluido en la sentencia de inhabilitación, entre los cuales señala la facultad de disponer de los bienes para después de la muerte, es decir la capacidad de otorgar testamento. Los Dres. Roque Garrido y Luis Andorno, comentaristas también de la reforma, opinan que el inhabilitado es capaz para todos los actos normales de carácter personal y familiar, salvo las limitaciones que la ley prevé expresamente en el aspecto patrimonial. (4) Como consecuencia, ha quedado descartada, en la doctrina argentina, la clasificación de los incapaces en absolutos y relativos. Los actuales términos aplicados son: *incapaces*, que pueden estar o no sujetos a interdicción, e *inhabilitados*.

(4) Guillermo A. Borda. Ob. cit. Tomo I, Nos. 459 y 460; Jorge Joaquín Llambías "Tratado de Derecho Civil", Parte General, Tomo I, 3a. ed. Buenos Aires, 1967, N° 4, ps. 48 y ss., "Anteproyecto de Código Civil", Buenos Aires, 1954, arts. 94 al 97; y "Tratado de Derecho Civil. Parte General. Tomo I, 3a. ed. Buenos Aires, 1967; Guillermo A. Borda y Jorge Joaquín Llambías: Ponencia conjunta presentada al III Congreso Nacional de Derecho Civil Argentino de Córdoba, de 1962 y despacho de la Comisión respectiva en los trabajos de dicho Congreso. Tomo II, págs. 729 y 736; Alberto G. Spota "Tratado de Derecho Civil. Vol. IV, Nos. 653 y ss. y "Sobre las reformas al Código Civil", Buenos Aires, 1969, pág. 60; Llambías "Estudio de la Reforma del Código Civil", Ley N° 17.711, Buenos Aires, 1969, pág. 62; Roque Garrido y Luis Andorno "Reformas al Código Civil. Ley N° 17.711 comentada", Buenos Aires, 1969, Tomo I, pág. 59; J. H. Bustamante Alsina "El nuevo régimen de las incapacidades en la reciente reforma del Código Civil" en la Rev. "La Ley" del 27 de mayo de 1968. El texto originario del Código Civil argentino, sancionado por la Ley N° 340 del 29 de setiembre de 1869, con las notas de su autor don Dalmacio Vélez Sársfield, que comenzó a regir el 1° de enero de 1871 y el texto modificatorio de numerosas disposiciones, ordenado por la Ley N° 17.711 sancionada y promulgada el 22 de abril de 1968 y que principió a regir el 1° de julio del mismo año, aparecen en la reciente publicación hecha al cuidado del Dr. Luis Alberto Estévil, por don Víctor P. de Zavallía, Editor, Buenos Aires, 1969.

En el derecho comparado, esta reforma tiene su fuente en el Código Civil italiano, arts. 415 y 427 y concuerda con el sistema seguido por el de Venezuela, arts. 409 y 410 y por el de Portugal, arts. 138 y 152, que están asimismo inspirados en el sistema italiano. No obstante, el régimen de la inhabilitación parece no estar todavía completamente configurado en el derecho argentino, por los problemas que necesariamente plantea la adopción de un nuevo sistema como reforma parcial, algunos de los cuales fueron examinados en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba en 1969, siendo de esperarse que, como ha sucedido en otros casos, la doctrina y la jurisprudencia suplirán acertadamente los vacíos que hubiere dejado la ley.

En los códigos civiles europeos examinados, no se encuentra la referida clasificación de los incapaces en *absoluta y relativamente incapaces*.

En el Código Civil francés, los arts. 489 al 512 se refieren a la interdicción civil de los dementes y de los débiles mentales, y en los arts. 513 al 515 se establece para los pródigos el nombramiento de un consejero judicial. Para la capacidad de testar hay una norma específica, el art. 901 que, concordante con las reglas generales, exige que el testador esté en su cabal juicio. En lo relativo a la terminología, en la doctrina francesa se indica que la capacidad es *general* cuando priva a la persona de cumplir válidamente todo acto jurídico y que es *especial*, si la prohibición se limita a ciertos actos enumerados por la ley. El Código Civil de España legisla sobre la tutela de locos y sordomudos en sus arts. 213 al 220, y para los pródigos así como para quienes sufren interdicción por condena, en sus arts. 221 al 230. Asimismo, la capacidad para testar es objeto de reglas específicas en los arts. 662 al 666. En la doctrina española el Profesor José María Manresa y Navarro clasifica las incapacidades en naturales, como la producida por la locura y la sordomudez y en legales como la establecida para la prodigalidad, y, *en cuanto a sus efectos, las clasifica en absoluta y relativa*, según sean éstos totales o parciales. (5)

(5) En la doctrina francesa: Dalloz, "Encyclopedie Juridique. Repertoire de Droit Civil", París, Tomo II, Nº 175; L. Josserand "Derecho Civil" Tomo I, Vol. I, Nº 307. Rippert et Boulanger "Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol", Trad. Bs. Aires, 1950, Tomo I, Nº 2151. En la española: José María Manresa y Navarro "Comentarios al Código Civil español", Madrid, 1950, Tomo VIII, Vol. II. Comentario al art. 1264.

El Código Civil alemán contiene también reglas generales sobre la capacidad de ejercicio o negocial en su art. 104, negándola a quienes no han cumplido siete años de edad, a los que sufren de algún "entorpecimiento enfermizo de la actividad mental que excluya la libre determinación de la voluntad" y a los que están incapacitados por causa de enfermedad mental. En otro grupo, art. 114, coloca a los que están incapacitados por debilidad mental, prodigalidad o embriaguez habitual. Según el art. 1910 hay posible curatela para quienes sufren de defectos físicos tales como la sordera, la ceguera y la mudez. No hay disposiciones específicas sobre la capacidad del testador. En la doctrina, los Profesores Enneccerus, Kipp y Wolf afirman que el incapacitado por enfermedad mental es *incapaz de obrar* y que el débil mental es *capaz de obrar pero con limitaciones*. En el Código Civil suizo, los arts. 9 inc. 2, 16 y 467 configuran el sistema que los juristas de ese país explican como *capacidad de discernimiento*. Son también pertinentes los arts. 370 y 395, que se refieren, el primero a los pródigos y el segundo a las atribuciones del denominado *consejo legal* que es nombrado para cautelar los intereses de aquellas personas a quienes se priva parcialmente del ejercicio de sus derechos civiles. El Profesor suizo E. Hafter, al comentar el art. 19 del mismo código, explica que la capacidad puede ser, *absoluta y limitada*. (5 bis).

En el Código Civil italiano es en donde de manera más definida se establece el sistema en virtud del cual se distingue la privación total de la capacidad de ejercicio, que constituye la *incapacidad* y la restricción de estos derechos, denominándose *interdicción* a la privación de derechos impuesta a los enfermos mentales en el art. 414, e *inhabilitación* a la que corresponde a las personas que califica como "enfermos mentales menos graves", a los pródigos, a los ebrios habituales y a los drogadictos, en el art. 415. También se denomina inhabilitación en este último dispositivo a la restricción de derechos impuesta a los sordomudos y a los ciegos de nacimiento que no hayan recibido educación suficiente. Legisla, además, específicamente sobre la capacidad para testar en el art. 591. Sigue análogo sistema el nuevo

(5 bis) En la doctrina alemana: Enneccerus-Kipp-Wolf "Tratado de Derecho Civil". Tomo I. Vol. I. Núm. 86. Berlín, 1930. Trad. de la 8a. revisión alemana. Barcelona, 1951. En la doctrina suiza: Virgile Rosell y F. H. Mentha "Manuel du Droit Civil suisse" Tome premier 2me. ed. Lausanne. Nº 94; E. Hafter "Commentario del Codice Civile svizzero". Libro I. Edizione italiana. Bellizzone, p. 139.

Código Civil de Portugal, aprobado el 25 de noviembre de 1966, algunas de cuyas disposiciones comenzaron a regir el 1º de junio de 1967 y las demás desde el 1º de enero de 1968. En este código se considera como *incapacidades*, en su art. 138, las de quienes adolecen de *anomalía psíquica*, sordomudez o ceguera, a los que en virtud de la interdicción equipara a los menores, y reúne, en grupo separado, en su art. 152, a las personas que padecen, con menor gravedad, anomalía psíquica, sordomudez o ceguera, a los ebrios habituales y a los drogadictos, a quienes puede imponerse *inhabilitación*. Como se aprecia fácilmente, es el sistema italiano. Además de las normas generales sobre la capacidad de ejercicio, este moderno código legisla también, específicamente, sobre la capacidad para otorgar testamento en sus arts. 2189, 2190 y 2199. (5 ter)

Luego de este somero examen de la cuestión en algunos códigos civiles europeos y en la doctrina correspondiente, conviene saber que en el moderno Proyecto de Código Civil de Brasil, que es de 1965, posterior a los referidos códigos aunque no a la reforma argentina, se conserva la clasificación de Freitas declarándose, en los arts. 6 y 7 del referido Proyecto, que son absolutamente incapaces los menores de 14 años y los que por enfermedad mental no tuvieren discernimiento, como ya lo mencioné anteriormente, o "que no tuvieren la libre disposición de su persona o de sus bienes", frase nueva en esas disposiciones; y que son *incapaces relativamente a la práctica de ciertos actos o al modo de ejercerlos* los mayores de 14 años. Dichos preceptos tienen como concordantes el art. 306 que autoriza la interdicción de los incapaces por insanidad mental y el art. 315 que establece que "Si la perturbación mental no excluye íntegramente el uso de la razón, el Juez podrá nombrar administrador en vez de decretar su interdicción. Este último dispositivo sería aplicable a los que denominamos débiles mentales, que quedarían de esta manera sujetos a un régimen de administración, equivalente en parte al de curatela. No se encuentra, en dicho Proyecto, disposiciones específicas referentes a los pródigos, a los ebrios habituales y a los drogadictos.

(5 ter) En la doctrina italiana: Francesco Messineo "Manual de Derecho Civil y Comercial". Milano, 1952. Trad. Bs. Aires, 1954. En la doctrina portuguesa el artículo del Dr. Américo de Campos Costa "Incapacidades eu formas de seu suprimento", en el Boletín del Ministerio de Justicia, Nº 111, Lisboa, 1968.

Las referencias de derecho comparado hechas en los párrafos anteriores permiten apreciar que, en lo referente a la clasificación de los incapaces, hay dos sistemas, a saber:

1º El que tiene su origen en la clasificación de Freitas, seguido por el Código Civil del Brasil, por el Proyecto del mismo país y por los Códigos Civiles del Perú y del Paraguay, siendo el de este último el texto argentino originario. Según este sistema y como ya se ha explicado, las personas pueden ser absoluta o relativamente incapaces, constituyendo el primer grupo los menores con edad inferior al límite que se determine por la ley, los que padecen de grave perturbación de la razón y los sordomudos que no saben comunicarse mediante la escritura. El segundo grupo, de los relativamente incapaces, está formado por quienes por disposición de la ley o por declaración judicial, se encuentran disminuidos en su capacidad de ejercicio, en los casos que los respectivos códigos señalan. En ambas situaciones, la interdicción se utiliza como medida judicial declaratoria de la incapacidad cuando así se requiere y la curatela constituye el régimen de protección correspondiente.

2º El segundo sistema, que prevalece en el derecho civil europeo, especialmente configurado en los códigos civiles de Italia y Portugal y adoptado en la Ley argentina N° 17.711, no presenta una diferencia de grado sino de naturaleza, entre la incapacidad, que lleva consigo, cuando ello es necesario, la interdicción, y el régimen de la inhabilitación sobre cuyo sentido tutelar se insiste. Conviene advertir que, en el Código Civil peruano, y aunque con el nombre de incapacidad relativa, se contiene un régimen bastante completo sobre la curatela de los débiles mentales, de los pródigos, de los ebrios habituales y de los drogadictos, que permite establecer eficientemente las medidas necesarias para su protección personal y familiar.

Es preciso hacer notar, a manera de conclusión de este estudio comparativo, que salvo la diferencia de léxico empleado y las correspondientes derivaciones doctrinarias, lo esencial es constatar la coincidencia en admitir que, con respecto a la disminución de la capacidad de ejercicio, hay dos grupos de personas y sus correspondientes regímenes. Uno, en que la incapacidad es to-

tal, pudiendo ser o no declarada judicialmente mediante la interdicción. Y otro, que equivale a la que denominamos incapacidad relativa y que según la tendencia que predomina en la legislación y en la doctrina extranjera, configura un régimen tutelar denominado de inhabilitación, en que la persona queda subordinada, para el ejercicio de ciertos derechos, a la decisión de un curador, teniendo en lo demás su normal capacidad de ejercicio. Pero, es preciso reconocer, que en ambos casos, la capacidad de ejercicio está afectada: suprimida en el primero y restringida en el segundo, pudiendo esta dualidad de situaciones, de innegable diferencia en la realidad, y salvo las particularidades de la legislación de cada país, conciliarse hasta donde es posible en la terminología, diciéndose que hay incapacidad total que priva a la persona de ejercer todos los derechos civiles y cuya declaración judicial es denominada interdicción, e incapacidad parcial, que permitiendo ejercer libremente sólo algunos derechos y otros no, configura el régimen tutelar de la inhabilitación, dándose este último nombre, que es más apropiado para las situaciones a las que se aplica, a la declaración judicial que establece la curatela de estas personas.

SECCIÓN SEGUNDA

LA INCAPACIDAD PARA TESTAR POR EFECTO DE LAS CAUSALES DE INCAPACIDAD ABSOLUTA

5. INCAPACIDAD PARA TESTAR DE LOS MENORES DE 18 AÑOS.

La mayoría de edad y la correspondiente capacidad de hecho para ejercer todos los actos de la vida civil, se adquiere en el Perú a los 21 años, de conformidad con los arts. 84 de la Constitución y 8 del Código Civil. No obstante, los menores de edad pueden ejercer algunos actos civiles que autoriza la ley. Uno de ellos es el testamento, que puede ser otorgado desde los dieciocho años, requiriéndose la mayoría de edad para hacerlo en forma ológrafa, como lo indica el art. 682 C. C. copiado en el N° 3.

En la primera parte del citado dispositivo, se concede la capacidad para testar desde los dieciocho años de edad y se es-

tablece la correlativa *incapacidad absoluta* para hacerlo antes de esa edad. En la segunda parte, se instituye una modalidad de prohibición legal de testar para los menores cuya edad esté comprendida entre los dieciocho y los veintiún años, a quienes se impide otorgar testamento ológrafo, permitiéndoseles por consiguiente hacerlo en las demás formas que autoriza la ley. En este numeral se examinará la incapacidad absoluta de testar de los menores de dieciocho años. La segunda parte del citado precepto será comentada en el N° 20.

El señalamiento de la edad de dieciocho años para adquirir la capacidad de testar, tiene su antecedente en el derecho nacional en el art. 684 inc. 1° del Código Civil anterior. Esta edad es la misma que el art. 11° exige para la emancipación, con la diferencia consistente en que, mientras la capacidad para testar se adquiere a los 18 años de pleno derecho, la emancipación requiere de resolución judicial.

En la legislación comparada, la primera parte del art. 682 del C. C. peruano tiene como disposiciones concordantes los arts. 3614 del C. C. argentino, 467 del suizo, 903 del italiano y 2189 inc. "a" del portugués, los cuales conceden igualmente la capacidad para otorgar testamento a los 18 años.

Otros códigos civiles conceden dicha capacidad a los 16 años y son, los de Francia, 903, Alemania, 2239; México, 1306; Brasil, 1627 inc. 1° y Venezuela, 837. El francés tiene la particularidad de que, si bien concede la capacidad de testar a esa edad, no permite a los menores disponer por testamento de más de la mitad de sus bienes.

Finalmente, forman un tercer grupo los códigos civiles que conceden la capacidad para otorgar testamento a los 14 años a los varones y a los 12 a las mujeres, considerando que a la mencionada edad de 14 años entran los varones a ser púberes, según la clasificación hipocrática de las edades. Siguen esta orientación los códigos civiles de Chile, 1005; del Ecuador, 995; de Colombia, 1061 y del Uruguay, 831 inc. 1°. La edad para adquirir la capacidad de otorgar testamento está reducida a los 12 años, para uno y otro sexo, en el Código Civil de Panamá, art. 695 inc. 1°.

En el Perú, la norma contenida en la primera parte del art. 682 de nuestro Código Civil, proveniente, como ya se ha mencionado, del Código de 1852, que concede este derecho desde los 18

años, rige hace más de un siglo, en cuyo dilatado lapso no ha habido inconvenientes que justifiquen su reforma. Antes bien, han quedado confirmados tanto el acierto así como la prudencia de dicha norma, que es la seguida en el Código de Vélez Sársfield, conservada en la reciente reforma de este código, y que es la misma empleada en los modernos códigos civiles de Suiza, Italia y Portugal.

En cuanto al señalamiento de la edad para testar a los 16 años, en los códigos que figuran en el segundo grupo citado, no se ve razón alguna, desde el punto de vista de la legislación civil peruana, que justifique la modificación de una arraigada norma jurídica nacional como es la nuestra, que fija la edad para testar en los 18 años.

Con respecto al tercer grupo de disposiciones, debe tenerse presente que si los citados códigos civiles de Chile, Ecuador, Colombia y Uruguay, conceden la capacidad para testar a los menores desde los 14 años a los varones y desde los 12 a las mujeres, y a los 12 para unos y otros el de Panamá, ello no representa una tendencia avanzada en la evolución del Derecho Civil, pues la razón de tales disposiciones en dichos códigos está en haber seguido fielmente en esta materia el derecho romano justinianeo, cuyas normas estuvieron inspiradas, en este punto como en otros, en la extraordinaria importancia que los juristas romanos concedieron a la necesidad de la testamentificación, la cual trataron de hacer asequible al mayor número de personas, disminuyendo para ello, como era explicable hacerlo con ese propósito, el límite de edad requerido. Tal tendencia fue seguida por las Partidas alfonsinas, de tan notoria inspiración romanista, y por García Goyena en su Proyecto de 1851, en donde sin duda se inspiró el Código Civil chileno y los demás que siguieron este modelo. Pero aún así, es de señalarse que el mismo don Andrés Bello, autor de este último código, al anotar el dispositivo correspondiente de su Proyecto de 1853, decía refiriéndose a las Partidas alfonsinas: "*La ley 13, Título I, Partida 6, pide catorce años. El testamento requiere una inteligencia más desarrollada*". (6)

(6) Las referencias bibliográficas al respecto, son las siguientes: Digesto, Libro 28, Título 1º, Ley 5; Partida 6a. Título 1º, Ley 13; Proyecto García Goyena, Art. 600; Código Civil de Chile, concordado con los proyectos de Bello por el Dr. Pedro Lira Urqueta, publicado por la Comisión del Ministerio de Educación Pública de Venezuela que presidió el Dr. Rafael Caldera, Caracas, 1965, nota al Art. 1005.

Finalmente, corresponde precisar en qué momento se consideran cumplidos los dieciocho años, si en la fecha del onomástico o al día siguiente. García Goyena planteó esta duda al anotar en el art. 600 de su Proyecto y la resolvió indicando que, en su opinión, el cómputo debería hacerse de momento a momento, es decir, que quien nació el 10 de enero de 1950 a las nueve de la mañana, cumpliría la edad de dieciocho años en igual fecha de 1968, a la misma hora y no antes. Los Profesores Polacco y Vaz Ferreira aplican, en sus respectivas obras, este criterio de contar la edad *ad momentum*, no *at dies* (6 bis)

Según otro criterio, que es el que seguimos en el Perú y en otros países, la edad de dieciocho años, como cualquier otra, debe considerarse cumplida desde la hora "0" del día del onomástico. (6 ter).

6. LOS CONCEPTOS DE ENFERMEDAD MENTAL Y DE DISCERNIMIENTO EN EL ART. 9 INC. 2 C.C.

a) *Sistema del Código.*

No existiendo en nuestro Código Civil disposiciones especiales sobre la capacidad para otorgar testamento, el de los enfermos mentales está regido por el precepto general contenido en el art. 9 inc. 2 C.C. que declara: *Son absolutamente incapaces: 2º Los que adolecen de enfermedad mental que los priva del discernimiento.* El Código reitera este criterio en el art. 555 inc. 2 en que expresa: *Estarán sujetos a curatela: 2º Los que adolezcan de enfermedad mental que los priva habitualmente de discernimiento.* La curatela debe ir precedida de la declaración judicial de interdicción, no obstante lo cual, durante el juicio, el juez puede privar provisionalmente de los derechos civiles a la persona cuya interdicción ha sido demandada y darle un curador interino. (arts. 556 y 557). Es, además, pertinente el art. 561 que dice: *Para que estén sujetos a curatela los débiles mentales y los que adolecen de enfermedad mental, se requiere que sean incapaces de dirigir sus negocios, que no puedan prescindir de*

(6 bis) Vittorio Polacco "De las sucesiones", trad. 2a. ed. Buenos Aires, 1950, pág. 198. Eduardo Vaz Ferreira "Tratado de las Sucesiones", Montevideo, 1967, Nº 95.

(6 ter) Opinión conforme: Guillermo A. Borda "Tratado de Derecho Civil argentino". Parte general, Tomo I, 4a. ed. Nº 412.

cuidados y socorros permanentes o que amenacen la seguridad ajena.

La frase *enfermedad mental*, empleada en los preceptos citados, es un término amplio que el legislador utiliza para referirse, de manera general, a todos los casos de desorden más o menos permanente de la actividad psíquica, incompatibles con la determinación consciente de la voluntad. Para determinar la capacidad o la incapacidad legal de ejercicio de quienes padecen de estas enfermedades, la ley introduce un criterio legal de diferenciación, que es el concepto de *discernimiento*, declarando que son incapaces absolutos de ejercer sus derechos civiles, por cuyo motivo no pueden otorgar testamento válido, los enfermos mentales que carecen de discernimiento y admitiendo, por consiguiente, que son capaces de ejercer tales derechos y por lo tanto de otorgar testamento, los enfermos mentales que no estén privados de discernimiento, es decir, aquellas personas que no obstante adolecer de alguna enfermedad mental, conserven su facultad de razonar.

Se trata de una fórmula psiquiátrico-jurídica de amplitud genérica. Es psiquiátrica, porque utiliza como elemento principal el concepto de *enfermedad mental*, que pertenece a la Psiquiatría, por cuyo motivo su aplicación en la casuística requiere del peritaje médico-legal, hecho por psiquiatras. Es jurídica, porque en el referido concepto de enfermedad mental, introduce un criterio diferencial de naturaleza jurídica, que es el de *discernimiento* para distinguir, desde el punto de vista del Derecho y para los efectos de la capacidad de ejercicio, a los enfermos mentales que pueden discernir, esto es, razonar normalmente para otorgar un acto jurídico consciente y válido, de los que no se encuentran en esta especial condición. Es de amplitud genérica, porque, acertadamente, no precisa cuáles son las enfermedades mentales a las que se refiere, ni cuál es la calidad de discernimiento que exige para la validez del testamento o de cualquier otro acto jurídico que otorguen estas personas, dejando tales materias, en la teoría, a la doctrina, de manera que la fórmula sea compatible con los progresos de la Psiquiatría, de la Medicina Legal y del Derecho Civil, y en la práctica, a los resultados del peritaje psiquiátrico, médico-legal y a su apreciación por el Juez, mediante los cuales se aplica e individualiza la fórmula legal adaptándose a la realidad del caso concreto. La clínica psiquiá-

trica y la casuística legal presentan, en efecto, múltiples modalidades en un campo cuyo estudio es muy vasto y en que la referida fórmula, no obstante su latitud, presenta, frente a algunos casos, dudas que a los jueces corresponde resolver.

En cuanto a los efectos legales de esta causal de nulidad, los enfermos mentales privados de discernimiento pueden encontrarse en dos situaciones diferentes, a saber: 1ª Si ha sido declarada judicialmente su interdicción civil por esa causal e instituida la correspondiente curatela y 2ª Si no han sido declarados interdictos.

En ambos casos, el testamento otorgado por el enfermo mental privado de discernimiento, adolece de nulidad, por lo dispuesto en el comentado art. 9 inc. 2 del Código Civil, y porque según el art. 1123 del mismo Código *El acto es nulo: 1º Cuando ha sido practicado por persona absolutamente incapaz*. Pero mientras en el primer caso el testamento es nulo de pleno derecho, debido no sólo a la naturaleza de la causal sino a los efectos legales de la interdicción, en el segundo, como la salud mental se presume según la doctrina y la jurisprudencia, y la existencia de la enfermedad mental que prive del discernimiento y que invalide el acto debe ser probada, el referido testamento puede ser impugnado y su nulidad tendrá que ser demandada, probada y declarada judicialmente.

Este es, en términos generales, el régimen peruano sobre esta causal de incapacidad. El examen del art. 9 inc. 2 del Código Civil será hecho con mayor detención en los párrafos que siguen de este numeral, y el de las diversas cuestiones, complementarias o conexas, en los números siguientes.

b) *El concepto de enfermedad mental.*

En nuestro Código Civil anterior de 1852 y de acuerdo con la terminología de la época, se declaraba en el art. 16: "Son incapaces: 1º Los locos; 2º Los fatuos; 3º Los pródigos declarados para todos los actos que determina la ley". Por locura se entendía los estados de enfermedad mental que privan de la razón; por fatuidad, los estados deficitarios de la mente, y, en cuanto a la prodigalidad, se la incorporaba al dispositivo como figura



conexa por considerarse entonces, como se sostiene también ahora por algunos tratadistas, que tenía su causa en desequilibrios mentales.

Habiendo estado integrada la Comisión Reformadora que elaboró nuestro vigente Código Civil de 1936 por un Psiquiatra y médico-legista, el Prof. Hermilio Valdizán, fue con la autorización opinión de dicho facultativo, que se decidió adoptar el término enfermedad mental, que siendo un concepto genérico en Psiquiatría, pertenece también al léxico usual, siendo comprensible, en su aspecto elemental, aun por el no iniciado en dicha ciencia.

Antes que en nuestro actual Código Civil, dicho término aparece empleado en el Código Civil alemán que comenzó a regir en 1900 y que declara en su art. 104: "Es incapaz de celebrar negocios jurídicos: 3º Quien está incapacitado a causa de *enfermedad mental*". Después de ser utilizada esta modalidad definitoria en nuestro Código de 1936, fue adoptada en el moderno Código Civil italiano de 1942, que refiriéndose a la capacidad para disponer por testamento en su art. 591 declara: "Son incapaces de testar: 2) Los que sufren interdicción por *enfermedad mental*". Más recientemente, dicho término acaba de ser incorporado al Código Civil argentino, mediante la reforma efectuada por la Ley Nº 17.711 de 1968, conciliándolo prudentemente con el término *demencia*, de tanto arraigo en ese código, expresándose en el nuevo texto del art. 141: "Se declaran incapaces por *demencia*, las personas que por causa de *enfermedades mentales* no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes".

Corresponde ahora precisar, hasta donde fuere posible dentro de límites necesariamente elementales, el concepto del término *enfermedad mental* y correspondiendo éste a la Medicina Legal en general y a la Psiquiatría en especial, inserto a continuación algunas definiciones ilustrativas sobre el tema e indico una bibliografía básica sobre la materia. (7)

(7) Balthazard, V. "Manual de Medicina Legal". Trad. de la 6a. ed. francesa, Barcelona, 1947; Bonnet, Emilio Federico Pablo "Medicina Legal", Buenos Aires, 1967; Cavanagh, John R. y Mac Goldrick, "Psiquiatría fundamental", trad. del inglés, Barcelona, 1963; Cousiño Mac Iver, Luis "Manual de Medicina Legal", Santiago de Chile, 3a. ed. 1962; Delgado, Honorio "Curso de Psiquiatría", 5a. ed. (revisada y actualizada), Barcelo-

"*Las enfermedades mentales*, dice el Prof. Gajardo, son estados biológicos anormales del individuo, que alteran en forma permanente o transitoria el correcto funcionamiento de sus procesos psíquicos y, en consecuencia, se traducen en una conducta antisocial. (8) *Enfermedad mental*, dice el Prof. García Gerkens, es un proceso morboso del psiquismo, orgánico o funcional, más o menos permanente, caracterizado por el menoscabo, perversión o desorden de las facultades mentales". (9)

La analogía, y posible equivalencia, entre los términos enfermedad mental que prive del discernimiento, empleada por nuestro Código Civil, la de psicosis, propia de la Psiquiatría y la de demencia, empleada por el Código civil argentino en sus arts. 141 reformado, 152, 3615 y 3616, así como las de alienación o enajenación mental, asimismo usadas como sinónimas, dan interés a las siguientes definiciones:

"*Las psicosis*, dicen los Psiquiatras Dres. Cavanagh y Mc Goldrick, son desviaciones graves de la normalidad mental que afectan aguda o crónicamente al juicio, al razonamiento y a la voluntad y cuya causa radica en la incapacidad del individuo de adaptarse adecuadamente a la realidad. (10)

"*Alienación mental*, expresa el Prof. Nerio Rojas, refiriéndose al término demencia, al que considera equivalente, es el trastorno general y persistente de las funciones psíquicas, cuyo carácter patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo, y que le impide la adaptación lógica y activa a las normas del medio sin provecho para sí mismo ni para la sociedad. Este

na, 1969; "La personalidad y el carácter" 2a. ed. Lima, 1946; "Anteproyecto de Ley de Sanidad Mental", en la Revista de Neuro-Psiquiatría, Lima, 1946, N° 2; Fuentes, Manuel Atanasio "Lecciones de Jurisprudencia médica dadas en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos", Lima, 1876; Gajardo Contreras, Samuel "Manual de Medicina Legal", Santiago de Chile, 1948; Lacassagne, A. "Précis de Médecine Légale" 2me. éd. Paris, 1909; Legrand du Saulle "Traité de Médecine Légale", Paris, 1886; Peixoto, Afranio "Medicina Legal", Rio de Janeiro, 1946, 2 tomos. Ponsold, Albert "Manual de Medicina Legal", Trad. del francés. Barcelona, 1955; Rojas, Nerio "Psiquiatría Forense", Buenos Aires, 1932; "La Psiquiatría y la Legislación Civil", Buenos Aires, 1938; "Medicina Legal", 9a. ed. Buenos Aires, 1966; Ruiz Maya "Psiquiatría Civil y Penal", Madrid, 1931; Solís Cabrera, Ricardo "Tratado de Medicina Legal y práctica Forense", Prólogo del Dr. José Merino Reyna. 3 tomos. Lima, 1966; Uribe Cualla, Guillermo "Medicina Legal y Psiquiatría Forense", 8a. ed. Bogotá, 1964; Valdizán, Hermilio "Elementos de Jurisprudencia médica". Versión taquígráfica de sus lecciones en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1929.

(8) Gajardo. Ob. cit. en la nota 7, p. 280.2

(9) Citada por el Dr. Luis Cousiño Mac Iver. Ob. cit., p. 273.

(10) John R. Cavanagh y James B. Mc Goldrick, p. 536.

concepto, comprende según dicho Profesor, cuatro requisitos que son: 1º Transtorno intelectual; 2º Falta de autoconciencia; 3º Inadaptabilidad y 4º Ausencia de utilidad. (11)

En cuanto a la enumeración y clasificación de estas enfermedades y en la estricta medida en que ello es ilustrativo al tema desarrollado en el presente trabajo, inserto las opiniones de dos eminentes Psiquiatras peruanos: la del Prof. Hermilio Valdizán, quien explicó por qué no es conveniente consignar las clasificaciones nosológicas en los códigos civiles, y la del Prof. Honorio Delgado quien, dentro del campo de la Psiquiatría especial, da de manera clara y completa, las indicaciones que necesitamos conocer.

El Prof. Hermilio Valdizán, justificando la latitud de la fórmula adoptada por el art. 9 inc. 2 C. C. dijo lo siguiente:

"Precisa evitar en un Código Civil, que no es posible reformar con la incesante renovación de las ideas en Psiquiatría, la consignación de algo tan mutable como las clasificaciones nosográficas en general y aquellas psiquiátricas en particular. La Psiquiatría como las ciencias todas, realiza progresos incesantes, con su cortejo habitual de ratificaciones y de rectificaciones y no es lícito negarle a la ley el beneficio de tales adquisiciones. Nada más fácil que recomendar en nuestro Código la adopción de la última clasificación psiquiátrica; pero ello representa el peligro del anacronismo legal en un futuro no muy lejano. Sería tan perjudicial el temperamento como lo es el actual, contenido en el art. 16 de nuestro Código. Tales han sido los motivos que nos han llevado a aceptar la fórmula del Código suizo que nos fuera recomendada por el Dr. Oliveira en el curso de las sesiones de la Comisión Reformadora". (12)

El Prof. Honorio Delgado, al tratar de la clasificación de los desórdenes mentales, en el capítulo respectivo de una de sus más importantes obras, expresa lo siguiente:

"Hoy se ve claro que es indispensable distinguir dos clases fundamentales diferentes: las enfermedades mentales o psicosis y las anormalidades que en rigor no es legítimo considerar como verdaderas enfermedades. Las primeras son perturbaciones anímicas causadas por procesos patológicos somáticos, cuyas desviaciones funcionales o anatómicas radican en el cerebro. Las segundas, las anormalidades

(11) Nerio Rojas "Medicina Legal", 9a. ed. Buenos Aires, 1966, p. 353.

(12) Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano. Fasc. 19, 2a. ed. Lima, 1928, págs. 45 y 53 y Fasc. 69, p. 76.

que no dependen de alteraciones morbosas corporales en el sentido médico, son desviaciones del modo de ser psíquico, similares a la diversidad normal, pero que rebasan los límites de ésta... En relación con las distinciones anotadas y siguiendo en parte el criterio de K. Schneider y el de G. Kloos, podemos clasificar los desórdenes mentales en la forma siguiente:

"1º *Psicosis*: a) *Psicosis exógenas*, que se dividen en sintomáticas, orgánicocerebrales y tóxicas. Las *sintomáticas* tienen una sintomatología típica o genérica, cualquiera que sea la causa que las determina; en las *orgánicocerebrales* la sintomatología es específica, así la parálisis general producida por la sífilis, ofrece formas clínicas peculiares, y las demencias se presentan con signos característicos; en las tóxicas ocurre lo mismo".

"b) *Psicosis endógenas*, que comprenden la esquizofrenia, la psicosis maniaco-depresiva y las manifestaciones psicopatológicas de la epilepsia esencial. Esto último se presta a discusión. Así, K. Schneider argumenta que la epilepsia genuina es un síndrome neurológico de una enfermedad desconocida. Según esto debería incluirse entre las psicosis sintomáticas; pero con tal criterio vendría a considerarse psicosis sintomáticas también la esquizofrenia y hasta la psicosis maniaco-depresiva".

"2º *Disposiciones psíquicas anormales*: a) *Oligofrenia*. Aquí se choca igualmente con la imperfección del sistema; por una parte la oligofrenia se confunde por grados con la capacidad intelectual normal; por otra parte es un hecho que la deficiencia mental en el mayor número de los casos es determinada por la herencia, al igual que las psicosis endógenas y en el menor número de los casos es exógena, sobre todo la idiotez; b) *Personalidades anormales*; c) *Anormalidades psicosexuales*. En ellas se verifica algo semejante a lo que ocurre con la oligofrenia".

3º *Neurosis, reacciones y desarrollos psíquicos anormales*. Incluye en este grupo las neurosis en general y la psiconeurosis en particular; la bioneurosis o neurosis de angustia y las reacciones y desarrollos psíquicos anormales, entre los cuales comprende la depresión psicógena, y las reacciones y desarrollos paranoides, con los variados temas de su obsesión morbosa. (13)

Como se observa, el Profesor Honorio Delgado, clasifica los *desórdenes mentales*, abarcando un campo más amplio que el de las enfermedades mentales, pues permite incluir además los estados deficitarios así como también otras alteraciones de la mente, todo lo cual tiene interés en Derecho Civil

(13) Honorio Delgado "Curso de Psiquiatría", 5a. ed. (revisada y actualizada). Barcelona, 1969. Cap. XIV, Nº 6, ps. 251 y 252 y Cap. XXV, Nos. 1 al 5.

para la apreciación de la capacidad de ejercicio y de la validez del consentimiento, y en el Derecho Penal, así como en la Criminología, para el estudio de la imputabilidad delictiva.

Conviene completar las referencias hechas con respecto a la frase *enfermedad mental*, empleada por el comentado art. 9 inc. 2 del Código Civil, explicando que en Psiquiatría Forense no se considera como enfermos mentales y por lo tanto en Derecho Civil no pueden ser calificados como incapaces de ejercicio, quienes presentan, en mayor o menor grado, las denominadas "*personalidades psicopáticas*". Se trata de las particularidades caracterológicas de la persona humana, cuya clasificación ha hecho el Profesor alemán Kurt Schneider en diez tipos que son: el *hipertímico*, el *deprimido*, el *inseguro*, el *fanático*, el *maniático de notoriedad*, el *inestable*, el *explosivo*, el *anético*, el *abúlico* y el *asténico*. Hay otras clasificaciones de los psicotipos humanos, elaboradas desde distintos puntos de vista, en diferentes épocas y por diversos autores, desde la de Kraepelin hasta la de Spranger, observándose en su examen comparativo, en un terreno tan vasto, coincidencias y omisiones que justifican aplicar la conocida frase que dice: "No están todos los que son, ni son todos los que están". Lo interesante, para nuestro objeto, es que según el Prof. Kurt. Schneider, quien es considerado como una autoridad en la materia: "*No existe ningún motivo justificado para considerar como patológicas las personalidades anormales psicopáticas*". (14). Nuestros Tribunales han aplicado este último criterio en la Ej. Supr. del 21 de abril de 1967. (14 bis).

c) *El concepto de discernimiento.*

Para precisar el sentido del término *discernimiento*, empleado en el art. 9º inc. 2, y en otros preceptos del Código, es preciso recurrir a la fuente de donde fue tomado este concepto, que está en los arts. 16 y 467 del Código Civil suizo, cuyo texto es el siguiente:

Art. 16. "Toda persona que no esté desprovista de la facultad de obrar razonablemente, a causa de su joven edad, o que no esté privada a consecuencia de enfermedad mental, debilidad de espíritu, de

(14) Kurt Schneider "Las personalidades psicopáticas". Trad. Barcelona, 1961. Honorio Delgado "La personalidad y el carácter", 2a. ed. Lima, 1946.

(14 bis) Rev. de la Jurisprudencia peruana, año 1967, p. 919.

ebriedad o de otras causas semejantes es capaz de discernimiento en el sentido de la presente ley".

Art. 467. "Toda persona capaz de discernimiento y de dieciocho años tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento dentro de los límites y según las formalidades establecidas por la ley".

Como lo dicen Rosell y Mentha, comentaristas de ese código, "El Código Civil suizo utiliza una definición negativa para fijar, con toda la precisión deseable, la noción de *capacidad de discernimiento* que implica la facultad de querer libremente, de tener la dirección de la voluntad". (15)

El *discernimiento* del Código Civil suizo es, pues la facultad de obrar razonablemente, *agir raisonnablement*, como el referido art. 16 lo dice. No hay diferencia apreciable con el concepto común de la palabra, que es el de razonar. "Discernimiento, dice el Diccionario de la Real Academia española, es juicio por cuyo medio percibimos y declaramos la diferencia que existe entre varias cosas".

En nuestra doctrina, es de interés conocer las opiniones pertinentes en la formulación de este concepto en la Comisión Reformadora del Código Civil y la definición dada por uno de los comentaristas de dicho código.

En la Comisión, el doctor Manuel Augusto Olaechea dijo: "Que sin desconocer las variadas modalidades de esta clase de enfermedades (se refiere a las mentales), cree que la ley debe incluir en el número de los absolutamente incapaces a los sujetos afectados por ellas, siempre que carezcan de discernimiento y que este estado patológico sea habitual, quedando librada la apreciación del caso a la opinión del médico legista". El Dr. Juan José Calle expresó refiriéndose al discernimiento, que se requería "juicio cabal para dirigir las propias acciones" y agregó: "No es aceptable conceder capacidad de la vida civil al que no está en completo uso de su razón". (16).

El Dr. Angel Gustavo Cornejo, precisando el sentido del término discernimiento, hizo el siguiente comentario:

"Jurídicamente discernir es actuar con conocimiento de lo que se hace, determinarse a un acto jurídico por un motivo racional y una finalidad útil; subordinar la conducta y las manifestaciones de la voluntad a las normas morales y a las normas jurídicas. Discernimiento equivale a razonamiento lúcido, recto, verdadero, dentro de los cán-

(15) Virgile Rosell et F. H. Mentha "Manuel du Droit Civil suisse", Tome Premier. 2me. ed. Lausanne. Nº 94.

(16) Actas de la Comisión. Fasc. I, 2ad. ed. págs. 45 y 53.

nes de la lógica, y sólo así vale como antecedente psíquico de la determinación de voluntad, siendo la fuerza que impulsa y dirige estas determinaciones, para que el acto resulte la obra ponderada de la razón y del querer". (17)

Es de interés conocer que en uno de los más recientes trabajos de reforma legislativa en América, el Proyecto de Código Civil del Brasil de 1965, se ha seguido el criterio del art. 9 inc. 2 del Código Civil del Perú, en cuanto combina los conceptos de enfermedad mental y discernimiento para declarar la incapacidad total de ejercicio de los enfermos mentales que estuvieren privados de la razón, aunque la fórmula brasileña tiene otra redacción que es la siguiente: "Art. 6. Son absolutamente incapaces: II Los que por enfermedad mental no tuvieron discernimiento para los actos de la vida civil".

7. INCAPACIDAD PARA TESTAR DE LOS SUJETOS A INTERDICCION POR ENFERMEDAD O DEFICIENCIA MENTALES.

Interdicción civil, del latín *interdicere*, que significa vedar o prohibir, es el estado de incapacidad legal de ejercicio en que son colocadas algunas personas, por las causales que indica la ley, mediante un procedimiento judicial y por efecto de la correspondiente resolución. A quien se encuentra sujeto a interdicción civil se le denomina también *interdicto*.

Curatela, es la representación legal de las personas sujetas a interdicción civil, para los efectos de cautelar y administrar el patrimonio del interdicto, y velar, asimismo, por su establecimiento y seguridad. La persona a quien se le encomienda estas funciones se denomina curador. De conformidad con lo dispuesto por el art. 556 C. C. el nombramiento de curador debe ser precedido por la declaración judicial de interdicción.

De los enfermos mentales privados de discernimiento, como se ha dicho ya, unos se encuentran sujetos a interdicción civil y otros no, y como se ha explicado también, la diferencia es de importancia capital para la posible impugnación del testamento, en uno u otro caso, porque si el testamento fue otorgado por el enfermo mental privado de discernimiento mientras

(17) Angel Gustavo Cornejo "Código Civil". Exposición sistemática y Comentario. Tomo I. Lima, 1937. Nº 228.

se encontraba en estado de interdicción declarada judicialmente por esta causal, ese testamento es nulo de pleno derecho. Para destruir su aparente valor bastaría con exhibir copia certificada del auto de declaración de interdicción, dictada antes de haberse otorgado el testamento. Tal situación dura, mientras se encuentra vigente dicha medida, que en algunos casos puede tener efecto retroactivo según se explicará en el número siguiente. En cambio, si el testamento fue otorgado por el enfermo mental privado de discernimiento, pero que no está sujeto a interdicción, la referida causal de incapacidad deberá ser probada en el juicio en que se demande la nulidad del referido testamento, pues mientras no haya tal declaración judicial de interdicción por dicha causal, la salud mental del testador debe presumirse, como se declara en la Ejecutoria Suprema del 28 de junio de 1962, citada en el N° 12, criterio que es precepto legal en el C. C. argentino, art. 3616.

En nuestro derecho positivo, la curatela de los enfermos mentales privados de discernimiento y de quienes sufren esta restricción legal de sus derechos por otras causales, está legislada en su aspecto sustantivo en el Código Civil, Libro Segundo, Sección Sexta, la cual comprende siete títulos y cincuenta y un artículos, del 554 al 604, inclusive ambos.

Son aplicables a la interdicción por enfermedad mental, además del ya comentado art. 9 inc. 2 según el cual los enfermos mentales privados del discernimiento son incapaces absolutos, los arts. 555 inc. 2 y 561, cuyo texto ha sido ya dado en el N° 6 a. A tenor de estas disposiciones no basta, pues, para la declaración judicial de interdicción por enfermedad mental que prive de discernimiento, que la prueba se limite a la existencia de ésta. El citado art. 555 inc. 2 exige la habitualidad, es decir, que se trate de enfermedad crónica, y según el art., 561 la falta de discernimiento debe ser una verdadera incapacidad natural, con las circunstancias que este artículo exige, que configuran un sistema mixto, que es también el sistema italiano. "El Juez, dice Messineo, aunque se pide una providencia de interdicción o de inhabilitación de un enfermo mental, debe comprobar también el elemento de la habitualidad, sin ésta no puede concederla". (18)

(18) Francesco Messineo. Ob. cit. Tomo II, 15 bis N° 8.

En lo procesal, la interdicción es declarada en el procedimiento no contencioso señalado en los arts. 1331 al 1336 del Código de Procedimientos Civiles, y luego debe ser inscrita en el registro personal de los Registros Públicos, según lo dispuesto en el art. 1069 inc. 1º C.C. y en los arts. 151 al 154 del Reglamento de las Inscripciones. El levantamiento de la interdicción se sigue por los mismos trámites. Levantada la interdicción civil que la afectaba, la persona queda libre de dicha medida y por consiguiente recobra la capacidad de otorgar testamento, siempre que no reaparezca dicha causal y no sobrevengan otras.

Conviene hacer notar al respecto una grave imperfección de que adolece nuestro Código de Procedimientos Civiles en su art. 1332, que permite al Juez, previa citación de la persona cuya interdicción se pide, examinar su estado mental "por sí solo o con peritos" criterio que proviene del empleado por el antiguo Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852. Actualmente, es obvio que el solo examen del Juez no puede permitirle formarse un concepto acertado y que el examen por peritos psiquiatras es indispensable. En la legislación comparada, uno de los sistemas que otorga mayores garantías al respecto, se encuentra en los arts. 624 al 637 del moderno Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina. Ley de ese país Nº 17.454, sancionada y promulgada el 20 de setiembre de 1967.

8. POSIBLE ANULACION DEL TESTAMENTO OTORGADO POR ESTAS PERSONAS ANTES DE LA DECLARACION JUDICIAL DE INTERDICCION.

Es aplicable el art. 573 C.C. que dice: *Los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de ésta existía notoriamente cuando se verificaron.*

Este precepto tiene su fuente en el art. 27 del C.C. anterior que, siguiendo al art. 503 del Código de Napoleón, declaraba: "Los actos anteriores a la interdicción del loco o fatuo pueden ser anulados si la causa de la interdicción existía notoriamente en la época en que se verificaron". Es semejante al art. 473 del C. C. argentino, que refiriéndose a los actos del incapaz sujeto a curatela dice: "Los anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser anulados si la causa de la interdicción declarada por el Juez existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados". La ley de ese país Nº 17.711 ha agregado a este último artículo un segundo párrafo que dice así: Si la demencia no era notoria la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y a título

oneroso". En nuestro caso, de los testamentos, es pertinente sólo la primera parte.

La aplicación del citado art. 573 C.C., exige la prueba de dos requisitos. El primero es que exista una declaración judicial de interdicción por las causales de enfermedad mental, debilidad mental o sordomudez, que son los tres supuestos a que se refiere el título en que dicho precepto está contenido. El segundo consiste en que la causa que motivó la interdicción haya existido notoriamente cuando se practicó el acto jurídico, en este caso el testamento. La palabra *notoriamente* significa, según el Diccionario de la Real Academia Española: *manifiestamente, con notoria publicidad* y el vocablo *notorio* quiere decir según el mismo diccionario, *"público y sabido de todos"*. Por consiguiente, la palabra *notoriamente* empleada en los arts. 503 del C.C. francés y 27 de nuestro C.C. anterior, que son las fuentes del dispositivo comentado, y el vocablo *públicamente*, usado en la primera parte del citado C.C. argentino y en la segunda del art. 438 del C.C. uruguayo, que también tiene su fuente en el Código francés, son equivalentes.

La exigencia de que la causal haya sido notoria o pública, tiene como razón de ser el propósito de amparar la buena fe del tercero que contrata con la persona cuya enfermedad mental es notoria, es decir, se refiere a los actos jurídicos bilaterales o multilaterales. Pero en el caso del testamento, acto jurídico unilateral, la notoriedad de la causal tiene, específicamente, sólo el valor de facilitar la prueba de ésta. Son pertinentes al tema las Ejecutorias Supremas del 24 de setiembre de 1937 y del 10 de diciembre de 1940, que figuran en el N° 12.

9. PRUEBA DE LA INCAPACIDAD DEL TESTADOR EN LOS TESTAMENTOS OTORGADOS POR ENFERMOS MENTALES NO SUJETOS A INTERDICCION.

Si el testamento fue otorgado por un enfermo mental carente de discernimiento sin que hubiere resolución judicial previa y vigente que haya declarado su interdicción, deberá probarse la causal en el juicio ordinario que corresponde iniciar y seguir para alcanzar la anulación de tal testamento. La carga de la prueba corresponde a quien impugne la va-

lidez del testamento y podrá usarse de todas las pruebas que fueren pertinentes.

Sobre la apreciación de la prueba, en estos casos, es posible formular algunas indicaciones:

1ª La prueba pericial sobre la salud o enfermedad mental del testador, debe provenir de médicos psiquiatras. Pero, cualquiera que sea la autoridad profesional o científica de éstos, la apreciación de dicha prueba corresponde al Juez quien aplicará las reglas de la crítica según el art. 504 del C.P.C.

2ª Es importante la prueba escrita preconstituida, consistente en historias clínicas del paciente existentes en hospitales o consultorios. Conviene hacer notar la posibilidad de que tales historias clínicas pudieran ser maliciosamente alteradas por terceros, al efecto de servir al propósito que se persigue.

3ª En la prueba testimonial, los testigos, como corresponde a la naturaleza de esta prueba, deberán declarar solamente sobre hechos y no les es permitido emitir opiniones.

4ª El contenido del testamento otorgado por el presuntamente incapaz puede ser prueba decisiva de su insania, si por su incoherencia o por otros motivos fuera la expresión de una mente anormal o alterada. Pero lo inverso, no prueba necesariamente el estado normal de su autor, por la posibilidad de que la redacción del testamento haya sido preparada por otro.

5ª Es también prueba pertinente la constituida por la fe notarial de que el testador se hallaba en el pleno uso de sus facultades mentales, si el testamento fue otorgado por escritura pública. En efecto, según la Ley del Notariado, arts. 38 inc. 1º y 68, el Notario deberá examinar "la capacidad legal del otorgante" y dar la fe de ello, lo cual cumple, hasta donde es razonablemente posible, mediante una conversación previa que es de rutina, con el que va a testar. Si el Notario tuviere motivos para suponer que el testador no se halla en su completa razón, o que no está en condiciones de expresar su libre consentimiento, es norma de Ética profesional negarse a recibir y autorizar el testamento de un incapaz. Si tuviese dudas al respecto, es prudente que solicite la opinión de facultativos mediante certifica-

dos que serán insertados en la escritura. Pero, de todas maneras, es elemental suponer que la enfermedad mental que prive del discernimiento no es siempre notoria y puede escapar a la apreciación del Notario, por cuyo motivo el mérito de la fe que éste dé al respecto en cumplimiento de su función, puede ser contradicho por otras pruebas.

10. EL PROBLEMA DE LOS INTERVALOS LÚCIDOS.

En las enfermedades mentales y desde el punto de vista médico-legal, se da el nombre de intervalos lúcidos a los períodos de tiempo suficientemente prolongados durante los cuales el enfermo recobra el discernimiento, mostrando normalidad en su razonamiento y en sus actos. Don Dalmacio Vélez Sársfield, en su nota al art. 3615 del Código Civil del que fue autor, expresó el concepto y los requisitos que debe reunir esta situación para ser admitida, diciendo: "Los intervalos lúcidos de que hablan las leyes no son una tranquilidad superficial, una remisión accidental o pasajera del mal. Es preciso que el intervalo lúcido sea una vuelta completa de la razón, que disipe las ilusiones y los errores de que estaba poseído el demente".

Aunque la ciencia médica moderna objeta el término, éste es para el Derecho una realidad, en cuanto significa el restablecimiento de la capacidad natural para el ejercicio de los actos jurídicos y es también un término del léxico jurídico, empleado en algunos códigos y que merece el debido examen.

Desde el punto de vista de la Medicina Legal, el Profesor Nerio Rojas explica que, en los enfermos mentales, la lucidez puede presentarse en cuatro formas. En la primera, la enfermedad y la lucidez mental coexisten: son los denominados alienados lúcidos. En la segunda se trata de momentos fugaces de lucidez, momentos que no son intervalos lúcidos. En la tercera, la enfermedad se atenúa sin desaparecer y la lucidez que sobreviene no llega a configurar los requisitos que se exige para la calificación del intervalo lúcido. Finalmente, en la cuarta, la psicosis evoluciona francamente hacia la curación y la lucidez que sobreviene es la expresión de la normalidad restablecida, aun cuando el acceso sobrevenga después de un tiempo más o me-

nos largo. "Son éstos, dice, los perfectos intervalos lúcidos, perfectos de grado y de duración". Son las situaciones que ofrecen las psicosis periódicas o la curación completa, a cuyo efecto exige la existencia de estos tres requisitos: "1º Intervalo lúcido; 2º Cierta y prolongada; 3º Seguridad de cesación de la enfermedad por entonces" (19).

El Psiquiatra peruano Profesor Honorio Delgado, aporta útiles indicaciones al respecto, pues refiriéndose a la incapacidad civil que producen algunas enfermedades mentales, indica que "*La psicosis maniacodepresiva incapacita durante las fases de la enfermedad*", opinión que igualmente aplica, mutati mutandis, respecto de las *psicosis de involución*. Sobre la *esquizofrenia*, expresa que *incapacita mientras dure el proceso y en los casos de remisión incompleta*, agregando que si la remisión deja un ligero déficit, la decisión varía según los casos y circunstancias; sobre la *epilepsia*, dice que *incapacita sólo en los casos de alteración permanente* (demencia) y que "los casos de perturbaciones que comprometen prolongadamente el discernimiento se prestan a discusión". (20)

Se deduce de lo expuesto, que en algunas enfermedades mentales hay períodos de apreciable y prolongada duración, durante los cuales, aun cuando el diagnóstico subsista, la ausencia de los síntomas y la recuperación de la razón, permiten conceder validez a los actos jurídicos otorgados por el enfermo que no está afectado por entonces de incapacidad. Estos son los intervalos lúcidos, tácitamente admitidos, como se ve, por la Medicina Legal y por la Psiquiatría.

Admitir o negar la validez del testamento otorgado por los enfermos mentales en sus intervalos lúcidos y precisar los requisitos que estos intervalos deben reunir, para que pueda admitirse la validez de los actos jurídicos practicados por el enfermo mental en tales situaciones es, para el Derecho Civil en general y para el de Sucesiones en particular, un viejo problema. En el Derecho Romano se encuentra, en las Institutas de Justiniano, la afirmación de que el testamento hecho por un loco en

(19) Nerio Rojas "Medicina Legal". Cap. 26, págs. 426 y ss. Se refiere también al tema en "La Psiquiatría y la Legislación Civil", págs. 149 y ss.

(20) Honorio Delgado "Curso de Psiquiatría". Ob. cit. en la nota 13, págs. 454 a 456.

un intervalo lúcido se reputa válido, y en el Codex la exigencia de que dicho intervalo sea indubitable: *perfectissima intervalla*. En el Derecho español, este concepto fue recibido por las Partidas alfonsinas y aparece en la Recopilación de don José Febrero, así como en el Proyecto de don Florencio García Goyena. En el Proyecto de Código Civil peruano de 1836 de don Manuel Lorenzo Vidaurre, apartándose de esta tendencia se declaró que no se podía alegar en quienes padecían incapacidad absoluta tales como "el loco, el furioso, el amente", haber otorgado testamento en estado lúcido. (21)

De las fuentes, romanas y españolas, pasó el concepto a las codificaciones modernas, estando legislado expresamente en los códigos civiles de Argentina, arts. 3615 y 3616 *in fine* España art. 665 y México, arts. 1307 al 1311. En otros códigos, esta figura jurídica se admite tácitamente al aceptarse el principio jurídico según el cual la capacidad del agente se aprecia en relación con el tiempo en que se otorga el acto, principio jurídico que está declarado en algunos de ellos y que es de indudable eficacia mientras no medien los efectos de una declaración judicial de interdicción por enfermedad mental, y aun con esta circunstancia desfavorable, la validez de tales actos es discutible cuando hay disposiciones que permiten sostenerlo así, como ocurre en el derecho argentino.

En el Perú, el Código Civil se refiere a los intervalos lúcidos de los enfermos mentales sólo en el art. 82 inc. 2, que dice: *No pueden contraer matrimonio: 2º Los que padecieren habitualmente de enfermedad mental aunque tengan intervalos lúcidos*. No contiene regla análoga referente a la capacidad para testar porque, como ya se ha explicado, no legisla específicamente sobre esta capacidad. Por la misma razón, no hay dispositivo alguno en que se declare el mencionado principio doctrinario que exige, para calificar la capacidad para testar, que se atienda al tiempo en que se otorga el testamento. De allí resulta que se admite por la doctrina que si no hay interdicción declarada, la validez del testamento del enfermo mental otorgado en un intervalo

(21) Institutas Libro II, Título XII; Codex, Ley 6a.; Partidas: Partida 6, Ley 12, Título I; Febrero Novísimo. (Edición de la obra de José Febrero, refundida y ordenada por Eugenio de Tapia). Tomo I. Valencia, 1828. Cap. V. Tit. II, Párrafo 21. Proyecto García Goyena: arts. 600 y 605; Proyecto Vidaurre: 3a. parte, Título I, art. 4.

lúcido es discutible, pero si hubo interdicción, por efecto de ésta hay nulidad indudable del acto. Es de interés, al respecto, transcribir las opiniones de los juristas peruanos Profesores León Barandiarán, Valverde y Castañeda.

El Dr. León Barandiarán, expresa: "Declarada la incapacidad del sujeto por enfermedad mental, queda éste en la situación de no poder practicar por sí mismo ningún acto jurídico en general. Más, cabe preguntar qué ocurre con el acto que celebre en los intervalos lúcidos. Conforme a los códigos francés (art. 489) y 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 posibiliten para celebrar actos jurídicos. (22)

El Dr. Valverde, dice: "En todo caso, la alteración de la actividad psíquica, su precisa valoración y efectos deben referirse al tiempo en que tuvo lugar la facción testamentaria. Si entonces se halló el testador en estado de interdicción declarada en juicio, su insanía invalidará el testamento". "Pero aun mediando declaración judicial de interdicción puede haberse otorgado testamento en un intervalo lúcido. Se sostiene que en ese estado es válido si se hizo en un periodo lúcido suficientemente cierto para asegurarse que la enfermedad había cesado en el transcurso de tal transitorio estado de lucidez. Sin embargo, se observa que dicha solución es de indudable implicancia con la interdicción declarada, cuyos efectos deben perdurar mientras judicialmente no sea rehabilitado el interdicto. (23)

El Dr. Castañeda, en reciente obra, opina así: "El demente puede testar en los intervalos lúcidos. La única excepción es la que no puede casarse: art. 82 inc. 2º. Se trata de alienados sujetos o no a interdicción, ya que en ambos pueden haber intervalos lúcidos". (23 bis).

Sobre este problema, de la posible validez del testamento otorgado por los enfermos mentales durante los denominados intervalos lúcidos y con respecto al derecho peruano, opino que debe distinguirse al respecto dos casos diferentes, a saber: 1º Que el testador, al tiempo de otorgar el testamento se encuentre en estado de interdicción civil declarada por enfermedad mental, y 2º Que no lo esté.

(22) José León Barandiarán "Comentarios al Código Civil peruano". Lima, 1952. Tomo IV, pág. 216.

(23) Emilio F. Valverde "El Derecho de Sucesión en el Código Civil peruano". Tomo I, Lima, 1951, pág. 324.

(23 bis) Jorge Eugenio Castañeda "Código Civil". 4a. ed. Lima, 1969, p. 227.

En el primer caso, considero que no procede admitir la validez del testamento otorgado por quien se encuentra sujeto a los efectos de interdicción civil declarada por causal de incapacidad absoluta, porque esto sería contrario a los efectos legales de tal interdicción, sin que haya disposición alguna que permita fundamentar esta excepción a la regla. En el segundo caso, no encontrándose el testador sujeto a interdicción por esta causal y habiendo otorgado su testamento durante un período de lucidez mental, suficientemente notorio y prolongado, en que pudo inclusive contratar y practicar otros actos jurídicos válidamente, el testamento otorgado en dicho tiempo puede considerarse válido.

Los argumentos favorables a esta tesis son dos: El primero, de orden legal, consiste en que en el Código Civil no se ignora la existencia de los intervalos lúcidos en las enfermedades mentales, antes bien, en el art. 82 inc. 2º se niega la capacidad para determinado acto jurídico, el matrimonio, a "quienes padecieren habitualmente de enfermedad mental, *aunque tengan intervalos lúcidos*". Tal dispositivo permite afirmar que en los demás actos jurídicos, para los cuales no rige esta prohibición específica, y no habiendo interdicción declarada, debe estarse a la regla general del art. 9 inc. 2º C.C. ya estudiada, que al negar la capacidad de ejercicio a los enfermos mentales privados de discernimiento, tácitamente la permite para los que se encuentran en posesión de la facultad de discernir, con mayor justificación aún si se tiene presente que la capacidad es la regla, y la incapacidad la excepción. Además, y como segundo argumento, es aplicable el principio doctrinario tantas veces mencionado, de que la capacidad de la persona para otorgar válidamente un acto jurídico debe apreciarse en relación con el tiempo en que practica el acto. Pero si hay interdicción declarada, es efecto de ésta suprimir la validez del consentimiento, produciendo la nulidad del testamento otorgado por el interdicto.

La jurisprudencia peruana tiene admitida la validez del testamento otorgado por un enfermo mental no interdicto durante un intervalo lúcido, en la Ejecutoria Suprema del 28 de setiembre de 1953, y ha declarado nulo el otorgado por quien se encontraba en estado de interdicción declarada, en la Ejecutoria Suprema del 25 de abril de 1967. Ambos fallos están de acuerdo con el criterio que sigo al respecto. (24)

(24) La primera en la Rev. del Foro. Año 1953, pág. 585. La segunda en el diario oficial "El Peruano" del 1º de febrero de 1968.

En Medicina Legal, tales situaciones han sido estudiadas y agrupadas por Krafft Ebing, con la denominación de *estados de inconsciencia patológica* y por Pierre Janet con el nombre de *disgregaciones psicológicas*. Se refieren también a ellas otros tratadistas de la materia. (29) Tales estudios son de notoria utilidad en Derecho Civil, en lo relativo a la invalidez del acto jurídico que practiquen, y en Derecho Penal en relación con la posible inimputabilidad de quienes se encuentren en tales estados.

Desde el punto de vista del Derecho Civil y de la sistemática de la capacidad, hay casos en que sería posible alcanzar la nulidad del acto invocando la inhabilitación declarada que sufren algunos ebrios habituales y toxicómanos, que será tratada más adelante. En otros casos, no previstos expresamente por nuestras leyes, corresponde invocar la falta de consentimiento, porque el consentimiento libre y consciente es elemento esencial para la validez del acto jurídico, y no puede admitirse como válido el practicado por quien, aunque por causas transitorias, se encuentra en un momento en que no puede emplear normalmente sus facultades mentales.

12. JURISPRUDENCIA.

Son pertinentes al tema de la incapacidad por enfermedad mental las sentencias dictadas en los siguientes casos:

Habiéndose demandado la nulidad de un testamento cerrado, cuya validez fue impugnada alegándose que el otorgante padecía enfermedad mental que lo privaba del discernimiento, se declaró infundada la demanda basándose en que la incapacidad mental de una persona no se presume y que no puede establecerse por medio de una pericia que no se funda en el examen personal del otorgante, así como también en que estaba probado que éste hacía una vida normal. Ejecutoria Suprema del 28 de junio de 1962. (30)

Con respecto al testamento de una persona que, nueve años después de haberlo otorgado, fue declarada interdicta por enfermedad men-

(29) Krafft Ebing "Médecine Legal des Alienés". Trad. francesa del alemán; Pierre Janet "L'automatisme psychologique". Rojas, ob. cit. Cap. 28; Bonnet, Ob. cit. Cap. XIII.

(30) Rev. de la J. P. Año, 1962, pág. 1154.

tal, se demandó la nulidad de dicho acto fundándose en que las perturbaciones mentales existieron desde antes del otorgamiento e invocándose el art. 573 C. C. según el cual los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de ésta existía notoriamente en la época en que se verificaron. La sentencia de Primera Instancia declaró fundada la demanda y nulo el testamento. La Corte Superior revocó la apelada, declarando infundada la demanda y válido el testamento. Por Ejecutoria Suprema del 24 de noviembre de 1937 se declaró, con lo dictaminado por el señor Fiscal, no haber nulidad en la sentencia de vista que revocando la de Primera Instancia declaró fundada la demanda y nulo el referido testamento.(31)

En el mismo sentido de la sentencia anterior, por Ejecutoria Suprema del 10 de diciembre de 1940, se declaró que es nulo el testamento otorgado por persona que en la época en que lo otorgó padecía de enfermedad mental, aun cuando la interdicción por esa causa fue posterior. (32)

Habiéndose demandado la nulidad de un testamento, alegándose que fue otorgado padeciendo el testador de enfermedad mental que lo privaba del discernimiento y habiéndose tratado de probar la causal invocada con prueba testimonial, se decidió que esta sola prueba, sin informe de peritos o médicos psiquiatras es insuficiente, declarándose infundada la demanda. Ej. Supr. del 28 de setiembre de 1953. (33)

Habiéndose solicitado que se declarara la nulidad de un testamento, por padecer el otorgante de enfermedad mental que lo privaba del discernimiento, y estando probada la demanda por certificados médicos y contradicha por el mérito de instrumentos públicos y actuados judiciales, se declaró que "no puede alegarse la nulidad de un testamento por incapacidad del agente, aun cuando hayan sido presentados certificados médicos para probar su demencia, si en su otorgamiento se cumplieron todas las formalidades de ley, habiendo comprobado el Notario que el testador gozaba de sus facultades mentales y si su lucidez estaba corroborada por el mérito de otros instrumentos públicos y actuados judiciales". Ej. Supr. del 27 de diciembre de 1957. (34)

Es nula la sentencia dictada en juicio en que se probó que uno de los litigantes adolecía de enfermedad mental que lo privaba del discernimiento. Ej. Supr. del 2 de setiembre de 1961. (35)

Otras Ejecutorias, sobre temas conexos, se encuentran al final de los números 17 y 18.

(31) Revista de los Tribunales, Año 1938, pág. 283.

(32) Anales Judiciales de 1940, pág. 153.

(33) Revista del Foro. Año, 1953, pág. 585.

(34) Rev. de Jurisprudencia peruana. Año, 1958, pág. 672.

(35) Rev. de Jurisprudencia peruana. Año, 1962, pág. 339.

13. EL TESTAMENTO DE LOS SORDOMUDOS.

En nuestro Código Civil no hay regla específica alguna sobre el testamento de los sordomudos. Por este motivo la capacidad o incapacidad de dichas personas para otorgar testamento está sujeta a las siguientes normas generales: *El art. 9 inc. 3 C.C. que dice: "Son absolutamente incapaces: . . . 3º Los sordomudos que no saben expresar su voluntad de manera indubitable"*, y el art. 555 C.C. que expresa: *"Estarán sujetos a curatela: . . . 3º Los sordo-mudos que no puedan expresar su voluntad de una manera indubitable"*. Además en el Libro Segundo del Código, Sección sexta, el Título II se denomina *"De la curatela de los débiles mentales, de los que adolecen de enfermedad mental y de los sordo-mudos"*. Siendo por consiguiente aplicables a la curatela de éstos los arts. 559 al 575 que integran el referido título.

Estas disposiciones, en que se emplea reiteradamente la frase *"expresar su voluntad de manera indubitable"*, permiten afirmar que con respecto a la capacidad de los sordomudos la ley distingue dos situaciones diferentes: Aquélla en que se encuentran quienes pueden darse a entender sin que haya duda alguna sobre su voluntad, los cuales son capaces de otorgar actos jurídicos válidamente, y la diversa situación en que están los imposibilitados de darse a comprender, a quienes considera incapaces absolutos.

Con respecto al testamento, los primeros pueden por consiguiente otorgarlo válidamente, aunque con capacidad relativa con respecto a la forma de testar, pues por ser mudos, les es aplicable el art. 683 C. C., según el cual el mudo sólo puede otorgar testamento cerrado u ológrafo. Los segundos no pueden testar en forma alguna.

Interpretando estas disposiciones, nuestra jurisprudencia tiene admitido, por Ejecutoria Suprema de 29 de diciembre de 1937, que *"el sordo-mudo que sabe expresar claramente su voluntad por escrito, es capaz, lo que no impide que, si ello fuere justificado, se le nombre curador"*. (36)

(36) Rev. de los Tribunales. Año, 1938, pág. 13.

No se dice en este fallo que basta saber escribir, sino expresar claramente la voluntad por escrito. Nuestra ley y dicha sentencia exigen, pues, una expresión clara e indubitable de la voluntad. La sola circunstancia de que el sordomudo pueda escribir no basta, porque los signos gráficos que constituyen la escritura pueden ser copiados, aun sin comprender su significado.

En Medicina Legal, Bonnet distingue las siguientes situaciones: Cuando existe conservación del lenguaje interior e integridad del juicio crítico, como en la forma conocida como *anartria* de Pierre Marie, *afasia motriz* de Brocca, o *afemia* de Déjerine, la persona será considerada, por lo general, civilmente capaz. No lo será en cambio cuando el lenguaje esté seriamente comprometido o definitivamente perdido en su aspecto motor o externo, comprometiendo no sólo la articulación y dicción sino también el aspecto asociativo pensante interno. El individuo deberá ser considerado en éste caso, en opinión del citado Profesor, como alienado mental. (37)

Bajo el régimen del anterior Código Civil peruano de 1852, que con respecto a las enfermedades mentales y estados deficitarios sólo tenía dos calificaciones, según su art. 16 incisos 1 y 2, a saber: 1º Los locos y 2º Los fatuos, se aplicaba la primera calificación a los dementes y la segunda a los débiles mentales. La sordomudez no estaba específicamente legislada, y, se planteó el caso de una sordomuda que, habiendo sido debidamente educada en una Escuela para Sordomudos en Estados Unidos de América, sabía leer y escribir, comunicándose en esta forma con los médicos que la examinaron para los efectos de un peritaje que habría de determinar si era capaz o incapaz. Hubo dos dictámenes, uno de los cuales, suscrito por los doctores Leonidas Avendaño y Carlos A. Bambarén, fundamentó debidamente sus conclusiones según las cuales la examinada no era loca, ni fatua, que el modo como funcionaban sus facultades mentales le permitía expresar libremente su voluntad y tener conciencia de sus determinaciones y que por el desconocimiento que tenía en materia de contabilidad, se justificaba se la sometiera a tutela para el manejo de sus intereses económicos. (37 bis)

En la legislación extranjera es de especial interés el Código Civil argentino, arts. 153 al 158 y 3617, de los cuales el 155 ha sido modificado por la ley Nº 17.711 del 22 de abril de 1968, que comenzó a regir el 1º de julio del mismo año. El art. 153 dice así: "Los sordomudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil cuando fuesen tales que no puedan darse a entender por escrito". El 155, en su texto actual, expresa: "El examen de los facultativos verificará si pue-

(37) Bonnet. Ob. cit., pág. 724.

(37 bis) Leonidas Avendaño y Carlos A. Bambarén "Sordomudez y capacidad civil". Lima, 1940.

den darse a entender por escrito. Si no pudiesen expresar su voluntad de ese modo, los médicos examinarán también si padecen de enfermedad mental que les impida dirigir su persona y administrar sus bienes y en tal caso se seguirá el trámite de incapacidad por demencia". Al legislar específicamente sobre la capacidad para otorgar testamento, el art. 3617 declara: "No pueden testar los sordomudos que no sepan leer ni escribir". El art. 3651 del mismo código, dice: "El sordo, el mudo y el sordo-mudo no pueden testar por acto público. Si saben leer y escribir, pueden otorgarlo ológrato o cerrado".

14. LA AUSENCIA DECLARADA Y LA CAPACIDAD PARA TESTAR.

La declaración judicial de ausencia, cuyos trámites son los señalados por los arts. 1272 al 1283 C.P.C., tiene por objeto proteger los bienes del ausente mediante una curatela, que está regida por los arts. 559, 563, 590, 596 y 597 C. C. principalmente, y que cesa cuando desaparece la causa que la motivó, según el art. 610 C.C., o "cuando se da el goce de los derechos de sucesión a sus herederos", por lo dispuesto en los arts. 611 y 612 del mismo código como ya fue explicado en trabajo anterior. (38)

El Código Civil en su art. 9 declara: "*Son absolutamente incapaces: 4º Los desaparecidos cuya ausencia está judicialmente declarada*". Resulta, por consiguiente, que por efecto de la declaración judicial de ausencia y del nombramiento de curador para los bienes del ausente, se produce, por efecto de este dispositivo, la incapacidad absoluta de aquél para todos los actos de la vida civil. Es consecuencia de tal disposición que el declarado ausente, por ser incapaz absoluto, carece de capacidad para otorgar testamento y sería nulo por esta causal, el que dicha persona otorgara en el lugar donde se encuentra, no obstante hallarse con vida y con capacidad natural.

Tal disposición suscita justificada crítica. El declarado ausente no debiera ser considerado incapaz absoluto, porque sobre él no pesa interdicción y porque la curatela que la ley autoriza, no es para su persona sino para sus bienes, como claramente lo dice el art. 590 según el cual "*Cuando una persona se ausentare o hubiere desaparecido de su domicilio ignorándose su paradero y sin dejar mandatario que administre sus bienes, se procederá a la curatela de éstos*"

(38) "Derecho de Sucesiones", Tomo I. Lima, 1969. Nos. 68 y 69.

El origen del mencionado inciso 4º del art. 9 C.C. se encuentra en el art. 54 inc. 5º del C.C. argentino y en el art. 5 inc. IV del brasileño. En cuanto al dispositivo argentino, que fue objeto de certera crítica, ha sido derogado por la Ley Nº 17.711 como ya se dijo. En lo relativo a la disposición brasileña, debe tenerse presente que dentro de la sistemática de su propio código es norma general, que no se aplica al otorgamiento del testamento, pues los únicos incapaces de testar según dicho código son los indicados en el art. 1627 del mismo, entre los cuales no se incluye a los declarados ausentes. En consecuencia y en lo que se refiere a la capacidad para testar, el inciso 4º del art. 9 C.C., carece de justificación, y asimismo de respaldo en la legislación comparada, salvo en el C.C. paraguayo, que conserva el texto argentino originario.

SECCIÓN TERCERA

EXAMEN DE LA CAPACIDAD PARA TESTAR EN LOS CASOS DE INTERDICCIÓN DECLARADA POR CAUSALES DE INCAPACIDAD RELATIVA O POR CONDENA PENAL

15. CAPACIDAD PARA TESTAR DE LAS PERSONAS SOMETIDAS A INTERDICCIÓN CIVIL POR PRODIGALIDAD O POR MALA GESTIÓN ECONOMICA.

Es necesario precisar si las personas que están sometidas a interdicción civil y a la correspondiente curatela, por alguna de estas dos causales, son capaces o no para otorgar testamento.

Se trata de personas que no se encuentran comprendidas entre las que son absolutamente incapaces, enumeradas en el art. 9 del Código Civil, sino entre las *relativamente incapaces*, según los arts. 10 y 555 incisos 4 y 6 del mismo Código. El art. 10 dice: *Son relativamente incapaces los mayores de 16 años y los sujetos a curatela no comprendidos en el artículo anterior.* El art. 555, en su parte pertinente, expresa: "Estarán sujetos a curatela: 4º Los pródigos; 6º Los que incurran en mala gestión.

Con respecto a la prodigalidad, su concepto está expresado en el art. 576 C.C. que dice: *Puede ser declarado pródigo el disipador habitual que ha dilapidado más de la tercera parte de sus bienes raíces o capitales teniendo cónyuge, ascendientes o descendientes.* La concordancia de este dispositivo con los arts. 700 y 701 C.C., permite afirmar que la interdicción por prodigalidad tiene por objeto resguardar, en vida del titular de los bienes, el derecho a la legítima de sus posibles herederos forzosos. Por consiguiente, no procede tal medida con respecto a las personas que, no teniendo herederos forzosos, pueden disponer hasta de la totalidad de sus bienes, inclusive a título gratuito, si así lo desean, y tanto en vida como por causa de muerte.

En cuanto a la restricción de derechos inherentes a la declaración de interdicción de estas personas, en el art. 578 C. C. se declara: *El pródigo no puede litigar, ni practicar actos que no sean de mera administración sin consentimiento especial del curador.* No hay en nuestro Código Civil disposición expresa que permita o prohíba a estas personas otorgar testamento, siendo necesario llenar este vacío de la ley con la doctrina.

Conviene examinar brevemente las opiniones emitidas, para adoptar luego un criterio al respecto.

En los trabajos de la Comisión Reformadora del Código Civil, se encuentran las siguientes:

"A pedido del señor Solf se acordó dejar constancia en el acta de que en el espíritu de la Comisión, los pródigos pueden testar, porque dentro del régimen de la legítima forzosa y del sistema que se estaba acordando en virtud del cual la interdicción por prodigalidad sólo podría funcionar en favor de los herederos de ese carácter, era innecesaria la prohibición".

"El señor Calle expresó que ningún Código prohibía hacer testamento a los pródigos y que señalados taxativamente los actos que no podría ejecutar válidamente y no estando comprendida en ellos la testamentificación, era inútil indicar que el pródigo podía hacer testamento". (39)

El Dr. Emilio F. Valverde, en su obra, opinó lo siguiente:

"También carecen de capacidad para testar, dada su deficiencia psíquica, que afecta gravemente el interés de la familia, a partir de la demanda de interdicción por incapacidad, y hasta que se produzca su

(39) Germán Aparicio G. S. "Código Civil". La Reforma. Tomo III, pág. 249.

eventual rehabilitación, los pródigos, que lo estuvieron igualmente en el derecho romano y en las Partidas alfonsinas y lo están en el Código alemán, art. 229, así como los que incurren en mala gestión y los ebrios habituales, ya que la disposición testamentaria no se encuentra entre los únicos actos que pueden aquéllos ejecutar libremente como son los de administración, según el régimen legal contenido en los arts. 578, 580, 586 y 605. (40)

Participo de la opinión de los Dres. Solf y Muro y Calle, no sólo por provenir de los autores del propio código, sino porque es el criterio que mejor armoniza con las actuales orientaciones del derecho civil. Nada justifica que se prive al que ha sido declarado pródigo, de la capacidad para otorgar testamento, porque al surtir éste sus efectos, a la muerte del testador, entra a funcionar el mecanismo sucesorio, que cautela eficazmente la intangibilidad de la legítima. En efecto, quien dilapidó en vida más del tercio de sus bienes raíces o capitales, por cuyo motivo fue declarado pródigo según los arts. 576 C.C. y 1336 C. P.C., no podrá conceder por testamento mayores liberalidades que afecten la legítima que corresponde a sus herederos forzosos, porque ello sería contrario a lo dispuesto en los arts. 700, 701 y 705 C.C., por ser obvio que no se puede disponer más de una vez de la parte de libre disposición.

En el derecho romano y en el español de Partidas la prodigalidad se consideró como signo de desequilibrio mental, lo cual se sostiene también ahora por algunos tratadistas. De allí que se admitiera como causal de incapacidad absoluta en el derecho antiguo, en virtud de la cual el pródigo interdicto no podía testar. En el derecho moderno predomina la tendencia de considerar que la prodigalidad es causal de inhabilitación o incapacidad parcial o relativa, que no produce incapacidad para testar. Finalmente, en algunos países la prodigalidad no es causal de incapacidad de ninguna clase. Es la tendencia del derecho inglés y del norteamericano, seguida en América Latina por Bolivia, Uruguay y México, y que también lo fue por la República Argentina, por haber adoptado Vélez Sársfield como modelos en esta materia el Código Civil de Louisiana y el Esbozo de Freitas. Dicho régimen ha quedado modificado por la ya citada Ley Nº 17.711 en virtud de la cual y según se establece en el nuevo art. 152 bis del Código Civil de ese país, la prodigalidad es causal de inhabilitación y como tal no impide al inhabilitado otorgar testamento.

Con respecto a quienes hayan sido sometidos a interdicción y a curatela por mala gestión, rige el art. 583 C. C. que dice: "*Puede ser declarado interdicto por mala gestión el que*

(40) Emilio F. Valverde. Ob. cit., pág. 325.

por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes raíces o capitales teniendo cónyuge, ascendientes o descendientes. No regirá la tasa señalada en el párrafo anterior si la acción la interpone el marido. Queda al prudente arbitrio del Juez apreciar la mala gestión.

Se trata de una curatela cuya naturaleza jurídica es análoga a la correspondiente a la prodigalidad, porque en ambos casos se pretende cautelar la legítima de los posibles herederos forzosos en vida del ascendiente. Pero como el desmedro en los negocios puede deberse no sólo a la mala gestión, sino a circunstancias diversas, la calificación de esta figura jurídica queda, con mayor razón, al criterio del Juez.

Sobre la capacidad para testar de estas personas, son aplicables las mismas consideraciones que para los pródigos. La incapacidad parcial derivada de esta interdicción no tiene por qué afectar la capacidad de testar, porque el mecanismo sucesorio ofrece suficiente garantía para los herederos forzosos y porque, además, y como ya se dijo, la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, por cuyo motivo y tratándose de incapaces relativos, no sufren en su capacidad de ejercicio otros menoscabos que los que la ley señala, entre los cuales no se encuentra la incapacidad de otorgar testamento.

16. CAPACIDAD PARA TESTAR DE LAS PERSONAS SUJETAS A INTERDICCION CIVIL POR CONDENA PENAL.

Se trata de precisar si son capaces o incapaces de otorgar testamento las personas que se encuentran sufriendo interdicción civil, por habérseles impuesto esta restricción de derechos en una condena penal.

Las disposiciones aplicables, son las siguientes:

Del Código Penal, el art. 32 que declara: La interdicción civil priva al penado del derecho de patria potestad, de la representación marital que le conceden las leyes y de la administración y disposición de sus bienes, y los arts. 31 y 34 según los cuales la interdicción se aplica al imponerse las penas de internamiento, penitenciaría y relegación.

Del Código Civil, el art. 555 que dice: Estarán sujetos a curatela: 7º Los que sufren la pena de interdicción civil, y los

arts. 587 al 589 que forman el Título V de la Sección VI del Libro II, título denominado: "De la curatela de los que sufren la pena de interdicción civil" en cuyo art. 588, que es de especial interés en nuestro caso, se declara lo siguiente: "*La curatela de los que sufren la pena de interdicción civil se defiende en el orden establecido en el art. 559 y se limita a la administración de los bienes y a la representación en juicio del penado.*"

Tan clara disposición, permite afirmar que no hay incapacidad de testar para estas personas. Es cierto que el art. 32 del Código Penal les priva del derecho de disponer de sus bienes y el testamento es un acto de disposición patrimonial, pero debe atenderse a la concordancia del referido art. 32 del Código Penal con la última parte del citado art. 588 del Código Civil, norma en que al precisar los efectos de esta medida, lo hace limitativamente, aplicándola sólo a los actos que especifica, entre los cuales no se encuentra el otorgamiento de testamento. Por consiguiente, de la concordancia de ambos dispositivos, art. 32 C. P. y 588 C. C. se deduce que el primero de ellos debe entenderse en el sentido de que la prohibición que establece no se refiere a los actos de disposición *mortis-causa*.

Además, debe tenerse presente que el testamento produce sus efectos sólo después de la muerte del testador, tiempo al que no puede alcanzar el efecto de ninguna pena, porque los efectos de ésta se extinguen legalmente con la muerte del condenado. (41)

17. INCAPACIDAD PARA TESTAR DE LOS INTERDICTOS POR DEBILIDAD MENTAL.

Se da el nombre de *débiles mentales* a quienes, por diversas causas, adolecen de notoria insuficiencia psíquica con respecto a las personas normales. Son estos sujetos, personalidades deficitarias, de cociente mental inferior al normal, por cuyo motivo no están en condiciones de ejercer eficientemente y en su plenitud los derechos propios de la capacidad. Su

(41) Opiniones conformes, aunque por otros fundamentos, con respecto al art. 32 del Código Penal italiano, la del Prof. Antonio Cicu en "El Testamento", trad. Madrid, 1959, pág. 163, y con referencia al art. 12 del Código Penal argentino, la del Prof. Guillermo A. Borda "Tratado de Derecho Civil Argentino". Parte general. Tomo I, N° 582. Opinión contraria referente al art. 32 del Código Penal peruano, la del Prof. Emilio F. Valverde. Ob. cit., pág. 325.

estado hace necesario que, previos los trámites de ley, se les nombre curador mediante una declaración judicial, que en nuestro país es denominada interdicción y en otros inhabilitación, restringiendo de esta manera el ejercicio de sus derechos civiles, con una finalidad protectora para estas personas. Según el *British Royal Comitee of the Feeble minded* los débiles mentales son: "Aquellos sujetos que pueden vivir por sus propios medios en condiciones favorables, pero que carecen de facultades intelectuales suficientes para situarse y mantenerse a la altura de los individuos de su misma edad, circunstancia que hace que no posean la mínima capacidad para vencer las dificultades de la vida".

Atendiendo a la diversa etiología de estos estados deficitarios de la personalidad, así como a la época de la aparición de la anormalidad y a la terminología de nuestro Código Civil, y simplificando las diversas clasificaciones existentes al respecto en las obras de Psiquiatría y Medicina Legal, es posible distinguir tres clases de *debilidad mental*, que son: 1º *La congénita*; 2º *La adquirida por causas ajenas a la senilidad*, y 3º *La debilidad mental senil*.

La primera es la oligofrenia, a la que es aplicable la definición del Prof. Vermeylen, autoridad en la materia, quien dice así: "Es un estado de deficiencia mental congénita que se manifiesta sin perturbaciones psicopáticas o neuropáticas preponderantes y que sitúa a los individuos que la padecen entre la imbecilidad y la normalidad". (42).

El segundo grupo está constituido por quienes, en el curso de la vida, han adquirido dicho estado, por causas de diverso orden: traumáticas, infecciosas, tóxicas, post-psicóticas, etc. El Prof. Delgado denomina a dicho estado, *demenia presenil*, explicando las causas que pueden ocasionarla. (43)

El tercer grupo está formado por los débiles mentales seniles, que será examinado separadamente, en el siguiente numeral.

(42) Bonnet, pág. 535. El Prof. Honorio Delgado, siguiendo otra nomenclatura, utiliza el término oligofrenia como denominación genérica, cuyos grados son: la idiotez, la imbecilidad y la debilidad mental, incluyendo en su prolijo estudio el examen de situaciones afines, como la estupidez relativa, la falsa oligofrenia, la estupidez emocional y estados semejantes, así como la mentalidad senil, la demencia senil y la pseudodemencia. Ob. cit. Cap. XII, Nº 4, págs. 197 a 212 y Cap. XXII, Nos. 1 al 5, págs. 349 a 354.

(43) Delgado. Cap. XVII, Nº 5, pág. 289.

Las disposiciones legales aplicables son: El art. 10 C. C. inserto en el N° 3, según el cual *son relativamente incapaces los mayores de 16 años y los sujetos a curatela* no comprendidos en la relación del art. 9°, referente a los incapaces absolutos; el art. 555 que declara: *Estarán sujetos a curatela: 1° Los débiles mentales* y el art. 561 que dice: *"Para que estén sujetos a curatela los débiles mentales y los que adolecen de enfermedad mental se requiere que sean incapaces de dirigir sus negocios, que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o que amenacen la seguridad ajena.* Por efecto de estas disposiciones se trata de incapaces relativos, que por lo tanto están inhabilitados para ejercer algunos actos de la vida civil y no todos. Asimismo, unos pueden estar sujetos a la curatela señalada por la ley y otros no.

Pero, según los arts. 571 y 572 C. C. es el juez el que, al declarar la curatela, fijará los límites y extensión de ésta. Al respecto el Dr. Rodríguez Llerena al comentar el art. 571 dice que "el Juez fija la extensión de la curatela sobre la base, se comprende, de que el incapacitado no podrá celebrar ningún acto jurídico". (44) Esta opinión ha sido objeto de un comentario favorable del jurista argentino Dr. Alberto J. Molinas quien hace notar, reiteradamente, la igualdad de régimen que corresponde a toda persona que carece de salud mental normal y la consiguiente incapacidad para celebrar actos jurídicos. (45)

Refiriéndonos, específicamente, a la facultad de otorgar testamento, es preciso reconocer que afectando esta causal de incapacidad a las facultades psíquicas, no puede admitirse que los débiles mentales puedan otorgar testamento válido, para el cual se requiere plena capacidad natural, es decir, discernimiento completo y lúcido. Si se ha declarado la curatela, la incapacidad para testar debe entenderse que funciona de pleno derecho por efecto de ésta y por la naturaleza de la causal. Si no se hubiere dictado dicha medida, el testamento otorgado por estas personas es siempre impugnabile y anulable por la naturaleza de la causal, que por afectar las facultades mentales es de incapacidad natural.

(44) Darío Rodríguez Llerena "Código Civil. Concordancias, notas críticas y explicativas". Chiclayo, 1937. Tomo I, págs. 432 y 444.

(45) Alberto J. Molinas. Ob. cit. Tomo II, págs. 74 y 90.

Hay otro dispositivo en nuestro Código Civil, conexo con esta materia y es el art. 592 referente a los casos de curatela de los bienes, en cuyo inciso 4° se permite que ésta se establezca *Cuando una persona sea incapaz de administrar por sí misma sus bienes o escoger un mandatario, sin que proceda el nombramiento de curador*. Se trata de una incapacidad natural, que puede ser debida a debilidad mental, o a estados de grave enfermedad, que imposibiliten al paciente al otorgamiento de poder y es aplicable también a la situación de la herencia o legados que han pasado a los hijos menores por desheredación o indignidad de los padres y que éstos no pueden usufructuar según el art. 401° inc. 3° C. C.

Es de interés el siguiente caso:

Habiéndose solicitado que se instituyera curatela para una persona a la que se atribuía *incapacidad de administrar sus bienes por deficiencia mental* y fundándose en el citado art. 592 inc. 4 C. C. el Juez resolvió, a mérito del examen que hizo por sí mismo, que era fundada la demanda. Posteriormente fue presentado el dictamen pericial de un médico neurólogo, según el cual la persona no adolecía de la incapacidad que se le atribuía. La demanda fue declarada fundada en Primera Instancia y confirmada por la Corte Superior. La Corte Suprema no admitió el pronunciamiento por el solo examen del Juez y declaró nulo todo lo actuado a partir de dicha resolución de Primera Instancia, por Ejecutoria Suprema del 1° de junio de 1959. (46).

La Corte Suprema tiene resuelto, además, que estando probado que una persona padece sólo de deficiencia mental leve, no procede declarar su interdicción. Ej. Supr. del 6 de febrero de 1949. (46 bis).

18. LA DEBILIDAD MENTAL SENIL Y EL ART. 575 C.C.

La debilidad mental senil es la tercera de las modalidades de la debilidad mental indicadas en el numeral anterior.

La ancianidad, por avanzada que fuere, no constituye por sí sola una causa que justifique la restricción de los derechos civiles y la institución de la curatela, porque hay personas que, no obstante sus muchos años, conservan su plena lucidez mental. Es clásico el ejemplo de Sófocles, cuya interdicción fue pedida por sus hijos alegando la avanzada edad del célebre trágico griego, quien se defendió ante sus jueces leyéndoles su obra "Edipo en Colona", que acababa de escribir.

(46) Anales Judiciales. Año, 1959, pág. 27. Rev. de la J. P. Año, 1959, pág. 775.
(46 bis) Rev. de la J. P. Año, 1949, p. 516.

Son personas de senectud óptima, a quienes es aplicable la frase de Gracián: "que el paso que van perdiendo los sentidos lo va ganando el entendimiento; tienen el corazón sin pasiones y la cabeza sin ignorancias". En los demás ancianos, aun dentro de la relativa normalidad, aparece la mentalidad senil, que es lentitud de los procesos mentales, deterioro de la memoria, misoneismo y disminución del rendimiento intelectual.

En otros casos, por el avance que con la edad se produce por efecto de los fenómenos degenerativos del organismo, se presentan los estados que el Profesor Honorio Delgado explica como "*demen-
cia arterioesclerósica*" en que la progresiva esclerosis de los vasos cerebrales, disminuyendo la irrigación sanguínea de este órgano, produce el desmedro de las funciones mentales, y la *demen-
cia senil*, "psicosis propia de la ancianidad que consiste principalmente en la decadencia intelectual patológica, progresiva e irreversible como todas las verdaderas demencias". (47)

De allí que interesa al derecho distinguir entre los términos *debilidad senil*, en que la atenuación de las facultades inherentes a la ancianidad, no llega a configurar una causal de incapacidad de ejercicio y la *debilidad mental senil*, entre cuyas modalidades explicadas en el párrafo anterior, está la demencia senil. La declaración judicial de interdicción y la privación de derechos correspondiente, sólo procede cuando el anciano presenta síntomas que revelan que ha perdido su capacidad psíquica natural y que necesita por consiguiente de la protección que estas medidas significan para su persona y para sus intereses.

Confirma en parte, lo expresado, el Prof. José Ingenieros, cuando dice:

"Es evidente que después de cierta edad, variable en cada individuo, las funciones mentales comienzan a decaer, en algunos bruscamente, en los más progresivamente. Si el individuo no muere de otra enfermedad, su decadencia mental pasa por tres períodos cuyos límites son indeterminados: la vejez, la ancianidad y la senilidad. El viejo no es psiquiátricamente un alienado, ni legalmente un incapaz; el senil lo es, en cambio, y su estado se llama *demen-
cia senil*". (48)

No obstante, el problema más grave en estos casos, no es tanto el de no poder otorgar testamento válido, sino la privación de la libertad y de otros derechos del anciano. Considero de inte-

(47) Honorio Delgado. Ob. cit., 5a. ed. Cap. XVII, Nos. 3, 4, págs. 284 al 289.

(48) José Ingenieros "La locura, la avaricia y la vejez" en la Rev. Argentina de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal. Tomo II, pág. 267.

rés insertar la opinión que expresó al respecto el Psiquiatra peruano Dr. Hermilio Valdizán, en los trabajos preparatorios del Código Civil, quien dijo lo siguiente:

"De las enfermedades mentales adquiridas, aquélla que constituye argumento más frecuente a la pericia psiquiátrica, por lo menos entre nosotros, es la demencia senil. Se trata en no pocos casos, de enfermos cuyo ambiente, poco o nada piadoso con el enfermo, procura adueñarse de su persona y de sus bienes y someterle a tutela que, lejos de representar afectuoso amparo, constituye desagradable explotación. No ha sido sin experimentar el más profundo desagrado que hemos debido intervenir como peritos en casos en los cuales la fortuna de un demente senil representaba la codiciada presa en torno a la cual se agitaban intereses mezquinos, intereses cuya violenta defensa lograba muchas veces el término radical de la muerte del enfermo, ordinariamente de tan extraordinaria fragilidad y víctima tan fácil de agresiones que el hombre normal y sano resiste victoriosamente". (49)

Las disposiciones aplicables son los arts. 10, 555 inc. 1 y 561 C. C., ya citados en el numeral anterior y además el art. 575 que declara: *Se dará curador conforme a las reglas de este título al que por causa de debilidad senil esté incapacitado de dirigir acertadamente sus negocios.*

El copiado precepto del C. C. peruano tiene su fuente en el art. 372 del C. C. suizo, que permite solicitar la curatela en el caso de quien no puede atender convenientemente sus asuntos por causa de *faiblesse sénile*. Se refiere a la debilidad senil en general y no específicamente a la debilidad mental senil. No estamos obligados a seguir, en éste como en algunos otros casos, el sentido de las fuentes. Esta norma, al pasar a la sistemática de nuestro código, adquiere un nuevo sentido que corresponde a la doctrina precisar.

En mi opinión, el art. 575 C. C. es aplicable a la *debilidad mental senil*, con arreglo a lo ya explicado, porque la simple debilidad senil física, inherente sólo a la edad, si bien es cierto que no permite al anciano la actividad que requiere la acertada dirección de los negocios o la eficaz administración de sus intereses, teniendo discernimiento y lucidez mental normal, nada le impide, en uso de derechos de los que no debe ser privado, que

(49) Memorándum del Dr. Hermilio Valdizán, publicado en las Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano. Fasc. 69, págs. 73 a 77. Opinión coincidente fue expresada por el Psiquiatra argentino Dr. José Ingenieros en su trabajo citado en la nota 48 y por el Dr. Darío Rodríguez Llerena, jurista peruano, en su obra citada en la nota 44.

otorgue poder, con la amplitud que él determine, y en favor de la persona de su confianza que él designe libremente, para que realice en su nombre los actos y gestiones que su debilidad física le impide efectuar personalmente. Con mayor razón, los ancianos que se encuentren en esta condición tienen capacidad para otorgar testamento.

Nótese, además, que si nuestro Código Civil no enumera entre las causales de incapacidad relativa del art. 555 a la debilidad senil del art. 575, es porque la considera, como en realidad debe ser, como un caso de debilidad mental, al que se refiere el art. 555 inc. 1º, debiendo considerarse, también por esta razón, que la curatela, que suprime o limita la capacidad civil de ejercicio del anciano, no es para la simple debilidad senil física, inherente a la ancianidad, sino para la *debilidad mental senil*, y para la *demencia senil*.

Existen sobre el tema, en la jurisprudencia, dos casos de interés que son los siguientes:

Habiéndose solicitado se declare la interdicción por debilidad senil de un anciano de 99 años, por sentencia de Primera Instancia se declaró fundada la demanda. La Corte Superior, de conformidad con el dictamen de su Fiscal Dr. Villegas revocó la apelada declarando infundada la demanda. En la Corte Suprema el Sr. Fiscal Dr. Muñoz opinó por la no nulidad. Ambos dictámenes fiscales se fundaron en la *discrepancia existente entre las opiniones de los peritos médicos*. Por Ejecutoria Suprema del 1º de junio de 1934 se declaró, con lo opinado por el Sr. Fiscal, haber nulidad en la sentencia de vista que revocando la apelada declaró infundada la demanda y reformándola, confirmaron la de Primera Instancia que declaró fundada la demanda de interdicción por debilidad senil. (50)

Habiéndose pedido la interdicción de un anciano de 83 años que según el peritaje psiquiátrico presentaba personalidad psicopática, pero no demencia senil, se declaró infundada la demanda por Ei. Supr. del 21 de abril de 1967, ya citada. (50 bis).

19. INCAPACIDAD PARA TESTAR DE LOS INTERDICTOS POR EBRIEDAD HABITUAL Y POR TOXICOMANIA.

La similitud que estas dos causales de incapacidad presentan en sus efectos naturales y en sus consecuencias legales, permiten tratar de ambas en este numeral, indicando, para cada una, el concepto médico-legal y las disposiciones aplicables.

(50) Rev. de los Tribunales. Año, 1934, pág. 133.

(51) Bonnet. Ob. cit., págs. 641 al 652.

(50 bis) Rev. de la Jurisprudencia peruana, año 1967, pág. 919, ya citada en la nota 14 bis.

A) *La ebriedad habitual.*

La palabra *ebriedad*, que proviene del latín *ebrietas*, es sinónima de embriaguez y significa, según el Diccionario de la Real Academia española "Turbación pasajera de las potencias dimanada de la abundancia con que se ha bebido vino u otro licor". En Medicina Legal se distingue la embriaguez simple o *standard* y la complicada o patológica y en Derecho se diferencia la *ebriedad* como *causa de posible alteración mental transitoria*, en cuyo caso y como ha sido explicado en el N° 11 el acto practicado es anulable por falta de consentimiento, y la *ebriedad habitual* que es causal de la denominada incapacidad relativa, materia del establecimiento de curatela, la cual limita de manera permanente la capacidad civil del alcohólico consuetudinario.

Con respecto a las diferentes fases, períodos o modalidades de la ebriedad, me remito a las obras de Psiquiatría y de Medicina Legal. (51)

En el aspecto legal, son aplicables el art. 555 C. C. en la parte en que declara: *Están sujetos a curatela: 5° Los ebrios habituales*. Y su concordante, el art. 584 que dice: *Será provisto de un curador el que por su embriaguez habitual se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena*. Son también pertinentes los arts. 585 y 586 C. C.

El Dr. Rodríguez Llerena, quien anotó prolijamente estos dispositivos, justifica así, la incapacidad relativa impuesta a los ebrios habituales: "Porque son abúlicos, enfermos, sugestivos, e impropios para prestar su libre consentimiento", y establece que se requiere para la declaración de incapacidad probar: 1° La habitualidad; 2° La posibilidad de que él o su familia puedan caer en la miseria y 3° La necesidad de asistencia permanente o de amenaza para la seguridad ajena". (52) Es que el Código adopta, como en otros casos similares, un criterio mixto, psiquiátrico-económico-social. Opino que la notoriedad de la causal y la prueba fehaciente sobre ella debieran bastar para la declaración de interdicción por ebriedad habitual, por-

(51) Delgado. Cap. XVIII, Nos. 1 y 2, págs. 283 y ss.; Rojas, Cap. XXVIII, pág. 368 y Cap. 35, pág. 417; Bonnet, págs. 641 al 652.

(52) Darío Rodríguez Llerena, Ob. cit. Tomo I, págs. 435 y 456.

que las circunstancias que el Código señala en el art. 584 son, más que hechos, presunciones lógicas sobre los desfavorables efectos que la ebriedad habitual tiene sobre el alcohólico consuetudinario y sobre su familia, y la resolución judicial dictada cuando ya se han producido o comenzado a producirse tales efectos, podría ser tardía e ineficaz para cumplir los fines de protección que justifican la medida.

En cuanto a los efectos de la interdicción dictada por esta causal, opino que inhabilita al ebrio habitual para testar, por la naturaleza de ésta, que afecta las funciones psíquicas.

B) *La toxicomanía.*

La definición de la toxicomanía fue dada por el Comité de Expertos de la Organización Mundial de la Salud, en 1952 declarando que: "Es un estado de intoxicación periódica o crónica, dañoso para el individuo y la sociedad ocasionada por el consumo repetido de una droga natural o sintética". (53)

Las sustancias empleadas al efecto comprenden desde el opio, la morfina y la cocaína, hasta los alucinógenos como la marihuana y el LSD, e inclusive sustancias aparentemente inofensivas como los barbitúricos y otros somníferos, en cuyo caso es la dosis excesiva y su frecuencia las que dan la calificación referida. Los efectos dependen, no solamente del tóxico mismo, sino que están vinculados al estado orgánico y a la personalidad de quien los emplea.

En el Perú, por Decreto-Ley N° 11.272 promulgado el 20 de enero de 1950, se dispuso, además de diversas medidas de previsión administrativa, adicionar el art. 555 del Código Civil con el inc. 8° que, como hemos visto ya en su texto, incluye entre los incapaces para los cuales se instituye la curatela a "*Los toxicómanos*" y agregar al art. 584 del mismo, el siguiente párrafo: b) *Será provisto también de un curador el que por uso de drogas estupefacientes se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria y necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena.* (54)

(53) Cít. por Bonnet. Véase además: Honorio Delgado, Cap. XVIII, N° 3, págs. 300 a 305 y Rojas, Cap. 35, pág. 417.

(54) Decreto-Ley N° 11.272 en el Anuario de la Legislación Peruana. Tomo XLI, pág. 36.

Son aplicables a los toxicómanos las apreciaciones generales hechas sobre los ebrios habituales, pues la toxicomanía como la ebriedad, como ya se ha dicho, pueden constituir estados de alteración pasajera que producen la nulidad del acto jurídico celebrado bajo su efecto, siempre que aquéllas sean suficientemente intensas para suprimir el discernimiento y el control de la voluntad, y si son habituales, constituyen causales de incapacidad relativa, de interdicción y de curatela, con los efectos legales de carácter permanente propios de tal situación, siendo nulo el testamento que se otorgue por quien está interdicto por estas causales, debido a que afectan la normalidad psíquica.

SECCIÓN CUARTA

PROHIBICIÓN A ALGUNAS PERSONAS DE EMPLEAR DETERMINADAS FORMAS TESTAMENTARIAS

20. PROHIBICION A LOS MENORES DE 21 AÑOS PARA OTORGAR TESTAMENTO OLOGRAFO.

El precepto pertinente del Código Civil, dice así:

Art. 682. Pueden testar los mayores de dieciocho años, pero se necesita ser mayor de edad para hacerlo en forma ológrafa.

En la primera frase de este artículo, se declara la *incapacidad absoluta* de testar de quienes no hayan llegado a los dieciocho años y como tal ha sido estudiada en el N° 5. En la segunda frase se establece una incapacidad de testar relativa para los menores entre los 18 y los 21 años, relacionada con las formas del testamento, prohibiéndoles otorgarlo en forma ológrafa y permitiéndoseles, por consiguiente, hacerlo por escritura pública o cerrado.

Aunque no se hace aquí el estudio de las formas del testamento, conviene indicar que es ológrafa el otorgado de puño y letra, fechado y firmado por el testador, en documento que originalmente es privado, en tanto que el testamento por escritura pública y el cerrado son los otorgados con intervención notarial.

La razón de esta norma de excepción en virtud de la cual los menores de edad, que como queda dicho pueden testar des-

de los dieciocho años, necesitan haber cumplido los veintiún años para poder otorgar el testamento ológrafo, se comprende examinando las fuentes de las cuales proviene este precepto.

Esta restricción ha sido tomada de los Códigos Civiles de España y de Alemania. El primero, que permite como ya se explicó en el N° 5, el otorgamiento de testamento desde los 14 años, exige la mayoría de edad para el ológrafo. El segundo, que permite testar desde los 16 años, exige en su art. 2247 para hacerlo en forma ológrafa, también la mayoría de edad.

En los referidos códigos, que sirvieron como fuente, ambos procedentes del siglo pasado, se justifica que concediéndose la capacidad para testar a edades tan tempranas, se adopte esta restricción, como regla de prudencia para que el testamento ológrafo, que puede ser otorgado en privado, no sea fruto de la improvisación y de la inexperiencia. Pero no existe la misma razón cuando, como ocurre en nuestro derecho, la diferencia de edad, entre los 18 años que se requiere para testar y los 21 que se exige para el testamento ológrafo es sólo de tres años. Si la capacidad general para testar se concede en el Perú a los 18 años, edad en que además el menor puede adquirir los derechos de la mayoría de edad, por la emancipación o por el matrimonio, y en tiempos como los actuales en que unos pocos años de diferencia en la edad no tienen gran significación en el discernimiento, prevaleciendo más bien la mayor o menor aptitud intelectual individual, el precepto comentado no tiene en nuestro país la misma justificación que en sus citadas fuentes.

Opino, en consecuencia, que señalada la capacidad para otorgar testamento en la edad de 18 años, como lo dispone el art. 682, esta edad debiera permitir otorgar testamento, cualquiera que sea la forma testamentaria, tal como ocurre en los Códigos Civiles de Argentina, art. 3614 y de Italia art. 591 inc. 1, en los cuales se establece la capacidad para otorgar testamento a los 18 años, sin exigirse la mayoría de edad para el ológrafo.

21. EL TESTAMENTO DE LOS MUDOS.

Es pertinente la siguiente disposición del Código Civil:

Art. 683. El mudo sólo puede otorgar testamento cerrado u ológrafo.

La mudez, entendida como imposibilidad física de hablar, es considerada en el citado artículo como incapacidad relativa para testar, pues a las personas que adolezcan de ella se les permite otorgar testamento cerrado, según el art. 689 C.C. u ológrafo, según el art. 694, no pudiendo en consecuencia testar por escritura pública conforme al art. 687.

Tal prohibición es debida a que en el testamento por escritura pública y como lo dispone el inc. 5 del mencionado art. 687 se establece "que durante la lectura se averigüe viendo y oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión de su voluntad".

La comentada prohibición al mudo, de otorgar testamento en escritura pública, tiene como precedente legislativo el art. 672 del Código Civil anterior, que reproduciendo lo expresado por el art. 979 del Código de Napoleón, declaraba: "El que no pueda hablar pero sí escribir, sólo hará testamento cerrado, escrito, fechado y firmado de su propia mano". Esta fórmula es más prolija que la vigente, porque al no emplear el término "mudo" y decir "el que no puede hablar", permite aplicar la prohibición tanto a los que adolecieren de mudez permanente como a quienes de manera transitoria y debido a enfermedad u otra causa, no pudieran expresarse oralmente, y porque exigía el requisito de que la persona supiera escribir, aunque este requisito esté sobreentendido en la fórmula vigente.

En la legislación comparada se encuentra que en los códigos civiles de Francia, art. 979; España, 709; Chile, 1024; Colombia, 1085 y Ecuador, 1014, a los mudos se les permite testar sólo en testamento cerrado, mientras en la República Argentina, prohibiéndoles testar por acto público según el art. 3651, pueden hacerlo cerrado por autorizarlo expresamente el art. 3668, u ológrafo por no prohibírselo la ley. Según el C.C. del Brasil, tampoco pueden testar por escritura pública, art. 1635, para cuyo testamento se exige hacer de viva voz las declaraciones. Puede hacerlo cerrado por permitírselo el art. 1642 del mismo código y no les está prohibido otorgar el denominado testamento particular que dicho código autoriza.

22. EL TESTAMENTO DE LOS INVIDENTES.

Es aplicable el siguiente dispositivo del Código Civil:

Art. 684. El ciego y el analfabeto sólo pueden testar en escritura pública, debiendo leerse el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe, de lo cual se hará mención.

Esta es una disposición común para el testamento de los invidentes y de los analfabetos, que coloca a unos y otros en igual situación con respecto a su capacidad relativa para testar. Les permite hacerlo por escritura pública y les prohíbe emplear el cerrado y el ológrafo.

Es notorio que el invidente y el analfabeto están colocados en niveles culturales muy diferentes, y no es apropiado, en mi opinión, someterlos a igual norma. Es razonable y justificado que se prohíba al invidente emplear el testamento cerrado, con el fin de evitar que el pliego interior en que se contiene su voluntad pueda ser sustituido, pero no se justifica que se les prohíba otorgar testamento ológrafo, para cuya validez sólo se requiere que el documento sea escrito, fechado y firmado de puño y letra por el testador, requisitos a los que el invidente puede dar perfecto cumplimiento, especialmente si la ceguera ha sido adquirida y no es congénita y si se trata de persona de notoria cultura, aunque baste para ello que sepa leer y escribir. Al analfabeto hay razón para prohibírsele, porque no puede cumplir el requisito esencial de la escritura, razón que no existe para el invidente.

En nuestro país, en que el testamento por escritura pública se puede otorgar sólo ante Notario Público, que los hay en las capitales de Departamento y en algunas de Provincia, el invidente que viva en lugares donde no hubiere Notario, para otorgar su testamento conforme a ley, tendrá pues, que viajar al lugar donde lo haya, recorriendo distancias algunas veces considerables, e incurriendo en los gastos del viaje y del testamento,

cuando podría en tales casos emplear la forma ológrafa en su propio domicilio y disfrutando de la gratuidad inicial del testamento ológrafa, además de las otras ventajas que éste ofrece y por las que conviene emplearlo en algunos casos.

La fuente de la disposición comentada se encuentra en el art. 708 del Código Civil español que dice: "No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan leer y escribir" y en el art. 698 del mismo que expresa "Cuando sea ciego el testador se dará lectura al testamento dos veces: una por el Notario, conforme a lo prescrito por el art. 695 y otra en igual forma por uno de los testigos que el testador designe". Nuestro Código Civil anterior, en que no se admitió el testamento ológrafa declaraba en su art. 686 "El ciego sólo puede hacer testamento abierto" y en su art. 660 estableció que en el testamento del ciego debía intervenir un testigo más, que los requeridos para esta clase de testamento. (55)

El examen de la legislación comparada permite apreciar que en otros países la incapacidad relativa de testar para los invidentes se limita al testamento cerrado. El C.C. francés en su art. 978 dice: "Los que no sepan o no puedan leer no podrán hacer disposiciones en la forma de testamento místico" pero la doctrina y la jurisprudencia de ese país se han pronunciado en el sentido de que, si el invidente sabe escribir, puede otorgar testamento ológrafa. (56)

El C.C. argentino en su art. 3624 declara que "Toda persona capaz de disponer por testamento puede testar a su elección en una u otra de las formas ordinarias de los testamentos, pero es necesario que posea las cualidades físicas e intelectuales requeridas para aquella forma en la que quiera hacer sus disposiciones" y en el art. 3652 dice: "El ciego puede testar por acto público". En la doctrina argentina prevalece la opinión de que estas disposiciones no impiden al ciego otorgar testamento ológrafa. (57)

(55) Las fuentes comunes, de derecho romano y español de las disposiciones citadas, son las siguientes: Institutas Libro II, Tit. XII, Párrafo 4; Código, Libro VI, Tit. XXII, Ley 8; Partida 6a., Título I, Ley 14 y Proyecto de García Goyena, art. 602.

(56) Baudry-Lacantinerie, Colin, "Traité Théorique et pratique de Droit Civil". 13a. ed. Tomo 12, N° 1883 y 2162; Colin y Capitant "Curso elemental de Derecho Civil". Trad. Madrid, 1928, Tomo 8º, pág. 40.

(57) El mismo Vélez Sársfield, al anotar el art. 3624 de dicho código dice: "Así por ejemplo, un sordo-mudo y un ciego pueden otorgar testamento ológrafa si saben escribir" y al anotar el art. 3652 cita al jurista francés Troplong quien afirma que ningún inconveniente hay para que el ciego que sabe escribir pueda testar en forma ológrafa". Opiniones conformes expresan en sus comentarios al C.C. argentino, Llerena en el Tomo 10, pág. 7; Segovia en el Tomo II, págs. 592 y 604; Rébora en su "Derecho de las Sucesiones", Tomo II, pág. 200; Spota, en su "Tratado de Derecho Civil argentino", Tomo I, Vol. III, pág. 354 y Borda en "Sucesiones", Tomo II, N° 1070. Opinión contraria, en la doctrina de ese país, es la de Salvat en el Tomo I de su Tratado, 8a. ed., pág. 323.

El C.C. italiano, con referencia al testamento público, dice en su art. 603 *in fine*: "Cuando el testador sea incapaz de leer, deben intervenir cuatro testigos"; con respecto al testamento secreto, en el art. 604 *in fine*, "Quien no sabe o no puede leer no puede hacer testamento secreto". Acerca del ológrafo, art. 602, nada indica al respecto. Interpretando estas disposiciones la doctrina italiana considera que "no perjudica la validez del testamento ológrafo la ceguera del testador". (58)

23. EL TESTAMENTO DE LOS ANALFABETOS.

Siendo el porcentaje de analfabetos en nuestro país bastante elevado entre la población indígena, el problema de la capacidad de testar de estas personas, es decir, de su posibilidad de otorgar testamento, merece cuidadoso examen.

Como se ha expresado en el número anterior, nuestro Código Civil en su art. 684 establece una misma regla para el otorgamiento del testamento de los invidentes y de los analfabetos, declarando que unos y otros pueden testar sólo por escritura pública, *debiendo leerseles el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe, de lo cual se hará mención.*

De conformidad con esta disposición el analfabeto no es incapaz de testar, puede hacerlo, pero sólo por escritura pública, dándose cumplimiento en el acto testamentario a los requisitos generales que señala el art. 687 C.C., más a los ya indicados del art. 684. No puede prescindirse en estos casos, de manera alguna, del requisito establecido en el inciso 2º del citado art. 687 que consiste en que el testador exprese por sí mismo su voluntad ante el Notario, y desde luego, en este caso sólo podrá hacerlo oralmente.

En cuanto a la firma del testamento, es aplicable el art. 687 inc. 7 del Código Civil que dice: *Que si el testador no sabe o no puede firmar lo haga el testigo testamentario que él designe.* Concuerta este precepto con el art. 54 de la Ley del Notariado.

(58) Francesco Messineo. Ob. cit. Tomo VII, pág. 86.

Se trata de medidas protectoras con las cuales la ley trata de garantizar el libre consentimiento del testador y la fiel expresión de su voluntad testamentaria. Su observancia debe ser rigurosa, por tratarse de personas que siendo en la mayor parte de los casos de escasa cultura, están más expuestas a la captación de voluntad.

Son disposiciones conexas del art. 684 C.C. el art. 691 inc. 3 que declara que el analfabeto está impedido de ser testigo testamentario y el art. 497 inc. 3 que le permite excusarse por tal motivo del cargo de tutor.

Con respecto al testamento de los analfabetos considero de interés indicar los antecedentes legislativos, que son los que siguen:

En el derecho autóctono peruano, preincaico e incaico, habiendo existido el testamento y no la escritura, aunque el tema es objeto de importante investigación, la solución del problema fue el testamento oral, que como se ha explicado en mi "Derecho de Sucesiones" Tomo I, Nos. 45 al 47, se practicó en aquellas épocas y ha sobrevivido coexistiendo, para la población indígena con la legislación española que rigió durante la Conquista, la Colonia y las primeras décadas de la República, observándose hasta ahora en las regiones más apartadas como un derecho consuetudinario que es respetado por la población aborígen del Perú.

En el Proyecto de Código Civil de don Manuel Lorenzo Vidaurre, de 1836, habiéndose dedicado el Título I de la Tercera parte a establecer quiénes pueden testar, se declaró en el art. 9 del mismo: "No tiene lugar la ley para con las personas rústicas", excluyendo de esta manera al analfabeto del derecho de testar.

Durante la Confederación Perú-Boliviana, el Código Civil de Santa Cruz de 1936 para el Estado Nor-Peruano, declaró en su art. 467: "A los indios residentes a distancia de más de una legua de sus respectivos cantones, concede la ley el privilegio de hacer sus testamentos por palabra, o por escrito, con sólo dos testigos vecinos". El Código Civil boliviano de 1830 que rigió por entonces en el Estado Sud-Peruano, establecía dicho precepto en su art. 455, vigente hasta ahora en dicha República.

En el Código Civil de 1852 se permitió al analfabeto testar por escritura pública al establecer el art. 658 inc. 8 que si el testador no sabía o no podía firmar lo haría el testigo testamentario que él designara. Se le permitió también otorgar el denominado testamento en escritura privada, disponiéndose en cuanto a la firma, en el art. 661 inc. 5 la misma previsión. Además, le fue permitido, sin restricción al-

guna el *testamento verbal*, que subsistió hasta la derogación de este Código por el vigente de 1936, y entre cuyos requisitos, que eran la expresión de la voluntad del testador en presencia de los testigos, no se requería ni el documento ni la firma, según lo dispuesto en el art. 663 de ese código. Al analfabeto le estaba prohibido sólo el testamento cerrado, por lo dispuesto en el art. 669 inc. 2 del mismo.

Según el Proyecto de Código Civil de 1890, los analfabetos podían otorgar testamento por escritura pública de conformidad con el art. 809 inc. 7, o verbal según el art. 814 de dicho Proyecto, manteniéndose al respecto el mismo régimen del Código de 1852.

En los trabajos de la Comisión Reformadora del Código Civil, de los años 1922-1936, quedó suprimido el testamento verbal. Su inconveniencia fue sustentada por el Dr. Juan José Calle. A los analfabetos se les permitió testar sólo por escritura pública.(59)

En la *legislación comparada*, las referencias más importantes son las siguientes:

El C.C. francés en su art. 978 dice: "Los que no sepan o no puedan leer no podrán hacer testamento en la forma de testamento cerrado".

El C.C. argentino en su art. 3665 prohíbe al que no sabe leer otorgar testamento cerrado, y en el art. 3661 indica, con respecto al testamento por acto público, que si el testador no supiese firmar puede hacerlo por él otra persona o alguno de los testigos.

El C.C. italiano establece en su art. 603 *in fine*, que el analfabeto puede otorgar testamento por acto público requiriéndose en tal caso cuatro testigos en vez de tres y declara en su art. 604 que "Quien no sabe o no puede leer no puede hacer testamento secreto".

Las referencias examinadas, en la legislación nacional y en la extranjera, justifican la prohibición de que el analfabeto otorgue testamento cerrado, y encontrándose en la imposibilidad de hecho de otorgar el ológrafo por no saber escribir, la única forma en que puede autorizarse el otorgamiento de su testamento es por escritura pública y con los especiales requisitos adicionales que la ley señala para garantizar mejor la fiel expresión de su voluntad.

(59) Código Civil del Perú anotado con las modificaciones que contendrá el Proyecto, por Juan José Calle, Fiscal jubilado de la Corte Suprema de Justicia y Presidente de aquella Comisión. Lima, 1929. Nota a los arts. 663 al 666. Primer Anteproyecto, Fasc. 39, 2a. ed., págs. 6 y 249. Segundo Anteproyecto del Libro Tercero, art. 93, inc. 2. Proyecto de 1936, art. 676, cuya fórmula es la adoptada por el art. 684 del vigente Código Civil.

Opino, en este caso, a diferencia de lo expresado para el invidente, que no debe preocupar el hecho de que, por no haber Notario Público en muchos lugares, algunos analfabetos no puedan testar. Se trata, de personas de escasa cultura, y la posibilidad de que se ejerza sobre ellas una captación de voluntad es más probable que con respecto a otros sujetos. Será preferible que, a falta de testamento, debidamente otorgado por escritura pública, la sucesión de estas personas sea regida por la ley y no exponerlas al peligro que significa el otorgamiento de testamento en formas distintas de la indicada. El testamento, no obstante sus ventajas, no es acto indispensable para el funcionario normal de la sucesión y no habiendo la posibilidad de otorgar un buen testamento, es preferible no hacerlo y dejar que funcione la sucesión intestada, cuyo título es la declaratoria de herederos, que oportunamente se obtiene con arreglo de ley.

SECCIÓN QUINTA

REFERENCIAS A TEMAS CONEXOS

24. EL TESTAMENTO DE LOS ENFERMOS GRAVES.

Esta situación particular, del testamento otorgado por los enfermos graves, merece particular atención. No existe en los códigos civiles, y es difícil y hasta inconveniente establecer un precepto legal sobre el particular, porque la enfermedad física y no mental, cualquiera que ella sea, no es causal de incapacidad jurídica de ejercicio y porque algunos enfermos conservan su lucidez mental hasta el momento mismo de su muerte. Aun en los casos de estar además afectado el paciente por enfermedad mental puede ocurrir que, estando próxima su muerte, sobrevenga una etapa de perfecta lucidez, en que, si no hay interdicción por tal enfermedad, habría que conceder validez a su testamento, atendiendo a la opinión del médico psiquiatra sobre si el enfermo tiene lucidez y discernimiento y al postulado jurídico tantas veces mencionado, según el cual la capacidad del testador debe apreciarse en relación con el momento en que otorga el testamento. Sirva de ejemplo, en la obra cervan-

tina, el caso del Quijote que sintiéndose próximo a morir, recupera la razón, reconoce sus pasados desatinos y dicta, con perfecto discernimiento y claridad, las cláusulas de su testamento.

En otros casos, aunque no coexista con la dolencia física enfermedad mental alguna, el progresivo deterioro orgánico del enfermo influye de tal manera en sus facultades mentales que lo priva de lucidez y discernimiento. Es en tales casos donde la captación de voluntad de parte de terceros, encuentra circunstancias propicias para obtener las deseadas liberalidades testamentarias.

El problema ha preocupado a filósofos y a juristas. Platón, en su *Diálogo sobre las leyes* o "De la legislación" se refiere a la inconveniencia de admitir la validez del testamento de los moribundos y dice: "porque casi todos nosotros carecemos en cierta manera de libertad de espíritu y de firmeza de voluntad cuando estamos a punto de morir". El Dr. Manuel Lorenzo Vidaurre en su *Proyecto de Código Civil* consignó una curiosa disposición, referente al testamento de los enfermos, en la que se declaraba: "Todo testamento, en las enfermedades agudas, después del segundo día de manifestadas, téngase por nulo. En el primero y segundo día, para que se dé por válido, firme el instrumento el médico, jurando la capacidad en que se halla el enfermo". (60)

Siendo la capacidad la regla y la incapacidad la excepción, y debiendo presumirse la salud mental mientras no se pruebe lo contrario, no hay prohibición legal para que el enfermo grave otorgue su testamento, el cual está protegido por estas garantías de la ley, salvo prueba en contrario que acredite fehacientemente que al testar, el enfermo grave no se encontraba en posesión de sus facultades mentales, o que se ejerció sobre él la captación de voluntad constitutiva de dolo, o la coacción física o moral, que implican falta de libertad, circunstancias que debidamente probadas, bastan para obtener la declaración de nulidad de cualquier acto jurídico.

Es aconsejable que en tales casos, se solicite la opinión del

(60) Manuel Lorenzo Vidaurre. *Proyecto de Código Civil peruano*. Lima, 1834-36. Lima, 1836. Art. 16 del Título 19 de la 3a. parte y exposición de motivos sobre "Quiénes pueden o no testar", pág. 3 y ss.

médico de cabecera, sobre la enfermedad de que adolece el paciente y sobre el estado en que se encuentra, y la del médico o médicos psiquiatras que examinen su estado mental y también que el testamento se otorgue por escritura pública en que se inserte los certificados de estos facultativos, siempre que sea de temerse la maliciosa impugnación del testamento del enfermo grave, por personas interesadas en obtener que se declare nulo.

En la jurisprudencia de nuestros tribunales hay dos casos análogos, en que se declaró lo siguiente:

"Es nulo el testamento si por las pruebas actuadas resulta que el testador en el día y hora en que aparece otorgado el testamento se hallaba en estado de absoluta incapacidad física y mental, por estar grave y mortalmente enfermo e impedido de expresar por sí mismo su voluntad". Ej. Supr. del 13 de setiembre de 1926. (61)

"Es nulo el testamento que aparece extendido cuando la testadora se encontraba gravemente enferma, en estado de no poder expresar su voluntad". Ej. Supr. del 23 de julio de 1958. (62)

25. NATURALEZA JURIDICA DE LA DENOMINADA INCAPACIDAD PARA RECIBIR POR TESTAMENTO.

Dicho tema fue tratado en el N° 129, Capítulo XII del tomo I de mi "Derecho de Sucesiones", debido a que los arts. 668 y 669 del Código Civil, relativos a este asunto están ubicados en el Título II de la Sección Primera del Libro Tercero del Código Civil peruano, y para cumplir el propósito de seguir en la exposición de materias y hasta donde fuere posible, el orden del referido código.

Se explicó en aquella oportunidad, que según el art. 668 C. C., no producen efecto las disposiciones del testador hechas durante su última enfermedad en favor de su confesor o ministro de su culto, o del médico que lo haya asistido en su última enfermedad, ni de los cónyuges o parientes de estas personas dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, prohibición que el art. 669 extiende a las disposicio-

(61) Anales Judiciales. Año, 1926, pág. 60.

(62) Anales Judiciales. Año, 1958, pág. 15.

nes en favor del notario que autoriza el testamento, así como del cónyuge y parientes de éste dentro de los mismos grados de parentesco. Hice notar entonces la inadecuada ubicación de estas disposiciones, que se refieren específicamente a la sucesión testamentaria, en un título que está comprendido en la sección que contiene las normas generales aplicables tanto a la sucesión testamentaria como a la legal, así como el concepto de la referida figura jurídica *que no es propiamente de incapacidad, sino de incompatibilidad*.

En esta oportunidad vuelvo sobre el tema para agregar algunas otras consideraciones pertinentes.

Dentro de la clasificación hecha en este trabajo, de la capacidad y de la incapacidad, en dos clases: las que son de derecho, de goce, pasivas, receptivas; y las que son de hecho, de ejercicio, activas, es obvio que la capacidad de suceder corresponde a la primera de estas clases, prohibición en que la ley coloca al médico, al sacerdote y al notario, de beneficiarse con las disposiciones testamentarias de la persona a quien asisten y en los casos que la ley indica. Pero, como entonces lo expliqué, *no son técnicamente casos de incapacidad para suceder, sino de incompatibilidad, cuyo objeto es prevenir la posible captación de voluntad que tales personas pueden ejercer sobre el testador*. (63)

Doctrina diferente se desprende del Código Civil italiano que luego de legislar "De la capacidad de disponer por testamento" en su art. 591 se ocupa "De la capacidad de recibir por testamento" en sus siguientes arts. 592 al 600. Para explicarse esta terminología, es necesario tener presente la fidelidad con que dicho código sigue, en algunos lugares, a sus fuentes romanas y a los intérpretes de éstas.

El Prof. Biondo Biondi, romanista, hace al respecto la siguiente explicación:

"*Testamentifactio* se llama la capacidad de hacer testamento indicando la capacidad de disponer (*Gaius*, 2, 114) o de ser contemplado en el testamento como heredero, legatario o tutor, así como la de ser llamado como testigo. (Inst. 2, 10, 6). El adjetivo activo o pasivo que se añade a la *testamentifactio* para indicar respectivamente la capaci-

(63) "Programa del Curso de Derecho de Sucesiones". Lima, 1961, pág. 32. "Derecho de Sucesiones". Tomo I, Lima, 1969, Nº 160.

dad de disponer o de recibir, no se encuentra en las fuentes sino en los intérpretes". (64).

Por lo demás, aun en los mismos tratadistas italianos se encuentra opiniones concordantes con la ya indicada tesis, de no considerar a estas figuras como de incapacidad sino de incompatibilidad. El Prof. Francesco Messineo, ateniéndose al concepto más moderno, trata sobre la capacidad de testar en su capítulo sobre "Requisitos del testamento" (§ 182 N° 7) y sobre la capacidad de recibir por testamento, en el denominado "Contenido del testamento" (§ 183 N° 2 ter) en que dice lo siguiente:

"La incapacidad de recibir por testamento es concepto que no obstante su identidad de expresión, no se debe asimilar a la incapacidad de testar y a la incapacidad en general. La incapacidad para recibir por testamento, en efecto, no expresa una ineptitud para un negocio jurídico y tan es así que pueden suceder el menor, el concebido e incluso el no concebido, sino que más bien traduce una prohibición (de ley) para que ciertas personas sucedan por testamento. Es un caso de inadmisibilidad para suceder; y a lo sumo, es límite a la capacidad de derechos". (65)

Asimismo, el Prof. Antonio Cicu, refiriéndose a la prohibición establecida con respecto al notario, a los testigos y al intérprete, considera dichos casos como causales de nulidad de las cláusulas testamentarias que a aquéllos favorecen diciendo:

"Notario, testigos e intérprete. Aun en este caso el art. 597 habla de nulidad de las disposiciones, por más que titula al artículo igual que respecto del tutor, caso de incapacidad para recibir. Se trata de nulidad, porque con ella se quiere asegurar la libertad y espontaneidad de la voluntad, excluyendo que un interés en el acto pueda perjudicar la actuación de las personas que en él intervienen". (66)

En la doctrina argentina, el Prof. Juan Carlos Rébora expresó, de manera terminante, que estos casos no son de incapacidad, como los denomina el C. C. de ese país y los estudió bajo el nombre de *incompatibilidad*, considerándolos como una valla opuesta por la ley y fundada en normas éticas, para im-

(64) Blondo Blondi "Successione testamentaria e donazioni". Milano, 1953, N° 31. Trad. española, Barcelona, 1960, pág. 84.

(65) Francesco Messineo "Manual de Derecho Civil y Comercial". Trad. Buenos Aires, 1956. Tomo VII, págs 100 y 108.

(66) Antonio Cicu "El Testamento". Cap. VI, N° 13, pág. 256.

pedir la captación de voluntad del testador en las situaciones a que se refiere esta figura jurídica. (67)

En reciente obra, el Dr. Julio J. López del Carril, Profesor de Derecho Civil de las Universidades de Buenos Aires y de La Plata, reafirma esta tesis y con referencia al art. 3739 del Código Civil argentino, que declara que son *incapaces* de suceder y de recibir legados los confesores del testador en su última enfermedad y otras personas relacionadas con aquéllos, expresa:

"No hay allí ni en la de los escribanos del art. 3664 una incapacidad para suceder por testamento, ya que en realidad la ley presume el ascendiente que pueda tener sobre el testador y teme una captación de herencia y por ello anula la disposición testamentaria que los favorece". No hay allí incapacidad para suceder propiamente dicha, sino causas limitativas, o como las denomina Rébora, "hechos de incompatibilidad". (68)

(67) Juan Carlos Rébora "Derecho de las Sucesiones", Buenos Aires, 1952, Tomo II, N° 110.

(68) Julio J. López del Carril "Derecho Sucesorio", Buenos Aires, 1969, pág. 16.