

CAPACIDAD PARA TESTAR

SUMARIO: 1. Normas generales de capacidad. 2. Incapacidad de hecho y de derecho: absoluta y relativa. 3. Capacidad para los actos jurídicos: lícitos e ilícitos. 4. Bibiloni y la Comisión Reformadora de 1936. 5. Caracteres del testamento. 6. Ley que rige la capacidad para testar. 7. Momento en que debe existir la capacidad. 8. Elementos integrantes de la capacidad para testar. 9. La edad exigida para testar y la legislación comparada. 10. La edad en los proyectos de reforma. 11. La situación de los sordomudos. 12. El alcance del texto legal según la jurisprudencia. 13. La opinión de Bibiloni y la Comisión reformadora. 14. El caso de los dementes. 15. La perfecta razón de la ley equivale al discernimiento normal. 16. La prueba de la demencia en los testamentos. 17. Doctrina que niega el derecho de testar a los dementes interdictos, aun en intervalos lúcidos. Sus argumentos. 18. Tesis que admite el derecho de testar de los alienados mentales interdictos durante los intervalos lúcidos. Sus fundamentos. 19. Las soluciones de la jurisprudencia. 20. Los distintos sistemas en la legislación comparada. 21. Legislaciones que permiten testar al demente interdicto. 22. Legislaciones que lo autorizan con ciertas exigencias. 23. Legislaciones que no lo consienten. 24. Los dementes y los proyectos de reforma. La opinión de Nerio Rojas. 25. Nuestra opinión. 26. Los inhabilitados y su capacidad para testar.

1. Normas generales de capacidad

La noción de capacidad domina el ámbito del derecho privado. Las personas no pueden realizar acto alguno sin contar con los elementos jurídicos necesarios que permitan su actividad. Menos aún pueden gozar de ningún derecho en tanto no se hallen en las circunstancias previstas por las leyes. En el incesante y no siempre pacífico desenvolvimiento del derecho, la capacidad ha obedecido a reglas distintas, determinadas por el carácter peculiar de los pueblos y su gra-

do de progreso. Desde los parias de la India hasta los esclavos de la época moderna, pasando por los servidores de la gleba de los tiempos medievales, son características las fases diversas impuestas a la capacidad del hombre para adquirir derechos y ejercer actos jurídicos. Con la conquista igualitaria que inaugura la Revolución Francesa, que más tarde se afianza en el Código Napoleónico, es cuando el individuo se emancipa totalmente, y su vida jurídica adquiere otro aspecto, hasta entonces desconocido.

2. *Incapacidad de hecho y de derecho: absoluta y relativa*

La capacidad, en general, denota la idea de una facultad o de una aptitud. Ser capaz importa tener algún derecho, o bien habilidad o aptitud para ejercerlo. La clásica división de la capacidad en dos especies, corresponde a los dos aspectos señalados, y se conocen comúnmente con las denominaciones de capacidad de hecho y capacidad de derecho. La primera deriva de la naturaleza misma del ser en tanto que la segunda es consecuencia de la ley. Aquélla es simplemente la aptitud del individuo para ejercer actos jurídicos, es la capacidad de obrar; ésta comprende el goce de los derechos, pues indica la facultad de gozar todos los derechos no prohibidos por la ley de manera explícita, la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, para ser titular de la relación jurídica.

La incapacidad absoluta implica la privación completa de la capacidad, no admitiendo excepción alguna. La incapacidad absoluta sólo existe respecto de la capacidad de hecho, porque la incapacidad de derecho absoluta aniquila la misma personalidad e importaría la muerte civil.

Por el contrario la incapacidad de hecho puede ser absoluta sin aniquilación de la personalidad porque el sujeto afectado por ella no desaparece como ente de derecho; se lo sustituye en el ejercicio de sus derechos por otro que actúa en nombre y por cuenta del incapaz. Pero hay actos, los llama-

dos personalísimos, que por su propia índole no pueden efectuarse por intermedio del representante, por lo tanto el incapaz no los puede realizar ni por sí —desde que es incapaz absoluto— ni a través de su representante legal. Tal es el caso del testamento.

La incapacidad es relativa cuando tiene excepciones. Aquí también la incapacidad relativa se da sólo en relación a la capacidad de hecho, porque supone por definición una condición básica de incapacidad y excepciones parciales a esa condición general de la persona, como es la situación de los menores adultos.

En cambio, tratándose de la capacidad de derecho, no puede hablarse de incapaces relativos, porque no existen sujetos básicamente incapaces de derechos y sólo capaces por excepción. Las incapacidades de derecho, en realidad, son prohibiciones legales para la realización de determinados actos, que alcanzan a ciertas personas, por razones de utilidad general, de orden público o buenas costumbres (1).

Nuestro codificador ha seguido en esta materia con bastante fidelidad a Freitas, de quien ha tomado muchísimos artículos, como lo reconocía en su informe de fecha 22 de junio de 1865, presentado al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Dr. Eduardo Costa (2).

Freitas, en el artículo 23, dice: “Aquellas personas a las cuales se prohibiere la adquisición de ciertos derechos, o el ejercicio de ciertos actos, por sí o por otras personas, son incapaces de derecho, es decir, de esos derechos y de esos actos prohibidos”. Y en el 24: “Aquellas personas que por imposibilidad física o moral de obrar o que por su dependencia de una representación necesaria no pueden ejercer actos de la vida civil, son incapaces de hecho”.

(1) LLAMBÍAS, *Tratado de Der. Civil, Parte General*, Bs. As., 1967, t. I, n° 574 y 575; BORDA, *Trat. de Der. Civil, Parte General*, Bs. As., 1959, t. I, n° 454 y sgtes.; ARAUZ CASTEX, *Der. Civil, Parte General*, Bs. As., 1974, t. I, nros. 634 y sgtes.

(2) Proyecto de Código Civil, pág. V, ed. de 1865, Bs. As.

Vélez Sársfield, repitiendo el artículo 41 de su modelo referido a los incapaces absolutos de hecho expresa en el artículo 54: "Tienen incapacidad absoluta:

- 1) Las personas por nacer;
- 2) Los menores impúberes;
- 3) Los dementes;
- 4) Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito;
- 5) Los ausentes declarados tales en juicio".

Y en el artículo 55, declaraba: "Son incapaces respecto a ciertos actos o del modo de ejercerlos:

- 1) Los menores adultos;
- 2) Las mujeres casadas".

Este precepto reproduce el 42 del proyecto de Freitas, aunque se aparta de aquél al excluir los comerciantes fallidos y los religiosos, comprendidos en la enumeración del codificador brasileño.

Sin embargo, el artículo 1160 los menciona explícitamente: "No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poderlo hacer con persona determinada, o respecto de cosas especiales ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos, ni los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado, o contratasen por sus conventos; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso si no estipularen concordatos con sus acreedores".

Por eso, hay autores que en presencia de estas disposiciones y de la fuente de la cual han sido tomadas, sostienen que los sacerdotes profesos y los fallidos, dentro del sistema

del Código, se encuentran en situación análoga a la del menor adulto y la mujer casada ⁽³⁾.

Sabido es que la mujer casada ha quedado fuera de esa incapacidad general de hecho desde la vigencia de la ley 11.357, y que la ley 17.711 ha derogado finalmente el texto del art. 55.

3. *Capacidad para los actos jurídicos: lícitos e ilícitos*

Las personas constituyen elementos imprescindibles de todo derecho. Y, como se desprende de lo dicho, si son sujetos de voluntad, son capaces de hecho; pero si carecen de ella o no pueden manifestarla, son absolutamente incapaces.

Donde aparece con nitidez más acusada la soberanía de la voluntad es en los contratos, los cuales, esencialmente, consisten en una declaración de voluntad común destinada a reglar los derechos de las partes, a cuyos dictados éstas han de someterse como a la ley misma (arts. 1137 y 1197). Los cuasicontratos son, asimismo, actos voluntarios (art. 2288). Y aun en los actos ilícitos, delitos y cuasidelitos es menester descubrir la voluntariedad del acto, la intención o la falta de intención para determinar sus consecuencias dañosas (arts. 1066, 1072, 1109).

El Código, aunque no define la voluntad jurídica, fija con exactitud sus elementos en el título *De los hechos*. Sus preceptos informan todos los hechos jurídicos humanos, como lo destaca Henoch Aguiar en su obra magistral, *La Voluntad Jurídica* (pág. 51, ed. Bs. As., 1924).

Los elementos internos de la voluntad son el discernimiento, la intención y la libertad, y se requieren conjuntamente en la ejecución del acto para que éste sea reputado voluntario e imputable, pues un hecho practicado sin tales con-

⁽³⁾ SEGOVIA, *Cód. Civil de la Rep. Argentina*, t. I, p. 23, nota a, ed. 1881, Bs. As.; LLERENA, *Concordancias y comentarios del Cód. Civil Argentino*, t. I, p. 140, ed. 1931, Bs. As.; COLMO, *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, setiembre-octubre, 1919, pág. 7.

diciones no produce obligación alguna. El elemento externo lo constituye el hecho por el cual la voluntad se manifiesta (arts. 897, 900, 913).

La ley común declara en forma distinta la ausencia de discernimiento en base del desarrollo intelectual determinado por la edad, según se trate de actos lícitos o ilícitos. El artículo 921 preceptúa: "Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón".

Aguiar considera que el límite diferente que la ley señala obedece a que la conciencia del individuo se forma más tardíamente sobre los actos lícitos, por referirse a hechos que integran el modo natural y ordinario de la vida jurídica, mientras que con los ilícitos ocurre lo contrario, porque, al romper el equilibrio de aquéllos, provocan un desorden social, por lo mismo que son extraordinarios y anormales (*op. cit.*, pág. 54).

También este artículo 921 ha sido tomado del 449 de Freitas, aunque ha sufrido algunas variantes. Aquél fijaba en siete años la falta de discernimiento para los actos ilícitos. En realidad, como lo advertía el mismo Vélez Sársfield en la nota correspondiente, esta manera de legislar se remonta al derecho romano, que reconocía tres grandes épocas en la vida humana. Y aunque juzgaba que el derecho moderno debía emanciparse de estas antiguas clasificaciones, que no tienen fundamento general para los individuos de todas las naciones, mantuvo, sin embargo, los tres períodos de los romanos para las personas de existencia visible:

1) Antes de la pubertad en que las considera sujetos sin voluntad (art. 54);

2) Después de la pubertad, hasta los veintiún años, las considera sujetos de voluntad, pero relativamente incapaces,

en cuanto las somete a una representación necesaria (art. 55, 126 y 127, ley 17.711); y,

3) Desde los veintiún años hasta la muerte, en que les acuerda plena capacidad de hecho, si otros motivos no les priva del discernimiento, como la demencia, o si por otra causa no las somete a representación, como los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (arts. 140 y 153).

4. *Bibiloni y la Comisión Reformadora de 1936*

La Comisión Reformadora de 1936, siguiendo a Bibiloni (art. 112 de su Anteproyecto), fijaba también la mayoría de edad en 21 años (art. 42 del Proyecto), para armonizar nuestra legislación con el término que en general se adopta en otros países. Permite la emancipación cuando lo solicitaren los menores al Juez, o la madre, en su defecto. De este modo, el criterio que informa los artículos 10 y siguientes del Código de Comercio, se extiende a la materia civil. Y sacudiendo la influencia del derecho antiguo, aún visible en Bibiloni, elimina la clasificación entre menores impúberes y adultos, sin valor práctico por tratarse de distinciones abstractas que no siempre concuerdan con los límites de edad establecidos por el legislador ⁽⁴⁾. En el proyecto de reforma, todos los menores reconocen como regla la incapacidad, sin perjuicio de las excepciones expresamente señaladas ⁽⁵⁾.

5. *Caracteres del testamento*

El testamento es un acto jurídico unilateral, escrito y solemne, conocido vulgarmente como "acto de última voluntad", por oposición a los "actos entre vivos", porque a diferencia de los contratos, sus disposiciones están destinadas a producir efectos después de la muerte de su autor.

⁽⁴⁾ SALVAT, *Parte General*, pág. 342, n° 850, ed. 1925.

⁽⁵⁾ *R. del Código Civil*, arts. 42 y 43.

La palabra testamento deriva etimológicamente de la expresión latina "testatis mantis", es decir, testimonio de la mente, de la voluntad. Se define como acto por el cual una persona dispone de sus bienes para después de su fallecimiento. Pero además de ello hay que advertir que la ley autoriza en el mismo instrumento a reconocer hijos naturales, nombrar tutor para los hijos bajo patria potestad, reconocer deudas, desheredar herederos legitimarios, revocar otro testamento anterior, o retractarse de la revocación (arts. 3606, 3745, 3827, 3831 y 3833). "Ambulatoria es la voluntad humana" decían las leyes antiguas, con lo cual significaban gráficamente que el testamento era revocable a designio del testador hasta el momento de su muerte.

6. *Ley que rige la capacidad para testar*

Dispone el art. 3611 que la ley del actual domicilio del testador al tiempo de hacer su testamento, es la que decide su capacidad o incapacidad para testar. El codificador optó por la ley personal del causante, determinada por su domicilio a la época de testar. La norma se refiere a la incapacidad de hecho, que nace de las facultades intelectuales o físicas. La capacidad o incapacidad de derecho se rige por las disposiciones del código argentino (⁶).

7. *Momento en que debe existir la capacidad*

Para calificar la capacidad de testar se atiende sólo al tiempo en que se otorga el testamento, aunque se tenga o falte la capacidad en la fecha de la muerte del testador (⁷).

(⁶) FASSI, *Trat. de los testamentos*, Bs. As., 1970; t. I, n^o 69; SEGOVIA, t. II, pág. 560, nota 9; LLERENA, t. IX, p. 567.

(⁷) Art. 3613, véase: Cám. Civ. 2^o Cap. 11.9.22, J.A. 9-451; Cám. Civ. 1^a Cap. 30.5.20, J.A. 23-264; CNCiv. Sala E, 13.10.75, J.A. 1976-II-109; CNCiv. Sala F, La Ley 131-193; CNCiv. Sala D, 23.4.76, La Ley 1976-C-408; etc.

En derecho romano se exigía la capacidad en uno y otro momento, en razón de que el acto produce sus efectos a partir de la muerte del causante; pero todos los códigos modernos han abandonado esa doble exigencia por las dificultades de aplicación y las frecuentes nulidades a que daba lugar.

Las fuentes de nuestra ley sobre el particular son Goyena (art. 605) y el Código de Chile (art. 1006).

8. *Elementos integrantes de la capacidad para testar*

La ley, como en todo acto jurídico, según se ha visto, exige plena capacidad en el autor de la disposición de última voluntad, si bien por la naturaleza propia del acto lo somete a un régimen excepcional. Las diversas condiciones requeridas pueden agruparse así:

1) El testador ha de contar, como mínimo, dieciocho años de edad (art. 3614).

2) Debe gozar de perfecta razón, sano juicio o discernimiento (arts. 3615, 3613 y 897).

3) Debe reunir las cualidades físicas e intelectuales exigidas según la forma de testamento que adopte (art. 3624).

4) Tiene que determinarse libremente, no pudiendo delegar en otro la expresión directa de su voluntad (arts. 3619 y 922).

Por lo tanto, la incapacidad para testar surgiría de tres órdenes diversos, a saber: a) mental —enfermedad mental propiamente dicha—; b) física —defectos físicos, ciego, sordo, mudo, etc.—, y c) vicios del consentimiento —error, dolo, violencia, etc.— (°).

9. *La edad exigida para testar y la legislación comparada*

En dieciocho años como mínimo se fija la edad para testar (art. 3614). Respecto de los menores la ley no supedita

(°) RÉBORA, *Derecho de las Sucesiones*, t. II, pág. 156, Bs. As., 1932.

este derecho al régimen de la patria potestad (art. 286). Y tampoco lo restringe en la disposición de los bienes como lo hace el Código francés.

La emancipación que origina el matrimonio (art. 133 C.C.) no anticipa la facultad para disponer por testamento. La capacidad para testar adquirida al cumplir los 18 años es independiente de la que el menor consigue con la emancipación por matrimonio. Quien antes de los 18 años se emancipa por efecto del matrimonio, no adquiere por este hecho capacidad para testar (⁹). El art. 3614 prohíbe testar a todo menor de 18 años sin distinguir entre no emancipados y emancipados y debe entenderse a la letra (¹⁰).

El legislador se ha apartado de la aptitud general que reconoce a los veintiún años para celebrar los actos jurídicos. Sigue así la tradición del Derecho Romano, aunque manifiesta en la nota al artículo 3614 su desacuerdo con aquellas otras legislaciones antiguas que uniforman la capacidad para testar con la de contraer matrimonio, por ser absolutamente inaplicables en sus fines y fundamento. Tal ley 13, título 1^o, Partida VI, que permitía testar al varón de 14 años y a la mujer de doce, si bien negaba esa facultad a los hijos bajo patria potestad. Es la solución actual del Código Chileno (art. 1005, inc. 2^o), del Cód. Uruguayo (art. 831, inc. 1^o); del Cód. Colombiano (art. 1061, inc. 1^o y 34).

El código francés reconoce la aptitud para testar a todo menor de dieciséis años (arts. 903 y 904), pero limita su ejercicio a la mitad de los bienes que hubiera podido dispo-

(⁹) CICU, *El testamento*, Madrid, 1959, trad. Fairén Martínez, n^o 3, pág. 152; GANGI, *La successione testamentaria*, Milano, 1947, t. I, n^o 43; JOSSERAND, *Derecho Civil*, Bs. As., 1950, t. III-3^o, n^o 1396; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, *Trat. Práctico de Derecho Civil Francés*, La Habana, 1935, t. V, n^o 198, etc.

(¹⁰) Conf. RÉBORA, *Sucesiones*, t. II, n^o 358, p. 158, nota 13; FASSI, *Tratado de los testamentos*, Bs. As., 1970, t. I, n^o 75. En contra QUINTEROS, *Los menores de 18 años emancipados y su capacidad para testar después de la reforma introducida por la ley 17711*, LI, 150, pág. 1165.

ner el testador si fuese mayor de edad. Por la ley del 23 de octubre de 1916 levantóse esta restricción respecto de los que estuvieran bajo bandera, en tiempo de guerra. Todo ello sin perjuicio de las capitulaciones prenupciales, en las cuales basta la capacidad para celebrar matrimonio.

No imponían tales restricciones los Código de Nápoles (art. 820) y de Luisiana (1.464). Lo mismo el de Vaud, que fija la edad en diecisiete años (art. 562). Y los de Holanda (art. 944); de Prusia (part. 1^o, tít. 12, arts. 17/19); Austria (art. 569) y el proyecto de Goyena (art. 600), que la establecían en 18 años. También es la solución del código suizo de 1907 (art. 467) y del cód. italiano de 1942 (art. 591). El código peruano igualmente exige 18 años para testar, pero hasta la mayoría de edad prohíbe el testamento ológrafo (art. 682). El código español reconoce aptitud para testar a los menores de uno y otro sexo de 14 años (art. 663, ap. 1^o). El código alemán de 1900 (art. 2229); el brasileño de 1917 (art. 1627), el cód. federal mejicano (art. 1306, inc. 1^o), y venezolano (art. 837, inc. 1^o) establecen dieciseis años.

Lafaille comenta con acierto: "Si los actos jurídicos en general exigen la madurez de juicio que se atribuye a los veintidós años, no se explica cómo el legislador puede admitir que para disponer de los bienes y gobernar el patrimonio después de la muerte, sean suficientes el discernimiento y la voluntad propia de una etapa en que todavía no se considera al sujeto capaz para disponer de ellos en vida. Parecería que los actos de esta índole exigieran menos reflexión que los otros, punto de vista que no es exacto". Con todo, más adelante, este autor advierte que la generalización alcanzada por los últimos códigos en materia de actos jurídicos es un trabajo en realidad moderno, porque antes se reglamentaban las disposiciones de última voluntad por una parte, y los actos entre vivos por la otra sin coordinarlos entre sí. Sólo después de cumplida esa labor con un estudio más profundo de la

técnica jurídica se han puesto de manifiesto tales discrepancias ⁽¹¹⁾.

En realidad, el código soviético ha simplificado la cuestión porque reconoce en dieciocho años la capacidad general de todo individuo para los actos jurídicos de cualquier índole que sean (art. 7).

10. *La edad en los proyectos de reforma*

Tanto Bibiloni (art. 3180), como el proyecto de 1936 (art. 2018) y el Anteproyecto de 1954 (art. 735) mantienen la edad de 18 años para testar. También es la solución del Anteproyecto De Gásperi (art. 3322).

11. *La situación de los sordomudos*

El artículo 3617 prescribe: "No pueden testar los sordomudos que no sepan leer ni escribir".

Desde luego, aunque supieran leer o escribir, no podrían testar por acto público, pero sí por testamento ológrafo o cerrado (arts. 3651, 3665, 3668 y 3669).

Ya se ha visto que el artículo 54, inc. 4º, fulmina con incapacidad absoluta a los "sordomudos que no saben darse a entender por escrito". El artículo 3617 exige, además, que no sepan leer. Pero, como lo ha puntualizado la jurisprudencia las disposiciones de los artículos 54 inc. 4, 153 y 469 son equivalentes en el régimen legal, puesto que responden a un idéntico objetivo: exigir a esta clase de lisiados que expresen su voluntad por escrito.

Es perceptible que la incapacidad de testar para los sordomudos que no saben leer ni escribir, aun cuando se asimila a la de los dementes, no responde a la misma causa, pues, en principio, aquéllos tienen capacidad mental. La ley los incapacita porque están impedidos de traducir su voluntad me-

(11) *Sucesiones*, t. 2º, nº 264, pág. 199 y sig., Bs. As., ed. 1933.

dian­te la pa­labra ha­blada o es­cri­ta, con­di­ción esen­cial pa­ra dis­poner por tes­ta­men­to (art. 3606). Por eso se ex­pli­ca que el Có­di­go tra­te por se­pa­ra­do la si­tuación de los en­fer­mos men­ta­les pro­pia­men­te di­chos, y la de los afec­ta­dos del de­fec­to fí­si­co que les im­pide sa­ber leer y es­cri­bir.

Hay que dis­tinguir, for­zo­sa­men­te, la si­tuación de am­bos, se­gún exis­ta o no sen­ten­cia ju­di­cial que los de­clare in­ca­pa­ci­ta­dos; pe­ro co­mo esta gra­ve cues­tión se sus­ci­ta con más ri­gor aún en re­la­ción a los de­men­tes, al tra­tar de ellos en par­ti­cu­lar nos re­fe­ri­re­mos a la con­tro­ver­sia en­ta­blada en la do­c­tri­na y en la ju­ris­pru­den­cia.

El ar­tí­cu­lo 154 del Có­di­go Ci­vil dis­pone que des­pués de la de­cla­ra­ción de in­ca­pa­ci­dad del sor­do­mudo, de­berá ob­ser­varse lo que está dis­pues­to res­pec­to de los de­men­tes. Sin em­bar­go, co­mo di­ce el Dr. Bar­ra­que­ro en un no­ta­ble vo­to, tal as­i­mi­la­ción de re­gí­me­nes no es ab­so­luta. Además de que el sor­do­mudo no está pri­vado de ra­zón, y de que la ley sólo lo co­lo­ca ba­jo cu­ra­te­la por su im­po­si­bi­lidad fí­si­ca de ca­rá­cter re­la­ti­vo, la prue­ba de ha­ber ap­ren­di­do des­pués de su in­ter­dic­ción a darse a en­ten­der por es­cri­to, no pre­sen­ta las di­fi­cul­ta­des del co­m­ple­to res­ta­ble­ci­mien­to de los de­men­tes pa­ra su re­ha­bi­li­ta­ción (art. 150).

12. *El alcance del texto legal según la jurisprudencia*

La Cá­ma­ra Ci­vil Ira, de la Ca­pi­tal Fe­de­ral, en un fal­lo de gran va­lor do­c­tri­na­rio, ha re­sol­ue­to que el ar­tí­cu­lo 3617, al ex­igir a los sor­do­mu­dos que de­ben sa­ber leer y es­cri­bir pa­ra tener ca­pa­ci­dad de tes­tar, no se re­fiere a la e­jecu­ción ma­te­rial de la es­cri­tu­ra, si­no a cierto de­sar­rol­lo de las fa­cul­ta­des in­te­lec­ti­vas que le per­mita com­pren­der el sen­ti­do y al­can­ce del tes­ta­men­to, con­jun­ta­men­te con la ap­ti­tud pa­ra leer y ex­pre­sarse, pues la ca­pa­ci­dad fí­si­ca su­pone la po­si­bi­lidad de ex­pre­sar ju­i­cios con cla­ri­dad y ex­ac­ti­tud. Así­mis­mo, ha de­cla­ra­do el Tri­bu­nal que si el sor­do­mudo de he­cho, sa­be leer y es­cri­bir, la ley pre­sume “*juris tantum*” que al tes­tar ha com­pren­di­do el

sentido de las palabras del testamento escrito por él. Y que no es necesario que el testamento ológrafo sea escrito con las expresiones propias del testador; puede éste servirse de borrador o del dictado de un tercero, siempre que el autor comprenda lo que escriba (¹²).

13. *La opinión de Bibiloni y el proyecto de la Comisión Reformadora*

Bibiloni coincide con la solución jurisprudencial anotada (véase nota al art. 3180). Al efecto, recuerda el caso juzgado por los tribunales franceses: a un sordomudo se le había hecho copiar un testamento, es decir, que sabía leer y escribir; pero obligado a escribirlo de nuevo sin modelo, no logró escribir una línea: no sabía lo que escribía porque no tenía comprensión mental. Por eso, el citado artículo 3180 del anteproyecto, agrega: "Tampoco lo pueden los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito".

La Comisión Reformadora de 1936 ha dado una fórmula igualmente comprensiva. El artículo 2018 del proyecto, expresa: "Para testar es menester que el otorgante goce de sus facultades al realizar el acto. No podrán hacerlo quienes no hubieren cumplido dieciocho años, ni los sordomudos comprendidos en el artículo 54, ni los dementes declarados". Y el 54, dice: "De igual modo, serán declarados incapaces los sordomudos, cuando no supieren manifestar su voluntad en forma inequívoca, por escrito o de otra manera". (La Comisión tiene presente el artículo 917 del Código vigente con el agregado final).

14. *El caso de los dementes*

El artículo 3615, declara: "Para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón. Los dementes sólo

(¹²) Véase caso *Bambill v. Bambill*; C. Civil 1ª, Cap. J.A. 38-209.

podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces”.

Y el artículo 3616, añade: “La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario. Al que pidiese la nulidad del testamento, le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones; pero si el testador algún tiempo antes de testar se hubiese hallado notoriamente en estado habitual de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lúcido”.

15. *La perfecta razón de la ley equivale al discernimiento normal.*

La perfecta razón que exige el art. 3615 para poder testar está lejos de requerir la perfección ideal de la razón, porque si así fuera, como lo afirma Nerio Rojas, habría muy pocas personas que podrían testar ⁽¹³⁾. El texto legal se inspira en la frase “être sain d’esprit” del art. 901 del código francés, y alude, sin duda alguna, al discernimiento.

Pero no obstante la coincidencia general en identificar los conceptos de “perfecta razón” o “completa razón” empleados por los arts. 3615 y 3616, con el discernimiento ⁽¹⁴⁾, se discute el rigor con que éste debe ser exigido para realizar los actos de última voluntad. Para algunos autores y tribunales del país, en materia de discernimiento para testar el codificador ha establecido un criterio más exigente que para la realización de otro tipo de actos, fundándose en las expresiones “perfecta razón” y “completa razón” y en el párrafo de la nota al art. 3615

⁽¹³⁾ *La psiquiatría en la legislación civil*, Bs. As., 1938, pág. 145.

⁽¹⁴⁾ LAFAILLE, *Curso de Sucesiones*, Bs. As., 1933, t. II, n° 267; MACHADO, *Exposición y comentario del C. Civil*, Bs. As. 1919, t. IX, nota al art. 3615, pág. 442; voto citado Dr. Llambías, *La Ley* 101-280; FASSI, *Tratado de los Testamentos*, Bs. As., 1970, t. I, n° 82.

según el cual “el ejercicio de las facultades intelectuales debe exigirse con más rigor en las disposiciones gratuitas que en los actos a título oneroso”. Para testar, sostienen, se necesita un criterio menos equívoco, una razón más clara y una voluntad más firme que obligarse en un contrato (15).

Para otros, cuya opinión compartimos, no hay fundamento bastante para admitir una dualidad de criterio sobre el discernimiento del sujeto según que éste celebre actos onerosos o gratuitos. La salud de espíritu es condición esencial de validez y eficacia del consentimiento en todos los actos jurídicos. Si la ley ha establecido en relación al testamento que el disponente debe estar en su “perfecta razón”, no es porque exija una lucidez más intensa en éste que en los demás actos jurídicos, sino porque admite la posibilidad de atacar al testamento después de la muerte del testador, sin necesidad de que la demencia surja del mismo acto de última voluntad ni de que se haya ejecutado después de promovida la demanda de incapacidad, como lo exige el art. 474 para atacar los actos entre vivos después de la muerte de su otorgante (16).

La aptitud de discernimiento, aunque no definida por el Código, expone Llambías, es una noción unívoca que se verifica en cada caso, según la posibilidad efectiva del sujeto para conocer lo que hace y advertir las consecuencias previsibles de sus acciones, distinguiendo lo verdadero de lo falso, lo justo

(15) LLERENA, t. IX, págs. 575/578; BORDA, *Sucesiones*, Bs. As., 1958, t. II, nº 1068; FORNIELES, *Trat. de las Sucesiones*, Bs. As., 1950, t. II, nº 164; FASSI, t. I, nº 81; voto en disidencia del Dr. Sanchez de Bustamante, CNCiv. Sala D, 5.11.56, La Ley, 85-267; C. 1ª Civ. y Com., San Martín 5.4.73, El Derecho 47-151; CNCiv. Saia E, 21.5.73, voto en mayoría, La Ley 153-83; CCC. Sala 2ª, Rosario, 7.11.61, La Ley 106-754.

(16) CNCiv. Sala D, votos del Dr. Cichero en fallos del 5.11.56, La Ley 85-267, y del 2.4.57, La Ley 87-550 y J.A. 1957-III-142; voto Dr. Llambías, CNCiv. Sala A, 20.9.60, La Ley 101-279/280; ORIA, *La capacidad para testar de los inhabilitados y la perfecta razón del art. 3615*, La Ley 1975-D-523; MACHADO, t. IX, pág.442/443.

de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente (voto citado, en La Ley 101-280). Por ello, la jurisprudencia mayoritaria ha entendido al discernimiento para testar no como el máximo de facultades intelectuales o psíquicas, sino como la capacidad intelectual corriente del hombre normal que le permite comprender lo que hace y advertir las consecuencias previsibles de sus acciones, apreciada en relación a las características de la personalidad del testador (¹⁷), y, en consecuencia ha resuelto que la disminución de facultades mentales que no alcance a privar de razón al testador no anula el testamento. Los débiles mentales, los semialienados, los muy seniles, son incapaces para testar sólo en cuanto tales situaciones afecten su discernimiento para ese acto (¹⁸).

16. *La prueba de la demencia en los testamentos*

a) *Diferencia con el regimen de impugnación de los actos entre vivos por causa de alienación mental de su otorgante.* Se conoce la regla general para los actos entre vivos: ninguna persona puede ser habida por demente, a los efectos determinados en el código, mientras la demencia no haya sido declarada previamente por sentencia de juez competente (art. 140 C.C.).

(¹⁷) Voto Dr. Tobal en fallo de la Cám. Civ. 1ª, Cap., 6.7.31, J.A. 36-133; voto nuestro en fallo del S.T. de Sta. Fe, Sala 2ª, 13.8.43, La Ley 31-739 y R.S.F. 5-251; voto de los Dres. Chute y Coronas, en fallo de la CNCiv Sala C. 11.6.51, La Ley 65-661; CNCiv. Sala B, 22.2.62, La Ley 106-513; CNCiv. Sala C, 30.7.68, La Ley 133-398; CNCiv. Sala B. 7.5.69, J.A. 1969-IV-112; voto Dr. Llambrias, en fallo CNCiv. Sala A, 20.9.60, La Ley 101-279/280.

(¹⁸) Juz. 1ª Inst. Cap., 30.11.39, La Ley 16-1026; C. Civ. 2ª Cap., 22.10.1926, J.A. 22-977; S. C. Bs. As. 4.4.1944, J.A. 1944-II-407; CNCiv. Sala F, 26.12.67, La Ley 131-193, J.A. 1938-III-201; CNCiv. Sala B, 21.12.70, J.A. 1971-12-302; CNCiv. Sala F, 10.10.72, J.A. 1973-18-23; C. Ap. Civ. y Com. Concepción del Uruguay, 19.3.74, J.A. 1974-25-670; CNCiv. Sala B, 4.4.75, La Ley 1975-D-179; CCC. Sala 2ª, Rosario, 7.7.72, JURIS 41-122.

Ahora bien: los actos ejecutados con anterioridad a esa declaración sólo pueden atacarse de nulidad si la alienación declarada por el juez existía en aquella época públicamente (art. 473, CC). 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 (art. 473, 2do. párr. agregado por la ley 17.711). Y después de la muerte de su autor, sólo pueden impugnarse por causa de alienación mental los actos entre vivos si la incapacidad resulta de los mismos actos, o si se han ejecutado después de interpuesta la demanda de incapacidad (art. 474).

Como Juez tuve oportunidad de desarrollar estos principios con relativa extensión en el caso "Seguí v. Aldao" (7.8.33).

En materia de testamento no existen tales restricciones. Puede objetarse la validez de una disposición de última voluntad por falta de capacidad del testador aún cuando ésta no haya sido declarada por el juez, ni demandada antes del testamento, ni haya sido pública a la época de testar, y hasta sin que ni siquiera resulte del contenido del mismo acto. El codificador, en la nota al art. 3615, que ha sido tomada casi textualmente de Marcadé (t. III, nº 392), explica la razón de la diferencia de sistema con estas palabras: "El ejercicio de las facultades intelectuales debe exigirse con más rigor en las disposiciones gratuitas que en los actos a título oneroso".

b) *Los arts. 3615 y 3616 se refieren sólo a los dementes de hecho.* Para estudiar el régimen legal de los arts. 3615 y 3616, es menester aclarar que nosotros partimos de la doctrina que considera inaplicables las citadas normas a los dementes interdictos. Dictada la sentencia declarativa de la interdicción el enfermo mental carece, desde el punto de vista legal, de intervalos lúcidos. La interdicción rige aún durante ese paréntesis lúcido de la enfermedad mental porque genera una incapacidad absoluta de obrar del enfermo, que sólo cesa con una nueva declaración judicial de rehabilitación (arts. 141,

150 y 151 C.C.). Legalmente hablando no hay intervalos lúcidos durante la interdicción. Aún cuando el acto de un interdicto se haya realizado en un período de lucidez, siempre adolecerá de una falla esencial: la falta de capacidad del sujeto, que da lugar a un acto nulo (arts. 472, 1038, 1040 y 1041). Y la nulidad es impuesta directamente por la ley misma y no depende del respectivo pronunciamiento judicial. Quien sostiene la nulidad del testamento no tiene otra cosa que probar que el hecho de la interdicción, siendo inadmisibles la defensa de que el acto de última voluntad fue realizado durante un intervalo lúcido, porque según el sistema de nuestro código el sometido a interdicción legalmente no puede tener perfecta razón porque es un incapaz absoluto. Su período de lucidez no surte ningún efecto jurídico (arts. 54, inc. 3º; 150, 151 y 472, C. Civil) (19).

El art. 3615 no alude a la capacidad, sino, hace una exposición de principios sobre el discernimiento requerido para testar, reproduciendo disposiciones generales que exigen discernimiento en el agente para que sus actos sean jurídicamente eficaces (arts. 897, 900 y 1045). Y el art. 3616 regula el régimen probatorio correspondiente a tales principios. Ambas normas se refieren a los dementes de facto cuya capacidad la ley presume, y los reputa, en principio, en uso de su perfecta razón. Sus actos son válidos mientras no se los anule (art. 1046). La invalidez del testamento por insanía del testador no interdicto se funda en la falta de discernimiento, aún cuando tenga capacidad de obrar. Y a pesar de que se pruebe su enfermedad mental, bastará acreditar que el acto se realizó en un intervalo lúcido para declarar su eficacia jurídica, precisamente porque goza de capacidad. Y ello es así

(19) BUSO, *Cód. Civ. Anotado*, Bs. As., 1945, t. I, p. 663, nº 45; SPOTA, *Invalidez del testamento por enfermedad mental: carga de la prueba*, L.L., 101-230 y sgtes.; DÍAZ DE GUIJARRO, *Anulabilidad del matrimonio celebrado durante intervalo lúcido*, J.A. 70-105; voto Dr. Llambías, fallo de la CNCiv. Sala A, 20.9.60. LL 101-281; MARCADÉ, t. III, nº 487; AUBRY ET RAU, ed. 1875, t. VII, parág. 648, págs. 14 y 15, etc.

porque la doctrina del intervalo lúcido sólo tiene aplicación tratándose del alienado mental no declarado en juicio. El testamento de un demente no interdicto realizado en intervalo lúcido será válido porque el testador tenía discernimiento y capacidad de obrar. En cambio, el testamento de un insano de derecho es nulo (art. 1041), porque aún cuando lo haga con discernimiento le falta capacidad jurídica de obrar (art. 54 inc. 3º). Legalmente, el periodo de lucidez del sometido a interdicción queda anulado por la declaración judicial de demencia (20).

c) *Reglas generales y carga de la prueba.* El régimen probatorio regulado por el art. 3616 reconoce su fuente en la doctrina clásica francesa (21).

Como regla general se parte de la presunción de que toda persona está en su sano juicio, y para que esta presunción de salud mental quede desvirtuada, quien impugna el testamento debe probar que el testador no gozaba de su plena razón al momento de testar (art. 3616 1º y 2º párr.). Pero aún cuando el que defiende la validez del testamento en sentido estricto nada debe probar, indudablemente mejora su situación procesal si aporta prueba de la plena razón del testador, y la debilita si se abstiene de producirla (22).

La declaración de insania del causante posterior al otorgamiento del testamento no anula la presunción legal a favor de la plena capacidad del testador. Quien lo impugna deberá probar que el causante carecía de discernimiento al tiempo de testar (23).

(20) BUSSO, *Cód. Civ. Anotado*, t. I, pág. 633; SPOTA, *Trat. Der. Civil*, Bs. As., 1949, t. I, vol. 3-2, nº 820 y 824; LLAMBIAS, *Trat. Der. Civil, Part. General*, t. I, nº 768.

(21) MARCADÉ, t. III, nº 488; DEMOLOMBE, t. XVIII, nros. 361/362; TROPLONG, t. II, nº 471 y sgtes.; AUBRY ET RAU, t. VII, parág. 648.

(22) CCC Sala 2º, Rosario, 7.11.61, JURIS. 21-37 y La Ley 105-754.

(23) Cám. Civil 2º, Cap. 20.XII.1930, J.A. 34-1289; Cám. Ap. Azul, 23.10.31, J.A. 36-1567; S.C. Bs. As. 28.4.64, DJBA, 72-205.

Cuando se imputa al causante haber otorgado el testamento en estado transitorio de incapacidad, el impugnante también debe acreditar el accidente que excluyó la perfecta razón: embriaguez, consumo de estupefacientes, alta fiebre, etc., y además, probar que el acto de disposición ocurrió mientras el testador sufría los efectos de la incapacidad accidental.

En cambio, cuando no se trata de una perturbación transitoria, sino de una enfermedad mental de carácter habitual y que se ha presentado notoriamente algún tiempo antes de testar, entonces cae la presunción legal de salud mental y surge la presunción opuesta: la de carencia de plena razón para testar (art. 3616, último párrafo).

En este caso, el impugnante del testamento no tiene sino que probar la notoriedad de la demencia del testador con anterioridad a la realización del testamento, o su carácter habitual algún tiempo antes y después de testar. Acreditadas algunas de esas circunstancias la carga de la prueba se traslada entonces a quien sostiene la validez del acto de última voluntad, quien debe acreditar que el testador lo ha otorgado en un intervalo lúcido. Es decir, que en este caso existen dos cargas de pruebas en orden sucesivo, puesto que en primer lugar se ha de acreditar el estado habitual y notorio de demencia del causante, lo cual incumbe total y exclusivamente al impugnante del testamento; y a la vez esta prueba obliga imperativamente a quien sostiene la validez del testamento a acreditar que se testó en un intervalo lúcido (24).

Si el impugnante no acredita la notoriedad de la insania, o si la enfermedad no reviste ese carácter, la prueba a su cargo deberá concretarse a establecer que el estado habitual de demencia existía algún tiempo antes de testar (art. 3616, párrafo final), y por lógica implicancia, algún tiempo después.

(24) Voto Dr. Diaz de Guisjarro, CNCiv. Sala A, 20.3.57, LL 86-554/555.

El período intermedio entre aquel tiempo anterior y aquel tiempo posterior queda sometido a los efectos de la presunción relativa de la continuidad del estado habitual de demencia. En toda esa época, entonces, la ley presume que el testador no gozaba de perfecta razón. Ahora bien, como esta presunción no es absoluta le corresponde al interesado en la validez del testamento demostrar la salud mental del testador en el preciso momento de testar. Tal es la interpretación del art. 3616 a la luz de las enseñanzas de Marcadé, Demolombe y Aubry et Rau, cuyas obras constituyen la fuente del legislador en esta materia ⁽²⁵⁾.

Como ese intervalo lúcido es la excepción en esa época en que la ley presume la falta de plena razón del testador debido a su estado notorio o habitual de demencia, el cargo de la prueba de que el causante testó durante un período lúcido incumbe imperativamente a quien sostiene la validez del acto testamentario ⁽²⁶⁾.

Para el codificador el intervalo lúcido debe ser indubitable. Si surge la duda ha de resolverse en contra de la existencia del período de lucidez, porque la presunción legal en este caso es precisamente la falta de razón. Debe tener, además, una duración prolongada. Un retorno fugaz a la lucidez no es suficiente. Todo es cuestión de circunstancias que queda sometida a la soberana apreciación judicial. Y por último, debe implicar "una curación por entonces" del enfermo. Durante el intervalo lúcido la enfermedad debe cesar, la perfecta razón debe existir con certeza y si no hay curación total y definitiva, a lo menos debe tratarse de un estado asimilable al de la curación ⁽²⁷⁾.

⁽²⁵⁾ Voto Dr. Llambías, La Ley, 101-282; SPOTA, estudio citado en La Ley 101-238 y sgts.

⁽²⁶⁾ Cám. Civ. 2ª, Cap. 15.11.17, J.A. 1-716; voto nuestro en fallo del S.T. Sta. Fe, Sala 2ª, 23.8.43, La Ley 31-749; CNCiv. Sala A, 10.12.68, La Ley 135-522, etc.

⁽²⁷⁾ Véase: SPOTA, *Tratado*, t. I, vol. 3-2º, nº 825.

d) *Medios probatorios y apreciación de la prueba.* Aunque se admiten todos los medios probatorios para demostrar la falta de discernimiento del testador, la prueba debe ser categórica y concluyente (²⁸). Los jueces deben analizarla con criterio riguroso y gozan de una apreciación soberana para decidir sobre la perfecta razón del testador (^{28 bis}). En la duda, deben declarar la validez del testamento (²⁹).

La razonabilidad de las disposiciones testamentarias constituye un valioso elemento para apreciar la aptitud mental del disponente (³⁰); y si se hallan bien concertadas o coinciden con otro testamento anterior no cuestionado, y además sus disposiciones responden a las afecciones presuntas del causante, bastan para resolver la duda a favor de la plena razón del testador (³¹). Pero de la irrazonabilidad de las disposiciones testamentarias no puede crearse una causal autónoma de nulidad de testamento (³²); debe ir concatenada con otras pruebas que en conjunto demuestren inequívocamente la falta de discernimiento del causante.

Asimismo, las expresiones de rencor contenidas en un testamento no son motivo suficiente para presumir la locura del testador y declarar la nulidad del acto de disposición, si la

(²⁸) CNCiv. Sala C, 11.6.51, LL 65-661 y J.A. 1951-IV-383.

(^{28 bis}) Voto nuestro, 13.8.43, S.T. Sta. Fe, La Ley 31-749; CCC Sala 2ª. Rosario, 7.11.61, JURIS. 21-37 y LL 105-754; SC Bs. As., 28.4.64, DJBA 72-205; CNCiv. Sala D, 4.9.64, La Ley, 116-30; etc.

(²⁹) CNCiv. Sala A, 20.3.57; La Ley 86-537; CNCiv. Sala C, 10.10.61, La Ley 104-697; CNCiv. Sala D, 4.9.64, La Ley 116-30; CNCiv. Sala D, 16.12.70, La Ley 149-607 (30.073-S); CNCiv. Sala D, 23.4.76, J.A. 1976-IV-525; etc.

(³⁰) CNCiv. Sala D, 24.8.70, La Ley 141-507; CCC Sala 2ª, Rosario, 7.11.61, La Ley 105-754 y JURIS. 21-37; CNCiv. Sala F, 10.10.72, J.A. 18-1973-23; etc.

(³¹) Ira. Inst. Cap. 30.11.39; La Ley 16-1025; CNCiv. Sala D, 16.12.70; La Ley 149-607 (30.073-S); Cám. Ap. Civ. y Com. Concepción del Uruguay, 19.3.74, J.A. 1974-25-670; CCC. Sala 2ª Rosario, 7.7.72, JURIS. 41-122; CNCiv. Sala D, 21.11.62, La Ley 108-785; CNCiv. Sala F, 9.4.59, La Ley 95-320; etc.

(³²) CNCiv. 26.8.74, J.A. 1975-27-144.

enfermedad del causante no aparece comprobada por otros medios ⁽³³⁾.

La atestación del escribano sobre la capacidad mental del testador no es un requisito que la ley exija para el acto, y su inserción en la escritura no constituye una prueba al respecto ⁽³⁴⁾, y ello porque, como dice el codificador en la nota al art. 3616: "los escribanos no tienen misión para comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan. Sus enunciaciones valederas son únicamente las relativas a la substancia misma del acto y a las solemnidades prescriptas". Sin embargo, la presunción legal de que el testador se hallaba en el goce de sus facultades mentales se robustece por la intervención en el acto de un escribano, que por razón de su cargo sabe que los insanos no pueden testar y faltaría a sus deberes legales y morales si a sabiendas autoriza el testamento de un demente o por lo menos no hiciera constar cualquier duda al respecto ⁽³⁵⁾. No hay impedimento legal alguno, por ello, para que declaren como testigos sobre hechos o circunstancias que puedan resultar de interés para la investigación y solución de la contienda, debiendo tenerse en cuenta sus dichos si coinciden con otras pruebas ⁽³⁶⁾. Pero el escribano no puede desmentir o retractar los hechos que atestiguó ⁽³⁷⁾.

En suma, en materia de nulidad de testamento por falta de salud mental del testador, cada litigio debe resolverse según sus propias particularidades, no siendo posible establecer con precisión reglas generales, pues todo depende de las circunstancias que rodean a cada caso. La naturaleza de la enfermedad que afectó al causante, por ejemplo, permitirá dilucidar si pudo existir o no intervalo lúcido, teniendo presente, lógicamente, los aspectos vulnerables que ofrece una pericia

⁽³³⁾ CCiv. 2ª, Cap., 11.9.22, J.A. 9-451.

⁽³⁴⁾ C. Ap. Azul, 23.10.31, J.A. 36-1567.

⁽³⁵⁾ Cám. Civ. 2ª Cap. 31.5.1920, J.A. 23-263, en nota.

⁽³⁶⁾ Cám. Ap. Azul, 23.10.31, J.A. 36-1567; CNCiv. Sala D, 4.9.64, La Ley 116-30.

⁽³⁷⁾ SC Bs. As., 27.8.1918, J.A. 2-305.

psiquiátrica en tales juicios, desde que los expertos no tienen ante sí al enfermo y sólo pueden realizar un estudio retrospectivo. La observación directa no es posible y siempre existe el peligro de errar en el diagnóstico y etiología de la enfermedad. El Juez debe analizar cuidadosamente estas pericias, valorándolas en relación con las demás pruebas aportadas, que deben ser rigurosamente apreciadas ⁽³⁸⁾.

17. *Doctrina que niega el derecho de testar a los dementes interdictos aun en intervalos lúcidos. Sus argumentos*

No se discute que al demente se le impida testar, ya que carece de discernimiento. Pero ante los textos legales la controversia surge a propósito de los interdictos. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia las opiniones están divididas.

Unos se inclinan a sostener que, dentro del sistema del Código, el art. 3615 autoriza a los dementes de hecho y no a los de derecho, o sea, a los declarados tales por sentencia judicial, porque estos últimos mientras no se les levante la interdicción son absolutamente incapaces (arts. 54 inc. 3º y 150), y, por lo tanto, no podrían testar ni aun durante los intervalos lúcidos. Así opinan: Machado ⁽³⁹⁾; Lafaille ⁽⁴⁰⁾; Prayones ⁽⁴¹⁾; Prayones-Dassen ⁽⁴²⁾; Ovejero ⁽⁴³⁾; Montarcé Lastra ⁽⁴⁴⁾; Néstor Cichero de Tezanos Pinto ⁽⁴⁵⁾; Barraque-

⁽³⁸⁾ SPOTA, *Tratado*, t. I, vol. 3-2º, nº 827; BORDA, t. II, nº 1081; CNCiv. Sa'a E, 13.10.75, J.A. 1976-II-113.

⁽³⁹⁾ MACHADO, *Exposición y comentario del C.C.*, Bs. As. 1919, t. 9, p. 448.

⁽⁴⁰⁾ LAFAILLE, *Sucesiones*, Bs. As. 1933, t. II, nº 271.

⁽⁴¹⁾ PRAYONES, *Sucesiones*, pág. 340, y *Testamento. Intervalos lúcidos*, Bs. As. 1928.

⁽⁴²⁾ PRAYONES-DASSEN, *Testamento. Intervalos lúcidos. La cuestión en el C. Civil Arg.*, J.A. 27-339.

⁽⁴³⁾ OVEJERO, *La facultad de testar y el demente interdicto*, J.A. 44, sec. doc. 53.

⁽⁴⁴⁾ MONTARCE LASTRA, *La incapacidad civil de los alienados*, nº 417.

⁽⁴⁵⁾ CICHERO DE TEZANOS PINTO, *Testamento otorgado por el interdicto en un intervalo lúcido*, Rev. de la Facultad de Der. y Cienc. Soc., U.N.B.A., nros. 38/39.

ro ⁽⁴⁶⁾; Spota ⁽⁴⁷⁾; Buteler ⁽⁴⁸⁾; León ⁽⁴⁹⁾; Arias ⁽⁵⁰⁾; Dassen ⁽⁵¹⁾; Busso ⁽⁵²⁾; De Gásperi ⁽⁵³⁾; Llambías ⁽⁵⁴⁾; Buteler Cáceres ⁽⁵⁵⁾. Esta corriente doctrinaria y jurisprudencial funda su opinión en las siguientes razones:

1. El demente interdicto es un incapaz absoluto (arts. 54 inc. 3º y 140).

2. El alienado mental sometido a interdicción, aun cuando tenga intervalos lúcidos, resulta incapaz de administrar sus bienes (art. 469) y los actos de administración que realice, serán de ningún valor (art. 472). Con mayor razón, serán nulos los actos de disposición que pretenda realizar (art. 54 inc. 3º, 150 y 1041).

3. La incapacidad absoluta de obrar del demente de iure se proyecta también sobre los actos personalísimos, como contraer matrimonio, reconocer hijos extramatrimoniales y testar, los que no puede realizar ni aun durante intervalos lúcidos, puesto que la ley civil en sus arts. 54 inc. 3º, y 1041 no establece esta excepción. La ley quiere dar estabilidad y certeza a las relaciones jurídicas, y por ello no admite que el

⁽⁴⁶⁾ BARRAQUERO, voto en fallo de la Cám. Civil Ira., Cap. 16.5.32, en J.A. 38-235.

⁽⁴⁷⁾ SPOTA, *Tratado de Der. Civil*, Bs. As. 1949, t. I, vol. 3-1º, nº 668 y vol. 3-2º, ns. 815 a 821; *Nulidad de testamento por alienación mental del testador*, J.A. 1942, II-371, e *Invalidez del testamento por enfermedad mental del testador*, La Ley 101-229.

⁽⁴⁸⁾ BUTELER, *Situación jurídica del demente*, en Bol. Inst. Der. Civil, Córdoba, año VIII, nº 1/2, 1943.

⁽⁴⁹⁾ LEÓN, *A propósito de la capacidad de testar del alienado interdicto*, Bol. Inst. Der. Civil. Córdoba, año IX, 1944, nº 1.

⁽⁵⁰⁾ ARIAS, *Derecho sucesorio*, Bs. As. 1950, p. 143.

⁽⁵¹⁾ DASSSEN, *¿Puede testar el demente interdicto? (a propósito de una polémica)* en J.A. 1945-I-sec.doc.22.

⁽⁵²⁾ BUSSO, *Cód. Civil Anotado*, Bs. As. 1945, t. I, p. 663, nº 46, y t. II, p. 1074, nº 19 y 20.

⁽⁵³⁾ DE GÁSPERI, *Tratado de Derecho Hereditario*, Bs. As. 1953, t. III, nº 391.

⁽⁵⁴⁾ LLAMBÍAS, su voto en fallo de la CNCiv. Sa'la A, 20.9.60, La Ley, 101-278, 280 y 281, y *Tratado de Der. Civil*, Parte General, Bs. As. 1967, t. I, nº 768.

⁽⁵⁵⁾ BUTELER CÁCERES, *Manual de Der. Civil, Parte General*, Bs. As. 1975, págs. 142/143 y 148/149.

insano interdicto ni sus sucesores lesionen el orden jurídico y provoquen cuestiones de compleja solución, alegando supuestos intervalos lúcidos que en su momento no fueron documentados por el procedimiento de rehabilitación y cuya apreciación retrospectiva los torna dubitativos e inciertos.

4. En consecuencia, tanto los actos patrimoniales inter vivos, como los patrimoniales mortis causa, y los actos personalísimos extrapatrimoniales (matrimonio, reconocimiento de hijos extramatrimoniales, testamentos) celebrados por la persona sometida a interdicción, son nulos de acuerdo al art. 1041. Y aun cuando se hayan otorgado durante intervalos lúcidos. Sobrevvenida la declaración judicial de incapacidad, el enfermo mental carece desde el punto de vista legal de intervalos lúcidos. Puede discutirse desde el punto de vista psiquiátrico si existen o no tales períodos de lucidez, pero jurídicamente no tiene intervalos lúcidos el que ha sido declarado demente. La interdicción genera una incapacidad absoluta de obrar que sólo cesa con una nueva declaración judicial de rehabilitación cuando se comprueba su plena curación, y recién entonces vuelve a surgir su capacidad jurídica (arts. 150 y 484). Y entre esas dos declaraciones, la interdicción suprime jurídicamente los intervalos lúcidos. Tal es el sistema que emana del art. 79 del Esboço de Freitas y que fue recepcionado por el art. 141, según la redacción de Vélez Sársfield, y también es la doctrina de Marcadé, inspirador de los arts. 3615 y 3616.

5. La nulidad del acto celebrado por el interdicto es absoluta e inconfirmable porque media un interés público evidente en dar seguridad a las relaciones jurídicas.

6. El insano mental declarado judicialmente no puede realizar los actos personalísimos, que no caben ser otorgados por el representante legal, ni aun durante los intervalos lúcidos. Pero de ello no procede deducir que en tales casos, esta doctrina transforma la incapacidad de obrar en incapacidad de derecho. Es cierto que el incapaz de obrar, al no ac-

tuar la representación necesaria, se halla en la misma condición del incapaz de derecho porque se lo priva del goce o titularidad del derecho, pero ello es así por razones muy distintas a las que fundan la incapacidad jurídica. En la incapacidad de derecho están de por medio motivos superiores de moral pública y de fines sociales, económicos y políticos; y en la incapacidad de hecho el motivo es muy distinto: carencia del debido discernimiento. Si bien los resultados son los mismos, los fundamentos son distintos y las incapacidades también, puesto que la incapacidad de obrar puede cesar por el levantamiento de la interdicción; en cambio, si la incapacidad fuera de derecho, la situación de incapacidad se mantendría y no podría tener remedio alguno, pues excluye para siempre la posibilidad de un acto dado. Si el incapaz de obrar se transforma en incapaz de derecho, carecería para siempre de la aptitud de alcanzar la titularidad de los pertinentes derechos. Pero, en rigor, la imposibilidad de otorgar actos personalísimos, como testar en intervalos lúcidos, no transforma al incapaz absoluto de hecho en incapaz de derecho; sigue subsistiendo siempre aquella incapacidad de obrar con el mismo fundamento, o sea la ausencia de aptitud legal para ejercer por sí los derechos y obligaciones, pero con la posibilidad de recuperar esa aptitud una vez reunidas las condiciones legales.

7. Quienes argumentan con los arts. 921 y 1070 para sostener que el enfermo mental declarado en juicio, no obstante ser incapaz de obrar, puede testar en intervalos lúcidos, confunden los hechos jurídicos, en los cuales sólo se requiere que medie discernimiento, y también intención y libertad (art. 897), con los actos jurídicos, que no pueden celebrar sino los que además tienen capacidad negocial.

8. El codificador se inspiró en las ideas de Marcadé (t. III, nros. 485 y 488) respecto a la incapacidad del alienado mental declarado en juicio para testar aun en intervalo lúcido,

de lo cual surge que los arts. 3615 y 3616 no se aplican a los alienados sometidos a interdicción.

9. Pretender que los arts. 3615 y 3616 contienen excepciones a la incapacidad absoluta de obrar declarada judicialmente importa arruinar todo el sistema tuitivo de la interdicción por enfermedad mental o sordomudez. El incapaz queda privado de protección justamente respecto del acto que más se presta a la interferencia de personas extrañas.

10. Interpretar los arts. 3615 y 3616 como que obstan a lo establecido en el art. 1041, que declara nulo el acto otorgado por una persona absolutamente incapaz, importa tanto como desconocer la unidad armónica que debe presidir los preceptos de un código y significa dar a las notas del codificador un alcance que no tienen.

11. El art. 3615 no contiene ninguna excepción explícita al sistema legal. Si Vélez hubiera entendido referirse a todos los dementes, inclusive los interdictos, lógico es suponer que lo hubiera formulado en forma expresa, como cuadraba a una disposición que venía a derogar en materia de capacidad testamentaria una regla de tan fundamental importancia como la que había consignado en el Libro Primero, de la capacidad en general (arts. 54 inc. 3º y art. 1041). No es concebible que Vélez Sársfield siguiera a Freitas en el régimen de las incapacidades, y se apartara luego en materia de testamento, sin decirlo de manera explícita. Si tal hubiera sido su propósito, lo habría expresado terminantemente, como lo hace en el art. 1070 acerca de los hechos ilícitos.

18. *Tesis que admite el derecho de testar de los alienados mentales durante los intervalos lúcidos. Sus fundamentos*

En cambio, otros afirman que el art. 3615 comprende también a los dementes interdictos, quienes, en consecuencia, podrían testar válidamente durante intervalos lúcidos. Así pien-

san Segovia ⁽⁵⁶⁾; Llerena ⁽⁵⁷⁾; Rébora ⁽⁵⁸⁾; Iburguren ⁽⁵⁹⁾; Aguiar ⁽⁶⁰⁾; Bibiloni y Fornieles ⁽⁶¹⁾; Bibiloni luego redactó el art. 3181 de su anteproyecto con el criterio que antes sustentara; Tobal ⁽⁶²⁾; Calatayud ⁽⁶³⁾; Molinas ⁽⁶⁴⁾; Orgaz ⁽⁶⁵⁾; Fornieles ⁽⁶⁶⁾; Borda ⁽⁶⁷⁾; Fassi ⁽⁶⁸⁾; Maffia ⁽⁶⁹⁾; Goyena Copello ⁽⁷⁰⁾; López del Carril ⁽⁷¹⁾.

Los fundamentos que sustentan esta doctrina son los siguientes:

1. Hay necesidad de respetar la efectiva expresión de la voluntad del testador —que domina toda la materia testamentaria— cuando hay seguridad de que responde al querer de la persona en estado de lucidez.

2. Si Vélez Sársfield exigió la “perfecta razón” como requisito primordial para testar, no hay motivo para privar de ese derecho al que siendo demente torna al uso de aquella en un intervalo de completa remisión. No interesa que haya

⁽⁵⁶⁾ SEGOVIA, *Cód. Civil de la Rep. Arg.*, Bs. As., 1881, t. I, pág. 240, nota 13 y t. II, p. 562, nota 17.

⁽⁵⁷⁾ LLERENA, *Concordancias y comentarios del Cód. Civil argentino*, Bs. As., 1931, t. IX, pág. 570.

⁽⁵⁸⁾ RÉBORA, *Derecho de las sucesiones*, Bs. As., 1932, t. II, nº 358.

⁽⁵⁹⁾ IBARGUREN, *Apuntes de derecho romano*.

⁽⁶⁰⁾ AGUIAR, *La Voluntad Jurídica*, págs. 61 y sgtes.

⁽⁶¹⁾ BIBILONI y FORNIELES, en sus clases (II, 2ª parte), nº 167.

⁽⁶²⁾ TOBAL, voto en fallo de la Cám. Civil Ira. Cap., 16.5.32, J.A. 38-235.

⁽⁶³⁾ CALATAYUD, *¿Pueden testar los dementes interdictos?*, en Rev. de Der. Civil, I, p. 295.

⁽⁶⁴⁾ MOLINAS, *Incapacidad civil de los insanos mentales*, Bs. As., 1948, t. II, p. 197; *Algo más sobre la capacidad para poder testar del demente interdicto*, J.A. 1945-I-sec.doc.34; *Edad y capacidad para testar*, en Rev. de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, nº 38, año 1943.

⁽⁶⁵⁾ ORGAZ, *Personas individuales*, Bs. As., 1946, págs. 358 y sgtes.

⁽⁶⁶⁾ FORNIELES, *Sucesiones*, Bs. As., 1950, t. II, nº 167.

⁽⁶⁷⁾ BORDA, *Sucesiones*, Bs. As., 1958, t. II, nº 1083.

⁽⁶⁸⁾ FASSI, *Tratado de los testamentos*, t. I, nros. 86 y 87.

⁽⁶⁹⁾ MAFFIA, *Manua! de Derecho Sucesorio*, Bs. As., 1976, t. II, nº 520.

⁽⁷⁰⁾ GOYENA COPELLO, *Tratado del derecho de sucesión*, Bs. As., 1974, t. II, págs. 41/42.

⁽⁷¹⁾ LÓPEZ DEL CARRIL, *Testamento y sanidad mental*, La Ley, 1977-D-918.

o no sentencia de interdicción: lo importante es que el autor se halle lúcido en el momento de otorgar el testamento.

3. La doctrina psiquiátrica sobre la inexistencia de los intervalos lúcidos está actualmente superada por la ciencia médica moderna, que admite la posibilidad de intervalo lúcido.

4. La incapacidad absoluta no supone que el incapaz carezca totalmente de voluntad, pues es reconocido en la esfera de los hechos ilícitos (art. 1070) además, no es un obstáculo insalvable para que el incapaz pueda, excepcionalmente realizar algún acto jurídico en el caso de que la propia ley lo establezca. Tal ocurre con el sordomudo interdicto que puede contraer matrimonio (art. 10 L.M.C.).

5. El art. 3615 representa también una excepción al régimen general de la incapacidad derivado de la interdicción.

6. El art. 472 al precisar los efectos de la sentencia de interdicción no establece la nulidad de todos los actos posteriores que el incapaz celebrase, como disponen el art. 502 del código francés, el art. 500 del holandés y el art. 384 del sardo, citados por Vélez Sársfield en la nota, sino que se limita a expresar que serán de ningún valor sólo los actos posteriores de *administración* que el incapaz celebrase. Y aunque la palabra administración está empleada en sentido amplio, comprendiendo los actos de disposición, es evidente que no abarca más que los actos entre vivos. Si Vélez Sársfield hubiera querido que el demente interdicto tuviese la misma incapacidad que le asigna el art. 502 del cód. francés, ¿cómo habría entonces cambiado el texto que le sirve de soporte?

7. El art. 3615 habla de dementes en general, sin establecer ninguna distinción entre los declarados y los que no lo están. Si se coordina la 2da. parte del art. 3615 con el art. 472, se observará que este último limita los efectos anulatorios de la sentencia de interdicción sólo a los "actos de administración" precepto que si se puede extender a los actos de

disposición entre vivos, excluye al testamento; por lo tanto no había porqué aclarar que en el enunciado "dementes" del art. 3615 están comprendidos por igual los interdictos y los no interdictos; pues durante intervalos lúcidos ambos son personas legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla para testar, ya que este acto no cae dentro de la sanción de nulidad del art. 472.

8. La razones que justifican la eliminación de los intervalos lúcidos en los actos entre vivos no se dan en los actos de última voluntad. En aquellos, la nulidad de los actos posteriores, sin distinción de que hayan sido o no practicados en intervalos de lucidez, tiene por objeto esencial establecer una situación de completa seguridad jurídica que evite las discusiones en casos particulares, tanto en beneficio del insano mismo, como en el de terceros que pudieran contratar con él. En el caso del testamento, la consideración de los terceros desaparece, desde luego, puesto que se trata de un acto unilateral; en cuanto al insano, ningún perjuicio puede sufrir ya que el testamento sólo producirá sus efectos después de su muerte y por ende únicamente afecta a los herederos, quienes si son forzosos gozan del resguardo de la legítima, que disminuye así considerablemente la magnitud del perjuicio presunto.

9. El art. 3615 no ha sido redactado bajo la influencia de Marcadé; sólo su primera parte. El segundo apartado sigue el proyecto español de 1851 (art. 600), aunque el codificador no lo cita en la nota. Según García Goyena todos los locos o dementes, interdictos o no, pueden testar durante un intervalo lúcido, y como este autor y nuestro código limitan la nulidad de los actos posteriores a la interdicción a los de administración o actos entre vivos, necesitaban legislar expresamente el caso del testamento para someterlo a un régimen diverso, por eso se explican en nuestro código los arts. 3615 sobre los dementes, y el 3617 sobre los sordomudos. De no ser así, habrían establecido una regla única como el

cód. francés (art. 502), holandés (art. 500) y sardo (art. 384), citados tanto por García Goyena como por nuestro codificador, los cuales declaran nulos todos los actos cumplidos posteriormente por el interdicto, y estos términos amplios hacían inútil desde luego todo otro precepto especial para el caso del testamento.

10. El demente interdicto puede gozar y ejercer sus derechos patrimoniales a través de su representante necesario; pero si la incapacidad de obrar se extiende a aquellos actos jurídicos personalísimos que no caben ser otorgados por el representante legal del enfermo (como es el acto de contraer matrimonio o de testar), resulta que se privaría al interdicto en intervalo lúcido del goce y ejercicio del derecho mismo: es como si no hubiese nacido. De tal forma, al no poder realizar tales actos ni por medio de representante ni personalmente, su incapacidad, que es simplemente de hecho, se convertiría en incapacidad de derecho, porque no se lo priva solamente del ejercicio, sino también del goce del derecho, lo que la ley no ha querido al establecer las incapacidades de hecho.

19. *Las soluciones de la jurisprudencia*

Los pronunciamientos de nuestros tribunales exhiben la misma discordancia de opiniones que la doctrina.

En efecto, algunos fallos sostienen la tesis restrictiva que niega el derecho de testar al interdicto en intervalos lúcidos: Cám. Civ. 1ra., Cap., 16/5/32, en JA 38-209; C.C. 1ra., Cap., 17/2/1940, JA 70-695; Cám. 1ra. Ap. de La Plata, Sala 1ra., 28/10/41, La Ley, 26-578 y JA 1942-II-372; CNCiv Sala B, 22/2/62, JA 1963-I-658.

Y también hay tribunales que han admitido la aptitud legal de testar del alienado interdicto durante intervalos lúcidos: CNCiv Sala A, 20/9/60, La Ley, 101-240, y JA 1961-III-130.

20. *Los distintos sistemas de la legislación comparada*

La legislación comparada presenta tres sistemas respecto a la capacidad del demente interdicto para testar en intervalos lúcidos:

1. El que otorga al demente esa facultad. 2. El que la concede pero con ciertos recaudos o precauciones. 3. El que se la niega.

21. *Legislaciones que permiten testar al demente interdicto*

El derecho Romano reconocía capacidad al insano en los intervalos lúcidos. Debe de observarse que protegía la incapacidad de una manera muy distinta a las legislaciones modernas. Entonces, el demente conservaba, en principio, su capacidad jurídica; pero como de hecho no podía ejercerla, se le nombraba un curador. En los llamados intervalos lúcidos cesaba momentáneamente esa imposibilidad de hecho y podía ejercer todos los actos de la vida civil. Así el demente venía a tener una incapacidad intermitente, pues según era el estado de su espíritu, se extinguían o suspendían los poderes del curador.

Quizás no sea innecesario recordar que la curatela se adoptó primitivamente para los "furiosus", y que más tarde se extendió a los "mentecaptus". En la ley de las Doce Tablas aquélla cesaba en los intervalos lúcidos de "furiosus"; pero en la época de Justiniano se estableció una mera suspensión de los efectos de la curatela en los intervalos lúcidos. Esta última expresión, sin sentido en la ciencia psiquiátrica actual, ha pasado a los códigos modernos. Nerio Rojas apunta que la dificultad de comprensión por diferencia de lenguaje entre los abogados y médicos proviene de la diferencia de concepto de estas cuestiones en el Derecho Romano.

Acerca de la materia precedentemente tratada, nos remitimos a Girard ⁽⁷²⁾, Mainz ⁽⁷³⁾, Ortolán ⁽⁷⁴⁾ y Rojas ⁽⁷⁵⁾.

En el Derecho inglés se permite testar al alienado durante los intervalos lúcidos ⁽⁷⁶⁾. También el código Suizo (art. 467).

22. Legislaciones que lo autorizan con ciertas exigencias

El segundo sistema se origina en las costumbres españolas, que posteriormente se concretaron en reglas legales en el Código Español y en el de algunas naciones americanas.

Las leyes de Partidas establecían: “El que fuese salido de memoria non puede facer testamente, mientras que fuere desmoriado” (Ley XIII, tít. I, partida VI). En realidad no surge claro si la última parte se aplica a los intervalos lúcidos, Goyena afirma que, “en buena lógica” no puede aplicarse a ellos. Con parecida vaguedad, el Fuero Real decía: “Los que no fuesen en su memoria o en su seso... que no fagan mandas e si las ficieren, no valan” (Ley VI, tít. V, t. III).

Pero lo cierto es que se impuso la costumbre de rodear al testamento, otorgado por el demente, de ciertas formalidades o precauciones, que sirvieran más para demostrar que el acto se había realizado en un intervalo lúcido.

Escriche, en su *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, bajo la palabra “loco”, luego de mencionar la Ley de Partidas citada, explica: “Para evitar dudas y controversias sobre este punto, suele practicarse lo siguiente: Acuden los parientes al juez, manifestándole que el paciente se halla algunas veces en su acuerdo, y solicitando se autorice al escribano

⁽⁷²⁾ GIRARD, *Man. Elem. de Droit Romain*, pág. 228, ed. 1929, París.

⁽⁷³⁾ MAINZ, *Curso de Derecho Romano*, III, pág. 204, ed. 1892. Barcelona.

⁽⁷⁴⁾ ORTOLÁN, *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, II, pág. 220, ed. 1894, Madrid.

⁽⁷⁵⁾ ROJAS, *La Psiquiatría en la legislación civil*, pág. 13, ed. 1938, Bs. As.

⁽⁷⁶⁾ JENKS, *Digesto de Droit Civil Anglais*, I, art. 64.

para que, con asistencia de médico y cirujano, vea si se halla en estado de otorgar testamento, y proceda en su caso a examinar su voluntad. Obtenida la facultad judicial, declaran con juramento los facultativos si el loco está o no en su juicio, extiende el escribano la declaración a continuación de la providencia del juez, y en presencia de aquéllos y los testigos prevenidos por la ley, hace al testador las preguntas concernientes a su última disposición, extiende el testamento, que deberá firmar el testador y todos los concurrentes que supieren; y evacuado todo, lo presenta al juez, a fin de que lo apruebe para su mayor validación, precediendo el examen de todos los que asistieron al acto”.

En la época en que Vélez Sársfield redactó nuestro Código, el de California, citado por él varias veces, disponía en sus artículos 3416 a 3420, lo siguiente:

1. Cuando un demente quisiese hacer testamento, su tutor, y en defecto de éste, la familia de aquél, deben presentar solicitud al juez, quien acompañado de facultativos se trasladará a casa del paciente;

2. El juez, como los facultativos, lo examinarán discrecionalmente para conocer el estado mental del demente;

3. Del reconocimiento se levantará un acta en que se haga conocer ese estado;

4. Si éste fuese favorable se procederá inmediatamente a la formación del testamento;

5. Este se hará en presencia del escribano, testigos, juez y facultativos que han examinado al enfermo, y el testamento será firmado por ellos.

Sin el cumplimiento de estos requisitos el testamento se considera nulo, aunque se ofrezca prueba de que fue hecho en un intervalo lúcido.

El Código Español ha simplificado estas formalidades. El artículo 665 dispone: “Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido designará el notario dos facultativos que previamente reconozcan, y no lo otorgará si-

no cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, además de los testigos". El Tribunal Supremo ha entendido que esta norma es aplicable al caso de los dementes declarados judicialmente que quieran testar (77).

Solución análoga contiene el Código de México (arts. 1307 a 1311).

23. *Legislaciones que no lo consienten*

El tercer sistema es el que adoptan las legislaciones modernas, entre las que figuran los códigos de Francia, Alemania, Italia y Brasil.

En el derecho Francés la cuestión ha sido muy discutida. Tiene singular importancia referirse al texto legal, motivo de la controversia, y a la opinión de los autores, porque en nuestro país, quienes sostienen que el sistema del Código autoriza a testar a los dementes interdictos en los intervalos lúcidos, se apoyan en ese antecedente legislativo, y sobre todo en la doctrina de Demolombe, a la cual nuestro codificador se habría adherido, apartándose así del sistema de Freitas que, sin embargo, aceptaba respecto de la incapacidad absoluta.

El artículo 502 del Código Francés, establece: "La interdicción o el nombramiento de un consejo tendrá efecto desde el día del fallo. Todos los actos realizados posteriormente por el interdicto, o sin la asistencia del consejo, serán nulos de derecho".

Demolombe afirma que el artículo sólo se aplica a los actos en que el interdicto requiere la representación de su curador y no a los de carácter personalísimos que deben efectuarse por el propio interesado tales como reconocer hijos naturales, testar, etc., siempre que los hiciere en intervalos lúcidos (78). Pero a pesar de su gran autoridad entre los juris-

(77) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid, 1973, t. VI-2º, págs. 109/110.

(78) T. VIII, nros. 633 y sgtes.; y t. 18, nros. 371 y sgtes.

consultos de su país, su punto de vista, en general, no ha sido admitido. Participan de su doctrina Merlin ⁽⁷⁹⁾, Beudant-Breton ⁽⁸⁰⁾. En cambio, la mayoría de los autores y la jurisprudencia se han pronunciado en sentido contrario, negando especialmente la facultad de testar de los dementes interdictos en intervalos lúcidos: Touillier ⁽⁸¹⁾; Durantón ⁽⁸²⁾; Vazeille ⁽⁸³⁾; Troplong ⁽⁸⁴⁾; Demant y Colmet ⁽⁸⁵⁾; Aubry et Rau ⁽⁸⁶⁾; Marcadé ⁽⁸⁷⁾; Laurent ⁽⁸⁸⁾; Delvincourt ⁽⁸⁹⁾. Entre los autores modernos: Baudry Lacantinerie ⁽⁹⁰⁾; Huc ⁽⁹¹⁾; Planiol ⁽⁹²⁾; Colin y Capitant ⁽⁹³⁾; Josserand ⁽⁹⁴⁾; Mazeaud ⁽⁹⁵⁾; Planiol-Ripert-Trasbot ⁽⁹⁶⁾; etc.

El Código alemán resuelve el caso de los dementes con explícita claridad. El art. 2229, en su última parte, dice: "El interdicto por causa de debilidad de espíritu, de prodigalidad o de ebriedad, no puede testar. La incapacidad comienza desde la interposición de la demanda, sobre el mérito de la cual se pronuncia la interdicción". Llegóse a esta solución, ya consagrada por los antiguos códigos de Sajonia y Prusia, a requerimiento del Consejo Federal, pues en los proyectos ante-

⁽⁷⁹⁾ *Repertoire*, voz Interdiction, parág. 6, nº 6, y voz Testament, sec. 1, parág. 1, art. 1, nº 6.

⁽⁸⁰⁾ *Cours de droit civil français*, París, 1936, t. III bis, nº 1384, págs. 385/386.

⁽⁸¹⁾ T. V, nº 57.

⁽⁸²⁾ T. VIII, nº 6.

⁽⁸³⁾ Art. 901, nº 5.

⁽⁸⁴⁾ DONAT, t. I, nros. 461 y 462.

⁽⁸⁵⁾ T. IV, nº 17 bis.

⁽⁸⁶⁾ T. X, parág. 648.

⁽⁸⁷⁾ T. III, nº 487.

⁽⁸⁸⁾ T. XI, nº 108 y 108 bis.

⁽⁸⁹⁾ T. I, p. 55.

⁽⁹⁰⁾ DONAT, t. I, nº 244.

⁽⁹¹⁾ T. III, nº 519.

⁽⁹²⁾ *Traité Elementaire de droit civil*, París, 1925, t. III, nº 2899.

⁽⁹³⁾ *Curso elemental de derecho civil*, trad., De Buen, Madrid; 1927, t. II, págs. 302 y ss.; y t. VII, pág. 427.

⁽⁹⁴⁾ *Der. Civil*, Bs. As., 1950, t. III, vol. 3º, nº 1391.

⁽⁹⁵⁾ *Lecciones de Der. Civil*, Bs. Aires, 1964, Parte IV, vol. 3º, nº 1350.

⁽⁹⁶⁾ *Trat. Práctico de Der. Civil francés*, ed. La Habana, 1935, t. V, nº 207.

riores la interdicción sólo creaba una presunción sobre el estado de enfermedad mental del testador.

El Código italiano de 1942, art. 427, 1er. ap., crea también para el demente interdicto una incapacidad absoluta. En consecuencia, no puede testar durante los intervalos lúcidos (97).

El Código brasileño adoptó también el sistema que niega al interdicto el derecho de testar (art. 1627). También el código venezolano de 1942 (art. 837, inc. 2º), y el código de Portugal de 1967 (art. 2189).

El código uruguayo es categórico: "No pueden testar los que se hallasen bajo la interdicción por razón de demencia, aunque tuvieren intervalos lúcidos (art. 831, inc. 2º)".

24. *Los dementes y los proyectos de reforma. La opinión de Nerio Rojas*

Bibiloni en el segundo apartado del art. 3181 de su Anteproyecto establece: "Los que se hallasen en estado habitual de insania, haya sido declarada en juicio o no, sólo podrán testar en los intervalos lúcidos suficientemente ciertos para asegurarse que la enfermedad ha cesado por el momento". Según esta norma, entonces, el demente interdicto puede testar válidamente en intervalos lúcidos.

La Comisión Reformadora de 1936 abandona resuelta-mente, sin embargo, el criterio sustentado por Bibiloni, cuando en el art. 2018 del Proyecto dispone: "Para testar es menester que el otorgante goce de sus facultades al realizar el acto. No podrán hacerlo quienes no hubieren cumplido 18 años, ni los sordomudos comprendidos en el art. 54, ni los dementes declarados.

(97) Art. 591, C. Italiano; MESSINEO, *Manual de Der. Civil y Comercial*, Bs. As., 1971, t. II, págs. 124/125; BARBERO, *Sistema de Derecho Privado*, Bs. As., 1967, t. I, nº 79 b; CICU, *El testamento*, Madrid, 1959, págs. 152 y sgtes.; GANGI, *La successione testamentaria*, Milano, 1947, t. I, nº 45; etc.

Cualquier alteración sobreviniente en la incapacidad de hecho, no afectará la validez del acto, pero la de derecho deberá existir también en el momento del deceso.

Los que se encuentran en estado habitual de alienación sin que haya mediado sentencia, sólo pueden testar en intervalos lúcidos suficientemente ciertos, para asegurarse que la enfermedad ha cesado por el momento”.

Atinadamente anota Rojas que con el texto proyectado se mejora en parte la cuestión de intervalo lúcido para el sujeto que está bajo interdicción. Pero queda, no obstante, para el caso del alienado no interdicto, que el proyecto mantiene en forma más grave que el actual, porque suprime la palabra “prolongados”, de real significación, y la sustituye por el vocablo “ciertos”. Afirma el destacado psiquiatra que si se dice solamente “ciertos”, sin añadir “prolongados”, como en la ley actual, se corre el riesgo de otorgar validez al testamento hecho por alienados en alguna de las normas de su clasificación. Además, el proyecto dice: “Para asegurarse que la enfermedad ha cesado por el momento”, en lugar de “por entonces”, como expresa el texto actual. Aquella expresión, según el mismo autor, limita el tiempo con mayor estrechez. Habría posibilidad de esos breves intervalos, de esos momentos de lucidez y sería arriesgado dar, entonces, validez al testamento (98).

Nerio Rojas, en sus conferencias dadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, recogidas en el volumen citado, propicia la supresión total de la expresión “intervalos lúcidos”, originada en el Derecho Romano, pero sin sentido en el estado actual de la ciencia. Se sabe ya que la “intervalla perfectissima”, de Justiniano, se aplicaba al loco furioso, una de las formas que dan intermitencias. Es célebre la definición de D’Aguesseau, del intervalo lúcido, dada en un asunto en el cual intervino en el año 1698, y repetida

(98) *La psiquiatría en la legislación civil*, pág. 156 y sgtes., Bs. As., 1938.

continuamente: "No es un crepúsculo, sino una luz perfecta. Es un pleno día entre dos noches".

El renombrado psiquiatra argentino, completando las clasificaciones de autores franceses y alemanes, ha diferenciado cuatro formas de lucidez en los alienados (⁹⁹):

1) Lucidez y alienación son simultáneas y permanente; son como dos rieles que no pueden separarse. Ese estado está sobre todo realizado en la forma que se llama "delirio sistematizado". Son los enfermos lúcidos, brillantes, que tienen una construcción delirante inteligentemente creada. Son los delirantes de persecución, cuyo tipo de mayor relieve es el llamado "delirio interpretativo", en el que no hay trastornos de los sentidos, sino simplemente del juicio. Ese es uno de los enfermos que ha complicado el problema del intervalo lúcido a los jurisconsultos, porque si constantemente hablan de intervalos lúcidos, es aludiendo a los sistematizados con la denominación equivocada de "monomaniacos". El mismo Demolombe incurre en ese error, porque no tiene una idea clara del punto de vista psiquiátrico. Este enfermo no tiene intervalos lúcidos; está siempre lúcido y siempre enfermo. Este sujeto no puede, psiquiátricamente, reunir las condiciones para poder testar.

2) Otros enfermos tienen una segunda forma, que es de momentos lúcidos; es un falso intervalo, que no llega a la "intervalla perfectísima". Rojas, continuando la metáfora de D'Aguesseau, dice: "Que es apenas un rayo de luz en un día nublado". Se ve, en algunos confusos, no muy profundamente confuso; en ciertos excitados y delirantes; en el llamado "delirio en eclipse", que aparece en algunos intoxicados y en débiles desequilibrios constitucionales.

3) Otra forma es la del enfermo que tiene una remisión, una mejoría en su estado. Son enfermos que tienen, por ejemplo, un fondo de insuficiencia, de confusión o de demencia;

(⁹⁹) *Ob. cit.*, págs. 149 y sgtes.

esta última en el sentido psiquiátrico de debilitación de las funciones intelectuales, y sobre ese fondo elaboran un estado de delirante, o se instala un estado de excitación. Es un enfermo que ha mejorado, pero sigue siendo alienado, aunque esa mejoría suele prolongarse mucho.

4) Finalmente, hay un cuarto tipo: es el enfermo que tiene un período de normalidad. Es el sujeto que vuelve a la salud. Ha tenido un acceso de alienación mental; es posible que haya tenido otro con anterioridad, o que lo tenga un tiempo después, pero entre uno y otro acceso el enfermo está curado de su episodio de alienación. Eso se ve en los estados maníacos, dentro de lo que se llama locura, o la psicosis intermitente periódica. Hay un episodio de excitación o depresión y por eso se les llama también "maníacos depresivos". Otro tipo es el del alcoholista que hace un episodio subagudo de alienación mental, se interna, se desintoxica, sana y vuelve a la circulación social y familiar; y al cabo de los años, o antes reincide en beber y cae en nuevo estado de alienación mental. Estos diversos tipo de episodios de intermitencias, a repetición, están separados por períodos de verdadera curación.

A ningún psiquiatra, concluye Nerio Rojas, se le ocurre que eso signifique un intervalo, ni aún agregándole el "perfectissima" de Justiniano, sino que es un estado de curación de la alienación mental. Quedará el sujeto con su fondo de predisposición, pero de ningún modo eso es demencia. Por eso, observará más adelante, que "intervalo lúcido" es un juego de palabras; significa decir que el demente puede testar cuando ha dejado de ser demente, cuando se ha curado, por lo que insistirá en que los juristas y los psiquiatras podrían ponerse de acuerdo, suprimiendo redondamente lo del intervalo lúcido, y dejando como condición implícita general la curación, lo cual no hay necesidad de decir. Propicia así la solución del Código del Brasil, que ha suprimido toda cuestión de intervalo lúcido en interdicción y en testamento.

Si se lleva a cabo la reforma del Código Civil, creemos que han de tenerse en cuenta las autorizadas objeciones del psiquiatra argentino.

El anteproyecto de 1954 en su art. 735 dispone: "Para testar se requiere tener la edad mínima de 18 años o ser emancipado; *no estar interdicto*, y gozar de la plenitud de las facultades psíquicas. El testamento otorgado por una persona hábil es válido aún cuando el otorgante fuese ulteriormente interdicto y perdura durante toda la vida del testador, cualquiera fuese el tiempo transcurrido desde su formación".

En el art. 736, refiriéndose a los dementes de hecho, establece: "Los que se encuentren en estado habitual de insanidad, sin haber sido declarados interdictos, sólo pueden testar durante intervalos lúcidos suficientemente ciertos que permitan inducir la cesación, al menos transitoria de la enfermedad".

"Prueba: Quien impugnase el testamento por ineptitud psíquica del otorgante deberá probar que éste no se encontraba al testar en el pleno ejercicio de sus facultades. Pero si el causante hubiese padecido alteraciones de la salud del espíritu algún tiempo antes de hacer su testamento, quien sostenga la validez del acto deberá acreditar que fue realizado en un "intervalo lúcido".

Sigue así los lineamientos establecidos por el proyecto de 1936, aclarando que los intervalos lúcidos sólo tienen eficacia jurídica con respecto a los dementes de hecho (art. 736).

El Anteproyecto del Código Civil para el Paraguay del Dr. De Gásperi es aún más categórico. Dispone su art. 3324: "Carecen de capacidad de testar los menores de 18 años cumplidos y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, ni los que al tiempo de otorgarlo padecieren por cualquier accidente de trastorno de sus facultades intelectuales que induzca la pérdida de su razón".

"Cuanto a la incapacidad de los enajenados mentales y sordomudos que no saben darse a entender por escrito, *sometidos a interdicción*, se estará a lo dispuesto en el art. 78".

Y a su vez el art. 78 establece: "Ejecutoriada que sea e inscrita en el Registro respectivo la sentencia por la cual se someta a interdicción al enajenado mental o al sordomudo que no sabe darse a entender por escrito, serán de ningún valor los actos de administración y de disposición que con posterioridad otorgare el incapaz con independencia de su curador".

Por lo tanto, aquí ya no cabe ninguna duda de que la persona sometida a interdicción no puede testar ni aún durante un intervalo lúcido. Pero De Gásperi ni siquiera admite el intervalo lúcido para los dementes de hecho, pues considera con Nerio Rojas que la psiquiatría moderna ha demostrado que el intervalo lúcido no existe. "La disyuntiva es de hierro, dice De Gásperi en la nota a su art. 3324, o el testador estaba en el pleno goce de sus facultades intelectuales al otorgar su testamento, o las tenía tan trastornadas que, por su evidencia, a nadie escapase que había perdido su razón al dictarlo al Escribano, o al redactarlo él de su puño y letra, si fuese ológrafo".

25. *Nuestra opinión*

Sin hesitaciones, adherimos a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria recepcionada en el Proyecto de 1936, Anteproyecto de 1954 y proyecto De Gásperi, y predominante en la legislación comparada que considera a los dementes interdictos incapaces absolutos de obrar, siendo nulos y de nulidad absoluta los actos jurídicos de cualquier naturaleza que realicen, aun cuando se hayan otorgado durante intervalos lúcidos. No se trata aquí de establecer si existen o no intervalos lúcidos. Ese es un problema de la psiquiatría. Habiéndose declarado judicialmente insana una persona, sus intervalos lúcidos quedan anulados jurídicamente por la interdicción. Su incapacidad absoluta de obrar subsistirá hasta que se lo rehabilite mediante una nueva declaración judicial. Tal es el sistema coherente y armónico del código que surge de los arts. 54 inc. 3º, 141, 150, 472, 1040 y 1041.

Los arts. 3615 y 3616 no aluden a la capacidad testamentaria y por lo tanto no constituyen una excepción a las reglas generales sobre el demente interdicto que establecen las normas legales citadas. Se refieren al discernimiento de las personas capaces de obrar y reproducen para los actos de última voluntad las disposiciones generales que exigen discernimiento en el sujeto para que sus actos resulten jurídicamente eficaces (arts. 897, 900 y 1045 párrafo 1º). El Código ha tratado con igual criterio el discernimiento del sujeto para realizar actos onerosos inter vivos y actos de última voluntad. Por lo tanto, el testamento de un demente de hecho, es nulo por falta de discernimiento, aunque tenga capacidad de obrar (art. 3615). El testamento de un demente interdicto en cambio, es nulo por falta absoluta de capacidad de obrar, aunque lo haya otorgado con discernimiento (arts. 54 inc. 3º y 1041). Tal es la interpretación que damos al sistema de nuestro Código Civil.

26. *Los inhabilitados y su capacidad para testar*

La reforma de 1968 a través del art. 152 bis introdujo en nuestro ordenamiento legal el instituto de la inhabilitación, cuya finalidad es brindar protección a aquellas personas que sin llegar al estado de demencia, sufren un déficit en sus facultades mentales, sometiéndolas al contralor de un curador, que la asiste en determinados actos de la vida civil.

El art. 152 bis prevé la inhabilitación para los ebrios habituales, drogadictos, disminuidos mentales y pródigos.

A pesar de que la citada norma no define la condición jurídica del inhabilitado, toda la doctrina está de acuerdo en que sigue siendo una persona capaz. Conserva su capacidad para todos los actos de la vida civil que no sean exceptuados expresamente. Sólo pesan sobre ellos las restricciones establecidas de modo expreso por la ley, rigiendo la regla de la capacidad para todos los demás actos. De acuerdo al art. 152 bis, sólo se les prohíbe disponer de sus bienes por actos

entre vivos, sin la conformidad del curador. Por lo tanto, puede otorgar válidamente testamento ya que la ley contempla la restricción únicamente con respecto a los actos de disposición entre vivos, y los actos de administración que el juez expresamente prohíba (¹⁰⁰).

Como los habilitados no son personas privadas de razón y tienen capacidad para testar, por tratarse de un acto personalísimo no prohibido expresamente por la ley, la validez del testamento de un inhabilitado sólo puede ser impugnada por falta de discernimiento del causante al momento de testar, corriendo la prueba por cuenta del impugnante, y rigiéndose la cuestión por las reglas generales expuestas anteriormente (nº 15 y 16). Como se observará, la doctrina que concibe a la perfecta razón como concepto equivalente al discernimiento normal, y que entiende que éste se exige con el mismo criterio tanto para los actos onerosos como para los actos gratuitos, sin ninguna diferencia de intensidad, es coherente con el régimen de capacidad de los inhabilitados, pues éstos, siendo disminuidos mentales, no podrían testar según la doctrina minoritaria que interpreta que la ley exige con más rigor el discernimiento en los actos de última voluntad que en los actos onerosos entre vivos (véase número 15), cuya doctrina, en consecuencia, ha venido a perder vigencia con la sanción del art. 152 bis por la ley 17.711 (¹⁰¹).

(¹⁰⁰) BORDA, *La reforma de 1968 al Cód. Civil*, Bs. As., 1971, nº 80; y *Trat. de Der. Civil, Sucesiones*, ed. 1970, t. II, nº 1076; LLAMBIAS, *Cód. Civil anotado*, t. I, comentario art. 152 bis, nº 1, p. 328, Bs. As., 1978; ARAUZ CASTEX, *Derecho Civil*, parte general, t. I, ns. 809 y 810, Bs. As., 1974; BELLUSCIO-ZANNONI, *Código Civil, comentario, anotado y concordado*, Buenos Aires, 1978, t. I, comentario art. 152 bis, nros. 5 y 6; SPOTA, *Sobre las reformas al código civil*, Bs. As., 1969, pág. 62; MORELLO-PORTAS, *Examen y crítica de la reforma del código civil*, t. I, pág. 273, La Plata, 1971; ORIA, *La capacidad para testar de los inhabilitados y la perfecta razón del art. 3615*, en *La Ley*, 1975-D-523; TOBIAS, *La inhabilitación en el derecho civil*, Bs. As., 1978, nº 184.

(¹⁰¹) Conf. ORIA, trab. citado en *La Ley*, 1975-D págs. 526 y 527; y TOBIAS, *ob. cit.*, en nota anterior, pág. 205, nº 184 y nota 689 bis.