

SANTOS CIFUENTES

***Elementos
de
derecho civil***

Parte general

***4ª edición actualizada y ampliada
2ª reimpresión***

ASTREA

SANTOS CIFUENTES

Profesor titular de Elementos de derecho civil en la Facultad de Derecho
y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y Derecho civil I
en la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores.

Elementos de derecho civil

Parte general

4ª edición actualizada y ampliada

2ª reimpresión



00097537



EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPÁLMA
CIUDAD DE BUENOS AIRES

1999

1ª edición, 1988.
2ª edición, 1991.
3ª edición, 1992.
4ª edición, 1995.
1ª reimpresión, 1997.
2ª reimpresión, 1999.

© EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA SRL
Lavalle 1208 - (1048) Ciudad de Buenos Aires

ISBN: 950-508-246-0

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
I M P R E S O E N L A A R G E N T I N A

PRÓLOGO A LA CUARTA EDICIÓN

Además de pocas correcciones de perfeccionamiento en la redacción e impresión, de algunas ampliaciones en temas específicos y de trabajos de jurisprudencia, esta nueva edición del compendio de parte general del derecho civil, debió ponerse al día frente a las reformas de la Constitución sancionadas en 1994 y a leyes como la de trasplantes de órganos, 24.193, y su reglamentación, decr. 512/95. Fuera de ello se mantiene su estructura y fines enunciados en los anteriores prólogos. La modesta aspiración del autor sigue siendo la de contribuir al estudio directo y rápido de lo más importante de la materia, dejando las inquietudes de indagaciones y profundizaciones a criterio de los estudiosos, pero abriendo, si ello es posible, una puerta que permita en cierto modo facilitarlas al mostrar las opiniones concordantes y divergentes de autores y jurisprudencia.

Dedico esta cuarta edición a mis estimados y competentes colaboradores en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, doctores Manuel O. Cobas, Tomás J. Lichtmann, Elena Campanella, José L. Monti, Bartolomé Tiscornia, José L. Pérez Ríos, Magdalena Giavarino, Jorge J. del Azar, Ricardo D. Rabinovich, Jorge Locicero, Mariano Acevedo, Lidia Sosa y ayudantes y auxiliares de la cátedra.

SANTOS CIFUENTES

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Diversos contenidos he incorporado a la nueva edición de *Elementos de derecho civil. Parte general*. De tal manera, satisfago una aspiración de plenitud que no quise apresurar, antes de tener pruebas de que la obra podía ser acogida por los interesados directos en el estudio: los alumnos de la cátedra. Pienso que, ante la necesidad de volver a editarla, llegó el momento y, de ese modo, sin pretender cubrir toda la gama de los múltiples asuntos que se vinculan con la teoría general del derecho civil, es posible ofrecer un producto intelectual que no se limite a los temas estrictamente enunciados en el programa cuatrimestral de la materia que se cursa en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Justifica la ampliación que la obra sea aprovechada para cubrir las exigencias de otros panoramas curriculares, pudiendo entonces utilizarse por unas y otras casas de estudio, aunque manteniendo su estructura compendiosa y conceptual, de guía práctica y de sugerencia para más profundas indagaciones. Desde luego surgió la conveniencia de poner al día, corregir y si se quiere aumentar lo hecho, pero principalmente, completar las “fuentes del derecho” con la costumbre, jurisprudencia y doctrina, y agregar un capítulo sobre la persona visible y sus atributos, a partir del principio de su existencia, sin descuidar en esto los avances de la biotecnología y la opinión propia sobre el discutido asunto, abarcando también el estado, el nombre, el domicilio y el patrimonio.

Asimismo, con la colaboración de la doctora Elena Campanella de Rizzi, se incluyó un estudio sobre nuestro Código Civil y su metodología.

Espero que este nuevo esfuerzo sea recibido con la generosidad que se demostró en el anterior.

SANTOS CIFUENTES

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Diversos contenidos he incorporado a la nueva edición de *Elementos de derecho civil. Parte general*. De tal manera, satisfago una aspiración de plenitud que no quise apresurar, antes de tener pruebas de que la obra podía ser acogida por los interesados directos en el estudio: los alumnos de la cátedra. Pienso que, ante la necesidad de volver a editarla, llegó el momento y, de ese modo, sin pretender cubrir toda la gama de los múltiples asuntos que se vinculan con la teoría general del derecho civil, es posible ofrecer un producto intelectual que no se limite a los temas estrictamente enunciados en el programa cuatrimestral de la materia que se cursa en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Justifica la ampliación que la obra sea aprovechada para cubrir las exigencias de otros panoramas curriculares, pudiendo entonces utilizarse por unas y otras casas de estudio, aunque manteniendo su estructura compendiosa y conceptual, de guía práctica y de sugerencia para más profundas indagaciones. Desde luego surgió la conveniencia de poner al día, corregir y si se quiere aumentar lo hecho, pero principalmente, completar las “fuentes del derecho” con la costumbre, jurisprudencia y doctrina, y agregar un capítulo sobre la persona visible y sus atributos, a partir del principio de su existencia, sin descuidar en esto los avances de la biotecnología y la opinión propia sobre el discutido asunto, abarcando también el estado, el nombre, el domicilio y el patrimonio.

Asimismo, con la colaboración de la doctora Elena Campanella de Rizzi, se incluyó un estudio sobre nuestro Código Civil y su metodología.

Espero que este nuevo esfuerzo sea recibido con la generosidad que se demostró en el anterior.

SANTOS CIFUENTES

ADVERTENCIA PRELIMINAR

Este “manual para el alumno”, tiene el principal objetivo de servir de ayuda al estudio y repaso de la materia, dedicado a quienes deben iniciarse en el derecho civil, sin contar en el haber de sus conocimientos más que con la preparación apenas introductoria del ciclo básico universitario. Con tal finalidad, el autor se ha ceñido al método y contenido del programa que actualmente se aplica en la cátedra y en la mayoría de las que desarrollan los Elementos de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, sin descontar que sea también útil a otros programas, los cuales, en definitiva, afrontan iguales temas con muy parecida distribución y sustancia.

Se ha escrito con la especial preocupación de simplificar el entendimiento y comprensión de la “parte general”, abundando al efecto en ejemplos, cuadros sinópticos y guías para trabajos prácticos. Se han evitado las muchas citas y el permanente recuerdo de antecedentes históricos y comparados, para facilitar la lectura y el más pronto conocimiento del estudiante. No debe buscarse un texto complejo, con pretensiones de totalidad y profundización investigadora, ni tampoco un desarrollo enciclopédico, porque ello conspiraría con la idea que se impuso el autor, o sea, redactar una obra de rápida lectura y de fácil repaso, pero que no caiga en los errores y vicios de los improvisados escritores de cursos y manuales que, por falta de experiencia y verdaderos conocimientos, suelen poner de relieve lo intrascendente y olvidar lo relevante. El ejercicio de la cátedra enseñando la materia por más de 20 años, algunas obras escritas con otro norte y mayores pretensiones, son los precedentes que sustentan ese propósito.

Sin embargo, aparte de tratar algunos temas nuevos a veces olvidados y que obligan al alumno a realizar búsquedas dispendiosas, no se ha descuidado la posibilidad de que el libro pueda ser utilizado como principio y guía de mayores investigaciones. A tal fin se han citado, entre paréntesis, los autores que tienen opiniones dignas de ser resaltadas, agregándose al final una lista de las obras en las cuales esos autores expusieron sus puntos de vista. Además, los temas de mayor importancia práctica para el futuro abogado, y aquellos que los profesores puedan considerar propicios para encargar tareas individuales o por grupos, se completaron con elementos que puedan servir de orientación en la realización de trabajos prácticos, especialmente con casos de jurisprudencia destinados al comentario y análisis en clase.

Por último, se ha agregado un apéndice indicativo de los puntos que puedan verse afectados por el proyecto de reformas al Código Civil para la unificación legislativa civil y comercial, que cuenta con media sanción en el Congreso nacional. Aunque no sea ley vigente ni se traten temas de estudio obligatorio actual, es recomendable que el alumno y el profesor puedan acudir a un esbozo de esas reformas, no sólo adelantándose a la posibilidad de su vigencia, sino también para cubrir la sana curiosidad por las cuestiones según las tendencias actuales.

SANTOS CIFUENTES

ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo a la cuarta edición</i>	V
<i>Prólogo a la segunda edición</i>	VII
<i>Advertencia preliminar</i>	IX

CAPÍTULO PRIMERO

LA NORMA, LAS FUENTES DEL DERECHO Y LOS DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS

A) LA NORMA JURÍDICA

§ 1. Derecho objetivo	1
§ 2. Ramas del derecho objetivo	2
§ 3. Derecho civil	3

B) FUENTES DEL DERECHO

§ 4. Concepto y clasificación	4
§ 5. La ley	5
a) Caracteres	6
b) El Código y su método	6
1) Importancia del método	8
2) El problema de la denominada "parte general"	9
3) El método del Código Civil argentino	9
§ 6. Leyes de orden público	12
§ 7. La costumbre	14

	a) Como fuente histórica de la ley	14
	b) Como fuente por sí misma del derecho llamado consuetudinario	14
	c) Caracteres objetivos	15
	d) Caracteres subjetivos	16
	e) Clases	16
§ 8.	La jurisprudencia	20
	a) Sistemas para lograr la uniformidad de la jurisprudencia	21
	b) El artículo 15 del Código Civil	23
§ 9.	La doctrina	24
§ 10.	La equidad	25

C) CONFLICTOS DE LEYES EN EL TIEMPO

§ 11.	Vigencia de la ley y sus proyecciones intertemporales	27
§ 12.	Régimen del Código	29
§ 13.	Reforma de 1968 (ley 17.711)	31
	a) Efectos inmediatos	33
	b) Efectos retroactivos	33
	c) Efectos diferidos	33
§ 14.	Modos de contar los intervalos del derecho	34

D) TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

§ 15.	Derecho subjetivo y su clasificación	36
	a) Personales creditorios	37
	b) Personales de potestad	37
	c) Reales	37
	d) Personalísimos	37
	e) De autor y de patente de invención	37
§ 16.	Fundamentos de la teoría del abuso del derecho	38
§ 17.	Evolución histórica	38
§ 18.	Doctrinas negativas y positivas	39
§ 19.	El artículo 1071 del Código Civil	41
§ 20.	Reacción de la jurisprudencia	41
§ 21.	La reforma de la ley 17.711	42
§ 22.	Jurisprudencia posterior a la reforma	43
§ 23.	Carga de la prueba y modo de invocar el abuso del derecho (posibilidad de decretarlo de oficio)	44
§ 24.	Efectos de la sentencia	45
	Trabajos prácticos	46

E) DERECHOS PERSONALÍSIMOS**1) CONSIDERACIONES GENERALES**

§ 25.	Origen, evolución e importancia	46
§ 26.	Naturaleza jurídica	49
§ 27.	Caracteres	50
	a) Innatos	51
	b) Vitalicios	51
	c) Necesarios	52
	d) Esenciales	52
	e) De objeto interior	52
	f) Inherentes	52
	g) Extrapatrimoniales	53
	h) Relativamente indisponibles	53
	i) Absolutos	53
	j) Privados	53
	k) Autónomos	54
§ 28.	Denominación	54
§ 29.	Definición	54
§ 30.	Clasificación	54
	a) Derechos de la integridad física	55
	b) Derecho de libertad	55
	c) Derechos de la integridad espiritual	55
§ 31.	Medios de protección de los derechos personalísimos	56
§ 32.	El derecho de réplica	58
	Trabajo de análisis y crítica	60

2) DERECHOS SOBRE LA INTEGRIDAD FÍSICA

§ 33.	Derecho de vivir	60
§ 34.	Derecho al cuerpo	64
§ 35.	Operaciones quirúrgicas, tratamientos y exámenes médicos	65
§ 36.	Trasplantes de órganos "in vivo" (ley 24.193)	68
	a) Órganos renovables	68
	b) Órganos no renovables	69
	1) Objeto y fines	69
	2) Control	70
	3) Órganos de trasplante	70
	4) Capacidad	70

	5) Vínculo	70
	6) Consentimiento	71
	7) Revocación	71
	8) Prohibiciones	71
§ 37.	Propuestas para la reforma de la ley de trasplantes	72
§ 38.	La autolesión	73
§ 39.	El cadáver	74
	a) Actos de disposición sobre el cadáver y sus partes	75
	b) Trasplantes de partes del cadáver	75
	c) Propuesta de reformas	78

3) LA LIBERTAD COMO DERECHO PERSONALÍSIMO

§ 40.	Fundamentación. Aplicaciones	79

4) DERECHOS SOBRE LA INTEGRIDAD ESPIRITUAL

§ 41.	Derecho al honor	80
§ 42.	Derecho a la imagen	83
	a) Independencia	83
	b) Consentimiento e imágenes no protegidas	84
§ 43.	Derecho a la intimidad	86
	a) Extensión	87
	b) Límites. Las personas de actividad pública	88
	c) La ley 21.123 y sus antecedentes	89
	d) La informática y sus límites frente a la privacidad de las personas	90
	1) Conocimiento de la información	91
	2) Posibilidad de corrección	91
	3) Posibilidad de actualización	91
	4) Cese de la utilización con otro fin	91
	5) Reserva de datos	91
	c) Hábeas data	91
§ 44.	Derecho a la identidad	92
§ 45.	Congresos	92

5) PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

§ 46.	Principales aspectos	93
	a) Derecho a la vida	93
	b) Derecho a la integridad personal	94
	c) Prohibición de la esclavitud y servidumbre	94
	d) Derecho a la libertad personal	94

c) Protección de la honra y de la dignidad	94
f) Libertad de conciencia y de religión	94
g) Libertad de pensamiento y de expresión	94
h) Derecho de rectificación o respuesta	95
Trabajos prácticos	95

CAPÍTULO II

LA PERSONA DE EXISTENCIA VISIBLE Y SUS ATRIBUTOS

A) LA PERSONA

§ 47. La relación jurídica. Concepto de persona	99
§ 48. Personas visibles. Especies	101
§ 49. Principio de la existencia. La persona por nacer	103
§ 50. Derechos, obligaciones, condición jurídica y representación	106
§ 51. Concepción y embarazo	111
§ 52. Medidas de investigación sobre el embarazo y el parto	112
§ 53. Nacimiento. Concepto e importancia	114
§ 54. Prueba del nacimiento	116
§ 55. Viabilidad	116
§ 56. Mellizos	117

B) ATRIBUTOS DE LA PERSONA

1) CONSIDERACIONES GENERALES

§ 57. Concepto	120
§ 58. Caracteres y enumeración	121
a) Necesarios	122
b) Vitalicios	122
c) Fuera del comercio	122
d) Absolutos	122
e) Unicidad	122

2) ESTADO

§ 59. El estado como atributo de la persona. Distintos estados	122

§ 60.	Efectos del estado sobre los derechos	123
§ 61.	El estado y la capacidad	125
§ 62.	Prueba del estado civil	126
§ 63.	Los registros oficiales	127
§ 64.	Naturaleza jurídica de las partidas	129
§ 65.	Formalidades de confección	130
	a) Partida de matrimonio	131
	b) Partida de nacimiento	132
	c) Partida de defunción	133
§ 66.	Rectificaciones y nulidad de las partidas	134
§ 67.	La prueba supletoria	135

3) PATRIMONIO

§ 68.	Concepto y naturaleza jurídica	136
§ 69.	Doctrina alemana	137
§ 70.	Caracteres	138
	a) Necesario y vitalicio	139
	b) Único	139
	c) Inalienable y absoluto	139
	d) "Universum ius"	139
§ 71.	Garantía de los acreedores	139
§ 72.	Acciones judiciales para asegurar la integridad del patrimonio del deudor	140
§ 73.	Concurso y ejecución individual	140
§ 74.	Composición del patrimonio: cosas y bienes	141
	a) Entidad material	141
	b) Naturaleza impersonal	141
	c) Propia individualidad	141
	d) Susceptible de dominio patrimonial	141
	e) Dominio independiente	142
§ 75.	Clasificación de las cosas	142
	a) Atendiendo a su relación con el patrimonio	142
	1) Dentro del patrimonio	142
	2) Fuera del patrimonio	142
	b) Atendiendo a utilización y disposición	143
	1) Dentro del comercio	143
	2) Fuera del comercio	143
	c) Atendiendo a su naturaleza	143
	1) Muebles e inmuebles	143
	2) Fungibles y no fungibles	144
	3) Consumibles y no consumibles	144

4) Divisibles e indivisibles	144
5) Frutos y productos	145
d) Atendiendo a la conexión entre sí	145
1) Simples	145
2) Compuestas	145
3) Principales	145
4) Accesorias	145
e) Atendiendo a la relación de los bienes con las per- sonas	146
1) Bienes del Estado	146
a) Bienes públicos	146
b) Bienes privados	146
2) Bienes municipales	146
3) Bienes de la Iglesia	146
4) Bienes particulares	146

4) DOMICILIO

§ 76. Concepto y caracteres	147
§ 77. Especies	147
§ 78. Domicilio general	148
a) Caracterización	148
1) Necesidad	148
2) Unicidad	148
3) Mutabilidad	149
b) Especies	149
1) Legal	149
2) Real	152
a) Elementos de constitución	153
b) Efectos	154
c) Duración	155
3) El domicilio de origen. Concepto y casos de apli- cación	155
§ 79. Domicilio especial. Concepto y casos	156
a) Especies	156
b) El domicilio de elección en particular. Duración, cambio y efecto	157

5) NOMBRE

§ 80. Naturaleza jurídica. Distintas teorías	159

§ 81.	Caracteres	161
	a) Obligatorio	162
	b) Único	162
	c) Estable	162
	d) Inalienable e indivisible	162
§ 82.	Reglamentación. Ley 18.248	162
§ 83.	Nombre individual o de pila	163
	a) Adquisición	163
	b) Libertad de elección. Restricciones	164
	1) Extravagantes, ridículos o contrarios a nuestras costumbres	164
	2) Que expresen o signifiquen tendencias políticas o ideológicas	165
	3) Que susciten equívocos respecto del sexo	165
	4) Los apellidos como nombres	165
	5) Primeros nombres idénticos a los de hermanos vivos	165
	6) Más de tres nombres	165
	7) Los nombres extranjeros	165
	8) Nombres indígenas	167
§ 84.	Apellido	167
	a) Hijos matrimoniales	167
	b) Hijos extramatrimoniales	168
	c) Extranjeros	168
	d) Mujer casada	168
	e) Mujer viuda	169
	f) Hijos adoptivos	169
§ 85.	Rectificación, cambio y adición de nombre	169
	a) A modo de consecuencia	169
	b) A modo de sanción	170
	c) A modo voluntario	170
§ 86.	Protección jurídica del nombre	171
	a) Acción de reclamación	172
	b) Acción de contestación	172
	c) Acción de supresión	173
	d) Acción de oposición	174
§ 87.	El seudónimo	174

6) CAPACIDAD

§ 88.	Concepto. Remisión	175

CAPÍTULO III**RÉGIMEN DE INCAPACIDAD E INHABILITACIÓN
DE LA PERSONA DE EXISTENCIA VISIBLE****A) MENORES****1) CONSIDERACIONES GENERALES**

§ 89.	El menor y la capacidad	177
§ 90.	Situación de los impúberes	177
§ 91.	Situación de los adultos	178
§ 92.	Régimen laboral	179
§ 93.	Responsabilidad	180

2) LA EMANCIPACIÓN

§ 94.	Distintas clases	181
a)	Emancipación por matrimonio	181
1)	Irrevocabilidad de la emancipación. Disolución del vínculo	182
2)	Nulidad del matrimonio. Efectos	182
3)	Menores casados sin autorización. Sanción	183
b)	Habilitación de edad	183
1)	Efectos	185
2)	Revocación de la habilitación de edad	185
§ 95.	Mayoría de edad a los dieciocho años	186
§ 96.	Inhabilitación comercial	187

B) DEMENTES

§ 97.	Conceptos científico, sociológico y médico-jurídico	188
§ 98.	Solución legal	189
a)	Habitualidad	190
b)	Gravedad	190
§ 99.	Personas que pueden ser declaradas dementes	191
§ 100.	Capacidad y actos de los dementes no interdictos	192
a)	Actos de dementes que sanaron antes de que se dic- tara sentencia de interdicción	192

b) Actos de dementes que fueron realizados con anterioridad a que se dictara la sentencia de interdicción	192
c) Actos entre vivos de dementes, que son impugnados después de la muerte de éstos, a quienes no se les dictó sentencia de incapacidad en vida	192
§ 101. Los artículos 473 y 474 del Código Civil	193
§ 102. Necesidad y efectos de la sentencia de interdicción	195
§ 103. Normas del Código Civil sobre el juicio de insania	196
a) Personas que pueden hacer la denuncia	197
1) Esposo o esposa no divorciado	197
2) Parientes del demente	198
3) Ministerio de menores	198
4) El respectivo cónsul, si el demente es extranjero	198
5) Cualquier persona del pueblo, cuando el demente es furioso o incomoda a sus vecinos	198
b) Seriedad de la denuncia	199
c) El curador "ad litem"	199
d) Curadores de administración de bienes y definitivo	200
e) Peritación médica. Obligatoriedad y alcance	201
§ 104. Juicio de rehabilitación	203
Trabajos prácticos	203

C) SORDOMUDOS

§ 105. Incapacidad del sordomudo	204
a) Sordomudos que no han recibido ninguna educación	205
b) Sordomudos que, habiendo recibido educación mímica, no saben escribir	205
c) Sordomudos que saben leer y escribir	205
§ 106. Los sordomudos en nuestra ley. Concepto	206
§ 107. Responsabilidad del sordomudo	206
§ 108. Proceso de interdicción. Normas aplicables	207
§ 109. La peritación médica en el proceso por sordomudez	207
Trabajos prácticos	207

D) INHABILITADOS

§ 110. Concepto	208
§ 111. Alcohólicos y drogadictos	209
§ 112. Los disminuidos en sus facultades	210
§ 113. Pródigos	210

§ 114.	Efectos de la declaración de inhabilitación. Actos de administración y disposición	211
§ 115.	Procedimiento del juicio de inhabilitación	212
§ 116.	Cese de la inhabilitación	213
	Trabajos prácticos	213
§ 117.	Condenas penales. Artículo 12 del Código Penal	214

E) SISTEMA DE PROTECCIÓN DE INCAPACES E INHABILITADOS

§ 118.	Reglas en relación con los actos. Libertad y responsabilidad	215
§ 119.	Organismos de protección	217
§ 120.	Representación y asistencia	218
§ 121.	Internación de personas	218
§ 122.	Distintos casos de internación de personas	220
	a) Por orden judicial	220
	b) A pedido del propio interesado o de su representante legal	220
	c) Por disposición policial	221
	d) Internación de urgencia	221
§ 123.	Recaudos que deben cumplirse para las internaciones (ley 22.914)	221
§ 124.	Obligaciones del director del establecimiento	223
§ 125.	Evaluación y prospectiva sobre el régimen legal de incapacidad de dementes e inhabilitados	224

CAPÍTULO IV

LAS PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL

A) PRINCIPIOS GENERALES

§ 126.	Importancia, concepto, naturaleza y clasificación de las personas de existencia ideal	225
	Trabajos prácticos	227

B) PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS

§ 127.	Consideraciones generales	228
§ 128.	Personalidad o atributos	229

§ 129.	Capacidad de las personas de existencia ideal. Principio de especialidad	231
§ 130.	Responsabilidad contractual de las personas jurídicas	232
§ 131.	Responsabilidad extracontractual	232
	Trabajos prácticos	234
§ 132.	Responsabilidad penal	234
§ 133.	Teoría de la penetración en el ente	235
	Trabajos prácticos	235
§ 134.	Comienzo de la existencia de las personas jurídicas. La autorización del Estado	236
§ 135.	Acto constitutivo	237
§ 136.	Los estatutos. Naturaleza jurídica y reforma	237
§ 137.	Intervención y vigilancia de los poderes públicos	238
	Trabajos prácticos	238
§ 138.	Asociaciones	238
	a) Concepto e importancia	239
	b) Clasificación	239
	c) Órganos de gobierno	239
	d) Poder disciplinario e intervención judicial sobre su ejercicio	240
	e) Derechos y deberes de los miembros	241
	f) Las simples asociaciones (artículo 46, Código Civil)	241
§ 139.	Fundaciones	242
	a) La ley 19.836. Órganos administrativos	242
	b) Beneficiarios	243
	c) Acto fundacional	243
	d) Intervención del Estado para complementar o modificar los estatutos	244
	e) Recursos judiciales	244

CAPÍTULO V

FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS

A) LA MUERTE

§ 140.	Prueba	245
§ 141.	Artículo 33 de la ley 14.394	246
§ 142.	Conmoriencia	246

B) LA AUSENCIA

§ 143.	Simple ausencia	247
§ 144.	Presunción de fallecimiento	248
§ 145.	Distinciones	248
§ 146.	Día presuntivo del fallecimiento	249
§ 147.	Efectos de la declaración sobre el matrimonio y los bienes	249
§ 148.	Período definitivo y pleno	250
§ 149.	Reaparición del ausente y sus efectos sobre el matrimonio y sobre los bienes	251

C) FIN DE LAS PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL

§ 150.	Diversas causas	252
a)	Disolución voluntaria	253
b)	Disolución forzada, por retiro de la personería	253
1)	Sanción	253
2)	Imposibilidad de dar cumplimiento al objeto previsto en los estatutos	253
3)	Inconveniencia social	253
4)	Falta de patrimonio o su insuficiencia	254
c)	Finalización del plazo fijado en el estatuto para la duración de la entidad	254
d)	Cumplimiento del objeto que se previó en los estatutos	254
e)	Fusión con otras entidades	254
Trabajos prácticos		254
§ 151.	Atribuciones del poder administrador. Retiro de la autorización e intervención del Poder Judicial	254
§ 152.	Destino del patrimonio	255

CAPÍTULO VI

ACTOS COMO CAUSA FUENTE DE LA RELACIÓN Y SU MANIFESTACIÓN

A) INTRODUCCIÓN

§ 153.	Los hechos y los actos o negocios	257
§ 154.	Clasificación	258

B) EL ACTO ILÍCITO

§ 155.	Ilícitud y antijuridicidad	261
§ 156.	La relación de causalidad	262
§ 157.	Imputabilidad y autoría	263
§ 158.	Imputación de las consecuencias del acto voluntario	265
	a) Inmediatas	265
	b) Mediatas	265
	c) Casuales	266
	d) Remotas	266
§ 159.	Imputación de las consecuencias del acto involuntario (artículo 907, Código Civil)	267
§ 160.	Cuadro sinóptico del acto ilícito en derecho privado	268

C) EL ACTO O NEGOCIO

§ 161.	Terminología del Código Civil y de la doctrina	269
§ 162.	Definición del artículo 944 del Código Civil	270
	a) Acto	270
	b) Voluntario	270
	c) Lícito	270
	d) Fin inmediato	270
§ 163.	Comparación, ejemplos y diferencias con el simple acto voluntario lícito	271
§ 164.	Actos semejantes a negocios y actos materiales o reales	273
§ 165.	Sujetos que intervienen en el acto jurídico	274
§ 166.	Las partes	274
§ 167.	Los otorgantes	274
§ 168.	Representantes	275
	a) Legales o voluntarios	275
	b) De representación activa o pasiva	275
	c) De representación directa o indirecta	276
§ 169.	Sucesores	276
§ 170.	Terceros	276
	a) Sucesores a título singular	277
	b) Acreedores	277
	c) "Penitus extranei"	277
	d) Los intervinientes no partes	278
§ 171.	Requisitos de capacidad y de determinación del sujeto del acto	278

§ 172.	Efectos del acto jurídico respecto de las partes y de los terceros	279
§ 173.	El objeto del acto jurídico: bienes, cosas y hechos	280
	a) Cosas	281
	b) Hechos	281
§ 174.	Clasificación de los actos jurídicos	282
	a) Según el número de partes: unilaterales y bilaterales	282
	b) Según el momento de eficacia del acto: entre vivos y de última voluntad	283
	c) Según el modo de exteriorización del acto: positivos y negativos	283
	d) Según la exigencia de la forma: formales y no formales	283
	e) Según el contenido por el carácter de las relaciones: patrimoniales o extrapatrimoniales	284
	f) Según los efectos sobre el patrimonio: de disposición o de administración	284
	g) Según las asignaciones que contienen: onerosos y gratuitos	284
	h) Según el contenido y el momento de sus efectos: constitutivos y declarativos	285
	i) Según su interdependencia: principales y accesorios	285
§ 175.	Interpretación del acto jurídico. Diferencias con la interpretación de la ley y de la sentencia	285
	a) Interpretación de la ley	286
	b) Interpretación del acto o negocio	286
	c) Interpretación de la sentencia	286
§ 176.	Reglas de la interpretación	287
§ 177.	La buena fe y otros principios (artículo 1198, Código Civil, y artículos 217 a 219, Código de Comercio)	287
§ 178.	Distinciones en la interpretación de los actos entre vivos y de última voluntad	289
	Trabajos prácticos	290

D) LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

§ 179.	Clases de manifestaciones: positiva, tácita y presumida por la ley	291
	a) Positiva	291
	1) Oral o verbal	292
	2) Escrita o instrumental	292
	3) Signos inequívocos o hechos materiales	292

	b) Tácita	292
	c) Presumida por la ley	293
§ 180.	El silencio como manifestación de la voluntad	293
§ 181.	Las declaraciones de voluntad, de conocimiento y de sentimiento	295
§ 182.	Declaraciones recepticias y no recepticias	295
§ 183.	Forma del acto jurídico	296
§ 184.	Actos formales y no formales	296
§ 185.	Clasificación de los actos formales	297
	a) Actos formales solemnes de formalidad absoluta	298
	b) Actos formales solemnes de formalidad relativa	298
	c) Actos formales no solemnes "ad probationem"	298
	d) Forma y prueba	299
	e) Forma y publicidad	299
	Trabajos prácticos	299
§ 186.	Historia y evolución del formalismo en el derecho	300
§ 187.	Principio de libertad de las formas	301
§ 188.	Efectos del incumplimiento de las formalidades. El artículo 1185 del Código Civil	301
§ 189.	Documento e instrumento. Conceptos	303
§ 190.	Clasificación de los instrumentos	304
§ 191.	Autonomía del instrumento frente al acto o negocio	304
§ 192.	Instrumentos públicos. Concepto	305
§ 193.	La fe pública y la autenticidad	307
§ 194.	Requisitos de validez de los instrumentos públicos	307
	a) Requisitos subjetivos	308
	1) Capacidad del oficial público	308
	2) Compatibilidad del oficial público	308
	3) Competencia del oficial público	309
	b) Requisitos objetivos	309
	1) Formas exigidas por las leyes en casos especiales bajo pena de nulidad (artículo 986)	309
	2) Requisitos genéricos para todo tipo de instrumento público	310
§ 195.	Fuerza probatoria del instrumento público entre las partes y respecto de terceros	310
	a) Declaraciones formalmente esenciales del instrumento	310
	b) Declaraciones de contenido o dispositivas de las partes	310
	c) Enunciaciones directas	311
	d) Enunciaciones indirectas o simplemente enunciativas	311
§ 196.	Impugnabilidad del contenido de un instrumento público: distinciones que corresponde efectuar	311
§ 197.	Escrituras públicas	312

a) El protocolo	313
b) La escritura matriz	313
c) Partes que constituyen las escrituras públicas	313
d) Procuraciones y documentos habilitantes	314
e) Copias y segundas copias	315
§ 198. Protocolización	315
§ 199. Organización del notariado	315
§ 200. Los instrumentos privados	317
§ 201. Formalidades del instrumento privado y principio de libertad	318
§ 202. La firma	318
§ 203. La impresión digital y la firma a ruego	319
§ 204. Doble ejemplar. Casos en que se exige y dispensa de esta formalidad	321
§ 205. La fecha cierta. Respecto de quién se la exige y cómo se adquiere	323
§ 206. Instrumentos firmados en blanco. Fuerza probatoria e impugnación del contenido	324
§ 207. Requisitos	325
§ 208. Cartas misivas	326
§ 209. Fuerza probatoria de los instrumentos privados en comparación con la del instrumento público	328

CAPÍTULO VII

LOS DEFECTOS DEL ACTO JURÍDICO Y LA INEFICACIA

A) IRREGULARIDADES DEL ACTO

1) CONSIDERACIONES GENERALES

§ 210. Irregularidades en el sujeto, objeto, forma y causa	331
a) Causa fuente o eficiente	331
b) Causa fin determinante	332
c) Causa impulsiva o móvil	332
§ 211. Divergencias entre la voluntad y la declaración	333
§ 212. Teorías de la voluntad y de la declaración	334
§ 213. Las declaraciones de voluntad no serias ("iocandi causa", teatrales y de fantasía)	336
§ 214. Error en el contenido del acto y en la declaración	337
Trabajos prácticos	337

2) ERROR

§ 215.	Ignorancia y error	337
§ 216.	Error de hecho. Concepto. Clasificación	338
	a) Espontáneo o provocado	338
	b) Esencial o accidental	338
	c) Excusable o inexcusable	338
§ 217.	La teoría del error obstativo	338
§ 218.	Error esencial y error accidental	339
§ 219.	Error excusable e inexcusable	340
§ 220.	Error sobre la naturaleza del acto	342
§ 221.	Sobre el objeto	342
§ 222.	Error en la causa	343
§ 223.	Error en la sustancia	344
§ 224.	Error sobre la persona	346
§ 225.	Error de derecho	348
	Trabajos prácticos	350

3) DOLO

§ 226.	Concepto de dolo como vicio de los actos jurídicos, como elemento intencional del delito civil y del incumplimiento de las obligaciones	351
	a) Principal o accidental	352
	b) Directo o indirecto	352
	c) Positivo o negativo. La omisión dolosa	352
	d) Personal o "ex re ipsa"	353
	e) Bueno o malo	353
§ 227.	Condiciones para que el dolo determine la anulación del acto	354
	a) Que haya sido dolo grave	354
	b) Que haya sido causa determinante del acto	355
	c) Que haya ocasionado un daño importante	355
	d) Que no haya habido dolo recíproco	355
§ 228.	Dolo recíproco	355
§ 229.	Dolo de un tercero	355
	Trabajos prácticos	356

4) VIOLENCIA

§ 230.	Fuerza e intimidación	357

a) Fuerza o violencia material	358
b) Intimidación o violencia moral	358
1) Amenazas injustas	359
2) Mal inminente	359
3) Mal grave	359
4) Temor fundado	360
5) Que haya sido causa determinante del acto	360
6) Bienes amenazados	360
§ 231. Violencia ejercida por un tercero	361
§ 232. Temor reverencial	362
§ 233. Estado de necesidad	362
Trabajos prácticos	364

5) LESIÓN

§ 234. Lesión subjetiva y objetiva	364
§ 235. Doctrinas negativas y afirmativas	365
§ 236. Naturaleza jurídica de la lesión subjetiva	366
§ 237. El Código Civil antes y después de la reforma de la ley 17.711 (nota a los artículos 943 y 954)	367
§ 238. Jurisprudencia anterior y posterior a la reforma	368
Trabajos prácticos	369
§ 239. Elementos de la lesión. Subjetivos y objetivos	370
§ 240. Concepto de los elementos de la lesión	370
a) Aprovechamiento o explotación	370
b) Estado de inferioridad del lesionado	371
1) Necesidad	371
2) Ligereza	371
3) Inexperiencia	372
c) Elemento objetivo	372
§ 241. Requisitos para invocar la lesión	373
§ 242. Prueba	373
§ 243. Presunción de la existencia de lesión subjetiva	374
Trabajos prácticos	375
§ 244. Efectos de la sentencia	375

6) SIMULACIÓN

§ 245. Concepto. Comparación con otras figuras jurídicas ...	376
§ 246. Clasificación. Absoluta y relativa. Lícita e ilícita ...	379
§ 247. Acción de simulación	380
§ 248. Efectos de la sentencia declarativa de la simulación	381
§ 249. Acción entre partes. Prueba. El contradocumento ..	382

§ 250.	Casos en que no es exigido el contradocumento	383
§ 251.	Supuesto de simulación ilícita	384
§ 252.	Acción ejercida por terceros	385
§ 253.	Personas que tienen condición de terceros	386
§ 254.	Prueba de la simulación demandada por terceros	387
§ 255.	Inoponibilidad frente a terceros de buena fe (artículo 996, Código Civil)	388
	Trabajos prácticos	389

7) FRAUDE

§ 256.	Concepto	390
§ 257.	Requisitos de la acción de fraude	392
	a) Perjuicio	392
	b) Insolvencia	392
	c) Fecha	392
	d) Acreedores	393
	e) Acto	393
§ 258.	Inoponibilidad del acto fraudulento al acreedor	393
§ 259.	Efectos de la revocación	394
§ 260.	Fraude a la ley y fraude procesal	394

B) INEFICACIA DEL ACTO O NEGOCIO

§ 261.	Diferencia entre ineficacia, invalidez y nulidad del acto	395
§ 262.	Concepto de nulidad	397
§ 263.	Nulidad e inoponibilidad	398
§ 264.	Nulidad e inexistencia del acto	399
§ 265.	Clasificación de las nulidades. Sistemas diversos	401
§ 266.	Régimen general del Código y su expansión en otras ramas del derecho	401
§ 267.	Nulidades expresas e implícitas	402
§ 268.	Actos nulos y anulables. Criterio de distinción	403
§ 269.	Enumeración legal	405
§ 270.	Nulidades absolutas y relativas: criterio de distinción	406
§ 271.	Casos de una y de otra	407
	a) Actos nulos de nulidad absoluta	407
	b) Actos anulables de nulidad absoluta	407
	c) Actos nulos de nulidad relativa	407
	d) Actos anulables de nulidad relativa	407
§ 272.	Actos de los incapaces de hecho y de derecho	407
§ 273.	Efectos de las nulidades absolutas y relativas	408

§ 274.	Personas legitimadas para invocar la nulidad	409
§ 275.	Nulidad completa y parcial. Aplicación del artículo 1039 a los actos bilaterales y unilaterales	410
§ 276.	Modo de invocar la nulidad. Acción y excepción	410
§ 277.	Efectos del modo de invocar la nulidad sobre la prescripción liberatoria	411

C) EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

§ 278.	Entre partes	411
§ 279.	Restitución	412
§ 280.	Frutos, mejoras y productos	413
§ 281.	Indemnización	414
§ 282.	Efectos de la nulidad con relación a terceros. El acto aparente	414
§ 283.	Alcances de la protección a terceros	415
§ 284.	Aplicación del artículo 1051 del Código Civil	416

D) OTROS MODOS DE EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

§ 285.	Prescripción y caducidad. Concepto y diferencias	417
§ 286.	Clases de prescripción	419
§ 287.	Suspensión, dispensa e interrupción del plazo en la prescripción liberatoria	419
§ 288.	Plazos de prescripción liberatoria en los supuestos de lesión subjetiva, simulación, fraude y nulidad	421
Trabajos prácticos		422
§ 289.	Sinopsis sobre la extinción de los actos jurídicos	423

E) CONVALIDACIÓN DE LOS ACTOS

§ 290.	Confirmación de los actos jurídicos	424
§ 291.	Concepto	424
§ 292.	Actos susceptibles de confirmación	425
§ 293.	Naturaleza de la confirmación	425
§ 294.	Clases	426
§ 295.	Condiciones de fondo y forma para la validez de la confirmación	427
§ 296.	Efectos entre las partes y respecto de terceros	429
§ 297.	La ratificación. Concepto y efectos	429

§ 298.	Renuncia o abdicación de derechos o acciones	430
§ 299.	Conversión del acto ineficaz	431
	a) Conversión material	431
	b) Conversión formal	432

APÉNDICE

I.	Proyecto de ley sobre rectificación y respuesta. Fundamentación	435
II.	Bases para una legislación sobre adecuación de sexo en casos de transexualidad y consiguiente modificación del nombre	441
III.	Proyecto de ley. Mayoría de edad a los dieciocho años ..	443
	<i>Bibliografía</i>	447

CAPÍTULO PRIMERO

LA NORMA, LAS FUENTES DEL DERECHO Y LOS DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS

A) LA NORMA JURÍDICA

§ 1. **DERECHO OBJETIVO.** — De la *ética*, como rama del saber humano que se refiere a las reglas de conducta, derivan las normas morales, las de uso social y las jurídicas o de derecho. Normas jurídicas son *las reglas de conducta humana coercitivas, impuestas o reconocidas por la autoridad del Estado, con el fin de ordenar las relaciones del hombre en la sociedad.*

A diferencia de las normas morales, *las de derecho* valoran los comportamientos de las personas, para hacer posible la convivencia entre ellas; son aplicadas coercitivamente por la autoridad del Estado; se concretan en mandatos y prohibiciones respaldados coactivamente por los órganos de gobierno (reglas heterónomas); su obligatoriedad se traduce en que su incumplimiento debe ser castigado con una sanción preestablecida; el acatamiento debido atiende a los otros miembros de la sociedad.

En cambio, *las normas morales* actúan en el ámbito de la conciencia interior del hombre; dependen sólo de su propia convicción individual (*reglas autónomas*); carecen de la coactividad del Estado para hacerlas cumplir; su obligatoriedad se traduce en que su no cumplimiento puede ser sancionado por reacciones de la sociedad, sin depender del *imperium* de la autoridad pública; su acatamiento debido atiende a un imperativo del individuo-hombre como tal, al margen del derecho o deber de los otros hombres.

Por su parte, *los usos sociales*, no jurídicos participan en general de los caracteres de las normas morales, pero con la diferencia de que, al igual que las normas jurídicas, son impuestos por una fuerza exterior (reglas heterónomas), aunque no por los órganos de gobierno, sino por la presión social, sin atender a la libre decisión de conciencia del individuo.

§ 2. **RAMAS DEL DERECHO OBJETIVO.** – Las ramas del derecho objetivo o conjunto de normas que versan sobre una sola materia, se dividen en *ramas de derecho público* y *ramas de derecho privado*.

De las diversas teorías que se han elaborado para distinguir unas de otras, merece especial atención la que, refiriéndose a los sujetos de la relación jurídica, sostiene que son de derecho público *los conjuntos de normas en los cuales aparece primordialmente el Estado como poder público*. En esa apreciación se ubican:

- a) El derecho constitucional.
- b) El derecho administrativo.
- c) El derecho penal.
- d) El derecho procesal penal.
- e) El derecho internacional público.
- f) El derecho de minería.

Son de derecho privado, *los conjuntos de normas en los cuales se regulan primordialmente las relaciones de los particulares entre sí o las de éstos con el Estado, sólo cuando el Estado actúa al margen de su imperium, como simple persona jurídica*. En este sector se ubican:

- a) El derecho civil.
- b) El derecho comercial.
- c) El derecho laboral.
- d) El derecho procesal civil, comercial y laboral.
- e) El derecho rural.
- f) El derecho de seguridad social.
- g) El derecho industrial.
- h) El derecho internacional privado.

Conviene aclarar que el derecho procesal civil, comercial y laboral tiene por principal objeto los conflictos de los particulares entre sí o con el Estado cuando actúa sin sus atributos de *imperium*. La actuación del órgano judicial, inclusive de primer orden y que ejerce su *imperium* como poder público, no cambia la esencia de los conflictos a resolver por el derecho procesal, en donde los particulares se reservan el impulso y deciden por su conveniencia según propios intereses, pues aquel *imperium* está al servicio de éstos.

Asimismo, el derecho de minería en gran parte atiende a las explotaciones que maneja el Estado —o por medio de empresas privadas— como poder público (así la extracción de hidrocarburos), siendo las minas de menor importancia las que se suelen dejar libradas a los intereses particulares.

A la inversa de lo expuesto, el derecho constitucional y político tiene áreas propias de los particulares, como son los principios, derechos y garantías individuales, que no se encuentran siempre y necesariamente vinculados con el Estado y sus poderes, aunque en gran medida sí lo están.

Estos ejemplos demuestran la necesidad de llegar a una conclusión aclaratoria: las ramas de derecho público encierran también normas propias del derecho privado, pero de ninguna manera prevalecientes sobre las de derecho público, sino, al contrario, cualitativa y cuantitativamente de mucho menor alcance. A la inversa, las ramas del derecho privado contienen normas de derecho público accesorias o complementarias, y no primordiales frente al fin que las proyecta y al conjunto de sus contenidos.

§ 3. **DERECHO CIVIL.** — Desde un punto de vista histórico en la evolución de las organizaciones jurídicas de los pueblos, se ha considerado que el derecho civil comprende las materias que han quedado o restan (a partir del *ius civile romano*) después que de su contenido total se fueron desprendiendo otras ramas, tales como las de los derechos público, comercial, procesal, rural, de minería, laboral, etcétera. Puesto que en sus orígenes los Estados englobaban en un solo conjunto de normas todas esas ramas que con el tiempo se fueron destacando, se ha dicho que el derecho civil (lo que quedó) es el tronco común o derecho común. En ese sentido, aun actualmente suele ser el conjunto de normas que, por ausencia de soluciones específicas dentro de las otras ramas del derecho normativo, vienen a suplirlas, convirtiéndose en un fondo común de principios que tienen, por tanto, aplicación subsidiaria.

Dicho concepto negativo se contrapone a otro positivo, que es superior y más científico. Según la definición que recogen algunos autores, derecho civil es “*el que rige al hombre como tal, sin consideración de sus actividades o profesiones peculiares; que regla sus relaciones con sus semejantes, y con el Estado, cuando éste actúa en su carácter de simple persona jurídica y en tanto esas relaciones tengan por objeto satisfacer necesidades de carácter genéricamente humanas*” (Borda).

Quiere esto decir que el ámbito que le es propio se proyecta desde la concepción de la criatura –principio de existencia de la persona– hasta la muerte, y aún más allá, las consecuencias posteriores derivadas de este hecho jurídico. O sea, toma al hombre desde que *es* hasta que *deja de serlo* y todo lo que directa o indirectamente se relacione con él. No obstante, lo comprende en lo específicamente humano de sus relaciones, dejando de lado las que por especialidad, preparación, profesión u objeto especial de su contenido (p.ej., ejercicio del comercio; vinculación laboral; técnica de minería; actividad profesional, procesal, etc.), entran en una esfera de competencia que no es la común de todo hombre.

Puede sostenerse, por tanto, que atiende al hombre en sí mismo; sus relaciones familiares; sus vinculaciones civiles en su carácter genérico obligacional; sus relaciones con los objetos o cosas; la muerte y sus efectos posteriores (sucesión). Todas estas cuestiones son propias y comunes a todos los hombres, al margen de sus empresas o preparaciones peculiares.

B) FUENTES DEL DERECHO

§ 4. **CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN.** – *Se llama fuentes del derecho, los modos como se manifiesta el derecho; los medios en virtud de los cuales se exterioriza, o se presenta revelando su contenido y sus mandatos (Cifuentes).*

Las fuentes se clasifican en formales y materiales. Las *fuentes formales* tienen obligatoriedad debido a su fuerza extrínseca, relacionada con el órgano que las creó. Tienen autoridad por sí mismas, dejando de lado la validez justa o racional de su contenido. Son fuentes directas.

Las *fuentes materiales* no tienen autoridad propia, sino que, dando cuenta de la verdad de sus postulados y la justicia o conveniencia de su solución, persuaden y hacen que los órganos con poder las adopten para aplicarlas. Se las considera indirectas, pues no valen por sí mismas sino por su valor intrínseco, que induce a los órganos a darles eficacia y autoridad.

Son fuentes formales: a) la ley en sentido amplio o material; b) la costumbre que, acorde con el art. 17 del Cód. Civil,

debe aplicarse por disposición de la ley que se remite a ella —*secundum legem*—; c) la costumbre que llena los vacíos de la ley —*praeter legem*—; d) la jurisprudencia plenaria o de casación, es decir, la jurisprudencia que por ley es obligatoria; e) ciertas normas individuales, pero también obligatorias para las partes, como la sentencia con autoridad de cosa juzgada; f) las resoluciones de la Administración, y g) hasta las convenciones de los particulares a las cuales la norma objetiva da fuerza de ley (art. 1197, Cód. Civil).

Son fuentes materiales: a) la doctrina de los autores; b) la jurisprudencia en general no obligatoria, y c) las costumbres que desconocen el mandato legal (*contra legem*).

§ 5. **LA LEY.** — Es la principal de las fuentes formales del derecho.

También se clasifica a la ley, con diferente alcance, según el órgano que la crea y el contenido sustancial, en ley formal y ley material. Desde el punto de vista formal sólo se pone de relieve el órgano que la sanciona, que debe ser la autoridad que constitucionalmente tiene la encomienda de elaborarla; es decir, el Congreso de la Nación o Poder Legislativo y, en el orden local, las legislaturas provinciales. Este punto de vista se desentiende del contenido material o sustancial, de ahí que si bien en la generalidad de los casos la ley formal es también derecho normativo obligatorio y general, siendo ley formal-material, puede suceder —y sucede en muchos casos— que el mandato que sanciona el Congreso sea puramente formal, como el caso de la concesión de una pensión graciable a una persona, el homenaje a un personaje que se ordena publicar, la orden de erección de una estatua o de edición de una obra en beneficio de alguien en particular.

En su alcance material o amplio, el punto de vista se concentra en el elemento normativo jurídico, de modo que es ley toda norma creada por autoridad competente para ello y que contiene los caracteres de obligatoriedad general, generalidad y abstracción. La distinción es importante, pues, en el orden jurídico privado, suele prevalecer el sentido amplio captándose toda suerte de reglas en las cuales se crean mandatos de cumplimiento y prohibiciones que provienen de los diferentes órganos de gobierno con jurisdicción para estatuirlos, siempre que sustancialmente entrañen una norma jurídica. Mientras que en el orden jurídico penal, por principio, sólo es constitucionalmente considerada la ley formal que crea y sanciona los delitos y las penas.

Se llama ley a “la regla social obligatoria, establecida por la autoridad pública” (Salvat). Se toma aquí el criterio amplio

de ley, también llamado material, pues como se ha dicho en sentido estricto y formal sólo es ley la regla que sanciona el Congreso en su función específica y constitucional de legislar. Luego, el concepto expuesto comprende esas leyes y la Constitución, los decretos del Poder Ejecutivo, resoluciones de los ministerios, ordenanzas municipales, edictos de policía, etcétera.

a) *CARACTERES*. Se trata de una regla *escrita*, que la autoridad competente ha sancionado y que tiene *generalidad*, porque se aplica a un grupo indeterminado de personas. No sería ley con ese alcance la que solamente beneficiara a una o más personas determinadas, como la pensión graciable de una viuda, concedida por el Congreso, que es ley en sentido formal, pero no en sentido sustancial o material.

Sea o no imperativa, es de la esencia de toda ley su *obligatoriedad*, pues su no cumplimiento determina una sanción, la cual puede estar prevista en la ley misma o en otras normas legales generales que la complementan. Un ejemplo de esto último es el art. 18 del Cód. Civil, que establece que “*los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención*”. La sanción aquí implica establecer la invalidez del acto y, por tanto, las consecuencias que esa invalidez produce.

b) *EL CÓDIGO Y SU MÉTODO*. Es clarificador dar las notas distintivas de los agrupamientos normativos posibles. Se llama *recopilación* a la compilación de las leyes y normas jurídicas que rigen para un país o región, y que puede abarcar todas las materias o alguna rama en particular del derecho. En esas recopilaciones se elabora un orden cronológico y por materias, de tal modo que se incluyen las leyes, estén o no vigentes, y que se han dictado con el correr del tiempo en diferentes épocas, por ejemplo, la “Novísima Recopilación de las Leyes de Indias”, que fue derecho positivo en las colonias de América hispana. Este trabajo es poco depurado y, además, reúne reglas dictadas por diferentes legisladores que, en muchos casos, han dejado de regir por haberse derogado por otras de las recopiladas. Sólo es un ordenamiento por fechas y materias que facilita la búsqueda de las leyes dictadas.

Se llama *consolidación* al agrupamiento de las leyes que rigen, pero con un sistema mucho más complejo y depurado,

pues se excluye a las normas que fueron derogadas explícita o implícitamente. Como ejemplo histórico, es de recordar la *Consolidação das leis civis* para el Brasil de Freitas y, en la actualidad, los textos ordenados de las leyes de aduana, o de las ordenanzas municipales de la Capital. A diferencia de la recopilación, son muchas las leyes agrupadas de diferentes épocas y su ordenamiento por materia, pero depuradas, dejando sólo las vigentes. No tiene unidad de espíritu, puesto que fueron distintos los legisladores que las sancionaron, distinguiéndose del Código en que éste acata las creencias y necesidades de su tiempo y tiene, en principio, una sola línea conceptual en sus bases filosóficas.

El *código* es una ley que contiene un cuerpo de *normas dispuestas según un plan metódico y sistemático*. Resulta el máximo avance de la ley como fuente del derecho, en atención a que la codificación en general tiende a: 1) la *unidad* de las reglas que regulan una determinada rama del derecho, a fin de lograr una legislación uniforme; 2) la *integridad*, pues en el momento de quedar concluido, aquellas reglas jurídicas se suponen todas contenidas en él, aun cuando las circunstancias posteriores exijan cambios de su interpretación o de la legislación, y 3) la *sistemática*, ya que el conjunto de principios o reglas deben estar ordenadamente relacionados entre sí, para lograr un fin.

Método es el camino o procedimiento para alcanzar determinada posición. Cuando ello ocurre en el "campo jurídico" se habla de método jurídico, el que deberá ajustarse a los criterios propios aplicables a este medio. Se ha definido el método jurídico como aquel "que se refiere a la construcción de los conceptos y a la determinación de los principios de derecho" (Bielsa).

Por su parte, la redacción legislativa necesita también métodos de acción con caracteres específicos. Mas esta acepción del término método, difiere de la anterior y se refiere al orden y clasificación de las normas legales y de su contenido. No es el camino que conduce a la elaboración de conceptos y principios jurídicos (materia estudiada por la metodología jurídica), sino el ordenamiento sistemático y clasificador de las instituciones y su ubicación en las leyes y, fundamentalmente, en los códigos.

Se denomina técnica legislativa al instrumento auxiliar y práctico, aplicable a la creación de la ley, una vez que se ha decidido el método o camino a adoptar para concretar determinado fin.

La metodología del Código Civil, de la que aquí se trata, no es la que estudia los métodos —y entre ellos el método jurídico— para elaborar principios de derecho, sino el ordenamiento y clasificación de las normas del Código Civil. Ello significa que pese a las denominaciones que el tema puede adquirir en algunos programas de enseñanza, no corresponde específicamente al campo de la metodología, sino al de la técnica legislativa, esto es, al ordenamiento lógico de las normas de derecho. Se trata *“del sistema externo de la ley y del sistema lógico de conceptos abstracto-generales que aquél tiene por base, y no del sistema interno del derecho como coherencia de sentido de sus principios e ideas fundamentales”* (Larenz).

1) *IMPORTANCIA DEL MÉTODO.* El orden debe imperar en los códigos, los que no pueden reducirse a ser meras recopilaciones de conceptos dispersos, sino que deben ajustarse a un plan sistemático que les otorgue coherencia lógica e indique la clasificación que los autores han querido hacer de las instituciones tratadas, circunstancia que permitirá la aplicación concreta de los textos y revelará la jerarquía y alcance de cada norma.

Estas ventajas fueron señaladas por Colmo: *“La clasificación metodológica al asignar una ubicación cualquiera a una institución lo hace para caracterizarla en su contenido o comprensión y al propio tiempo para determinar la esfera de su aplicabilidad, vale decir su extensión o su grado de generalidad”*.

Los beneficios que aporta la correcta elección del método a seguir en la redacción de un código, máxime si éste es de derecho civil (según Portalis, *“las buenas leyes civiles son el mayor bien que los hombres pueden dar y recibir”*), resultan de tanta evidencia que no pueden ni aun quedar desvirtuados por opiniones (prácticamente aisladas en la actualidad) que argumenten lo contrario.

Los códigos, si bien no deben olvidar lo popular, tampoco pueden ser un conglomerado de normas que pretendan resolver todas y cada una de las situaciones de hecho que se producen en la realidad, con relevancia en el campo jurídico, es decir, caer en la casuística. Ello significa que el legislador debe tener en cuenta la necesidad y conveniencia del empleo de un orden científico y lógico en la elaboración y redacción de la ley, aun cuando esté destinada a ser aplicada por “prácticos del derecho”, a quienes les resultará imprescindible poder conocer la naturaleza de las instituciones jurídicas y su ubicación en la concepción general y abstracta, para aplicar e interpretar correctamente las normas que las regulan.

Conocía Vélez Sársfield, indudablemente, las ventajas de una buena sistematización; pues en la nota de remisión del primer libro al Poder Ejecutivo expresó: “*El método que debía observar en la composición de la obra ha sido para mí lo más dificultoso y me ha exigido los mayores estudios*”. En cuanto a los métodos en general, critica en la misma nota el de las *Institutas* de Justiniano (seguido por el Código de Chile), el del Código francés, seguido a su vez por diversos códigos de la época, y señala haber seguido el de Freitas en su *Consolidação das leis civis*.

2) *EL PROBLEMA DE LA DENOMINADA “PARTE GENERAL”*. La distinción de conceptos generales y especiales es el fundamento de la relación de una parte general con las partes especiales de un Código. “*La parte general comprende la legislación de los elementos comunes a toda relación jurídica. Las especiales se refieren a la reglamentación en particular de las diferentes clases de relaciones jurídicas*”. Aquella comprende las normas que se refieren a las personas (los atributos y derechos); a las cosas, bienes y al patrimonio como objeto de la relación jurídica y a los hechos y actos jurídicos como fuente de dichas relaciones.

Este tipo de plan, que aparece en las codificaciones del siglo xx, como el Código Civil alemán y el Código Civil brasileño, era ya considerado sin embargo en el siglo xix en las obras de Freitas: en la *Consolidação* adoptó una parte general subdividida en personas y cosas, y en el *Esboço* la amplió incorporando los hechos.

La polémica acerca de la conveniencia o no de incluir metodológicamente una parte general en los códigos, en la que se incluyeron las teorías generales sobre las personas, las cosas y los hechos, y que pareció pronunciarse por la primera alternativa, se ha vuelto a reabrir con la sanción en este siglo de códigos, como el italiano y el suizo, que han repudiado la separación en parte general y especial.

3) *EL MÉTODO DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO*. Ha tomado Vélez Sársfield, como punto de partida para formular el plan general del Código, la clasificación de los derechos en derechos de familia y derechos patrimoniales, y la de éstos en personales y reales. Con este fundamento trata en cuatro libros sucesivamente de las personas, de los derechos personales en las relaciones civiles, de los derechos reales y de las disposiciones comunes a ambos.

Desde otro ángulo, regula la actividad civil del hombre y de la mujer desde que han sido concebidos en el seno materno,

su nacimiento, vida y muerte, así como la incidencia que esta última tiene sobre sus diferentes derechos.

La clasificación de derechos ya podía apreciarse en las *Institutas* de Justiniano. En este sentido Ortolán, en su libro *Instituciones del Emperador Justiniano*, al comentar la distribución de sus libros expresa: “Considerándolos en su totalidad, la clasificación parece que corresponde a la establecida en la jurisprudencia romana, según la cual todo derecho se refiere a las personas, a las cosas y a las acciones”. Estas últimas actualmente han sido eliminadas y son el objeto de los códigos procesales.

El plan del Código es el siguiente:

Dos títulos preliminares, denominados “De las leyes” y “Del modo de contar los intervalos del derecho”.

Libro Primero: “De las personas”, subdividido en dos secciones que tratan: la primera, “De las personas en general”, y la segunda, “De los derechos personales en las relaciones de familia”.

Libro Segundo: “De los derechos personales en las relaciones civiles”, subdividido en tres secciones que tratan: la primera, “De las obligaciones en general”; la segunda, de los hechos y actos jurídicos, y la tercera, “De las obligaciones que nacen de los contratos”.

Libro Tercero: “De los derechos reales”. No está dividido en secciones y trata también de las cosas.

Libro Cuarto: “De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes”. Está subdividido en tres secciones: la primera trata de las sucesiones, la segunda de los privilegios y la tercera de la prescripción.

Un título complementario: sobre la aplicación de las leyes civiles.

Es dable observar que el Código no tiene una parte general, a diferencia de los antecedentes expuestos e, inclusive, de sus fuentes, puesto que no ha dedicado una sección que reúna las materias propias de ella. Sin embargo, aparecen una serie de generalizaciones que contienen, en gran proporción, esas materias y que suplen la ausencia de la parte general. Se destacan, particularmente, en el Libro Primero, Sección Primera, el tratamiento de las personas en general, y en el Libro Segundo, Sección Segunda, el de los hechos y actos jurídicos.

Vélez Sársfield no siguió en este tema a las *Institutas*, redactadas por el emperador Justiniano (traducción latina de la palabra "instituciones", nombre que los romanos daban a los tratados de derecho). Si bien ellas fueron fuentes que tuvo presente en forma directa o por medio de los doctrinarios que las comentaron, no así respecto del método, ya que las *Institutas* se redactaron sin atender a una metodología o plan preciso y lógico.

Tampoco siguió el método del Código Civil francés de 1804 (llamado Código Napoleón), pues, al contrario, aunque respetado a lo largo de nuestro Código en muchos temas (1.150 artículos dejaron aquí su impronta decisiva), Vélez criticó su método duramente en la nota de remisión del primer libro al Poder Ejecutivo. En cambio, el plan propuesto por Freitas fue el que en mayor medida inspiró al codificador. En aquella nota señaló que había seguido el método que aparece en la *Introducción* de la *Consolidação das leis civis*, aunque también se observa que tuvo en cuenta al *Esboço*, que fue posterior, dado que agregó la sección de los hechos y actos jurídicos.

Nuestro Código se ha ajustado a los caracteres que califican y dan superioridad a la codificación: unidad, integridad y sistemática. El art. 22 dispone: "*Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial*". Esta norma ha derogado todas las del derecho español e intermedio (1810 a 1879), fijando al tiempo de su sanción, la integridad del contenido del derecho civil. Pero ello no impide que, posteriormente a dicha sanción, se dictaran normas que respondieran a las circunstancias y necesidades sobrevinientes. El Código, que es una ley (340), ha debido ser modificado en muchos aspectos, creándose después legislación civil complementaria acorde con la evolución de la sociedad y sus conveniencias. De donde el art. 22, en realidad, fue de suma importancia, porque significó completar en un momento dado el total de las normas como punto de partida, dejando de lado la dispersa y asistemática legislación que hasta entonces regía en derecho civil.

Tres proyectos de sustitución del Código han tenido trascendencia con el correr del tiempo. Fueron elaborados con los lineamientos de la obra de Freitas, del Código alemán de 1900 y del brasileño de 1916. Son ellos el Anteproyecto Bibiloni (1926), el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936 y el Anteproyecto de 1954. Incluyeron, en lo que hace al método, una "parte general", no obs-

tante que en algunos casos la legislación contemporánea la ha suprimido: códigos suizo de 1907 e italiano de 1942.

Si bien el Código no fue sustituido, cumpliendo su misión desde su entrada en vigencia en enero de 1871, diversas modificaciones — algunas en desacuerdo con su filosofía, que abrieron nuevos panoramas en el curso de las ideas — fueron alterando muchas de sus normas. Se destacan, entre otras, la ley de fe de erratas 1196 de 1882 que, con el pretexto de la corrección de errores de impresión a la edición realizada en Nueva York (Estados Unidos de América), introdujo modificaciones en algunos artículos; la ley de matrimonio civil 2393, sustituida por la actualmente vigente 23.515 de 1987; las que establecieron diferentes pautas en la redacción de las escrituras públicas (leyes 9151 y 15.875); la que cambió, entre otras cosas, los requisitos de la ausencia, el fallecimiento presunto e instituyó el bien de familia (ley 14.394 de 1954); la ley 17.711 (complementada por la 17.940, ambas de 1968), que sancionó modificaciones diversas en muchos artículos y creó una serie de instituciones que no habían sido admitidas por Vélez Sársfield, como la inhabilitación de las personas, incluyendo la *prodigalidad* (art. 152 *bis*), la lesión subjetiva (art. 954), el ejercicio abusivo de los derechos (art. 1071), la teoría de la imprevisión (art. 1198), etc., pudiendo sostenerse que fue la más pródiga en la incorporación de nuevos conceptos y soluciones de derecho civil; la ley de intimidad 21.173, que introdujo el art. 1071 *bis*, y la ley de patria potestad 23.264.

Otros proyectos no han tenido hasta hoy concreción, habiendo algunos pasado exitosamente por las cámaras del Congreso, como los que tendieron a la unificación de las normas de derecho privado, civil y comercial. Pero puede sostenerse que nuestro Código ha sufrido tan variados cambios que está muy lejos, por cierto, del orden jurídico primario que salió de la pluma del codificador. A esas modificaciones debe añadirse el conjunto de leyes que han tratado distintas cuestiones de derecho civil, como las de patronato de menores, de propiedad intelectual, de propiedad horizontal, de nombre de las personas, de adopción, de registro civil, de trasplantes de órganos, entre otras. Es quizá necesario plantearse hoy la sanción de un nuevo Código, que recoja con unidad y sistema todas esas parcialidades y comprenda las últimas evoluciones de la humanidad. Así lo han hecho en América latina diversos países, como Venezuela y Bolivia en 1976, Costa Rica en 1973, Perú en 1984 y Paraguay en 1987.

§ 6. **LEYES DE ORDEN PÚBLICO.** — Una idea clásica muy extendida ha relacionado al orden público con ciertos principios eminentes, superiores, sobre cuya base se asientan la paz, la seguridad social, las buenas costumbres, la justicia y la moral. En tal sentido, se considera que son leyes de orden público las leyes fundamentales que contienen esos principios y dan

esencia y estructura a la organización social. La dificultad para distinguir estas leyes fundamentales de las que no lo son, ha llevado a formular otras teorías. Las preguntas son: ¿Cuáles son esos principios? ¿Quién los establece? ¿Qué leyes los contienen?

Otra teoría es la que relaciona el orden público con los *intereses generales* o de toda la colectividad, en tanto y en cuanto se considere a un país determinado en un tiempo dado. Lo que en ciertas épocas de la historia encarnó como aspectos generales superiores y que interesaban por ello a toda la comunidad, en otras dejaron de tener esa trascendencia y se identificaron con los intereses particulares. La evolución y los cambios en hábitos o costumbres han modificado, según las épocas y los lugares, el sentido de lo que se entendía como sujeto a un interés general y que se imponía sobre la voluntad de las personas.

Así, por ejemplo, no hace mucho se consideraba que el tratamiento del cadáver estaba vinculado con el interés público por una tradición religiosa y moral; hoy se ha perdido en gran parte esa tradición, permitiéndose un manejo en muchas facetas libradas a la decisión privada, como la cremación, el trasplante de partes del cadáver, la donación de órganos, etcétera.

Las leyes que están identificadas con el orden público, por tanto, son las que según la sociedad de que se trate suelen considerarse *imperativas*. En cambio, las leyes que solamente regulan intereses de las personas en particular, son renunciabiles, permisivas y pueden ser dejadas sin efecto por los particulares en sus convenciones, y no afectan el orden público, se las llama *supletorias*.

Este concepto asimila la ley imperativa con la de orden público, pues en ambas se valora su fuerza de imposición, que proviene de un interés colectivo o general, por oposición a las leyes supletorias o permisivas en las que sólo están a la vista los intereses privados o de los particulares. El art. 21 del Cód. Civil es, con ese alcance, explícito, cuando establece: "*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres*". Es decir, si no hay de por medio intereses comunitarios, las convenciones particulares pueden dejar sin efecto las leyes que no son imperativas, y su obligatoriedad

dependerá de que las personas dispongan o no algo contrario a ellas.

Las leyes de orden público o imperativas, en atención a la función social que cumplen, son de todas maneras aplicables y rigen aun forzando la voluntad de las personas.¹ En general, son aplicadas de oficio por los tribunales (CNCiv, Sala D, 5/4/79, ED, 84-415). Sin embargo, y a pesar de que en la ley misma el legislador haga una declaración genérica, sosteniendo que ella pertenece al grupo de las de orden público, no siempre todas sus disposiciones han sido interpretadas con ese alcance, pues, resguardando los fines superiores e inmanentes que la ley ha tenido en cuenta, ciertas normas contenidas en ella pueden ser consideradas supletorias por los jueces en su aplicación al caso concreto. La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado en sus fallos esta doctrina, al declarar que lo importante es el contenido de las normas, no la manifestación formal del legislador sobre su carácter de orden público (CSJN, 19/9/47, LL, 48-330).

§ 7. **LA COSTUMBRE.** — La costumbre sigue en orden de importancia a la ley como fuente del derecho. Tiene dos sentidos, estrechamente relacionados con las reglas de conducta jurídicas: las costumbres que son origen histórico de las leyes y las que son medio de exteriorización de dichas reglas.

a) **COMO FUENTE HISTÓRICA DE LA LEY.** Es el conjunto de hechos, usos y prácticas que se producen en un país y época determinados, con tal fuerza y trascendencia que la autoridad competente, con facultades de gobierno, los reconoce, inspirándose en ellos para dictar la ley o regla escrita obligatoria. Una vez que el legislador los asumió y sancionó, dejan de ser costumbre y se transforman en ley material, pero para que ello ocurra no es necesario que tales hechos, usos y prácticas tengan los caracteres objetivos y subjetivos que se exigen para la costumbre, que es por sí misma fuente del derecho.

b) **COMO FUENTE POR SÍ MISMA DEL DERECHO LLAMADO CONSUE-TUDINARIO.** Es el “conjunto de comportamientos humanos no reglados por ley que una comunidad social reconoce, dándoles fuerza obligatoria para el establecimiento, mantenimiento y extinción de relaciones jurídicas” (Cifuentes).

El concepto clásico, según el cual la costumbre “es la observancia constante y uniforme de una regla de conducta por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una

necesidad jurídica" (Llambías), no ha hecho otra cosa que sintetizar los elementos caracterizantes de la costumbre como fuente del derecho (Lavalle Cobo), los que a continuación se estudian.

c) *CARACTERES OBJETIVOS*. Se identifican con los comportamientos o conductas de hecho, pues son hechos humanos que tienen especiales cualidades exteriores. En primer lugar, deben tener una cierta *duración*, puesto que es la continuidad en el tiempo del uso o práctica habitual la que demuestra su definida admisión por el grupo. La repetición de ciertos actos de la misma naturaleza no podría considerarse sin un lapso suficientemente prolongado que revele la aceptación general por el grupo.

Esos actos deben tener *continuidad*, en el sentido que no sería posible considerarlos verdaderas reglas obligatorias si se realizaran en un tiempo pero en otro tiempo no se cumplirían. Además de duración y continuidad, requieren *uniformidad*, pues la semejanza o igualdad de los comportamientos ante situaciones o circunstancias iguales demuestra una reacción idéntica, lo que es necesario para admitir la costumbre como regla.

Hoy no se considera la necesidad de fijar tiempos definidos o un número de años. En otros derechos, como el canónico, se estableció cierto número de años para aceptar la costumbre. Asimismo, algunos autores creen que ni siquiera es necesario que la duración de los usos y prácticas sea muy prolongada, sosteniendo que hay veces que la costumbre nace espontáneamente, a partir de un acto inicial generalizado. Pero es indudable que, en ese caso, no resultaría fácil al intérprete determinar la existencia del hábito, convertido en costumbre con fuerza de precepto.

En segundo lugar, es necesario que esos comportamientos sean acatados en *general*, o sea, que tengan generalidad. El sentido de esta cualidad es la de que todo el grupo de personas realice y respete la fuerza vinculadora de las conductas de hecho. Si dentro de una comunidad determinada, tanto en el espacio como en la específica actividad de que se trata, sólo una parte o sector de personas la realizara, no podría sostenerse que es general y, por tanto, dejaría de ser costumbre o derecho consuetudinario.

Es de rigor un acatamiento general del grupo en el cual se manifiesta el hábito jurídico, lo que no significa exigir que todo el pueblo de una Nación o Estado lo cumpla. Las costumbres suelen ser lo-

cales dentro de un país, o bien, comportamientos que se ejecutan por sectores o gremios identificados, grupos que se ocupan de una actividad específica, como la comercial en el embarque en los puertos o las de los hombres de campo en la comercialización de algún tipo de granos. Lo importante es que el sector entero de la actividad particular respete esa práctica, aunque también puede ser que todo el pueblo del Estado sea el destinatario de la norma consuetudinaria.

d) *CARACTERES SUBJETIVOS*. Tienen un sentido positivo y otro negativo. El primero, que es muy importante, se vincula con la persuasión de las personas de que al seguir el uso o práctica están cumpliendo algo debido y que, por tanto, de no hacerlo, podría sobrevenir una sanción jurídica. Suele señalarse que es la convicción de que la conducta responde a una necesidad jurídica (*opinio iuris et necessitatis*), lo que en palabras llanas significa que la gente se ha convencido de que es conducta obligatoria.

En el sentido negativo, hay ciertos hábitos que, no obstante encontrarse generalizados, la opinión social los descalifica racionalmente, limitándose a tolerarlos pero sin prestarles apoyo espiritual y, aun, criticándolos. Esto significa que si bien se extendieron, no tienen justificación de conveniencia ni convicción racional que los apoye en la sociedad donde se desarrollan. Estos hábitos, por cierto, no forman precepto consuetudinario, pues su tolerancia general no puede convertirlos en obligatorios para la comunidad que los repudia.

Así, por ejemplo, el tráfico, expendio y consumo de cigarrillos y tabaco es práctica muy común, pero no se la aprueba y se trata de limitarla lo más posible, previniéndose sobre su nocividad (v. gr., ley 23.344), lo que demuestra que es un uso no querido y, por ende, no obligatorio.

No debe confundirse el tema de la costumbre como fuente del derecho con el de las buenas costumbres, que es un principio del cual se nutre el derecho para corregir las conductas jurídicas. Este valor o principio tiene estrecha relación con la moral y la proyección de sus normas (ver § 1). En contraposición, puede sostenerse que las malas costumbres son hechos contrarios al sentir general de la comunidad donde se practican, pero con un grado de repudio mucho mayor al de los hábitos tolerados aunque no queridos ni justificados, como el expuesto líneas antes sobre el uso del tabaco.

e) *CLASES*. La costumbre *secundum legem*, o según la ley, es la que se aplica por mandato de la norma positiva. Ésta

no da la solución al caso, sino que convoca a la costumbre para que lo haga. La remisión de la ley suele ser expresa, aunque no necesariamente con palabras específicas, bastando que surja esa delegación del sentido de la norma escrita. Bien no ha dicho que, en realidad, la verdadera fuente es la ley, puesto que en ocasiones da entrada a la costumbre para que quede solucionado el conflicto y en otras le niega posibilidades (Mosset Iturraspe). Pero, de todos modos, la remisión es una manera de legitimar lo que los usos y prácticas establecen, lo cual en concreto no está previsto ni reglado en la norma. Ésta se limita a remitirse a ellos.

Muchos son los casos particulares en que la ley hace esta remisión. A título de ejemplo, se recuerda que, en las obligaciones del comprador en el contrato de compraventa, se establece que está obligado a recibir la cosa en el plazo convenido en el contrato, “o en el que fuese de uso local” (art. 1427, Cód. Civil). Las formalidades de los actos jurídicos, su validez y nulidad se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaron (art. 950, Cód. Civil). O sea que no habiendo ley, impera la costumbre local.

Este tipo de costumbre, que también se llama *propter legem*, está previsto en el Código Civil desde su sanción, en su art. 17, y fue el único aceptado como fuente por el codificador, Vélez Sársfield, al disponer en su parte 2ª: “El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes no refieren a ellos”. La ley 17.711 ha hecho una innovación al recoger también la costumbre *praeter legem*.

La costumbre *praeter legem*, o que llena los vacíos de la ley, es norma al margen de que la ley la contemple para tal fin. Surge espontáneamente, sin depender de la norma escrita, y tiene vigencia cuando no hay soluciones legales que comprendan el caso. En muchas circunstancias las prácticas cumplen esa misión de completar el orden jurídico, pues la ley no puede abarcar todas las situaciones que se presentan.

Antes de dictada la ley del nombre (18.248), el de la mujer cuando se usaba con la preposición “de”, seguido del apellido del marido. Fue considerado obligatorio y su incumplimiento por la mujer, usando sólo el apellido de soltera, podía ser considerado una injuria grave para el cónyuge. Acerca de los sepulcros, también se establecieron una serie de reglas a través de la costumbre, muchas de las cuales perduran, como las prácticas de homenajes a los muertos colocando flores en sus tumbas y en particular en ciertos días, las cua-

les se efectúan por los deudos y deben ser respetadas sin interferencias. Otro ejemplo al respecto de costumbre local tuvo lugar en el cementerio de Junín, provincia de Buenos Aires, en donde hasta el dictado de la ordenanza 2215, de agosto de 1984, era costumbre realizar inhumaciones de dos cadáveres juntos, previa autorización de los familiares directos del fallecido que se encontraba en el cajón, que debía abrirse para recibir al segundo cadáver, generalmente con vínculo familiar estrecho. Esta costumbre fue prohibida por dicha ordenanza municipal (CApelCivCom Junín, 12/9/89, ED, 136-97, nº 42.102, con nota de Highton - Lambois, *¿Quién dispone de nuestros cuerpos cuando morimos?*). Se cita, como otro de tantos casos, el modo de detener un transporte público de pasajeros para subir y concretar el contrato, levantando la mano en los lugares indicados, pues si el conductor no lo detiene sin justificación, habría falta de su parte (Cancela - Rabinovich - Rollan).

De los ejemplos expuestos se advierte la influencia considerable de la costumbre, pues en un caso influye para ser convertida en norma legal como fuente histórica (caso del nombre de la mujer); en otro, el legislador se preocupa y expresamente la deja sin efecto, considerando que no es una práctica conveniente para la sociedad (caso de las inhumaciones dobles de Junín), y en general, va dando soluciones que todos conocen y aceptan (homenajes a los muertos; detención del "colectivo"), a diferencia de la ley, que muchas veces se ignora —hasta por los mismos abogados— y que no todos aceptan que sea la mejor solución, aun cuando deben acatarla en algunas circunstancias contrariando la voluntad de las personas.

La ley 17.711, al modificar el art. 17 del Cód. Civil, reconoció la fuerza vinculatoria de la costumbre *praeter legem*, con el siguiente texto: "*Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente*". Con esta redacción dio entrada legal a la costumbre fuera de la ley, lo que ya había sido aceptado por la jurisprudencia, no obstante el texto limitador del precepto anterior.

La costumbre *contra legem* es la que no respeta los mandatos y las prohibiciones de la ley. Son hechos generalizados que no cumplen la ley o bien son contrarios a ella, reemplazando la conducta exigida por la norma legal por otra que se acepta. Hay autores que justifican la posibilidad de la costumbre que deroga la ley (Borda, Llambías, Mosset Iturraspe). Otros, en cambio, antes de la reforma y aun después, se oponen a admitirlo (Salvat, Brebbia). Sostienen los que no la admiten que dar valor a los comportamientos de los particulares dejan-

do sin efecto las leyes que dicta la autoridad competente, mediante la reiteración de actos contrarios, importa trastornar todo el ordenamiento establecido en la Constitución nacional e introducir el caos y la inseguridad. Una serie de actos ilícitos no pueden convertirse en actos lícitos.

Sin embargo, en ciertas circunstancias, hay leyes que tienen formalmente vigencia, pero que han perdido por causa de la evolución de la sociedad todo valor racional y lógico. Quedan completamente apartadas de la realidad actual. Cuando el pueblo no las cumple, se produce lo que se llama el desuetudo (desuso), y esas normas no tienen más vida que en el papel pero no en la realidad. Esta situación no puede dejar de reconocerse, admitiéndose que la ley, aunque no fue derogada, carece de efectos o de eficacia, pero sí, en cambio, tienen vigencia otras conductas que se han impuesto por dos causas: el valor de los hechos y su reconocimiento por los jueces. Éstos al admitir la fuerza de las costumbres les dan licitud, pues son órganos de poder competentes para aplicar e interpretar la ley, su fuerza y su vigencia. En resumen, pues, es dable sostener que la ley no queda derogada por la costumbre contraria, pero sí puede caer en desuso cuando la jurisprudencia admite la existencia y valor de la costumbre que no la cumple. Enfrentadas las dos normas, se le da prevalecencia a una que es real y cumple lo que la sociedad reclama. En tal caso, si la práctica contraria a la ley deja de producirse, aquélla retoma todo su imperio, lo que demuestra que no fue dejada sin efecto. Los jueces que lo advierten, quedan obligados a aplicar nuevamente la ley.

El Código, antes de la ley 17.711, expresamente desconocía la posibilidad de la costumbre derogatoria. La frase: "Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes", impedía considerar la derogación de una norma escrita por la costumbre, pero no atendía al desuetudo, que fue reconocido por la jurisprudencia en ciertos casos. La ley 17.711 derogó esa frase al modificar el art. 17, con lo que se hizo menos problemático aceptar la fuerza de esta costumbre y su acción derogatoria (para los autores que la admiten), o solamente de pérdida de vigencia del mandato legal en la sociedad, como aquí se ha explicado.

Un caso que ha producido polémicas es el de los remates públicos. El Código de Comercio estatuye que la toma de las ofertas que realiza el martillero deben ser efectuadas de viva voz, clara e inteligible (art. 116). No obstante, se ha hecho costumbre hacer un simple gesto y, hasta en los remates de hacienda en la campaña, aceptar con el silencio la corrida de precios que propone el martillero, hasta la manifestación por gesto o de viva voz de no seguir aceptando. Jurisprudencialmente se dio validez a esas posturas, adjudicándose la cosa como venta obligatoria al mejor postor por gesto (CCiv1ªCap, 19/2/36, JA, 53-326). Es indudable que, probado el hecho, ningún juez invalidará el contrato por no haberse oído la voz del postor con un “sí, acepto”, y tal es la fuerza de convicción de los postores que no se han presentado nuevos casos pretendiendo anular la subasta por ese motivo. Otro ejemplo ya clásico fue la aplicación del antiguo arancel de escribanos que establecía “un peso por llana” (o carilla de escritura). La insignificancia de los honorarios que resultaba hizo que no se la aplicara en los hechos y los escribanos cobraran sumas mayores. Un caso judicial en 1942 consideró que el arancel había caído en desuso, por lo que los tribunales no podían insistir en su aplicación (CCiv2ªCap, 3/6/42, LL, 27-716).

§ 8. **LA JURISPRUDENCIA.** – “*Es el conjunto de sentencias de los jueces que, ante cuestiones de características análogas, dictan resoluciones similares*” (Cifuentes). La declaración interpretativa de la ley y de la costumbre que se reitera en esos fallos tiene valor de fuente, pues presentada una situación fáctica y jurídica semejante, la tendencia de los tribunales es mantener la misma interpretación. El abogado que conoce la jurisprudencia tiene un arma muy importante para orientar las defensas de sus clientes, de ahí que la cita de los antecedentes judiciales en los fallos y en los escritos suelen ser muy corriente para fundar una decisión y dar apoyo a la postura asumida en el pleito. Con especial dedicación a dar a conocer la jurisprudencia, se publican revistas especializadas en nuestro medio que facilitan a los hombres de derecho la búsqueda y conocimiento de las orientaciones jurisprudenciales.

Sin embargo, la jurisprudencia *no es fuente formal de derecho*, ya que no impera por su propia autoridad, sino que su eficacia se debe a que contiene razones convincentes para persuadir de la necesidad de mantener la solución. En principio, por tanto, no es obligatoria y puede ser desconocida o contrariada por algún juez o tribunal que, fundadamente, se convenza de la

necesidad de modificar la solución. Se destaca, no obstante, que no es común que ocurra esa divergencia y que si el juez, al dar un fallo distinto, no expresa fundamentos demostrativos de sus razones, estaría dictando un pronunciamiento atacable por falta de sustentación. Cuando el fallo divergente se impone por su fuerza y bondad puede hacer cambiar la solución que guiaba a los tribunales.

La jurisprudencia tiene autoridad, por tanto, *indirecta*; además, suele influir para que el legislador dicte normas acorde con sus orientaciones, con lo que se demuestra su importancia en la creación y avance del derecho. Ocurre muchas veces que ante la variable gama de circunstancias que las relaciones humanas presentan, los jueces se encaran con asuntos y hechos no tratados antes, debiendo tomar caminos nuevos para hacer justicia y crear jurisprudencia. Esa labor, en la que se dicta una *norma individual y concreta*, va abriendo caminos acordes con la permanente evolución en las sociedades, que después la doctrina de los autores y, en la sanción de la norma, los legisladores, advierten y estudian teóricamente para formar principios y dar soluciones, los cuales han nacido de la vida misma que capta la tarea judicial.

a) *SISTEMAS PARA LOGRAR LA UNIFORMIDAD DE LA JURISPRUDENCIA*. Hay, en el orden jurídico continental, sistemas previstos en que la jurisprudencia se convierte en fuente formal, directa y obligatoria. Tales son los casos, en la Capital, de la *jurisprudencia plenaria*, y en algunas provincias, los recursos de *casación*.

Los *fallos plenarios* se dictan a pedido de parte, cuando éstos interponen el llamado "recurso de inaplicabilidad de la ley", o bien por decisión de las cámaras de apelaciones cuando deciden autoconvocarse. Ante la existencia de contradicciones en los pronunciamientos, porque hay desencuentros de interpretación dentro de las distintas salas de una misma cámara de apelaciones (obviamente, éstas están divididas en salas), se hace necesario uniformar la jurisprudencia en ese fuero y darle un norte seguro y obligatorio a la interpretación. Los miembros de todas las salas se reúnen en acuerdo plenario, discutiéndose las posturas encontradas y, obtenida la mayoría en uno de los sentidos en disputa, éste se convierte en fallo plenario que tiene obligatoriedad para esa cámara y los jueces de la jurisdicción que de ella dependen. Se trata de una declaración de doctrina sobre una cuestión de derecho, que impone su

aplicación en todos los casos iguales, haciéndose una interpretación que tiene fuerza parcial de ley (art. 288 y ss., Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación).

Los plenarios sólo pueden ser modificados por otros plenarios, o bien si se dicta una ley contraria a la doctrina sentada.

En lo que hace a nuestra materia, se han dictado los siguientes plenarios, algunos de los cuales pueden ser estudiados como trabajo de análisis crítico:

1) Domicilio y la mora del deudor: "Caja de Jubilaciones c/ Juan, C. y Ruiz de Juan, T.", del 21/3/80.

Domicilio en instrumento privado: "Cano de Piassini, Ubelina c/Mc Jovern de Ventureyra, E.", del 10/6/54.

2) Escribano, ejercicio profesional de los abogados: "Faravelli, Carlos M.", del 5/10/43.

Escribano, designación en juicios: "Cock, Guillermo E.", del 5/10/48.

3) Nombre, rectificación: "Chirstofhersen, Hans Errald Maximiliano", del 23/12/41.

4) Instrumentos públicos, partición de herencia: "Bollini de Battilana, Matilde c/Schoo Lastra, Oscar", del 17/10/24.

5) Partidas extranjeras, inscripción: "G. J. R. s/información", del 26/8/60, y "M. G. de Z. s/sucesión", del 8/11/73.

Partidas de bautismo, valor probatorio: "V. de S. F. s/sucesión", del 30/9/46.

6) Hijos menores, facultad de los padres: "Barlet, Esteban", del 9/11/33.

Menores, requisitos para la venta de los bienes: "Casaux, Juan B. M. s/sucesión", del 2/11/54.

7) Nulidad, honorarios de abogado, convenio: "Mijalovich, Juan y David c/Mogural Armengal", del 20/9/63.

8) Plenarios, retroactividad: "Soflores, Luis o Juan Luis", del 5/11/43.

Plenarios, autoconvocatoria, oportunidad: "OSN c/Niza SCA", del 28/9/84.

Plenarios, obligatoriedad: "Núñez Monasterio de Biedma c/ Banco Hipotecario", del 3/9/18.

9) Medidas precautorias, embargo: "Puigoriol, Tomás c/Haas, Ricardo", del 13/5/69.

10) Asesor de menores, facultades: "Casa Escasany SA c/Escasany, Manuel", del 3/9/51.

11) Simulación, prescripción liberatoria: "Glusberg, Santiago c/Jorio, Carlos", del 10/9/82.

12) Sepulcros, prescripción adquisitiva: "Viana, María Angélica y otro", del 21/8/42.

Estudiar la causa "Kartopapel SACeI c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", del 15/7/77, en el tema relativo a la vigencia temporal de los plenarios.

Ya no se discute la obligatoriedad temporal de tales decisiones en el orden civil, pues por plenario se dispuso que no tenían plazo de vigencia, salvo modificación posterior.

Distinto al sistema continental es el sistema del *common law*, que tiene prevalencia especialmente en Gran Bretaña y Estados Unidos de América. Allí se respetan, como si fueran normas obligatorias, las doctrinas de los primeros antecedentes jurisprudenciales en cada caso, creándose un repertorio de precedentes que reemplaza el régimen de la ley dictada por los parlamentos. Aunque en algunas materias también se dictan leyes, la mayoría de las cuestiones quedan solucionadas por las decisiones de los jueces, las que se siguen en el futuro, y convierten a la jurisprudencia en fuente formal del derecho y reglas de interpretación.

b) *EL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO CIVIL*. Como principio básico que se extiende a todas las legislaciones republicanas, desde un punto de vista filosófico, se sostiene que no puede haber en el derecho privado conflictos que no tengan solución. Caso contrario, la organización del Estado sería inadecuada para lograr la paz entre los habitantes. Si por causa de falencias en esa organización jurídica, ciertas divergencias entre los particulares, o de éstos con las personas jurídicas públicas, carecieran de posibilidad de solución, se matendría una suerte de estado beligerante entre las personas, dañándose la convivencia y la posibilidad de la tranquilidad pública. Todas las controversias, por tanto, deben tener solución, pero como las fuentes del derecho no son omnicomprensivas, y como resulta imposible que abarquen completamente los conflictos jurídicos que la vida presenta, se hace necesaria una válvula exclusiva que cierre el marco de la divergencia e imponga una solución por incompleta, equivocada o no convincente que sea. Es éste el llamado orden hermético del derecho, ya que debe poder brindar soluciones allí donde parecen casi imposibles. Tal es el sentido del art. 15 del Cód. Civil, que dispone: "*Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes*".

La norma demuestra que son los jueces los que cumplen la misión de mantener la paz y convivencia, como elemental principio de las sociedades dentro del Estado de derecho. Ellos deben obtener de todos modos la solución, a pesar de que las normas vigentes no presenten conclusiones aceptables para el caso dado.

Con absoluta correlatividad con la base expuesta, el art. 16 del Cód. Civil establece las reglas a las que los jueces deben sujetarse para interpretar las leyes. Dispone: “*Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*”. El desarrollo de este tema, que en verdad se vincula con la filosofía del derecho, en donde debe ser desarrollado más extensamente, es uno de los más importantes y de mayor aplicación, pues se trata de saber cuál es el sentido y alcance de las normas jurídicas y de la labor del juzgador. Éste, en realidad, realiza la interpretación prevaleciente, que —bien puede sostenerse— es un prototipo interpretativo, ya que la de los doctrinarios y abogados debe reconocer la prioridad de la judicial, que es la que finalmente se impone para decidir los pleitos. Por eso, se ha dicho que “las leyes son lo que los jueces dicen que son” (Holmes) y *la interpretación no es más que la norma individual y concreta que ellos dictan en las sentencias*, dando fin a los conflictos entre las personas (ver § 175 y siguientes).

§ 9. **LA DOCTRINA.** — “*Es la opinión de los autores que hacen teoría de derecho tanto en cuestiones puramente abstractas, como cuando se refieren a soluciones de casos concretos*” (Cifuentes). Estas opiniones se vierten en libros de texto, tratados, monografías, artículos de doctrina y notas a fallos. La doctrina no tiene valor de fuente formal, obligatoria y directa, sino que es, como la jurisprudencia común, fuente material e indirecta. Los autores no imponen sus criterios, pero tratan de dar razones que los apoyan para persuadir al intérprete de la solución que pregonan. Tanto los jueces, autoridades administrativas, como los legisladores pueden ser convencidos de alguna opinión doctrinal y proceder en consecuencia. A dife-

rencia de los jueces, los autores generalizan sus exposiciones y tienen un matiz no individual o concreto sino general, al igual que las normas legales, con la diferencia de que éstas sí son obligatorias y aquéllas no.

Hay un antecedente en la historia del derecho según el cual se dio a la opinión de los juristas más famosos autoridad de ley. Fue el *ius publice respondendi ex auctoritate principis* del derecho romano, concedido por el emperador Augusto, que elevó a rango imperativo a las máximas y soluciones de aquellos juristas de nota que se expedían con fuerza de ley ante los interrogantes y consultas que se les presentaban. Fueron ellos: Ulpiano, Papiniano, Paulo, Modestino y Gallo. Las opiniones, más tarde, se recogieron en las leyes de citas del año 426 y, por obra de Justiniano, pasaron a ser texto legal en el *Corpus Iuris Civile*.

§ 10. **LA EQUIDAD.** — Para realizar la justicia haciendo efectivo uno de los valores esenciales del derecho, la equidad es un concepto de primera importancia. Pone en manos de los jueces la justa solución de los conflictos que deben decidir, dándoles libertad para obtener el equilibrio entre los intereses antagónicos, sin necesidad de atarse al molde rígido y frío de la ley. La justicia, *que es reconocer lo que a cada uno le corresponde en derecho*, requiere muchas veces, en el caso concreto, una evaluación propia de ese caso, al margen del *deber ser* general de la norma jurídica. Vendría a ser un instrumento conferido a los jueces para corregir los efectos de la aplicación del derecho objetivo, pero siguiendo, naturalmente, los objetivos o fines de justicia que inspiraron la sanción de la ley.

Se ha discutido desde diversos puntos de vista de escuelas filosóficas encontradas, si la equidad es por sí misma una fuente autónoma de derecho, y si por ello es posible acudir a su aplicación aun contrariando abiertamente el mandato de la norma positiva.

En respuesta al interrogante, corresponde poner de relieve que en los Estados como el nuestro, en los cuales debido a la forma republicana de gobierno existe necesariamente la división de los poderes, el Poder Legislativo y el Poder Judicial no están subordinados entre sí. Ello significa que establecer el reinado de la equidad a la par o por encima de la ley —obra aquella del juez; ésta del legislador—, dando absoluta libertad a

los jueces en sus decisiones, llevaría a romper la autonomía y equilibrio de los poderes, y conceder primacía al Poder Judicial, el cual podría desconocer, aplicando un principio general y abstracto de equidad, los mandatos que sanciona el legislador. Esto sería, por tanto, inconstitucional. La equidad aplicada sin límites o como fuente superior y autónoma, convierte la labor del juez en un puro voluntarismo, permitiéndole crear libremente un nuevo orden jurídico (CNCiv, Sala C, 28/7/78, LL, 1978-D-790). Sin embargo, al juez sí le compete colaborar, dentro del orden jurídico vigente, con la realización de los ideales en que positivamente se inspiró ese orden. Debe inspirarse en las valoraciones que orientaron al legislador para sancionar la norma; es decir, en los valores que adoptó y que fueron determinantes de sus normas, prevaleciendo la valoración general del legislador por encima de la individual del juez, según su variable, impreciso y personal criterio.

En muchas ocasiones la misma ley se remite a las soluciones de equidad, dictándose una norma en blanco y dirigida al juez para que actúe, según justicia, libremente. El propio legislador confiere en esos supuestos, concretos poderes al juez para resolver el caso de conformidad con su enfoque individual, haciendo una distribución equitativa de los derechos. Se pueden señalar en el Código Civil diversas normas que operan en la forma expuesta, así, entre otras, los arts. 907, 954, 1069, 1198, etc., que tratan, respectivamente, de los efectos de los actos involuntarios, de la lesión subjetiva, de la indemnización de daños y perjuicios, de la teoría de la imprevisión. Naturalmente para que pueda operar esta actuación de los jueces han de cumplirse los recaudos y condiciones que en cada uno de los supuestos estableció el legislador, previendo los hechos y circunstancias que permiten aplicar la solución concreta de equidad.

Asimismo, en la interpretación de la norma objetiva, tarea primordial del juez y que le corresponde en todos los juicios en que debe desempeñar su función, frente a situaciones no claras sobre el sentido de la norma, puede acudir a la equidad como uno de los primordiales elementos de dicha interpretación.

De ahí que, si bien la equidad no tiene una superfunción autónoma y superlegal, cumple funciones significativas e instru-

mentales que favorecen la recta aplicación del derecho. No es fuente autónoma y superior, sino ligada y coadyuvante a la concreción de la justicia.

C) CONFLICTOS DE LEYES EN EL TIEMPO

§ 11. **VIGENCIA DE LA LEY Y SUS PROYECCIONES INTERTEMPORALES.** — De acuerdo con el art. 2º del Cód. Civil, las leyes son obligatorias después de su publicación y el día que ellas determinen. “*Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial*”. Esto significa que para que las leyes se apliquen deben ser sancionadas por el legislador, promulgadas por el Poder Ejecutivo, proclamando expresamente su existencia, y publicadas en órganos oficiales para darlas a conocer al pueblo que debe cumplirlas.

El texto originario después de sentar el principio de la obligatoriedad de las leyes a partir del día que ellas determinan (lo que así ocurrió con el Código Civil, que fue sancionado a libro cerrado por el Congreso, el 25 de septiembre de 1869, para regir a partir del 1º de enero de 1871, y de ese modo permitir su estudio y conocimiento por el pueblo), en caso de no existir esa determinación seguía un régimen de vigencia obligatoria diferente en la Capital de la República y la capital de las provincias (desde el día siguiente al de su publicación), al de los departamentos de campaña (8 días después de publicada en aquellas capitales). Esto significaba que eran muy variados los tiempos de entrada en vigencia, pues dependía de la publicación en cada una de las capitales, en épocas en que eran 14 las provincias. Por otra parte, no establecía la clase de publicidad a la cual se refería.

La ley 16.504 sustituyó el originario art. 2º, y no sólo fijó un sistema para todo el país —ocho días siguientes a la publicación—, sino que impuso que esa publicación fuera *la oficial*. Esto no quiere decir que la ley deba ser fatalmente publicada en el Boletín Oficial como único medio posible, pues si bien éste es el órgano natural de publicidad de los actos de gobierno, entre ellos la ley, además de otros actos que requieren tener un medio cierto de difusión (resoluciones, edictos judiciales y administrativos, estatutos, etc.), la norma no exige que así sea y puede ser que la ley nueva disponga un medio de publicidad, el cual se convertiría en el medio *oficial* a que se re-

fiere el art. 2º —prensa, radio, televisión, algún otro boletín o medio creado al efecto, etcétera—. Antes de la reforma, como nada decía sobre esto el art. 2º, hubo controversia y fallos desentendidos acerca de si la publicidad por los medios privados (en particular de prensa) era suficiente para hacer correr el plazo de 8 días y dar vigencia a la ley.

Hay leyes, sin embargo, que no se publican, pues por razones de Estado y gravedad institucional se mantienen en secreto. Tal el caso de las disposiciones sobre las fuerzas armadas en tiempos de conflicto o de policía de seguridad, sanitaria o política en ciertas circunstancias. Estas leyes secretas, al no ponerse en conocimiento de los habitantes, carecen de obligatoriedad para ellos, aunque cumplan una finalidad estratégica para el Estado, particularmente frente a los otros Estados y ante ciertos aspectos generales que se relacionan a la economía y al bienestar general.

A partir del día que ellas determinen, una vez sancionadas, promulgadas y publicadas, o bien a los 8 días siguientes —se descuenta el de la publicación oficial—, las leyes tienen eficacia obligatoria, lo cual muchas veces (en la gran generalidad de los casos), importa derogar, sustituir o modificar otras leyes que antes de las nuevas estaban vigentes.

Ese tiempo preciso de comienzo de la vigencia no significa que siempre la norma deba contemplar los casos posteriores a ella, que sobrevienen en el tiempo, o que se inicien después que ella se hizo obligatoria. Puede ser que los mandatos de la nueva ley deban aplicarse al tiempo anterior, hacia el pasado, cuando tenía vigencia la ley derogada, modificada o sustituida. La solución de los problemas que tal cuestión plantea ha sido denominada derecho transitorio o intertemporal.

El derecho transitorio o intertemporal está contemplado en nuestro Código Civil en el art. 3º. Ello indica que las soluciones y principios aplicables para resolverlo no tienen, en el *derecho privado*, categoría constitucional. En cambio, tratándose de la *ley penal*, nuestra Constitución nacional contiene una norma que se impone y no puede ser modificada por las leyes, la cual consagra la imposibilidad de aplicar los efectos de la ley a los hechos pasados. Conforme con su art. 18, el Congreso no puede sancionar leyes que permitan juzgar a las personas por hechos que no eran delitos antes de la sanción de esas leyes. Este principio constitucional establece la irretroactividad de la ley penal. En este ámbito jurídico, sin embargo, en un caso sí es posible aplicarla retroactivamente, y es cuando la nueva ley penal resulta más benigna para el procesado o con-

denado, sea porque rebajó las penas o porque le quitó carácter ilícito a la conducta incriminada (art. 2º, Cód. Penal).

En derecho civil, como la proyección en el tiempo no tiene categoría constitucional sino legal, el Congreso y en general la autoridad competente están facultados para sancionar leyes que capten hechos, derechos y conductas anteriores a su sanción, a menos que por ese medio se conculquen garantías o derechos amparados por la Constitución. Debido a la circunstancia indicada, es decir, a la posibilidad de que en el orden privado la ley tenga diferentes proyecciones de aplicación en el tiempo, puede establecerse una triple clase de efectos de la ley: los *inmediatos*, los *retroactivos* y los *diferidos* o *ultraactivos*.

Cualquier solución que establezca el Código Civil, como un principio general sobre la retroactividad o irretroactividad de las leyes, podría ser dejada sin efecto por otra ley de su misma jerarquía constitucional. En este sentido, los principios que al efecto están consagrados y se deben estudiar, no son más que soluciones generales dirigidas a la interpretación del juez, que tienen aplicación para los casos en que no hay ley especial que disponga lo contrario, siempre y cuando esa ley especial o expresa, al regular la situación, fuera dictada por el órgano competente para derogar las leyes de igual categoría.

§ 12. **RÉGIMEN DEL CÓDIGO.** — El Código Civil, antes de la reforma de 1968, adoptó la teoría de los “derechos adquiridos” para solucionar los problemas de las leyes en el tiempo. En tal sentido, en el art. 3º, sentó la norma básica de que “las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos”. De acuerdo con las normas del título complementario, arts. 4044 y 4045, quedaba aclarado que las nuevas leyes podían aplicarse a hechos anteriores cuando sólo privaban de meras expectativas, pero no si cambiaban o destruían derechos adquiridos; y también cuando privaban de facultades a los particulares que no habían sido ejercidas o que no hubiesen producido efecto alguno.

Resultó controvertido y difícil establecer cuándo podía sostenerse que un derecho era mera expectativa o era un derecho adquirido; y cuándo una facultad que pertenecía a un individuo, sustentada

en una ley vigente, podía ser privada por otra ley nueva. En general, se dijo que los derechos eran adquiridos cuando habían entrado en el patrimonio del particular, o sea, cuando éste los tenía ya como suyos, como titular, por haber pasado a integrar su patrimonio. La mera expectativa, en cambio, era solamente una esperanza de que el derecho ingresara en el patrimonio.

Por ejemplo, sobre los bienes que integran el patrimonio de una persona viva, los hijos y demás parientes tenidos por herederos forzosos (legitimarios), no podrían considerar más que la existencia de la esperanza al derecho de heredarlos. Mientras viva y hasta que esa persona no fallezca, hay una mera expectativa. Pero, una vez que ocurre el fallecimiento, se produce inmediatamente la transmisión a los herederos (art. 3282, Cód. Civil), y los bienes ingresan desde ese mismo momento en el patrimonio de ellos, transformándose la expectativa en un derecho adquirido.

Hay situaciones, sin embargo, que son mucho menos claras que las del ejemplo recordado, las cuales demostraron que era un sistema de no fácil aplicación. Así, verbigracia, si se celebra un contrato de *locación de cosas (alquiler de inmueble)* basado en una ley de libertad en cuanto al precio y modalidades de pago, y en el tiempo en que el contrato no ha transcurrido en su totalidad se sanciona una ley que por razones generales modifica el precio y las modalidades de pago o de plazo, cabría preguntarse si esa nueva ley aplicada a aquellos contratos anteriores no extinguidos afectaba o no derechos adquiridos. Los alquileres todavía no devengados (tiempo futuro respecto de la nueva ley) y no percibidos o cobrados, no parecen haber ingresado en el patrimonio del propietario, pero tienen el respaldo de un contrato en firme anterior, basado en la vieja ley, y en plena ejecución.

Las soluciones que se fueron dando a estos casos demostraron que los juristas, más que debatir cuándo, en general, un derecho dejaba de ser mera expectativa para ser un derecho adquirido, polemizaban acerca de qué derechos debían ser respetados por el legislador dándoles o no la categoría de derechos adquiridos. Así, sobre ese ejemplo de los contratos de locación, que tienen duración prolongada en el tiempo (llamados por eso contratos de tracto sucesivo), los vaivenes de la jurisprudencia de la Corte Suprema demuestran las dificultades señaladas. El primer caso, resuelto en 1922, en la causa “Ercolano c/Lanteri de Renshaw”, con disidencia famosa del juez Bermejo, admitió que el legislador puede sancionar una ley que se aplique a contratos anteriores, estableciendo precios máximos y control de precios (*Fallos*, 136:161). Poco después, en 1925, en la causa “Mango c/Traba”, modificó aquella jurisprudencia por considerar superada la emergencia social y prohibió que la ley impusiera precios máximos a los contratos de locación en curso de ejecución (*Fallos*, 144:219). Más tarde, volvió a variar las soluciones y en las causas, v.gr., “Edistro M. Correa c/Manuel Rodríguez” de 1947, “Diodato c/Gómez” de 1966 (*Fallos*, 208:10; *LL*, 125-407), admitió

el control de los precios; la fijación de precios máximos y la suspensión de los desalojos, alargando los plazos pactados, en los contratos anteriores a las leyes que impusieron tales pautas.

Por otra parte, ese principio de la teoría de los derechos adquiridos y de la irretroactividad de la nueva ley en tal caso, tenía dos excepciones que complicaban la cuestión. Se trataba de los arts. 4º y 5º del Cód. Civil.

Por el primero (art. 4º) se admitía la retroactividad de las leyes aclaratorias o interpretativas, pero con el solo límite de los casos ya juzgados por la anterior ley aclarada o interpretada. Quiere decir que esas leyes había que aplicarlas hacia el pasado, aun frente a derechos adquiridos durante la ley aclarada o interpretada, a menos que el conflicto entre las partes hubiera llegado a los tribunales, en donde se hubiera dictado sentencia con autoridad de cosa juzgada según la ley aclarada. El problema se planteaba acerca de la naturaleza de esas leyes aclaratorias o interpretativas, pues, por lo general, con el pretexto de dictarlas con esa finalidad, el legislador podía modificar o derogar leyes anteriores y obtener su aplicación retroactiva, si estaba disconforme con el alcance o sentido que en los tribunales se les había dado.

Y, nuevamente, entraba la polémica de si bastaba una declaración del legislador en el sentido de que era una ley aclaratoria, o si esta índole debía provenir de su estructura y contenido.

La segunda excepción, art. 5º, tenía relación con el orden público. En esta norma se estatuyó que "ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público". Luego, tales leyes tenían que aplicarse retroactivamente, aunque debiendo previamente tomarse partido y esclarecer la difícil comprensión de las leyes de orden público.

§ 13. **REFORMA DE 1968 (LEY 17.711).** — La ley 17.711 modificó el encuadramiento legal y los principios aplicables al conflicto de leyes en el tiempo. Dejando de lado la teoría de los "derechos adquiridos", asumió la preconizada en Francia por Roubier de "los hechos cumplidos", entendida como la doctrina que contempla las consecuencias de los hechos.

En tal sentido, derogó los arts. 4º, 5º, 4044 y 4045, y sustituyó el art. 3º por el siguiente texto: “*A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.*”

A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”.

Se advierte, entonces, que el principio actual tiene las siguientes características:

a) Comprende las *situaciones y relaciones jurídicas*. Se diferencian en que las *situaciones* tienen naturaleza estática, permanente, objetiva y están fijadas en general por la ley, aplicables indeterminadamente a todos (p.ej., el derecho de propiedad; el estado de padre o de hijo; la mayoría de edad –capacidad plena–, etcétera). Las *relaciones*, en cambio, tienen naturaleza dinámica, variable, subjetiva, y están establecidas entre personas determinadas, naciendo en la mayoría de los casos por la voluntad de las personas, aunque en otros provienen de la ley, pero son modificables a voluntad (p.ej., los contratos; los actos unilaterales; la responsabilidad civil por daños, etcétera).

b) Abarca las *consecuencias* de esas situaciones o relaciones, que vienen a ser los efectos, tanto de hecho como jurídicos, que ellas producen.

c) El *principio general* es el de la irretroactividad, pero es posible que la nueva ley obre en el tiempo pasado, siempre que así lo declare, aunque no es necesario que esa declaración de retroactividad sea una fórmula expresa, bastando que surja sin lugar a dudas del contenido de la norma.

d) Las leyes de *orden público* están sometidas a ese principio general, por lo cual no son retroactivas salvo disposición contraria.

e) Hay que distinguir las leyes *imperativas* de las *supletorias*, pues pueden tener distinto régimen. A las primeras se les aplica la frase inicial del art. 3º; a las segundas, tratándose de contratos, la última frase.

f) A pesar de la declaración, por la ley, de retroactividad, el *límite* se encuentra en que esta retroactividad no puede afectar garantías o derechos amparados por la Constitución.

Se distinguen los *efectos inmediatos, retroactivos y diferidos*.

a) *EFFECTOS INMEDIATOS*. Cuando se trata de una ley imperativa y que no dispone su retroactividad, corresponde aplicarla a los actos futuros y a las consecuencias o efectos que aún no se han agotado, a pesar de que provengan de una situación o relación formada durante la anterior ley derogada.

Así, por ejemplo, si una nueva ley monetaria estatuye el nominalismo absoluto de las obligaciones que tienen por objeto dar sumas de dinero, para lo cual establece que se aplicará a partir de su entrada en vigencia en abril de 1991, no admitiendo los ajustes por actualización con posterioridad a esa fecha, aunque los contratos hubieran sido celebrados con anterioridad, y declara inaplicables tales pactos de reajuste para los pagos futuros que se adeudan. En cambio, no sería efecto inmediato sino retroactivo, si el contrato de que se trata ya se había cumplido en todo o en parte de la vigencia de esa ley, habiéndose pagado la suma estipulada y su reajuste, y la ley sancionada en abril de 1991 dispusiera que debe devolverse el reajuste cobrado antes de esa fecha.

b) *EFFECTOS RETROACTIVOS*. Alteran las consecuencias ya producidas en las relaciones o situaciones anteriores.

Así, por ejemplo, si se dispusiera que la mayoría de edad se alcanzara a los 25 años, y que pasaran a ser incapaces todos los que después de los 21 no hayan llegado a aquella edad (ver § 95).

Ahora bien, como la norma sienta el principio de la irretróactividad, a menos que la ley sancionada disponga lo contrario, el silencio de ella impide aplicarla con efectos retroactivos. Asimismo, aunque la nueva ley disponga la retroactividad, este efecto no puede operar si a través de su aplicación se conculca una garantía o derecho amparado por la Constitución.

En particular, ocurre así cuando la nueva ley, por medio de la retroactividad, vulnera el derecho de propiedad, que según el art. 17 de la ley suprema es inviolable.

c) *EFFECTOS DIFERIDOS*. Cuando las leyes en conflicto son suppletorias, dado que atienden sólo intereses particulares, pueden ser dejadas de lado en los convenios, pero se aplican si ellos nada disponen. Se considera que al ser leyes que reem-

plazan la voluntad no expresada por los contratantes, pasan a integrar el contrato, pues se incorporan por voluntad implícita de las partes.

En este caso sigue vigente la ley supletoria derogada, proyectándose hacia el futuro en lo que a ese contrato concierne. La ley vieja tiene, por tanto, un efecto llamado ultraactivo o de supervivencia, como si fuera una cláusula que asumieron en el contrato las partes y que no es necesario alterar por no estar afectado ningún interés público o general. Al sobrevivir la ley modificada, se produce el fenómeno de dos leyes vigentes al mismo tiempo, el de los contratos anteriores a la nueva, que se rigen por la anterior, y el de los contratos posteriores, que, desde luego, se regulan por la nueva.

En curso de ejecución están los contratos ya celebrados cuando se sancionó la nueva ley, pero no extinguidos al entrar en vigencia.

§ 14. **MODOS DE CONTAR LOS INTERVALOS DEL DERECHO.** — Los últimos siete artículos del segundo título preliminar del Código (del 23 al 29) —que se llama igual que el epígrafe—, contienen reglas destinadas a establecer cómo deben resolverse los problemas temporales de las situaciones y relaciones jurídicas. Estas normas son supletorias, y es por ello que las partes en las convenciones particulares, en las que no está interesado el orden público (art. 21), pueden modificarlas o sustituirlas. Otras leyes, además pueden estatuir reglas distintas y propias. Si nada disponen se ajustan a tales reglas, que son relativas al calendario, a qué se entiende por plazos, su nacimiento y terminación, cómo deben calcularse y cuál es su efecto y valor.

El calendario a que se refiere el art. 23, es el gregoriano. Por él se contarán los días, meses y años que se hayan establecido para todo tipo de circunstancias, actos, pagos, condiciones, nacimiento y extinción de obligaciones, etcétera.

Este calendario, que es el que rige en la mayoría de los países —todos los de Occidente—, fue adoptado por el Papa Gregorio XIII, en 1582, haciendo alguna corrección al anterior romano de Julio César (juliano), para aproximarse al sistema solar y sus variaciones astronómicas. Se tomó como punto de referencia dos pasos seguidos del Sol por el equinoccio de primavera o de otoño, lo que importa el año solar, y ocurre cada 365 días, 5 horas, 48 minutos y 50

segundos. Se agrega un día cada cuatro años (bisiesto) salvo en los años seculares (1700, 1800), a menos que se dividan por cuatro, en los que sí hay bisiesto (1600, 2000). De tal modo, quedó ajustado el calendario, que estructura la división del tiempo en años, meses, semanas y días, al fenómeno del movimiento solar. Este calendario puede ser sustituido en los contratos por otro de los tantos que se han creado en diferentes épocas y lugares. En Rusia rige el juliano.

Se excluye en la cuenta de los plazos el transcurso de horas (salvo convención en contrario) y sólo se computan de día a día. () sea que van de medianoche a medianoche sin comprender las fracciones menores. Todo plazo empieza, pues, a la hora 24 siguiente al hecho o notificación, aunque éstos se hayan producido en momentos anteriores, y termina también a la hora 24 del último día.

Hay algunas excepciones legales a esta regla, pues el art. 128 del Cód. Civil, con respecto a la mayoría de edad, comprende el día del nacimiento, y pese a que el niño haya nacido, por ejemplo, a la hora 23, es como si hubiera ocurrido ello a la hora 0 de ese día. Esta excepción se aplica a todos los cálculos de las edades de las personas (Busso); así, los 14 años para ser adulto; los 18 para trabajar o testar (ver § 95).

Los plazos de meses y de años se ajustan al día señalado. Por ello, una obligación firmada el 15 con plazo de un mes o de un año, termina el 15 del siguiente mes o año, cualquiera fuere el número de días de ese mes o meses del año (28, 29, 30 ó 31). En caso de variación del número de días, así un pagaré firmado el 28 de febrero o el 31 de enero que vence en un mes de más o menos días, siempre el plazo termina el último día del mes correspondiente, sin importar la diferencia en número de días. Por ejemplo, si se firmó el 31 de enero a un mes, vence el 28 de febrero (o 29 si ese año es bisiesto).

No ha dispuesto el Código sobre semanas, pero deben regir por analogía los principios expuestos (Llambías). Tampoco sobre horas, como el caso de un plazo de 24 ó 48 horas, por lo que debe interpretarse la voluntad de las partes para establecer la cuenta civil (hasta la medianoche), o bien la natural a partir de la hora en que se señaló ese plazo.

Los plazos son *continuos* o no interrumpidos, salvo casos particulares como el de prescripción en ciertos supuestos. Son

asimismo *completos*, en el sentido de que durante su transcurso hasta la medianoche de su término los actos se cumplen válidamente y producen efectos. En la actividad procesal se admite, para presentar los escritos, un alargamiento hasta el día siguiente en las dos primeras horas del horario del tribunal (art. 124, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación).

Finalmente, la cuenta de los plazos se hace por días corridos, esto es, si las partes no han establecido lo contrario, comprendiendo los domingos y feriados. Este principio no rige para los términos procesales, los cuales, en general, se computan descontando los días inhábiles.

D) TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

§ 15. **DERECHO SUBJETIVO Y SU CLASIFICACIÓN.** – Dejando de lado a los autores que han negado los derechos subjetivos (Duguit y Kelsen), tres criterios principales disputan su concepto: a) el más antiguo, y quizá de mayor peso, la *teoría voluntarista*, según la cual el derecho subjetivo *es un poder atribuido por la norma a la voluntad de una persona* (Windscheid, von Thur); b) la *teoría del interés*, que postula que se trata de un *interés jurídicamente protegido* (Ihering), y c) la *doctrina ecléctica*, que participa de la voluntarista y de la del interés, sosteniendo que *es un poder conferido a la persona por el ordenamiento, para la satisfacción de intereses humanos* (Enneccerus, Borda).

Han dado Erro y Almazana una definición de mucho peso y que se vuelca a la teoría voluntarista, pero corregida en su formulación y que levanta las críticas que se le habían hecho. “*Es la posibilidad, facultativa u obligatoria, ligada a una voluntad capaz de obrar válidamente, libre de impedimento, y de reaccionar contra éste si se interpone, circunscribiéndose ambas posibilidades a los límites de la norma*”. Luego: a) el punto de partida es la norma, por eso no se trata de una potestad de la voluntad, sino ligada a la voluntad jurídica, de ahí que el incapaz actúa por medio de la voluntad del representante; b) se trata de *obrar* actos positivos y negativos (abstenciones) y de poder *reaccionar* en defensa del derecho dando intervención a la justicia; c) la posibilidad de obrar y reaccionar puede ser *facultativa u obligatoria*, pues también ante el deber estamos defendidos contra cualquier impedimento de cumplir, o contra cualquier perturbación a satisfacer la deuda, y d) no es voluntad psicológica, sino jurídica, pues proviene de una construcción normativa, la que le pone los límites.

Este compartible concepto pone de relieve que, por tratarse de derechos subjetivos (o sea que *son del sujeto*), lo definitorio es el aspecto facultativo que enuncia como posibilidad, aunque sin llegar al extremo de un poder de la voluntad ilimitado, como si fuera un señorio de la voluntad, ya que es una facultad *sub iure*, es decir, dependiente del orden jurídico que la reconoce y la limita. Es por ello que resulta legítimo admitir diversas instituciones restrictivas de la facultad que la ley estatuye, como el ejercicio abusivo de los derechos, la potestad judicial para reducir cláusulas penales excesivas, la lesión subjetiva, etcétera.

Los derechos subjetivos pueden clasificarse en:

a) *PERSONALES CREDITORIOS*. Facultad de una persona (acreedor) de exigir de otra (deudor) el cumplimiento de una obligación patrimonial. La relación es directa entre los sujetos (acreedor-deudor), la cual si bien debe ser respetada por los demás, sobresale en el primer nivel el vínculo de persona a persona.

b) *PERSONALES DE POTESTAD*. Facultad de una persona sobre otra para dirigir sus actos o para exigir una conducta derivada de un vínculo extrapatrimonial. Así, los derechos que nacen de la familia (padre a hijo; cónyuges).

c) *REALES*. El goce de las cosas como poder directo de una persona sobre ellas, debiendo los demás respetar ese goce. Abarca la propiedad y todos los derechos que nacen de su titularidad (condominio, usufructo, etc.), incluidos los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda, anticresis). No obstante la obligación *erga omnes* de no contradecir ese goce, sobresale en primer nivel la relación de persona a cosa, siendo aquella de segundo término, antiguamente llamada "pasivamente universal".

d) *PERSONALÍSIMOS*. Comprenden a las facultades que se ejercen sobre manifestaciones de la persona misma (vida, cuerpo, honor, intimidad, etc.), como vinculación directa que exige el respeto de los demás, también *erga omnes*, pero con objeto extrapatrimonial.

e) *DE AUTOR Y DE PATENTE DE INVENCION*. Conformados con elementos de los aspectos personalísimos (paternidad de la obra) y personales (vinculación patrimonial y soporte material de la obra), forman, por sus peculiaridades, un grupo aparte.

§ 16. *FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO.* — En los países del mundo occidental, en donde prevalece el reconocimiento del derecho subjetivo como elemento esencial para el respeto de la libertad humana, ya que se acepta que los individuos tienen un amplio margen de decisión para reglar con autonomía los intereses que les conciernen, ha sido necesario poner límites al ejercicio de sus facultades, para evitar los excesos y los males que en virtud de ellos se producen en la sociedad y en las personas que los soportan.

Uno de los medios creados al efecto, y que tiene origen en la solidaridad y en la equidad, es la doctrina del abuso del derecho, que en realidad, debe llamarse más propiamente, del *ejercicio abusivo del derecho*, para evitar la contradictoria idea de que pueda existir un derecho abusivo. Frente al abuso no puede haber derecho (Planiol y sus críticas de la logomaquia), pero el ejercicio, en cambio, puede ser abusivo. Es decir, lo que se desorbita y escapa más allá del derecho subjetivo rectamente entendido no es el derecho sino el modo de ejercerlo.

La teoría del ejercicio abusivo del derecho se adscribe a una serie de instituciones que sin renunciar a la libertad y al respeto de la autonomía privada de la voluntad, le dan un carácter de mayor socialidad y permiten el desempeño más acabado de los jueces en la misión de impartir justicia. Tales como la lesión subjetiva, la imprevisión, las facultades en casos específicos de resolver según la equidad.

§ 17. *EVOLUCIÓN HISTÓRICA.* — La teoría del abuso del derecho tuvo sus primeras formulaciones en la jurisprudencia francesa. La Corte de Casación de Lyon, en 1856, fundada en *la falta de interés del propietario*, declaró ilegítimo que éste hubiera abierto un pozo en su propiedad para interceptar la napa subterránea de agua y volcarla con bombas a un arroyo, ocasionando daño al vecino que se surtía de esa napa. Aquel mismo hecho ocurrido en Inglaterra no fue sancionado, con el pretexto de que el propietario invocaba el interés de que se vendiera su fundo y le fuera pagado un buen precio por la municipalidad de la villa, perjudicada por su acción (año 1895).

Otro caso, fallado en Francia, en el que el propietario alegó que tenía la intención de que el vecino adquiriera su propiedad, no tuvo, sin embargo, éxito. Aquel propietario levantó

una pared para imposibilitar el aterrizaje de los dirigibles, en el huir y campo del vecino donde se hacían esas prácticas. No obstante el interés que declaró el demandado, el tribunal, en 1915, ordenó la demolición de la pared.

Es decir que en la evolución de las ideas sobre este tema, se advierte que no sólo se admitió la acción cuando se ejercía un derecho produciendo daños sin interés, sino aun existiendo este posible interés cuando hay culpa en el ejercicio de ese derecho. Quedó así a la vista que la propiedad no tiene los alcances tan absolutos y radicales que se pretendía.

Puede decirse que desde Roma, con la discusión entre sabinianos y proculeyanos, se inicia la consideración del tema, al tratar la *aemulatio*, o sea la ejecución de un acto *animus nocendi*, realizado con intención dañosa, que inspiraba el ejercicio de derecho por envidia, celos, malignidad, despecho. Los sabinianos defendían el ejercicio absoluto; los proculeyanos preconizaban la consagración de normas que sancionaran el ejercicio dañoso.

Después de superarse la etapa de la malignidad o ánimo dañoso y del daño sin interés legítimo, ampliando el campo a la admisión de la culpa, se llega en las últimas formulaciones de la teoría a considerar el *espíritu del derecho* y que el acto es abusivo cuando se *contraría ese espíritu o finalidad*.

§ 18. **DOCTRINAS NEGATIVAS Y POSITIVAS.** — Esos primeros pasos jurisprudenciales hicieron que la doctrina elaborara los criterios teóricos y los avances que se fueron dando sobre el abuso del derecho.

Se destaca la obra de Jossérand, como una de las más importantes en el desarrollo de los postulados de la teoría. Sin embargo, todavía atados por las ideas del individualismo del siglo XIX, muchos juristas la combatieron y negaron que fuera procedente, so pena de incurrir en graves violaciones a los principios que organizan nuestra sociedad.

Los que se opusieron a la teoría dieron los argumentos que se detallan a continuación. La libertad y el respeto de la ley impiden que se deje en manos de los jueces la facultad de valorar sobre los límites del derecho subjetivo. El valor seguridad podría perderse si así ocurriera, pues cuando la norma reconoce el derecho, no pueden los jueces restringir su ejercicio, lo cual sería contrario a lo querido por el legislador. Ese modo de coartar dicho ejercicio, importa desconocer un dere-

cho que la ley aceptó, es decir que por medio de la acción del juez en el caso particular, éste obraría por sobre el legislador. Los derechos deben poder ejercerse mientras el orden jurídico positivo no ponga límites, de otro modo no se podría tener la certeza de cuál es el derecho que corresponde a cada uno. Si por causa de ese ejercicio se produce un perjuicio a terceros, es preferible hacérselos soportar, en procura de la seguridad que resulta de la afirmación de los derechos individuales. Por otra parte, si el acto es lícito, pues es conforme a la ley, nada puede imputarse a la persona que lo ejecutó.

Entre las teorías afirmativas, se destacan diversos *criterios*.

a) Los denominados criterios *subjetivos* ponen el acento en la intención y en el interés del sujeto que obra abusivamente, o también en la culpa o negligencia de su obrar. Por un lado, si la parte tiene el propósito de perjudicar, sin un interés propio que justifique su acción o, sin esa intención, ocasiona un daño por imprudencia o falta de toda diligencia en el acto. El inconveniente de estas teorías es que debe probarse la intención o la culpa del sujeto que obra abusivamente, lo cual no es asunto de fácil concreción.

b) Se catalogan de *objetivos* los criterios que atienden más que al modo de proceder del sujeto ofensor, a los fines socio-económicos que se consideraron por el legislador al sancionar la norma; o a la violación de los fines del derecho, por actos contrarios al motivo legítimo de su vigencia. De tal manera, sin necesidad de indagar la conducta, basta comprobar que el acto en ejercicio del derecho se ha desviado perjudicialmente de los objetivos que el orden jurídico sostiene.

Así, por ejemplo, no hace falta acreditar el propósito del acreedor para establecer la existencia de un interés usurario y, por tanto, abusivo, bastando establecer las pautas sociales y económicas al tiempo de la realización del préstamo.

c) Por último, criterios *mixtos* son los que juntan ambas orientaciones y admiten el ejercicio abusivo por una u otra causa, o bien agregan a esas pautas principios generales que limitan el obrar, como el de la moral, buena fe y buenas costumbres.

Los autores que aceptan la teoría consideran que en cada caso concreto los jueces podrán investigar si el ejercicio del de-

recho tiene racionalidad. Esta tarea, en manos de especialistas prudentes, como se supone que son los magistrados, no puede presumirse peligrosa para la seguridad jurídica, pues, por lo general, los jueces son tradicionalmente recatados en la calificación del ejercicio de los derechos. Por otra parte, establecido el abuso como un impedimento a ese libre ejercicio, según pautas expresamente determinadas por la norma, no se advierte que la actuación del juez pueda considerarse ajena a la ley, pues es ella la que le confiere, precisamente, la facultad. La libertad debe tener justos límites, pues el valor seguridad debe conjugarse equilibradamente con el valor justicia, cuando el orden jurídico se ha preocupado por ponerlo de relieve.

§ 19. **EL ARTÍCULO 1071 DEL CÓDIGO CIVIL.** – Siguiendo la corriente predominante de su época, Vélez Sársfield no incorporó al Código el abuso del derecho. Al contrario, el art. 1071 original estatuyó: “El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”.

Esta idea rígida tuvo expresiones concretas en lo que se refiere al derecho de propiedad, pues los arts. 2513 y 2514 del Cód. Civil daban facultades muy amplias al titular del dominio, e inclusive en la nota al primero, Vélez Sársfield declaró, que siendo “la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa. Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el gobierno se constituye juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida”. Estas premisas guiaron al codificador para no introducir normas expresas en el Código que permitieran a los jueces impedir el ejercicio abusivo. No obstante, se advierte que el art. 1071 hace referencia al acto ilícito, y el abuso del derecho gira en torno a una condición básica: la existencia y ejercicio de una conducta permitida dentro del derecho por expresa directiva legal.

§ 20. **REACCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.** – En general, la jurisprudencia se embanderó en la aplicación de la corriente negativa, respetando la orientación del Código y estableciendo que no era admisible según nuestra ley impedir el ejercicio abusivo de los derechos. En tal sentido, los fallos anteriores a la reforma de 1968 dejaban establecido o bien que los actos eran ilícitos, en cuyo caso debían aplicarse las disposiciones del

Código que por esa causa los sancionaban, o bien que eran lícitos, y pese al exceso o pretendido exceso por parte del titular, no cabía ningún tipo de defensa.

Hubo en los últimos tiempos algunos fallos excepcionales, que atendiendo a lo dispuesto en el art. 953 del Cód. Civil, sobre el objeto contrario a las buenas costumbres, dieron soluciones que no eran más que aplicación de la teoría del abuso del derecho.

En tal sentido se limitó o prohibió: a) la tasa del interés para evitar la expoliación del deudor con la usura (CNCiv, Sala A, 24/12/63, LL, 115-332; id., Sala C, 8/4/53, JA, 1953-II-357; CCiv2ªCap, 4/7/40, LL, 19-284, entre otros); b) el embargo preventivo, que se traba maliciosamente o con culpa, produciendo daños que se deben reparar (CComCap, 31/8/38, LL, 11-1198); c) el pedido de reivindicación y consiguiente demolición por la pequeña invasión de una franja angosta en el terreno vecino (CNCiv, Sala F, 16/5/63, LL, 111-252), y d) el ejercicio del pacto comisorio en la compraventa por el vendedor y el pedido de resolución cuando el comprador había pagado gran parte del precio (CNCiv, Sala A, 24/12/63, LL, 115-332, entre otros).

§ 21. **LA REFORMA DE LA LEY 17.711.** – El art. 1071 fue sustituido por el siguiente texto, que recepciona claramente la sanción del ejercicio abusivo del derecho: *“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.*

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

La primera observación es el agregado de la palabra *regular* al texto anterior. Es decir que el ejercicio irregular o anormal del derecho, sí puede constituir como ilícito el acto del que lo ejerce. Sin embargo, para quienes consideran que el abuso del derecho no es un acto ilícito, pues no constituye una conducta violatoria de la ley, sino un derecho legalmente amparado que se utiliza de modo perjudicial, sin llegar a constituir un acto ilícito de los que se contemplan en los arts. 1066, 1067 y ss. del Código, esta parte de la norma estaría referida a la ilicitud y no al abuso; ilicitud, que hay que diferenciar en su sentido estricto del concepto más amplio de la antijuridicidad.

El segundo párrafo, en cambio, entra de lleno en el problema del ejercicio abusivo y, acorde con los efectos y sanciones que más adelante se explicarán, puede advertirse que hay diferencias por comparación con los actos ilícitos *stricto sensu* y sus consecuencias. Lo primero que hay que señalar es que adopta la teoría objetiva del fin de la ley: se ha considerado que en este caso, cuando se ejerce el derecho contra el espíritu que inspira a la norma, el acto es por sí mismo antifuncional, o ajeno a la función que se contiene en el ordenamiento al reconocer dicha facultad. Pero, también acumula simultáneamente a aquella causa (contrario a las miras de la ley), los límites que provienen de los valores de la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Hay, por tanto, que atender los siguientes requisitos para considerar abusivo y sancionable el ejercicio del derecho:

a) Que ese ejercicio sea contrario al fin de la norma cuando reconoce la facultad (criterio teleológico), considerado desde el punto de vista del ideal colectivo al tiempo en que se realizan los actos.

b) O también que el ejercicio sea incompatible con la buena fe entre las partes (conducta desleal), o con la moral media y las buenas costumbres.

c) Que, debido a esas desviaciones, se pueda producir o se haya producido ya un daño grave. 36

d) No es necesario que se pruebe la intención o culpa del titular del derecho ejercido antifuncionalmente, aunque a fin de tipificar uno de los elementos, la buena fe, debe demostrarse la conducta desleal y abusiva. Es dable señalar aquí la diferencia que separa los actos ilícitos de los abusivos, pues para esta causal de repudio a la conducta basta el elemento objetivo, el que surge de la pretensión, comparándola con el espíritu actual del orden jurídico. Inclusive se ha pensado que tampoco es imprescindible la autoría imputable del sujeto actuante, bastando el resultado antifuncional de la actuación, por lo cual un demente o un menor pueden ser sujetos activos del abuso.

§ 22. **JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA REFORMA.** — Una vez consagrada por la ley la teoría del abuso del derecho, la ante-

rior tímida acogida de algunos casos, se extendió a muchos otros, en donde la jurisprudencia aplicó sin retaceo la norma que habilita a los jueces a valorar el ejercicio de los derechos subjetivos.

En tal sentido, verbigracia, se consideró abusiva: a) la conducta del acreedor que sin interés legítimo y serio obtiene medidas precautorias gravosas para el deudor; b) la del marido que, después de muchos años de separación de hecho, requiere el reintegro de la esposa al hogar conyugal para liberarse de la obligación de pasarle alimentos; c) la pretensión de los herederos del comprador de escriturar la venta por el precio convenido 21 años antes; d) la demanda con la que se reclama la entrega del dominio de la cosa, cuando el precio todavía no cobrado se ha depreciado gravemente por causa de la inflación; e) la pretensión de resolver el contrato por un pequeño incumplimiento de la otra parte, obteniendo así la pena estipulada en el contrato, que es muy gravosa, y f) la acción del cónyuge inocente en el divorcio que, después de 30 años de separación de hecho, reclama los gananciales aportados por el otro en todo ese tiempo.

§ 23. **CARGA DE LA PRUEBA Y MODO DE INVOCAR EL ABUSO DEL DERECHO (POSIBILIDAD DE DECRETARLO DE OFICIO).** — La parte que pretende que se sancione a la otra por haber obrado abusivamente debe probar los elementos que configuran el abuso del derecho. Claro está que cuando la solución se enmarca en el aspecto objetivo de los fines de la ley, esta prueba puede surgir de los hechos mismos *—in re ipsa—*, dado que es irrelevante que se demuestre la intención de dañar o la falta de interés.

Existe la posibilidad de invocar el ejercicio abusivo por medio de una demanda judicial o bien al contestar demanda de cumplimiento de la otra parte por medio de una defensa.

Se plantea el problema de si el juez, sin que la parte haya alegado el abuso de la contraparte, puede de oficio, en resguardo del principio de justicia o de equidad, aplicar el art. 1071 del Cód. Civil. En muchos casos así se lo ha hecho en la jurisprudencia, especialmente para impedir los efectos de la depreciación de la moneda frente a contratos que fueron ejecutados mucho tiempo después de que se celebraron. La Corte Suprema, sin embargo, ha considerado que las partes tienen que invocar para permitir un adecuado derecho de defensa, pudiéndose oír las razones de ambos litigantes (CSJN, 1/4/80, JA,

1980-IV-451). Sobre este tema, hay que hacer la siguiente distinción: ante el ejercicio del derecho subjetivo, en el cual sólo están afectados los intereses particulares de las partes, el acto abusivo tiene que ser denunciado por los sujetos interesados, pues al no haber motivos para que el juez intervenga por su cuenta, sin solicitud de parte no corresponde que lo haga (CNCiv, Sala C, 31/8/84, *ED*, 111-393). En cambio, si por medio del acto abusivo se violan intereses públicos o generales, la moral o las buenas costumbres (caso, p.ej., de la usura), el juez puede sancionarlo sin petición de partes, en resguardo del orden público.

§ 24. EFFECTOS DE LA SENTENCIA.— El art. 1071 dice que la ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho. Ello demuestra que la misión directa y principal del juez no está relacionada con la anulación del acto o contrato, ni con la enmienda o modificación de los contratos que, estando en curso de ejecución, todavía no se han consumado. No es en sí mismo una causal de nulidad, ni otorga poderes de sustitución de las partes por el juez en la conformación del negocio, sino que en el fallo, el juez le quita protección jurídica al derecho subjetivo para que no pueda ejercérselo en esa forma e impedir así la ejecución abusiva. El derecho subjetivo queda, pues, sin poder de reacción, para lo cual se rechaza la pretensión del que pretende ejercerlo abusivamente o se dispone que las partes se pongan de acuerdo, modificando los aspectos antifuncionales del acto o contrato, de su ejecución.

Ahora bien, si el acto abusivo se ha consumado ya y con ello se han producido daños, el juez ordena su reparación, sean daños materiales o morales. Puede, por ejemplo, disponer la destrucción de la obra que se ejecutó abusivamente (la pared, el pozo, la plantación).

Cuando el comportamiento antifuncional es de efectos continuados fuera del proceso (extrajudiciales), el juez ordena al causante el cese de la conducta abusiva (abstención). En caso de que no sea respetada la orden, puede disponer otra sanción más contundente, como la anulación del acto, el resarcimiento de daños o la aplicación de medidas conminatorias patrimoniales (astreintes).

TRABAJOS PRÁCTICOS

a) Un alumno que tuvo conducta correcta y buenas notas en general durante 11 años en un colegio privado, al cursar el 4º año secundario fue amonestado por una falta menor. Citados los padres por la Secretaría del colegio, no asistieron. El Consejo de Admisión de ese instituto dispuso no reinscribirlo para el 5º año, comunicándolo a los padres. Éstos se presentaron al juez y alegaron: que era excesiva la sanción; que, no fue una consecuencia de la pequeña falta del educando; que, su ausencia a la citación se debió a imposibilidad temporal de asistir; la grave pérdida que importaba para el alumno no terminar en aquel instituto bilingüe y que otorgaba becas para el extranjero.

El instituto demandado contestó: que había ejercido con libertad el derecho de admisión; que hubo indiferencia de los padres que no estaban integrados con la comunidad del colegio; que no se les podía obligar a tener determinados alumnos; que en los estatutos y reglamento se preveía la facultad de expulsión y de no admisión por causas graves. ¿Hubo abuso del derecho? En caso afirmativo, ¿qué medida debe tomar el juez frente a la resolución de no admisión del educando?

b) Análisis de los casos que se han publicado: CNCiv, Sala B, 15/3/79, LL, 1979-C-68; id., Sala C, 2/5/83, ED, 97-686, comparando sus resultados y fundamentos contrapuestos, a fin de establecer la doctrina correcta de uno o de otro. Ver también CNCiv, Sala C, 13/10/81, LL, 1983-D-323, teniendo en cuenta los hechos, el mecanismo del art. 1071 del Cód. Civil y la situación particular procesal que llevó a dictar una resolución especial. Sobre la facultad de los jueces para modificar contratos o determinar sus efectos al aplicar el art. 1071, ver la doctrina de la CSJN, 4/8/88, JA, 1988-III-56. Sobre la necesidad de una invocación en el juicio, para asegurar la defensa de las partes: CNCiv, Sala C, 17/11/81, ED, 99-250; comparar esta solución con la contraria, id., Sala D, 21/5/82, ED, 102-545. Sobre el ejercicio del derecho de pases de los jugadores de fútbol por los clubes y su abuso: CNCiv, Sala E, 25/6/87, ED, 127-374.

E) DERECHOS PERSONALÍSIMOS

1) CONSIDERACIONES GENERALES

§ 25. **ORIGEN, EVOLUCIÓN E IMPORTANCIA.** – En el derecho romano no hubo construcciones teóricas sobre estos derechos y, salvo alguna que otra expresión como la de *suaepotestatis* de una sentencia de Ulpiano (1.4, D. de his. 9.5.I, 6), que ha hecho pensar que se refería a una potestad sobre sí mismo, puede

sostenerse que en realidad la teoría era ignorada, aunque, por medio de la *actio iniuriarum aestimatoria*, se tutelaban los principales aspectos de la personalidad y algunos de los derechos relacionados con ella (Ravà).

El primero de los juristas que con franqueza abordó en forma específica el tema, fue el español toledano Gómez de Amexqua, quien dio a publicidad en 1609 un libro titulado *Tractatus de potestates in se ipsum*, exponiendo extensamente con muchos supuestos y soluciones prácticas, lo que llamaba la potestad sobre sí mismo, que más tarde fue denominada *ius in se ipsum* o derecho sobre sí mismo.

Se destaca también la obra de un autor alemán, Stryk, a través de varias disertaciones, entre ellas la de 1675, llamada *Dissertationum iuridicarum Francofortensium*, con un acápite sobre "*De iure hominis in se ipsum*" (del derecho del hombre sobre sí mismo). Ya entrado el siglo XIX, varios jurisconsultos alemanes e italianos, como Köhler, Gierke, Campogrande, Ravà, etc., dedicaron su atención y sus razonamientos a estos derechos, con ideas que se expandieron y fueron incorporándose al derecho normativo de los países más civilizados.

En nuestra época la recepción de los derechos personalísimos es universal, pues incluso forman parte de declaraciones internacionales de los Estados, y muchos países los han legislado especialmente, como los códigos italiano de 1942, portugués de 1966, peruano de 1984, entre otros.

No se puede negar la *importancia* que en los tiempos actuales tienen estos derechos. Por una parte, son el medio más eficaz de la defensa de la persona en su aspecto individual, la tutela de su dignidad y su libertad. Si se presentara un conflicto entre la vida, la salud, imagen, honor o intimidad, algún otro bien de origen contractual o patrimonial, se descarta la prevalencia de aquéllos sobre éstos, pues, al tener que decidir entre conflicto, no se discute hoy la necesidad primaria de preservar los bienes personalísimos. Lo mismo puede decirse de la contraposición frente a cualquier otro derecho, pues los personalísimos son esenciales y constituyen el mínimo indispensable para la persona y su consideración humana. De nada valdría preocuparse por asegurar todos los demás derechos (creditorios-obligacionales; de familia; personales; reales o intelectuales), si no se antepusiera el respeto de la vida, el

cuerpo o el espíritu y sus manifestaciones, pues son bienes que se unen inconfundiblemente con la persona, que es el sujeto de los demás derechos.

A lo expuesto, que vale como concepción inicial y de todas las épocas, se unen las *circunstancias del tiempo presente*. Nunca como ahora se ha hecho más imprescindible organizar un sistema de defensas, que rescaten al hombre y sus instancias personales de peligros individuales y masivos. Las avanzadas científicas y sociales ponen de relieve la imperiosa necesidad de reglamentar la tutela jurídica de los derechos personalísimos. En primer lugar, como defensa contra la masificación del hombre en los proyectos excesivamente socializadores; en segundo, porque los progresos y perspectivas tecnológicos muestran medios antes desconocidos para entrometerse, quebrar y desconocer la condición humana del hombre.

Tienen, también, otro *efecto nivelador*: dado que son derechos que no se pueden negar en nadie, corresponden a cualquier persona por el hecho mismo de serlo, sin que influyan sobre la intensidad de su reconocimiento, las diferentes esferas jurídicas que normalmente tienen distinta repercusión, como la situación del padre frente al hijo, del patrón frente al obrero, del profesor frente al alumno, del director frente al subordinado, del soldado frente al militar de grado superior, etcétera. No hay en cambio, respecto de estos derechos, ninguna desigualdad posible, no obstante los distintos roles jerárquicos. Pero también evitan lo que, en determinadas épocas o países, se pretendió imponer haciendo discriminaciones raciales, de nacionalidad, de religión, de sexo o de clase. Importan, pues, el *verdadero centro de igualdad*, porque están constituidos por valores connaturales del ser humano.

Pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) Es elemental la materia que comprenden los derechos personalísimos e inevitable el estudio jurídico privado sobre ellos.

b) En las *circunstancias del mundo actual* (rapidez de las comunicaciones; informática; uso de drogas; grabaciones; captación de imágenes, etc.), se hace más patente la necesidad de considerarlos expresamente.

c) Representan un medio propio del hombre para su *perfeccionamiento* y desarrollo.

d) Equilibran los intereses individuales con los sociales, preservando lo más importante de aquéllos.

e) Forman la base común de *perfecta igualdad*, pues nivelan todas las instancias jurídicas de la persona, sin admitir en su esfera diferencias ni grados.

f) Hay que *enseñar al pueblo* sus derechos más elementales, para que aprenda a defenderlos.

§ 26. **NATURALEZA JURÍDICA.** – En el estudio de la índole que corresponde reconocer en los derechos personalísimos, podría hacerse la pregunta de si son bienes, normas o derechos subjetivos. Corresponde sostener que *son verdaderos derechos subjetivos*. Cualquiera de las corrientes de doctrina que han definido estos derechos (la voluntarista, la del interés o la que junta a ambas), podría admitir que la propia vida, la libertad, el honor y el cuerpo, constituyen bienes sobre los que se ejercen facultades de derechos subjetivos. En efecto, no es posible desconocer el señorío que la voluntad de la persona ejerce sobre esos bienes. Ya se entienda la voluntad de ella misma o unida con la del representante, es indudable el poder jurídico para decidir que se hace efectivo sobre ellos, disponiendo sobre ciertos aspectos y exigiendo de los demás (*erga omnes*) los comportamientos adecuados para su respeto. Se tiene además la posibilidad de reaccionar si son atacados, solicitándose la intervención de la autoridad para hacer efectivo ese respeto.

Son intereses, y de los más entrañables, jurídicamente protegidos.

Entre los autores que negaron que sean derechos subjetivos (Orgaz, Ravà), se sostuvo que se confundía facultades con derechos, y que no toda facultad es un derecho. Sin embargo, así como pintar una puerta, levantar una pared, permitir el alojamiento de una persona, son facultades del derecho de propiedad, también pasear por las calles, entrar y salir de la ciudad, hacer sonetos, comer, beber y trabajar, son facultades del derecho de libertad y en algún caso del derecho de intimidad. De modo que no se confunde la *facultas agendi* general, con el derecho subjetivo, el cual implica una facultad combinada con una pretensión de obligación frente a las otras personas, ya que deben respetarlo y se impide que se interfiera o ataque esa libertad.

Contrariamente a lo que se expuso en nuestro medio (Orgaz), la facultad como posibilidad que depende del arbitrio del sujeto existe, pues la persona da conformidad o no al tratamiento médico sobre su cuerpo; con la exhibición de su imagen; con el trasplante de un órga-



no; puede o no reaccionar para defenderse de una calumnia. El orden jurídico *tiene normas* que contemplan y reconocen esas facultades y defensas jurídicas. Hay *deber*, desde el lado opuesto, para que esas posibilidades de goce y reacción las respeten las demás personas. Finalmente, no es verdad que el derecho aparezca después de la lesión con el resarcimiento de los daños, ya que de no poder reponerse en especie el derecho lesionado, ese resarcimiento no hace más que reemplazarlo o sustituirlo, como un sucedáneo del ataque a un derecho anterior (Borda, Llambías, Rivera, Cifuentes).

Si bien *el objeto* de estos derechos está íntimamente unido a la persona, no se confunde con ella. La persona es un todo compuesto y de ella se destacan manifestaciones que la sociedad admite y apoya en forma muy señalada, como la libertad, el cuerpo, la salud, el honor, etcétera. Luego, el problema que se han planteado algunos juristas al sostener que no hay derecho subjetivo en los personalísimos porque no hay un objeto diferenciado del sujeto (Orgaz, Ravà), queda contestado con la aclaración de que el objeto está dado por esas manifestaciones determinadas que, al ser admitidas en los hechos y en la vida, el derecho no puede desconocer, como aspectos idealmente separados de la *unidad compuesta* que es el hombre (Campogrando, De Cupis, Cifuentes).

§ 27. **CARACTERES.** — Los derechos personalísimos tienen un conjunto de caracteres demostrativos de su autonomía. Algunos de esos caracteres pueden coincidir con los de otros derechos comprendidos en la clasificación explicada en el § 15, pero hay otros que son completamente singulares, pues son propios solamente de estos derechos. De todas formas, el conjunto revela que son inconfundibles y que los apartan de los demás derechos subjetivos formando una *institución* que tiene perfiles propios e independientes. Es importante señalar que si hubiera algún derecho subjetivo que tuviera estructura más o menos similar, pero que no coincidiera exactamente con los caracteres que corresponden a los personalísimos, podría admitirse que no son una variedad, sino que responden a otra institución.

La enunciación de los caracteres de los derechos que estudiamos es la siguiente: a) *innatos* (carácter que no comparten con ningún otro derecho subjetivo); b) *vitalicios* (carácter que es muy importante para estos derechos); c) *necesarios* (carácter que es muy

importante para estos derechos); *d) esenciales* (carácter que es muy importante para estos derechos); *e) de objeto interior* (carácter que no comparte con ningún otro derecho subjetivo); *f) inherentes* (no es un carácter por sí solo muy importante ni privativo para la estructura de estos derechos); *g) extrapatrimoniales* (no es un carácter privativo para la estructura de estos derechos); *h) relativamente indisponibles* (no es un carácter privativo de la estructura de estos derechos); *i) absolutos* (no es un carácter por sí solo muy importante ni privativo para la estructura de estos derechos); *j) privados* (no es un carácter por sí solo muy importante ni privativo para la estructura de los derechos personalísimos), y *k) autónomos* (es el resultado de la combinación de todos los otros caracteres).

En la explicación de cada uno de estos caracteres se pueden señalar las siguientes pautas:

a) **INNATOS.** Porque son connaturales o como nacidos con el sujeto mismo. Para establecer este carácter hay que considerar el primer momento de la existencia del derecho. Si aparece automáticamente con el principio de la existencia de la persona, porque la ley lo reconoce desde entonces, es innato. Lo importante no es solamente el comienzo en sí mismo del derecho, que en nuestro régimen tiene partida con la concepción del *nasciturus*, sino que debe unirse, a ese aspecto, el hecho de nacer con la génesis misma del individuo, que el derecho no tenga otro elemento necesario para su existencia. Por el solo hecho de comenzar a ser persona, se tienen esos derechos personalísimos, sin que haya otra entidad captable que deba necesariamente verse unida a ese comienzo.

Así, por ejemplo, los derechos que se adquieren con el estado de hijo, no provienen sólo de empezar a existir, sino de ello más el estado filiatorio (vínculo de sangre con el padre y la madre), luego, estos derechos son adquiridos porque derivan de circunstancias ajenas a la propia génesis.

Por oposición a los innatos, los derechos derivados requieren tener alguna condición que el orden jurídico contempla al margen o aparte del hecho de empezar a ser sujeto.

b) **VITALICIOS.** Porque siguen a la persona durante su vida. Imposible pensar la persona humana sin honor, libertad, vida respetada, etcétera. Luego, no pueden faltar en ningún instante de la vida y terminan con la muerte del portador de ellos.

c) *NECESARIOS*. Es un carácter que se une como corolario lógico de ser innatos y vitalicios. No pueden faltar durante la vida, aunque en ciertos momentos pueda limitarse su ejercicio, sea por sanción de la autoridad pública, o por algún acto transitorio y limitado. Estos tres caracteres tienen correlatividad (innatos, vitalicios y necesarios), de modo que es dable sostener que la conjunción de los tres es privativa de los derechos personalísimos.

d) *ESENCIALES*. En el sentido de opuestos a eventuales. Los eventuales son los que en ciertos casos pueden faltar en el sujeto y vienen por circunstancias ajenas al principio de la existencia de la persona. Los personalísimos, dado que son el mínimo indispensable para el contenido de la existencia de la persona, son esenciales y no derivados ni eventuales. Si el ordenamiento normativo desconociera estos derechos, todos los otros derivados o adquiridos —eventuales— perderían interés para el individuo, porque de nada valdría tener propiedad, derechos de familia, etc., si no se respetara la libertad, la vida, el honor y la intimidad de la persona.

e) *DE OBJETO INTERIOR*. Debido a que son manifestaciones o facetas del hombre como persona, están indisolublemente unidos a él. De este modo, aunque la persona es conceptualmente anterior a los derechos que le corresponden, los personalísimos aparecen inmediatamente unidos, porque provienen de la sola condición de ser persona. Como son manifestaciones idealmente captadas en la unidad compuesta del hombre, no están separados ni son exteriores sino interiores al propio sujeto, ni pueden tener por objeto una parte exterior del mundo circundante.

Todo objeto que no sea interior, que tenga realidad exterior, con independencia y fuera del sujeto, no entra en la categoría de los derechos personalísimos. Esta conclusión no impide ver que la condición interior del objeto pueda necesitar de otros bienes no personalísimos y exteriores para subsistir, como los alimentos para la vida; la fama para la honra; los ámbitos reservados y protegidos para la intimidad, etcétera. Pero esos alimentos, fama y ámbitos, no se confunden con los derechos personalísimos, aunque sean un auxiliar o complemento para que aquéllos logren sus proyecciones.

f) *INHERENTES*. Porque son intransmisibles en virtud de su inescindible unión con la persona. Muchos otros derechos

no personalísimos son también inherentes (art. 498, Cód. Civil), pero es un carácter que les corresponde por no transmitirse a los herederos.

g) *EXTRAPATRIMONIALES*. En el sentido de que no pueden ser medidos o mensurados en dinero. No asientan sobre bienes estimables o calculables pecuniariamente.

Ello no importa sostener que esos bienes, como el honor, la vida y sus energías, etc., no puedan producir bienes económicos. Pero estos efectos son mediatos e indirectos, a diferencia de la propiedad, por ejemplo, que tiene condición pecuniaria directa e inmediata, porque asegura al sujeto por sí mismo una utilidad patrimonial. Hay muchos otros derechos, además de los personalísimos, que son extrapatrimoniales, de modo que es un carácter que sirve para ubicarlos pero que no los define.

h) *RELATIVAMENTE INDISPONIBLES*. Quiere esto decir que no es posible cambiar el destino del derecho en forma total y permanente. Pero sí es posible hacer algún tipo de alteración parcial y transitoria.

No se puede vender el honor, transmitir la intimidad y entregar enteramente el cuerpo, pero sí admitir una injuria sin reaccionar, la intromisión en un caso dado sobre la vida privada o donar una parte del cuerpo para trasplantes. De la relativa indisponibilidad, por oposición a relativa disponibilidad, surge que son inenajenables, inembargables, intransferibles, inejecutables por el acreedor, inexpropiables por el Estado, imprescriptibles por el correr del tiempo e irrenunciables por su titular.

i) *ABSOLUTOS*. Pues al igual que el derecho de propiedad y los reales en general, se oponen a todos los demás miembros de la sociedad, reconociéndose una obligación pasiva universal al respecto. O sea, que son oponibles *erga omnes*.

j) *PRIVADOS*. Ya que se ubican en el ámbito del actuar de los particulares. Aunque existen derechos subjetivos públicos, los personalísimos atañen a los conflictos e interferencias entre las personas.

Nada impide observar que a veces están protegidos civilmente y, a la vez, por el derecho penal. Por ejemplo, el homicidio es perseguido por una acción pública penal, pero ello no hace desaparecer la pretensión privada de los personalísimos, como el ejercicio de la legítima defensa sobre la vida y los problemas del resarcimiento.

k) *AUTÓNOMOS*. Surge este carácter de la combinación de todos los caracteres estudiados. El conjunto de las notas y características nos ponen frente a una figura particular, no identificable con otras, y por eso puede llamárselos autónomos.

§ 28. *DENOMINACIÓN*. – Antiguamente se los llamaba *ius in se ipsum*, o derechos en la propia persona. Esto no era correcto, por la preposición “en” (*in*). Los derechos no están dentro del sujeto, sino que su objeto es interior y los derechos están fuera, en la correlatividad de persona a persona.

Tampoco es correcta la nominación de “derechos sobre la propia persona”, pues la preposición “sobre” da una idea de posesión o dominio, que no coordina con las limitaciones a la disponibilidad basadas en razones de orden público. Ni aceptable la de derechos “innatos u originarios”, que hace referencia a un carácter muy definidor, pero no el único.

Se ha hecho corriente la designación de “derechos de la personalidad”. Podría sostenerse que se funda en un elemento del ser jurídico de la persona, dado que ésta es sujeto de derecho por tener personalidad. Los derechos vienen después de ser persona.

La designación que hoy se expande y domina es la de “derechos personalísimos”, ya que son personales en grado superlativo. Esta denominación pone correctamente el acento en que provienen del solo vínculo personal, según las características explicadas (Cifuentes).

§ 29. *DEFINICIÓN*. – Consecuentemente con los estudios hasta aquí realizados, podría darse esta definición de los derechos personalísimos: “*son derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios, que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona, y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical*” (Cifuentes).

§ 30. *CLASIFICACIÓN*. – Para hacer una subdivisión del contenido de los derechos personalísimos, es dable señalar que ha habido dos sistemas, uno unitario, considerando la existencia de un solo derecho de la personalidad, del cual se seguirían

múltiples facultades, como elementos destacables del todo, y otro plural.

Prevalece hoy el criterio plural, en el sentido de considerar varios y diferenciados derechos, que responden a la protección de distintos bienes o manifestaciones interiores de la persona. En este sentido pluralista, es dable atender a una clasificación triple:

a) *DERECHOS DE LA INTEGRIDAD FÍSICA*. Comprenden la vida y las facultades que ejerce la persona sobre su cuerpo: desarrollarlo, aprovecharlo y defenderlo. Son de esta clase el derecho de *vivir*, y los que se identifican con la existencia vital del cuerpo, sus partes y detalles; los derechos relacionados con la *salud* y los medios para preservarla u obtenerla, y, finalmente, los derechos sobre el destino del *cadáver*.

b) *DERECHO DE LIBERTAD*. No solamente atiende al problema físico: el movimiento, la locomoción, sino también en lo concerniente a la expresión de las ideas, la realización de actos o negocios, el empleo sin trabas de la fuerza física y espiritual.

c) *DERECHOS DE LA INTEGRIDAD ESPIRITUAL*. Éstos comprenden, en primer lugar, *el honor*; después *la imagen*; *la intimidad* o *vida privada*, y por último, *la identidad*.

Se ha pensado que es necesario, ciñéndose a los caracteres estudiados, apartar algunos que se confundieron con los derechos personalísimos (Cifuentes).

Así, no entrarían en ellos las *patentes de invención*. Éstas no son innatas, vitalicias, necesarias ni inherentes. Por más de que se pueda ver en ellas un vínculo intelectual con el inventor, lo cierto es que el invento a patentar tiene que mostrarse en el exterior y separarse del sujeto, pasar a ser parte del mundo circundante. Antes de ello hay una energía espiritual que permite obtener el descubrimiento patentado. Pero aquí no se tutela esa energía como parte del individuo actuando sus fuerzas interiores del intelecto, que es en lo que puede apreciarse el bien personalísimo, sino lo patentado, la obra.

De la misma manera correspondería apartar de la institución al llamado *derecho moral de autor*. Este aspecto de la estructura de los derechos intelectuales o de autor, hay que unirlo a la obra que el autor crea y que es exterior y material, como la obra literaria, musical o científica. Es un elemento que por sí mismo, en la interioridad del autor de la obra, no constituye una obra protegible. Sólo

una vez creada y manifestada tiene protección. De donde, tampoco puede decirse que sea un derecho innato, pues sólo tiene cabida en el orden jurídico a partir de su creación, que debe tener los caracteres propios de la obra intelectual: originalidad y exteriorización, al margen de la interioridad del objeto.

En cuanto al *nombre* de la persona, muchos autores han considerado que forma parte de esta rama de derechos personalísimos. Otros entienden que no son derechos innatos, sino atributos de la persona. Esta última es la doctrina correcta; ver § 80.

Finalmente, no se confunde en esta materia con los antiguamente llamados *derechos del hombre y del ciudadano* y hoy llamados *derechos humanos*. Es indudable que son materias afines y correlativas, pero los derechos personalísimos atienden al aspecto particular de la protección, mientras que los derechos humanos se refieren a la protección de la persona por el avance del Estado y de los poderes públicos sobre los particulares. De ahí que, aunque tengan muchos puntos en común, no se identifican, en virtud de que es distinta la norma positiva que regula la materia, los sujetos que participan (en un caso particulares entre sí; en el otro los poderes de gobierno y los particulares) y las finalidades consideradas: la protección civil privada, frente a la limitación pública y política de los abusos dictatoriales.

§ 31. MEDIOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS.

Los medios del derecho civil para tutelar los derechos que estudiamos, pueden sintetizarse en tres vertientes: la indemnización de los daños y perjuicios; la reposición *in natura* o en especie, y la supresión o eliminación del ataque.†

La *indemnización* o *resarcimiento* de los daños y perjuicios se traduce en una compensación en dinero para tratar de obtener un equilibrio entre el bien perdido y el provecho que esa suma de dinero representa. Aunque el resarcimiento puede ser del *daño material y moral*, en el ámbito de los derechos personalísimos asume indudable importancia el daño moral (arts. 1078 y 522, Cód. Civil), pues suelen lesionarse valores no medibles monetariamente. El daño material requiere una reparación por el equivalente, es decir, la cantidad de dinero que importe íntegramente la pérdida sufrida (el daño emergente y el lucro cesante o utilidad perdida). El daño moral —no se puede mensurar el bien ofendido que el derecho protege— es un resarcimiento aproximativo y por satisfacción o satisfactorio. Aunque aquí no se llega a la equivalencia, se trata de dar satisfacciones con el dinero que las hace posibles: la moneda se pro-

yecta en este caso como medio para obtener goces más o menos compensatorios de los sufrimientos soportados, porque muy difícil es conseguir la equivalencia.

Sin embargo, también es posible considerar el daño material indirecto. La persona herida en su honor, cuerpo, libertad e intimidad, puede sufrir también en bienes materiales, como por ejemplo, la menor productividad que es consecuencia de su tribulación o padecimiento; el tratamiento psicoterapéutico para lograr un equilibrio emocional perdido; los gastos en psicofármacos, etcétera. De la misma manera, de un daño material directo puede seguirse un daño moral indirecto, como la destrucción de un objeto que tiene valores de afección familiar.

La *reposición en especie* devuelve el bien dañado. Es el caso de las *publicaciones*, cuando se ha lesionado el honor palpando una noticia deshonrosa. De la *retractación* que se hace pública en los medios de difusión, ya que el ofensor se arrepiente y admite lo infundado de su ataque. En este sentido, está también el llamado *derecho de réplica*.

Muchas veces la reposición por publicaciones, retractación, respuesta o réplica, restaura sólo parte del daño inferido, y debe complementarse con el resarcimiento en dinero. De modo que, la directiva del art. 1083 del Cód. Civil puede cumplirse con la combinación de esos medios: reposición e indemnización, quedando entendido que en este caso el resarcimiento será menor, puesto que han tenido los perjudicados algunas satisfacciones por los otros medios de reparación del derecho.

En la *faz preventiva* se puede considerar la acción para que cese el ataque ya comenzado. Se llama *acción de abstención*. Cuando ese ataque produce una lesión continuada en el tiempo (difusión de una noticia radial; de una película cinematográfica o de video; publicación periódica de prensa, etc.), es dable solicitar a la justicia que ordene la remoción, suspensión o cese y eliminación del ataque ya comenzado. En este caso no es necesario demostrar la culpa del ofensor, pero sí la conducta contraria a derecho.

También es posible, por medio de una *acción inhibitoria*, pedir una orden que impida el ataque no comenzado, pero sí amenazado. El temor de que se produzca la primera transgresión y antes de que ella se materialice, permite requerir la protección de la justicia. Pero la amenaza debe ser objetiva y

real, y el peligro, actual e inminente. Aunque si se solicita esa orden judicial sin derecho, el solicitante puede ser condenado a pagar los daños y perjuicios que la inhibitoria pudo haber causado, siempre que se pruebe que obró al pedirla maliciosamente o con culpa.

El art. 1071 del Cód. Civil, en cuanto no ampara el ejercicio irregular y abusivo del derecho, da sustento positivo a la acción de abstención. La ley de acción de amparo (16.986) y correlativas normas de los códigos procesales, dan apoyo normativo a la acción inhibitoria.

Pero particularmente, la reforma de la Constitución nacional de 1994 ha consagrado en la órbita de sus normas superiores la defensa del amparo, incluso atendiendo a su requerimiento en caso de *amenazas* (art. 43), con lo que estos derechos fundamentales, enunciados en su articulado y en los pactos internacionales que se incorporaron a la Constitución (art. 75, inc. 22), tienen ahora una indiscutida protección preventiva, de abstención e inhibitoria, tanto frente a la acción de las autoridades como de los particulares, haciéndose aplicables las leyes que reglamentan el procedimiento abreviado del amparo.

Por otra parte, en el área especial de la informática y de las bases de datos, se ha previsto la extensión del amparo en favor de toda persona interesada (ver § 43).

Finalmente, no se olvide la *legítima defensa* permitida en el orden civil, cuando los bienes que se atacan tienen la importancia de los personalísimos.

§ 32. **EL DERECHO DE RÉPLICA.** — Como uno de los medios que tienden a recuperar el bien dañado e importa una suerte de reposición o compensación en especie, está el mal llamado derecho de réplica. En realidad, más que de réplica lo que vendría a significar la posibilidad de contestar opiniones, ideas, críticas o exposiciones de contenido ideológico, de lo que se trata es de poder dar *respuesta* a injurias, calumnias o ataques en general al honor, o de permitir la *rectificación* de noticias alteradas o falsas con relación a la realidad, difundidas por los medios de comunicación.

Este derecho de rectificación o respuesta importa la facultad de exigir del medio de comunicación (prensa, radio, televisión, etc.) donde aparecieron las ofensas o los datos inexactos de la persona, que provea un espacio para subsanar el honor lesionado o para dar la versión real de la noticia (Rivera). En

realidad, más que un derecho, es un medio de defensa de los derechos (Cifuentes, Pizarro).

Como forma legítima de defensa existe desde hace muchos años en varios países (Francia, Bélgica, Italia, España, Perú, Colombia, Portugal, Brasil, Alemania, Austria, Polonia, Yugoslavia, etcétera). Inclusive hoy se lo ha propugnado en compromisos internacionales, uno de los cuales, el Pacto de San José de Costa Rica (ratificado por nuestro país por ley 23.054 e incorporado a la Constitución nacional en 1994), lo comprende en su art. 14, que establece: *“Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”*.

Es decir que la Argentina se ha comprometido a sancionar las normas legales necesarias para reglamentar este medio de defensa. Varias constituciones de provincia lo han hecho, como las de Chubut, Santa Cruz, Neuquén, Formosa, La Pampa, Santa Fe y Catamarca. Hay proyectos en el parlamento que lo contemplan. En las II Jornadas Cíviles, Comerciales y Procesales de la Provincia de Buenos Aires, realizadas en la ciudad de Junín, se establecieron bases para proponer dicha reglamentación. Después de recordar el Pacto de San José de Costa Rica y de señalar que se trata de difusiones agraviantes que, desnaturalizando la información, puedan causar perjuicios a las personas y a los propios medios de difusión, se recomendó: a) por tratarse de un derecho que concierne a la protección de los derechos personalísimos, es en esa área donde debe ser incorporado a la legislación, además de ser reconocido a las personas jurídicas; b) su regulación incumbe al Congreso de la Nación, sin perjuicio de las facultades propias de las provincias; c) esa regulación debe ser básicamente cuidadosa del respeto a la libertad de información, que comprende la facultad del órgano de emitir opiniones, críticas e ideas; d) la réplica debe ser gratuita, oportuna, y guardar correspondencia y razonable proporción con la difusión que la justifica —la gratuidad no obstará al ejercicio de la acción de repetición que corresponda al órgano de difusión—; e) para el caso de que el órgano no admitiere la rectificación o respuesta que se le hubiere requerido, deberá preverse la vía judicial más urgente y de máxima celeridad que sea adecuada para la tutela de los derechos afectados, y f) para el ejercicio de este derecho no es necesaria la atribución de culpa.

Deben establecerse, por otra parte, límites temporales razonables: a) para efectuar el reclamo ante el órgano de difusión; b) para que éste le dé satisfacción, y c) para el ejercicio de la acción judicial.

Es decir que al identificarse con los medios de protección de los derechos personalísimos, no hay ningún motivo para considerar que

su reglamentación no pueda hacerse por ley nacional. La réplica gratuita no debe ser siempre de la misma extensión que la noticia falsa, desnaturalizada o agravante, porque a veces basta con una desautorización de menor medida, aunque para que sea idónea requiere otras de mayor extensión, según los casos. El órgano de difusión informativa, si ha obtenido la noticia de una fuente responsable (órgano policial, otro medio de información, etc.), puede repetir el gasto que importa la publicación de la réplica a esa fuente informativa. Además, si transcurriera mucho tiempo entre la noticia adulterada o injuriosa y el pedido de difusión de la rectificación, sería un medio amenazador para el órgano de difusión que se mantendría en el tiempo, menoscabándolo, y de ahí la necesidad de un corto plazo de caducidad para ejercer el derecho. De igual modo, corresponde señalar un corto plazo para que el órgano haga la rectificación, bajo apercibimiento de que el damnificado promueva la demanda a la justicia. Finalmente, esta acción judicial debe ser también pronta, enmarcada dentro de un plazo de caducidad. Si el remedio carece de actualidad, se desnaturaliza y no cumple sus objetivos.

Se controvertió si el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica tenía aplicación "operativa" (es decir, inmediata), sin precisar de normas internas que lo reglamentaran. Al respecto hubo fallos encontrados de los diversos tribunales inferiores, y al principio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no admitió su operatividad, pero en la causa "Ekmekdjian c/Sofovich" del 7/7/92 (LL, 1992-C-543), modificó esa jurisprudencia por amplia mayoría y estableció que el derecho de respuesta tenía directa e inmediata vigencia, pues la frase "*en las condiciones que establezca la ley*" era sólo indicativa de la forma como se tenía que aplicar, pero no implicaba una espera para su operatividad ni lo supeditaba al dictado de normas de derecho interno.

TRABAJO DE ANÁLISIS Y CRÍTICA

En las Jornadas del año 1990, en homenaje al doctor Jorge Bustamante Alsina, organizadas por la Universidad del Museo Social, Cifuentes y Fernández, desarrollando los principios establecidos en Junín, presentaron una ponencia con un anteproyecto de ley. Este trabajo está publicado en LL, 1990-E-583, con las fundamentaciones en cada una de las normas propuestas. La lectura del mismo y su examen permitirá profundizar todos los aspectos que rodean el derecho de respuesta. Ver el proyecto, en Apéndice, I.

2) DERECHOS SOBRE LA INTEGRIDAD FÍSICA

§ 33. **DERECHO DE VIVIR.** – No conviene llamarlo derecho "sobre la vida", porque ello implicaría una facultad absoluta

sobre el bien, como si se pudiera disponer completamente de la vida. Tampoco derecho “a la vida”, porque no se trata de un derecho a conseguir la vida, lo cual ocurre con la concepción y el nacimiento, que en general son acontecimientos naturales. En cambio, este derecho importa defender la propia vida de ataques, conservarla y gozarla, de ahí que resulte apropiado hablar del “derecho de vivir”.

No se deben confundir los medios que sustentan la vida, como los alimentos y el derecho alimentario, con la vida misma. Aquéllos son medios externos, patrimoniales, y en ciertos supuestos disponibles, mientras que aquí, como personalísimo e interior, se trata del derecho que recae sobre el vivir en sí mismo. También hay que aclarar que es inexacta la fórmula de la contrapartida: derecho de vivir frente a derecho de morir, o sea facultad de matarse, pues no hay en este sentido una especie de propiedad sobre la vida, la que se considera un bien superior motivo por el cual el Estado lo protege e impide esa acción. Salvo en casos de guerra, en que los estatutos normales se alteran, siendo posible sacrificar el bien de la vida por razones de defensa a la patria.

A partir de la concepción (el *nasciturus*) en el orden jurídico se protege el derecho de vivir. De ahí que se ha penalizado el aborto, el homicidio y los atentados que se cometen para quitar la vida de un semejante. Además de las normas penales al respecto, en lo civil la jurisprudencia, aunque dividida, suele destacar que la vida es un bien que constituye un valor, aparte del moral o afectivo que también tiene. De tal idea surge el derecho al resarcimiento por causa de la muerte de un allegado, como el padre, madre, hijos. Al establecerse una indemnización resarcitoria, se demuestra que el vivir tiene valores económicamente mensurables por sus propias potencialidades o energías físicas y espirituales. Aunque no debe confundirse el bien personalísimo con el menoscabo producido al suprimirlo. El bien no es el daño que su supresión irroga.

Uno de los temas relacionados con el derecho de vivir es el del *suicidio*. En otras épocas se sancionaba con penas el suicidio y el atentado de suicidio. A partir de autores como Beccaria, Voltaire, Montesquieu y otros, se llegó a la conclusión de que no es aceptable imponer una pena al suicida o a sus herederos. En primer lugar, porque la muerte del sujeto importa hacer recaer la pena sobre los sucesores, que son inocentes en lo que se refiere a la acción inculpada.

Las razones para desincriminar al suicidio son: *a)* al morir queda sin sujeto la pena y las medidas que se tomaban sobre el cadáver (horca, mutilación, sepultura vergonzosa, etc.), acusan un primitivismo hoy inaceptable; *b)* es imposible, además, la comisión de un delito contra sí mismo; *c)* como acción preventiva no tiene éxito, pues de penarse la tentativa de suicidio, el suicida perfeccionará los medios para no quedar con vida, ya que de lo contrario podrá tener que soportar, además de su decepción vital, una grave sanción; *d)* la pena sobre el patrimonio relicto, los testamentos, etc., harían pagar a justos por pecadores, ya que nada tienen que ver los parientes con la acción del suicida, y *e)* difícilmente pueda asegurarse que el suicida estaba en su sano juicio, sospechándose con la muerte provocada un desequilibrio posible.

Si bien el suicidio no es punible, sí lo es la ayuda a cometerlo por parte de terceros.

Por otra parte, no es dable sostener que existe un derecho a suicidarse. En efecto, la autoridad puede impedir que el suicida logre su propósito, y hasta cualquier persona puesta en ese trance podría tratar de evitarlo. Quiere decir que el orden jurídico no reconoce la facultad o poder jurídico de hacerlo, ya que es imponible por la fuerza.

El *duelo* también se ha descartado como lícito, pues es una lucha en que ambas partes pretenden sacrificar a la otra. En este sentido se lo considera un delito penal. En el orden civil, se ha aceptado la indemnización de las heridas recibidas en duelo, a favor del herido o de su familia, aunque haya sido él el provocador, demostrándose que el duelo se considera un delito civil (nota al art. 1081, Cód. Civil).

Tampoco es admisible disponer del curso de la vida por medio de otras formas que no importan propiamente suicidio, pero que tienen analogías muy cercanas. Así, por ejemplo, la *pasividad mortal* del huelguista de hambre; o del que se deja arrollar por el agua o el fuego sin apartarse. Cuando verdaderamente llega a peligrar la vida en esos trances, son conductas que se deben impedir inclusive por la fuerza.

En cuanto a las *experiencias científicas*, en las cuales se pone en peligro la continuidad de la vida, se han dado casos como el del sometimiento a una operación experimental, o a una inoculación virósica para descubrir el desarrollo de la enfermedad y la posibilidad de obtener el remedio o la vacuna. Pueden establecerse las siguientes bases para definir la legiti-

midad de dicha conducta: a) tiene que tratarse de una experimentación en beneficio de la humanidad; b) a pesar de ello, no es aceptable el compromiso contractual obligatorio y la ruptura de ese compromiso por parte de la persona que se ofrece, no debe producir ninguna repercusión en su contra; c) no es aceptable que el riesgo sea comprado con dinero u otros beneficios, pues habría una mercantilización no altruista, que sería contraria a la moral y buenas costumbres (art. 953, Cód. Civil); d) sólo sería admisible el acto espontáneo que, además, no significara la absoluta certeza de la muerte del sometido y que fuera prudentemente considerado, tomándose todas las precauciones necesarias para evitar ese desenlace, y e) tiene que haber alguna probabilidad de éxito en la experimentación, para evitar un sacrificio inútil.

También se pone en juego la vida con *deportes, trabajos y habilidades* peligrosos. Como el del trapealista de circo, domador de fieras, trabajos en minas o en reactores atómicos, carreras automovilísticas, etcétera. Cuanto mayor es el peligro, más concita la atención pública y más cara es la entrada y la compensación económica. Se pone en juego la virtud del valor o valentía. Sin embargo, se puede sostener que sólo es admisible arriesgar la vida en esas condiciones cuando las personas que se someten al riesgo tienen profesionalidad, adquirida por la práctica; de modo que se aleja en realidad la posibilidad de fallar y perder la vida. A un improvisado o neófito se le debe impedir que actúe en esa forma.

El contrato sobre tales actividades, es decir, entre el idóneo y el empresario que practican la especialidad que importa riesgo de muerte, sólo es admisible en esas condiciones. De lo contrario, por imperio del art. 953 del Cód. Civil, y aun del art. 1071, habría un ejercicio abusivo del derecho de vivir; un abuso sobre sí mismo o sobre la propia vida. Pero, si el obligado se arrepiente, son aplicables los arts. 498, 626 y 629 del Cód. Civil, y no sería posible hacer ejecutar por otro la obra o servicio peligroso prometido, aunque cabría responsabilizarlo por los gastos ocasionados al empresario y por las utilidades dejadas de percibir. Hay que dejar a salvo que el obligado por el riesgo deportivo, por ejemplo, demostrara que ha perdido su habilidad sin culpa física o psíquica.

En lo que se refiere a la *eutanasia*, algunos países han despenalizado su práctica, en especial si el enfermo grave, con un mal que no permite recuperación y que ha de fallecer prontamente, ruega al médico que para no seguir sufriendo, le procure la muerte (activa), o le suspenda los medicamentos (pasiva), o bien le suministre calmantes que puedan producirle lentamente el deceso indoloro al tiempo de tomarlos (activa no directa). En Holanda últimamente se ha sancionado una reglamentación estricta y completa al respecto. Diversas son las posibilidades. Por un lado está el caso común explicado de la eutanasia activa y pasiva, por el otro el de las personas que habiendo sufrido un colapso cerebral definitivo se considera que pasan por un estado vegetativo, sin respuesta encefálica, y se mantienen sus funciones orgánicas primarias (corazón, respiración, alimentación, etc.) con aparatos electrónicos, los cuales al ser desconectados o desactivados, se produce el cese total de la aparente vida orgánica. En los Estados Unidos, donde muchas personas fueron colocadas en esa situación terapéutica, se debatió la legitimidad de la desconexión, habiendo autorizado algunos fallos a hacerlo por considerar que en esas personas no había estado vital efectivo. Entre nosotros las leyes prohíben la eutanasia (v.gr., ley de medicina local 17.132), y se considera delito penal si el médico la practica en sus pacientes, aunque éstos le supliquen la extinción de su vida.

§ 34. **DERECHO AL CUERPO.** — El cuerpo es la parte orgánica del hombre, que importa el soporte físico de la vida y se une a ella de modo que puede sostenerse que el hombre es corpóreo y que el cuerpo no es una cosa, en su acepción de objeto material susceptible de valor y tampoco, por ende, puede ser objeto del derecho de propiedad. Muy distinto es considerar las partes ya separadas del cuerpo, las cuales han dejado de ser un sector de la unidad corpórea. En este caso dejan de contener la transparencia del cuerpo que tiene vida, la cual circula y se asienta en él, y se convierten en cosas opacas, inertes y sin vida a partir de la escisión, corte o amputación.

Estas *partes separadas del cuerpo* son bienes muebles susceptibles de valor (art. 2311 y ss., Cód. Civil) y pueden ser comercializadas. No obstante, como es el corte, extracción o

ablación lo que las separa, ya se trate del pelo, la leche, la sangre, algún miembro amputado, etc., no son objetos sin dueño (*res nullius*), sino que pertenecen al que ejerce el derecho al cuerpo del cual se han separado. Este hecho obra modificando la naturaleza del bien; pero esa separación proviene de una decisión personalísima y no es más que una transformación que produce una disminución corporal en la persona, la que se convierte en dueña de esas cosas sin solución de continuidad.

Hay que poner de relieve que no es válido el acto por el cual la persona enajena una parte de su cuerpo, todavía no separada, si esa parte no es renovable y su ablación implica un ataque a la integridad corporal, el cirujano puede cometer delito de lesión, y el contrato, obligándose a darla (inclusive sobre las renovables) no tiene efectividad, pues la persona puede arrepentirse hasta el último momento de entregar una parte de su cuerpo. El arrepentimiento no trae consecuencias; pero, cuando por algún motivo hay entrega espontánea para la ablación o extracción, las cosas que surgen de ese acto no son de la persona que la practica ni de cualquier otro que pretenda apropiarse, sino del sujeto de la cual provienen. Cuando los elementos ortopédicos o mecánicos se unen al cuerpo llenando funciones imprescindibles para vivir, y no es posible sacarlos sin producir graves consecuencias en el organismo, dejan de ser cosas que están en el comercio y se transforman, recíprocamente, en bienes personalísimos del individuo en el cual se han implantado.

Si en principio la contratación por precio de una parte del cuerpo es inválida y no podría cumplírsela forzosamente, ni produciría una consecuencia subsidiaria como la indemnización, en ciertos casos se acepta la entrega de presente y espontánea, como la de la sangre, el pelo, la epidermis, o algunos miembros no renovables para trasplante de órganos.

§ 35. OPERACIONES QUIRÚRGICAS, TRATAMIENTOS Y EXÁMENES MÉDICOS. — Hay operaciones de cirugía que se consideran *prohibidas* y cuya realización puede importar una acción ilícita por parte del cirujano que las realiza. En tal sentido se considera la que tiende a obtener un cambio del sexo. Salvo el caso en que por situación particular se tienen rasgos de los dos sexos

(pseudohermafroditismo), y fuera necesario conseguir la instalación completa en uno de ellos —mujer o varón—.

Los demás actos de transexualismo no fueron aceptados por falta de un fin lícito y de una emergencia que los justifique. La ley local 17.132 (art. 19, inc. 4º), prohíbe efectuar intervenciones que modifiquen el sexo de la persona, a menos que se las haga después de una autorización judicial. De todos modos, en este último caso, se requiere la conformidad del paciente. También se ha prohibido la esterilización, excepto que exista una indicación terapéutica determinada y se hubieran agotado los otros medios para conservar los órganos reproductores (art. 20, inc. 18, ley 17.132).

Sin embargo, hoy la ciencia va encaminada a demostrar —ya lo ha hecho en gran medida— que el caso del transexualismo —repudio absoluto del propio sexo— puede tener origen psíquico-biológico. Algunos transexuales operados pretendieron modificar su inscripción en el registro respectivo en lo que se refiere al nombre y al sexo, solicitándolo judicialmente. En nuestro país no han logrado éxito, pero actualmente se advierte una verdadera controversia sobre el tema.

Es más, en la legislación comparada se ha aceptado la rectificación registral, luego que el sujeto se haya sometido a una operación quirúrgica para el cambio de sexo. Así, en Estados Unidos, en los Estados de Illinois (1961), Arizona (1927), Louisiana (1968), California (1977) y Nueva York (1971). También en Sudáfrica y Turquía. En Europa, en Suecia (1972), Bélgica (1974), Holanda, Alemania (1980) e Italia (1982), las leyes son permisivas, mientras que en Dinamarca y Austria la cuestión se resuelve solamente por vía administrativa. Inclusive, la Convención Europea sobre Derechos del Hombre, privilegiando la vida privada, el derecho al matrimonio y a constituir una familia, apoyó que una transexual pudiera contraer matrimonio con una mujer (Fernández Sessarego). Reunidos en Perú, Lima, para las I Jornadas Internacionales de Derecho Civil —26/9/91—, los intervinientes (Bossert, Fernández Sessarego, Zannoni y Cifuentes) sentaron las bases para una legislación sobre adecuación del sexo en casos de transexualidad (ver Apéndice, II).

Las operaciones médicas pueden dividirse en: a) por razones de salud del paciente; b) por motivos estéticos, y c) para beneficio de terceros.

Todo acto quirúrgico es mutilador y se realiza con elementos que cortan y amputan o seccionan. Sólo es posible practicarlos por medio de profesionales con título habilitante. Por excepción podría admitirse el acto por una persona no profesional en situación de urgencia que significara un estado de necesidad. De lo contrario se comete el delito de lesión.

La causa de justificación del médico cirujano para operar tiene dos aspectos. Por una parte, el *consentimiento del paciente*, que debe ser expreso y voluntario, e inclusive, informado según su comprensión, para que pueda ser verdaderamente libre. El consentimiento da legitimidad al acto, pues por su medio se ejerce una facultad que proviene del derecho al propio cuerpo. No hay formalidad específica para prestar el consentimiento, pero se aconseja la escrita. Además, cuando la operación mutiladora importa una disminución permanente de la integridad corporal, no es suficiente el consentimiento, ya que aquél no puede disponer libremente de su cuerpo sino con limitaciones. Tiene que mediar un *estado de necesidad*, o sea siempre que la evolución del enfermo pueda producir un agravamiento que se quiere evitar.

Si el paciente se niega pese al consejo médico, el cirujano no puede operar sin responsabilidad. Responde por el daño material y moral en caso de intervención fracasada; solamente moral si se logró la curación y con pérdida de los honorarios que pretendiera cobrar.

En caso de que el enfermo por su estado no pudiera dar el consentimiento, el cirujano debe requerirlo de sus representantes o de los parientes más cercanos. Si no existiera ninguno, podrá actuar por sí, justificándose su acto por el estado de necesidad. Así surge del art. 19, inc. 39, de la ley 17.132.

La *cirugía estética* exige redobladas precauciones y el cirujano tiene que abstenerse de actuar cuando haya riesgo para el paciente o posibilidad de fracaso. No sólo debe éste conocer los peligros a que se somete, sino que el único motivo justificante del acto es el consentimiento, ya que no media un estado de necesidad, o sea la causa de evitar un mal mayor, como en el de la cirugía para curarlo.

Las intervenciones en *beneficio de terceros* pueden dividirse en dos especies: a) las experiencias científicas para solucionar un interrogante médico, caso en el cual se aplican los principios estudiados (§ 33), y b) los trasplantes *in vivo*, o sea de una persona viva a otra, que se tratará en el § 36.

Muchos de los principios explicados al estudiar las operaciones de cirugía se aplican a los *tratamientos y exámenes médicos*. Nadie puede ser obligado a someterse a determinado

tratamiento sanitario y la ley no puede violar los límites impuestos por el respeto a la condición humana (art. 32, Const. de Italia). Sin embargo, en ciertas situaciones se sancionan normas obligatorias sobre vacunación, análisis de sangre, tests psicológicos, etcétera.

De esos tratamientos depende, por lo común, la salud pública general. Si la persona se rehúsa a someterse, no puede forzársela sin atacar la dignidad humana. Pero, aun sin violentar físicamente a la persona, es posible prever otros medios, como impedir el ingreso al empleo, a la escuela, la celebración del matrimonio, la entrada y permanencia en el país, el aislamiento domiciliario. Hay, si se quiere, una presión psicológica que se ha considerado legítima, en resguardo del interés público. Además, en un caso es admisible el examen forzado, y es cuando hay denuncia de insania y no es posible aportar los certificados médicos o el examen de los médicos forenses. En este caso la posible alienación abre las puertas al examen psíquico, y aun a la internación curativa, según las leyes correspondientes, que se estudiarán más adelante.

Por último, los *exámenes o pericias en el proceso* no pueden ordenarse compulsivamente. Pero la negativa en juicios en que se investiga, por ejemplo, la paternidad, la impotencia sexual o una incapacidad orgánica, puede producir el efecto de importar una presunción corroboradora de otras pruebas, para tener por demostrado lo que se investiga, sea la paternidad o maternidad, la impotencia como causa de nulidad del matrimonio, etcétera.

§ 36. **TRASPLANTES DE ÓRGANOS “IN VIVO” (LEY 24.193).** — Obvias cuestiones de naturaleza impelen a la distinción entre el trasplante de órganos renovables y no renovables.

a) **ÓRGANOS RENOVABLES.** Considerados tales, la sangre, la piel, el pelo, etc., se entiende que es legítimo cederlos en beneficio de otras personas que pueden necesitarlos. Ello siempre que el dador no quede debilitado irrecuperablemente. Al margen de la situación de guerra, en que ha sido obligatorio ceder sangre, en tiempos normales a nadie se puede obligar a ello, ni por sanción ni por pena, menos aún para investigaciones judiciales, pues sería admitir una prueba contra sí mismo, lo cual atenta contra el principio de defensa, y va contra el derecho personalísimo al cuerpo.

Ninguna obligación contractual de cumplimiento forzado podría recaer sin perjuicio de la entrega voluntaria. No hay tampoco aspectos contrarios al derecho y a la moral porque se obtenga una gratificación monetaria o de otra índole por esa entrega. De modo que ejemplificativamente, la dación del semen para inseminación artificial, de la leche para amamantar, del pelo para hacer pelucas, de la sangre para transfusiones, son admitidas y hasta retribuidas, en virtud de que son elementos que se renuevan con facilidad.

b) *ÓRGANOS NO RENOVABLES*. Los trasplantes de órganos no renovables producen necesariamente una disminución de la integridad física del individuo.

De ahí que su reglamentación debe ser distinta. En nuestro país se había sancionado la ley 21.541, reformada por la ley 23.464 del 25/3/87, las cuales establecieron los recaudos para este tipo de trasplantes, así como los de partes de cadáveres a seres vivos (Bergoglio - Bertoldi). Pasados escasos tres años de la última reforma, el 24/3/93 se sancionó un nuevo régimen general con la ley 24.193, reglamentada el 10/4/95 por el decr. 512/95.

Corresponde señalar los siguientes principios jurídicos del trasplante de órganos no renovables:

1) *OBJETO Y FINES*. La ley excluye expresamente de sus reglas la ablación de materiales y tejidos renovables y separables del cuerpo, los que tienen otro régimen. El ordenamiento anterior declaraba que sólo era posible la ablación e implantación de órganos cuando todos los otros medios y recursos disponibles se hubieran agotado, con lo que establecía una cerrada subsidiariedad para la cirugía de trasplantes. No era coherente con la declaración inicial de que es una práctica que, por su índole, encuadra en el concepto de *técnica corriente no experimental*. La ley 24.193 mejoró la declaración ampliando el campo de posibilidades, al agregar que se admiten incluso cuando los demás medios sean *insuficientes o inconvenientes como alternativa terapéutica de la salud del paciente*. Por lo tanto, ahora los médicos pueden elegir por conveniencia la realización del trasplante, sin estar atados a que se agoten todos los otros remedios aplicables al paciente; queda así derogada la subsidiariedad.

Declara también la ley que la reglamentación podrá incorporar otras prácticas corrientes que se consideren necesarias de acuerdo con el avance médico. El decr. regl. 512/95, en el art. 2º, enuncia

las distintas ablaciones permitidas y establece una serie de requisitos para iniciar una nueva práctica experimental, con intervención de la autoridad sanitaria nacional.

2) *CONTROL*. El profesional o los equipos médicos deben ser especialistas, tener acreditada experiencia y estar reconocidos por la autoridad, debiendo además ser habilitados al efecto y registrarse en la respectiva jurisdicción, pues el control es en este sentido local. El decreto enuncia las distintas especialidades para cada clase de trasplante.

Si bien la autorización es otorgada por la autoridad de la respectiva jurisdicción, su gestión debe ser comunicada al Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI), dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social.

3) *ÓRGANOS DE TRASPLANTE*. La reglamentación enuncia los órganos y materiales que pueden ser objeto de corte, pero se requiere que esa extracción no cause un grave perjuicio a la salud del dador y que, además, haya probabilidad de éxito para conservar la vida o mejorar la salud del receptor.

En general aquéllo es así cuando se trata de órganos pares, en que la ablación de uno permite subsistir sin mayores inconvenientes con el otro, como en el caso de los riñones. La nueva legislación, sin embargo, no exige esa duplicación, lo que es razonable.

4) *CAPACIDAD*. En la primera ley se requería que la persona del dador hubiera cumplido 18 años (ley 21.541). Después se exigió la mayoría de edad (ley 23.464). Ahora se ha vuelto a la primera solución, pero tratándose de médula ósea, previa autorización de los representantes, pueden darla quienes no hayan cumplido 18 años, si existe parentesco entre el dador y el receptor.

5) *VÍNCULO*. El art. 15 de la ley 24.193 establece que la dación puede ser autorizada únicamente "en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado [tíos, sobrinos, primos], o su cónyuge, o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos años si de dicha relación hubieren nacido hijos".

En caso de médula ósea, no se exige ningún vínculo parental, solución que debió generalizarse y que es la de los regímenes extran-

jeros más adelantados (España, Francia, Perú, Uruguay, México, Venezuela), sobre todo porque hoy, con las drogas que se utilizan y los exámenes que se efectúan, es poco probable el rechazo del órgano trasplantado por las defensas del receptor.

6) *CONSENTIMIENTO*. Además de ser personalísima la autorización —por tanto, no puede ser sustituida ni complementada por otro que no sea el dador—, se exige antes que los médicos den una información completa, suficiente y clara, adaptada a la comprensión y nivel cultural de cada paciente, sobre los riesgos, secuelas resultantes, evolución previsible y limitaciones que produzca la ablación. La operación debe hacerse dentro de las 48 horas de recibida la información.

De este modo se asegura que el consentimiento sea meditado, voluntario y libre, persuadiéndose los médicos de que tanto el dador como el receptor del órgano han comprendido el significado de la información dada. Sin embargo, esa disposición (art. 13) ha agregado una exigencia que no tiene fundamento, que es la necesidad de comunicar la información a los familiares que enumera en forma excluyente el art. 21, y que llega a los abuelos y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado. Por otra parte, la información al receptor también exigida, carece de razonabilidad en los casos en que éste, por su estado en grado de coma o inconciencia, no pueda recibirla con eficacia. Como es el beneficiado con la terapia, no tiene sentido imponerlo de igual forma al caso del dador.

7) *REVOCACIÓN*. El consentimiento puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, y esa retractación del dador no puede hacer nacer en su contra ninguna obligación. Los gastos de cualquier naturaleza que se realicen con la ablación del órgano, serán soportados por el receptor o la obra social que cubre la operación, pero nunca por el dador. Éste no asume responsabilidad en su trabajo por la inasistencia en que incurra con motivo de la ablación, y se beneficia con el régimen de enfermedades inculpables que establece la reglamentación legal del contrato de trabajo.

8) *PROHIBICIONES*. La dación de órganos es un acto puramente altruista; de ahí que la ley prohíbe: la comercialización de órganos o tejidos y toda contraprestación o beneficio por la dación y la intermediación; la inducción o coacción para lograr la cesión por parte del dador, aunque admite el consejo médico sobre la utilidad que la dación importa; el ofrecimiento directo

o indirecto de beneficios patrimoniales o no patrimoniales para lograr la obtención de órganos, y hasta recibir o exigir por parte del dador o en beneficio de terceros, ventajas patrimoniales o no; prometer para sí o para terceros órganos o materiales anatómicos; actuar como intermediario con propósito de lucro para conseguirlos. Todas estas prohibiciones prevén penas de prisión (de 6 meses a 5 años).

Parece sumamente desacertado e injusto que el receptor que ha salvado su vida gracias a la entrega del dador, no pueda recompensarlo de alguna manera, con beneficios de contenido patrimonial o de otro carácter (art. 28, ley 24.193), sin caer en la figura que lo sancione con presidio. Bien se ha dicho que un regalo, gratificación o entrega propia de la gratitud humana no puede evitarse (Díez Pícazo - Gullón). Por otra parte, todo lo que se realiza en torno a la intervención de trasplantes es oneroso (los tratamientos y fármacos, los honorarios médicos y de los equipos, los exámenes y cuotas de mutuales, los gastos de establecimientos, la actuación del INCUCAI, etc.), por lo que muchas personas obtienen ventajas económicas importantes y hasta se han arancelado los gastos de procuración de órganos y tejidos (art. 16, decr. 512/95), pero como contrapartida a ese panorama, solamente el órgano que se entrega debe serlo sin ninguna compensación, y es el exclusivo elemento que permite efectuar la cirugía que a los demás aprovecha.

§ 37. **PROPUESTAS PARA LA REFORMA DE LA LEY DE TRASPLANTES.**

El indiscutible avance de la medicina en la terapia de los trasplantes y la falta de conciencia social que repercute en una más generosa dación de órganos, ya que la falta de éstos impide curar a los enfermos y evitar sus males mayores, lleva a pensar en la necesidad de proponer reformas a la actual legislación, con el fin de ampliar las posibilidades curativas por este medio.

En ese sentido podrían aceptarse las siguientes bases:

a) Sobre la capacidad, en caso de parentesco muy cercano (padres e hijos, hermanos), aceptar que puedan ser donantes por decisión propia una vez que hayan llegado a la edad adulta (14 años), con control judicial para asegurar la libertad de elección (en Francia existe dicha facultad controlada), pues suele ser más importante para el menor la salvación de un pariente que el sacrificio personal. Lo mismo si se trata de un mayor incapaz que pueda actuar en un intervalo lúcido, o bien, con la autorización del representante.

Pese al carácter personalísimo de la dación, la autoridad judicial podría suplir la incapacidad, en este caso, y la curación de quienes cuidarán del incapaz lo que es para éste muy importante (Cifuentes).

b) A diferencia de la designación de ciertos parientes beneficiarios del trasplante (ver § 36, b, 5), habría que adoptar el régimen abierto que han aceptado otros países (Perú, Uruguay). Salvar la vida a un prójimo tiene motivación suficiente para admitir un sacrificio, que no es definitivo, y que abre las puertas a los actos de caridad y solidaridad más entrañables (Borrell Macia, Carranza). Por otra parte, por medio de drogas hoy muy eficaces, es mucho menos peligroso el rechazo inmunológico. Desde 1979, la ciclosporina, derivada de un hongo, detiene en general ese rechazo conservando las defensas. Si, además, los estudios de histocompatibilidad dan resultado positivo, no es necesario el parentesco con vinculaciones de sangre para el éxito del trasplante.

c) Si bien no es conveniente alentar la comercialización de los órganos, las estrictas normas, inclusive penales (§ 36, b, 8) para los médicos lo cual los desalienta y atemoriza, podrían flexibilizarse. De tal modo, admitir la dación de órganos cuando se obtiene algún tipo de beneficio (p.ej., un servicio médico pago o prepago de por vida), o alguna compensación en especie necesaria para el dador, según su estado y requerimientos vitales (Antequera Parilli, Antonio Chaves, Cifuentes), no debe alarmar y sería un buen medio para salvar vidas.

Estas reformas, se complementarán con las proposiciones de trasplantes de órganos de cadáveres, facilitando esta práctica médica que se realiza en el mundo con mayores bases de amplitud y extensión.

d) Dejar sin efecto la necesidad de que en caso de personas mayores y capaces, dispuestas a dar un órgano para salvar a alguien se deba informar a sus parientes en la escala y graduación del art. 21 de la ley, pues es una decisión exclusiva y que no tiene necesidad de la asistencia de nadie. Por lo demás, esta exigencia inédita en el campo de trasplantes, va en contra de la libre decisión sobre el propio cuerpo, y no es coherente con el derecho personalísimo que en otros casos y para cirugías a veces más graves no se exige.

e) Dejar sin efecto la necesidad de la información al receptor cuando éste deba ser operado en estado de inconciencia, o bien si se trata de una persona incapaz de recibir con discernimiento esas explicaciones.

§ 38. **LA AUTOLESIÓN.** — De igual modo que el suicidio no puede importar un derecho personalísimo, la lesión inferida a uno mismo tampoco lo es. Es contrario a las buenas costumbres según épocas actuales (arg. art. 953, Cód. Civil), que las personas se infieran heridas o hagan actos que disminuyan su integridad corporal. Sin embargo, la automutilación o la mutilación consentida desde el punto de vista del mutilado no es

delito, pues no hay delito penal contra sí mismo debido al principio de personalidad de la pena. Así lo ha declarado la Corte Suprema con relación a la tenencia personal de drogas; aunque posteriormente modificó ese criterio. Pero, esos actos no constituyen facultades permitidas y se podrían impedir, por acción de la autoridad pública o de los particulares en casos extremos. Ello inclusive si la automutilación se apoyara en motivos religiosos (también las flagelaciones, suplicios, etc.), pues tal conducta resulta antijurídica, dado que nadie puede disponer de su cuerpo para maltratarlo. Legalmente, esa negativa se apoya en la aplicación del art. 911 del Cód. Civil, ya que la autolesión es un hecho que va contra el deber prescripto por las leyes, al ser contraria a las buenas costumbres (art. 953, Cód. Civil).

§ 39. **EL CADÁVER.** — Si bien los derechos personalísimos son vitalicios y, por tanto, se extinguen con la muerte de la persona, hay ciertas proyecciones de su ejercicio para el tiempo posterior.

En vida la persona puede disponer relativamente sobre su futuro cadáver, estableciendo su destino. Esos negocios jurídicos demuestran la facultad voluntaria sobre el cuerpo una vez producida la muerte, y esa voluntad debe ser respetada, siempre que no ataque intereses superiores de la moral y las buenas costumbres.

A diferencia de las partes separadas del cuerpo, las cuales se convierten en cosas y pasan al dominio de la persona de la cual provienen, la muerte destruye y extingue el ser jurídico, al desaparecer los signos característicos de humanidad con la expiración (arg. art. 51, Cód. Civil). Por naturaleza jurídica los restos humanos son un bien material, pero no cosas susceptibles de valor. Luego, el cadáver está fuera del comercio. Sólo es posible reconocer la facultad de disponer sobre el destino final: inhumación, cremación, donación de órganos para trasplantes, dación para experimentaciones científicas.

Estos actos de disposición sobre el futuro cadáver demuestran que se ejerce una facultad en vida para después de la muerte, la cual obliga a que la respeten los deudos. Inclusive, si la disposición tiene por fin facilitar la investigación anatómica del cuerpo en los gabinetes de medicina, aunque muchos

autores niegan esta posibilidad. Cuando el cadáver no tiene individualización o la persona muerta carece de parientes y tampoco ha hecho disposiciones para el tiempo de su muerte, se ha considerado lícito que se lo utilice en esos institutos de investigación.

a) *ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER Y SUS PARTES.* Acorde con lo expuesto, la persona puede disponer de sus futuros despojos, y el poder jurídico que en ese caso ejerce tiene vigencia, salvo que se atentara contra principios superiores de moral o buenas costumbres. Esa disposición es *unilateral*, pues interviene únicamente la voluntad del disponente, y es *revocable*, dado que éste puede modificarla o dejarla sin efecto.

Quando la persona muere y no ha dejado instrucciones sobre la disposición de su cadáver, los allegados deben actuar según las costumbres. En tal sentido ejercen una facultad, aunque limitada, por su propia naturaleza, a las exequias (modo, lugar y forma). Los más cercanos tienen preferencia para decidirlo, así, el cónyuge o los hijos. Pero estas disposiciones parentales sólo son posibles si el muerto no ha dejado expresada una voluntad al respecto, que aquéllos están obligados a respetar. Esa voluntad del difunto puede manifestarse por escrito, sin que sea necesario que lo haga en forma testamentaria. Hoy se extiende la facultad de los parientes a la donación para trasplantes.

Acerca de las partes separadas del cadáver, ver lo dicho en el § 34.

b) *TRASPLANTES DE PARTES DEL CADÁVER.* La ley 24.193 ha tomado una serie de recaudos para difundir la donación de órganos cadavéricos y facilitar la manifestación de voluntad en la disposición de esos órganos. Sin embargo, son insuficientes.

Existió un intento legislativo de considerar que toda persona que muriera sin expresar su voluntad al respecto, la ley presumiera que tácitamente la había otorgado, debiendo expresar una voluntad contraria para que así no se considerara. Si bien esta idea no prosperó, se han extendido en la ley, los medios, admitiéndose toda clase de comunicación y se ha creado el Centro Único Coordinador de Ablación e Implantes de Órganos (CUCAI), que hoy tiene organización autárquica y se llama Instituto Nacional Central Único de Ablación e Implante (INCUCAI).

No se exige la mayoría de edad, pues según el art. 19 toda persona mayor de 18 años y en pleno uso de sus facultades

mentales, puede disponer para después de su muerte la ablación de órganos o materiales anatómicos de su propio cuerpo, para ser implantados en otros seres humanos, o con fines de investigación o estudio (ver § 95).

El precepto admite que la persona señale qué órganos autoriza ablacionar o prohíbe hacerlo, ya sea con una manifestación específica o genérica, pero si nada se dice al respecto se debe entender que todos quedan abarcados. También es posible indicar para qué fin se los dona, aunque si nada se expresa se entenderá que es para trasplantes a personas vivas y no para investigación o estudio.

El art. 20 de la ley, con el fin de generalizar las daciones, establece que los funcionarios del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas estarán obligados a preguntar a los capaces mayores de 18 años que concurran a hacer algún trámite, si manifiestan voluntad afirmativa o negativa acerca del otorgamiento de la autorización, o su negativa a expresar esa voluntad. La manifestación tiene que asentarse en el documento nacional de identidad (DNI) y comunicarse al INCUCAI, dejándose constancia de las limitaciones que desee declarar el manifestante. Pero sólo al dictarse el decr. 512/95 (2 años después), se dispuso que dentro de los 90 días de su publicación, se debía arbitrar un sistema de difusión e información destinado a dejar sentada esas expresiones de voluntad, sin que hasta ahora se haya legislado sobre las modalidades y formas que faciliten la manifestación. Se exige que el Poder Ejecutivo realice una permanente campaña educativa para crear la conciencia solidaria en la población.

En caso de muerte natural y ante la ausencia de voluntad expresa del difunto, la autorización puede ser dada por el cónyuge no divorciado que convivía con el causante, o el concubino con tres años mínimos de convivencia con él, cualquiera de los hijos mayores de 18 años, de los padres, de los nietos mayores de 18 años, de los abuelos y de los parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado o por afinidad hasta el segundo. Esta enunciación según la ubicación de grados más cercanos del art. 21 de la ley es de orden preferente, pero basta la oposición de una de las personas del mismo grado para eliminar la posibilidad de disponer del cadáver. Como la situación requiere premura en el tiempo, la prueba del vínculo puede concretarse con la declaración jurada a la que se da carácter de instrumento público, declaración que parece extensible al caso

del concubino. Dentro de las 48 horas debe acompañarse la documentación y comprobación respectiva. La dación, además, es revocable.

Hallándose ausentes todas las personas mencionadas, debe solicitarse autorización al juez civil de la respectiva jurisdicción territorial. Pero si la muerte fuere violenta y no pudiere ubicarse a las personas facultadas para dar la autorización, intervendrá el juez de la causa cuando surja manifiesto e indudable el origen de la muerte y no hubiere peligro para el resultado de la autopsia.

Los jueces tienen que expedirse en el breve plazo de seis horas. El médico que realice la ablación debe informar describiendo el aspecto exterior del cadáver, lesiones externas visibles, aspecto del órgano y técnica utilizada. Además se exige la restauración estética de los restos, realizar los actos médicos en el menor tiempo posible y conferir al cadáver un trato digno y respetuoso.

Uno de los más graves problemas que se plantean es la determinación de la muerte. En virtud de que es necesario que los órganos que se extraigan, para la implantación en la persona viva que los recibe, no pueden entrar en período de descomposición, la ablación debe ser casi inmediata a la muerte. Hay dos criterios: *a)* el que considera que sólo hay muerte cuando, después de un proceso gradual, no queda ninguna célula viva en el cuerpo de la persona, en cuyo caso serían prácticamente imposibles los trasplantes, y *b)* el que sostiene que basta la muerte cerebral, aunque algunos órganos como el corazón, los riñones, etc., conserven movimiento y células vivas. Es la llamada muerte clínica, que se resuelve según los dictados de la medicina. Esta segunda teoría es la que ha prevalecido. La ley 24.193 dispone al efecto en el art. 24, que es admisible la certificación del fallecimiento, determinado por dos médicos, de los cuales por lo menos uno deberá ser neurólogo o neurocirujano. Ese equipo certificador debe hacer todas las comprobaciones para establecer con evidencia si han cesado total e irreversiblemente las funciones cerebrales o encefálicas cuando hubiese asistencia mecánica, y sus integrantes no pueden pertenecer al equipo de trasplante. Es aplicable la comprobación del llamado electroencefalograma chato, combinada con otros métodos para asegurarse de que se ha producido la muerte.

La reglamentación establece el sistema y la especialidad de los profesionales del equipo médico certificador.

Como antecedente se recuerda el primer trasplante de corazón, realizado el 4 de diciembre de 1967, en Sudáfrica, por el científico Christian Barnard. Hoy en día se hacen toda suerte de trasplantes de esta índole, aprovechándose las córneas, el hígado, los pulmones y otros órganos que suelen mantenerse con vida artificial, después de producida la muerte cerebral. Hay mucha necesidad de donación de órganos, pues la técnica médica del trasplante produce grandes beneficios aunque con el problema inmunológico, por el natural rechazo del enfermo de órganos extraños. Este problema, sin embargo, aparece hoy prácticamente superado por medio de drogas muy efectivas.

c) *PROPUESTA DE REFORMAS.* Si bien la ley 24.193 no ha admitido hasta ahora el consentimiento por el silencio, es decir, que en todo caso de fallecimiento en que el causante no se haya opuesto en vida deba entenderse que consintió la dación, prevé esta solución a aplicarse a partir del 1º de enero de 1996, aunque restringida por una serie de condicionamientos que la hacen poco realizable. En primer lugar, debe tratarse de personas capaces mayores de 18 años y la autorización por el silencio, que no es declaración tácita de la voluntad sino ausencia de manifestación que por ley importa afirmación (art. 919, Cód. Civil), puede ser dejada sin efecto por los familiares que enuncian el art. 21 de la ley de trasplantes y que, como se sabe, llegan hasta el cuarto grado de consanguinidad (primos hermanos) y segundo de afinidad (cuñados). En segundo lugar, para que entre en vigencia la norma debe hacerse una campaña de difusión y enseñanza y existir constancia de que el 70% de los ciudadanos mayores de 18 años han sido consultados por la anotación en los documentos de identidad (arts. 62 y 20 de la ley). Con esto la fecha de entrada en vigencia de ese tipo de consentimiento queda supeditado a tal comprobación que, todo hace suponer, no hará posible concretarlo en la fecha expresada ni en otra posterior cercana.

En países como Francia (desde 1976), España (1979) y Perú (1984), se ha establecido, permitiendo en mayor medida las posibilidades del trasplante, a fin de que los cadáveres sean útiles para dar la vida. Casi todas las leyes exigen una recomposición física para borrar las huellas del retiro de órganos y, de ese modo, dar el mayor

respeto al tratamiento de los restos mortales. Únicamente en caso de una oposición formal pero sólo de la persona en vida, dejando constancia de que no permite la extracción de sus órganos para después de su muerte, evitaría las extracciones. Se ha pensado que, al no existir más la persona, ya no se puede sostener que ejerce derechos personalísimos de preservación del cadáver, salvo aquella manifestación expresa en vida. El cadáver tiene un contenido social y, de otro modo, sólo será destinado a los gusanos (Antequera Parilli, Antonio Chaves, Fernández Sessarego, Cifuentes).

3) LA LIBERTAD COMO DERECHO PERSONALÍSIMO

§ 40. *FUNDAMENTACIÓN. APLICACIONES.* – El ordenamiento reconoce en la persona una esfera propia de autodeterminación que está de acuerdo con su naturaleza. Esa esfera se llama “derecho de libertad”. Pero no deben considerarse las múltiples facultades de movimiento, locomoción o expresión del pensamiento, como actos genéricamente permitidos (caminar, fumar, hacer poesía, dar a conocer las ideas), sino atender a que el orden normativo, no permite los impedimentos para la realización u omisión de cualquiera de esas acciones que entran en la esfera de la libertad. La libertad se extiende, pues, a todo lo no prohibido como posibilidad de actuar, querer, pensar, no actuar, sentir, que el derecho protege indiscriminada y generalmente, a partir de los principios de la Constitución (arts. 17 a 19). En el área propia del derecho privado, los arts. 53 y 910 del Cód. Civil, sientan el mismo principio, en el sentido de considerar permitido todo lo que no está prohibido por ley.

Demostrativo de este derecho y de su clase dentro de los personalísimos, es el conjunto de actos de disposición de la propia libertad. En principio, sólo es posible disponer de ella temporal y parcialmente. No se admiten hoy día los actos y los contratos por los cuales la persona se obliga a convertirse en vasallo, o se obliga a permanecer bajo dominio de otro, o encarcelado. La facultad de obligarse (por una obligación, inclusive de hacer), es demostración del derecho, pero esa facultad tiene límites. Así, los que derivan de la naturaleza humana y del fundamento del orden jurídico.

Por eso, es nulo el pacto en el cual una persona se obliga por toda la vida a prestar servicios personales en favor de otras, pero se

lo acepta por tiempo determinado o para una obra cierta. Podría admitirse la obligación de no tocar el piano en ciertas horas, pero sería nula la que obligara a no hacerlo durante todo el día, o en ningún lugar. En este sentido debe interpretarse el art. 910 del Cód. Civil, cuando establece que se puede restringir la libertad, habiéndose constituido un derecho especial al efecto. Conservándose la dignidad humana, la prestación de ciertos servicios es legítima.

Otra aplicación de este principio surge del art. 531 del Cód. Civil, cuando prohíbe la condición de habitar siempre en un lugar determinado; someter la elección del domicilio a la voluntad de un tercero; mudar o no mudar de religión, pues empeñar la palabra en este sentido vulnera la libertad de conciencia. Los ejemplos demuestran la aplicación del principio expuesto, aunque corresponde señalar que son muchos más los casos en que la ley ha intervenido para fijar las restricciones a la disposición de la propia libertad.

Una aplicación clara y fuerte del derecho de libertad es la de *la libertad de expresión e información*. Este derecho está amparado por los arts. 14 y 32 de la Const. nacional con el giro verbal de poder publicar las ideas por la prensa, sin censura previa, y de vedar toda restricción por ley a la libertad de imprenta. Cuando esa libertad entra en conflicto con otros derechos personalísimos —honor, intimidad e identidad personal—, porque los medios masivos de comunicación (llamados *mass media*) pueden violar esos otros derechos, lo que actualmente es de particular posibilidad por la expansión tecnológica, deben aplicarse las medidas de defensa de la persona, en especial si no se trata de críticas y opiniones sobre personajes públicos en sus esferas de actuación, donde la libertad es de mayor campo como medio institucional de corregir errores gubernamentales y alertar al pueblo de las falencias de los poderes públicos. Se ha pensado que el abuso de los medios de información genera una responsabilidad objetiva y, hasta es posible, sin llegar a la censura previa, tomar medidas precautorias y defensivas de la persona (una de tales es el derecho de rectificación o respuesta —ver § 32—; Pizarro, Cifuentes).

4) DERECHOS SOBRE LA INTEGRIDAD ESPIRITUAL

§ 41. **DERECHO AL HONOR.** — La propia estima y la fama o reputación que las personas adquieren a medida que transcurre

su vida, es una manifestación espiritual humana de suma importancia.

Muchas son las normas que protegen esa manifestación, particularmente las del Código Penal y leyes complementarias que establecen el tipo penal de las injurias y calumnias. El insulto y la atribución falsa de haber cometido un delito o la difamación son actos que atacan el honor y que la ley sanciona para proteger ese bien. Sin embargo, aunque en forma más difusa, son varias las normas del derecho privado que tutelan ese derecho personalísimo. Las leyes penales indudablemente no son un amparo total, pues muchas veces el honor es mancillado por desidias, negligencias y no con dolo o malicia, que son los elementos que requiere el derecho penal. En esos casos de culpa puede ser necesaria la protección del bien mediante normas de derecho privado que impongan una reparación del daño moral o la publicación de la sentencia que compense o reponga frente a los efectos de la lesión al honor.

El honor puede dividirse en: a) *honor subjetivo* u honra, que viene a ser la propia estima; el respeto de la propia dignidad. Esta clase de honor corresponde a todos los seres humanos desde el principio de su existencia como personas. Inclusive, las personas de mala conducta o aborrecidas por la sociedad, tienen autoestima y no puede ofendérselas sin atacar su derecho personalísimo; b) *honor objetivo* u honor propiamente dicho, que es la aureola o fama que una persona obtiene por la estima de los demás, en mérito a sus virtudes o talentos. Este honor depende del concepto que los otros se han formado de una persona, de modo que puede pensarse en la ausencia de esa clase de honor cuando la persona no tiene ninguna trascendencia social. Aquellas que, en cambio, lograron edificar en torno de sí una elevada consideración, pueden ser vulneradas con actos que para ellos constituyan desmerecimiento.

En este sentido, la persona famosa tiene un área mayor propicia para la ofensa frente a actos que la disminuyen, y es más extendida la posibilidad de lesionarla.

En el derecho civil, los actos que por dolo o culpa significan ofensas al honor, en principio no pueden ser absueltos por la prueba de la llamada *exceptio veritatis*, o sea, la demostración de la verdad de la culpa atribuida o del defecto difundido. Si bien en el art. 1089 del Cód. Civil, que se refiere a las denuncias calumniosas, se ha hecho la salvedad de que el delincuente que cometió la calumnia pruebe la verdad de la imputación.

tación, esta norma debe ser interpretada estrictamente, y considerarse que ello sólo es posible si se trata de un delito penal de calumnia. En efecto, la sola injuria, que es un acto ofensivo directo (insulto, desprecio, golpe sin consecuencias en público, difusión de un defecto deshonroso), no puede ser disculpado aunque el ofensor demuestre que era cierto el acto, sea por merecido o por existir el defecto. Aquí no tiene ningún efecto la prueba de la verdad, porque de todos modos se ha herido el bien del honor y en el derecho penal tampoco se admite la excusa. Si se tratara de una difamación o de una acusación de haber cometido un delito que deshonra, habría que estudiar todas las circunstancias, pues aun cuando fuera verdad la comisión del delito, la difusión por sí misma añade un bochorno que denigra la propia estima y avergüenza socialmente.

Así, por ejemplo, al adúltero o al ladrón, que pasado el tiempo de su condena se lo degrada publicándose sus hechos anteriores, se le infiere un ataque que le impide reconstruir su vida y se renueva por la prensa o los medios de comunicación la vergüenza de sus actos. La publicidad no controlada puede añadir a los actos y conductas una repercusión que antes no tenían. De ahí que tienen que prevalecer los arts. 1068 y 1083 del Cód. Civil, bastando el daño al honor para que quede configurado un acto ilícito civil, que merece resarcimiento. Inclusive en lo penal, el art. 111 del Código de la materia no admite la *exceptio veritatis* cuando se trata de delitos de acción e instancia privada (violación, injurias, estupro, adulterio, etcétera). Por lo cual, con mayor razón debe aplicarse esa restricción en el área civil.

La *retractación* del acusado por injurias o calumnias, no impide la acción civil de resarcimiento, como en muchos casos lo han resuelto los tribunales.

El honor puede ser violado por medio de otros derechos personalísimos, como cuando se hace difusión de la imagen en forma que hiera el sentimiento (desnudos, poses ridículas, etcétera). O también apropiándose del nombre o aprovechando el nombre de la persona, que es su signo distintivo e individualizador.

En ese sentido se debe recordar el art. 21 de la ley de nombre (18.248), según el cual cuando se utilice maliciosamente para la designación de personajes o cosas y cause perjuicio moral o material, puede demandarse el cese del uso y la indemnización de los daños (ver § 86). Como norma vigente que protege este derecho y que ahora tiene jerarquía constitucional, es de destacar el Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por

ley 23.054, y que, por tanto, es ley obligatoria, contemplando en su art. 11 la honra y la dignidad (ver § 46, e). Allí se distingue la “honra” (honor subjetivo) y la “reputación” (honor objetivo). La protección de la ley abarca en forma amplia las ramas del derecho público y del privado, entre éstas el civil.

§ 42. **DERECHO A LA IMAGEN.** — La imagen es la representación física de la persona. Así como el nombre es la individualización y por medio de su uso pueden lesionarse el honor y la intimidad, también los rasgos caracterizantes del cuerpo y de sus cualidades la individualizan, como si fuera una impronta o marbete, que la señala de modo muy significativo.

A partir del invento de la fotografía en el siglo XIX (año 1829), se hizo necesario proteger la imagen como un bien sobre el que se ejercen los goces y facultades de los derechos a ella unidos. Pero este bien, y este derecho personalísimo que lo tiene por objeto, no debe confundirse con el derecho de autor de la persona que retrata la imagen, pues la obra intelectual es un asunto aparte de la necesidad de proteger esa representación personal, completamente identificada con la persona misma, con carácter innato, esencial y vitalicio, como todos estos derechos. En un tiempo se consideró que la imagen era una manifestación del cuerpo, por lo que era ilícita la reproducción y también la difusión no consentida (Keyssner, Cumpogrande, Gareis). Otra teoría entendió que *la imagen era una emanación de la personalidad*: no es el cuerpo el objeto del derecho, sino la figura exteriorizada, y el ataque a ella vulnera la voluntad del individuo. Otras doctrinas han negado el derecho o lo han confundido con el honor, en cuyo caso sólo era protegible si se violaba a la vez el honor (Orgaz); o, con la intimidad como parte del derecho a la vida privada (Carranza).

De todas esas teorías, la más completa es la segunda que hemos expuesto (Cifuentes).

Es dable señalar que hoy no se considera suficiente la protección por difusión de la fotografía, sino de cualquier exteriorización de los rasgos físicos caracterizadores de la persona (retrato, caricatura, dibujo, cinematografía, televisión, representación escénica, y hasta la voz muy peculiar).

n) **INDEPENDENCIA.** Ya hemos visto que hay doctrinas que confunden la imagen con el honor o la intimidad, es decir que la consideran una parte de estos otros derechos personalísimos o que subordinan su protección a la necesidad de que alguno de ellos haya sido lesionado.

Acerca del honor, se corre el riesgo de considerar legítima toda captación de la imagen ajena y su publicidad cuando con ello no se infiere una ofensa a la reputación o respetabilidad propias. Esto restringiría completamente el derecho a la imagen y sería un modo de negar su existencia independiente. La ley 11.723 (art. 31 y ss.), que se ocupa de la tutela de la imagen, lo hace con completa independencia, admitiendo el derecho sin que a la vez se lesione el honor.

Respecto de la intimidad, porque se considera que toda difusión de la imagen importa violar la vida privada, o sea que viene a ser para esta teoría un medio de ataque a la intimidad. Se ha considerado que, si bien en general, es verdad que la publicación de la imagen representa dar a conocer un aspecto de la vida reservada, en ciertas circunstancias ello no es así y en cambio, siempre está protegida la imagen como derecho autónomo (Rivera).

Así, por ejemplo, el caso de una actriz que ha dado su fotografía para ciertos fines y tiene gran publicidad, pero la aprovecha otra empresa con fines distintos y la difunde para su propio provecho (p.ej., para propaganda). No podría sostenerse en tal caso que dicha imagen representara un aspecto de la vida privada de la actriz, no obstante lo cual se ha violado el derecho a decidir por sí mismo el destino y la publicidad de la imagen.

Sostener la autonomía del derecho, lo cual se establece en la ley 11.723 (arts. 31 a 35), no importa desconocer que por medio de la imagen es posible violar el honor o la intimidad, pues sirve aquel bien como vehículo para estos otros ataques. Así surge del art. 1071 bis del Cód. Civil.

b) *CONSENTIMIENTO E IMÁGENES NO PROTEGIDAS.* El citado régimen legal estatuye en su art. 31: *“El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos o, en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre.*

La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios.

Es libre la publicación del retrato cuando se relaciona con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos

o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”.

Aunque el precepto se refiere sólo a la fotografía, particularmente por la época en que fue sancionado (año 1933), la interpretación debe ser amplia, como ya hemos dicho, inclusive porque es dable aplicar la analogía (art. 16, Cód. Civil). Al establecer que no se la puede poner en el comercio, significa que no se puede dar a difusión pública. Es tal vez una noción demasiado restrictiva, pues parece más justo abarcar con la protección incluso la toma de la imagen sin consentimiento.

Asimismo, en lo que atañe al consentimiento la ley exige que sea expreso. Esto ha sido criticado, pues en muchas oportunidades, ya sea por el silencio o por otros hechos (v.gr., poner como modelo), se ha dado consentimiento tácito, que sería suficiente para disculpar la captación de la imagen y hasta la difusión. Cuando se ha prestado consentimiento con un fin, no corresponde aprovecharlo para otro. En ese sentido la jurisprudencia tutela la voluntad personal, para que no se desvíe el verdadero objetivo de la persona cuando da su conformidad para la publicación de la imagen. Por ejemplo, si posó para una muestra de arte y se utilizó esa imagen en la propaganda de un producto.

Si bien para autorizar la difusión de la propia imagen hay que tener capacidad, el representante de los incapaces no puede suplir el acto personalísimo del retratado, quien puede negarse si tiene uso de razón o discernimiento. La ley dice que se requiere el consentimiento “de la persona misma”, con lo cual establece la necesidad de que exprese ella su voluntad, sin que sea posible suplirlo por otro.

Cuando la persona ha muerto, el consentimiento pueden darlo los parientes que enuncia la ley (art. 31). Si concurren varios de igual grado y hay disparidad de opiniones, debe decidir el juez (art. 33).

Cuando se ha dado el consentimiento, pero después se produce una retractación o revocación, hay que pagar los daños y perjuicios ocasionados. La persona siempre se puede arrepentir, pero en tal caso tiene que resarcir si se ha producido algún gasto para el autor del retrato.

No es necesario el consentimiento y, por tanto, las imágenes correspondientes no están protegidas, en los casos siguientes:

1) Cuando ha muerto la persona y faltan los parientes que enuncia el art. 31 de la ley.

2) Si el retrato se relaciona con fines científicos (en revistas médicas de la especialidad, por ejemplo), didácticos y en general culturales, porque se hace prevalecer un fin social superior. Sin embargo, ello no puede servir de pretexto para deshonrar al no tomarse todas las precauciones, ni para ensayar una obra que nada produce de positivo para el arte y pretender su publicidad a ese título.

3) Si se trata de hechos o acontecimientos de interés público, como el *identikit* para perseguir a los delincuentes prófugos.

4) Cuando son hechos o acontecimientos que se hubieran desarrollado en público. Así, verbigracia, un desfile o procesión. Sin embargo, si la imagen ha sido sacada del contexto y aparece la persona netamente individualizada y sin relación con el acontecimiento público no habrá derecho a la difusión inconsulta.

5) Las imágenes de personas célebres o famosas por su actividad —actores, deportistas, científicos, políticos—. En ese sentido hay un “interés público” de que se difundan, pero esas difusiones deben estar siempre relacionadas con la actividad propia del individuo, o sea, con clara referencia al motivo de su notoriedad.

6) Después de transcurridos 20 años de la muerte de la persona, la publicación es libre (art. 35).

§ 43. **DERECHO A LA INTIMIDAD.** — Toda persona goza de vida privada, o sea, de un aspecto de su vida que naturalmente desea ocultar a la curiosidad ajena. Se refiere tanto al ámbito físico de su existencia, como a las actividades, comunicaciones y sentimientos que rodean al hombre, constituyendo el reducto no transferible de su soledad y del grupo que lo rodea o acompaña en ella. Puede definirse el derecho a la intimidad, como: “*el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad y de otras perturbaciones a sus sentimientos y vida privada, limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos*” (Cifuentes).

Nuestra Constitución nacional establece el principio en que se asienta con fuerza este derecho. El art. 19 estatuye: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo*

ofendan al orden ni a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados..."

En Estados Unidos se ha elaborado el *right of privacy* y en Italia el *diritto a la riservatezza*, lo cual en el tiempo de la técnica y de la electrónica hace sumamente necesario contemplar y estatuir. Diversas declaraciones internacionales han establecido la necesidad de su protección, como la de Bogotá (art. 5º) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12), ambas de 1948. Se extiende hoy por el mundo la preocupación por amparar a la persona frente a los adelantos que pueden avasallarla y, particularmente, en lo que atañe a la vida íntima, porque se liga inescindible mente con la dignidad y la libertad, al tutelar actividades que le pertenecen y que se sustraen del conocimiento público.

a) *EXTENSIÓN*. Tal como declaró la Conferencia de Juristas Nórdicos, reunida en Estocolmo en mayo de 1967, el derecho a la intimidad protege al individuo frente a las autoridades, al público en general y a los demás individuos, y es el derecho de vivir independientemente la propia vida, con un mínimo de injerencia ajena.

A fin de establecer los modos de ataque y la consiguiente extensión del derecho, se pueden destacar las manifestaciones que le corresponden y en dónde se concentra la posibilidad del daño:

1) Las *conductas, vicisitudes, situaciones, circunstancias estrictamente personales*, ajenas a una publicidad no querida. Las ofensas se materializan en injerencias en la vida propia, del hogar y de la familia, como ser copiado, atisbado, observado, acosado. Declaraciones falsas o fuera de lugar acerca de la persona; inoportunidades de los medios de comunicación; revelación pública de asuntos privados, y hasta de vicisitudes, desgracias, accidentes y defectos físicos; el hostigamiento, como la observación indiscreta, el acoso con interrogatorios indebidos, los llamados telefónicos molestos.

2) Todo lo relacionado con el *secreto*: violaciones de correspondencia; interceptaciones electrónicas, telegráficas o telefónicas; grabaciones clandestinas en ámbitos privados; revelación de informaciones obtenidas por el ejercicio profesional, incluido en la confesión religiosa; el empleo de métodos que desnudan el subconsciente, como el hipnotismo, las drogas

que hipersensibilizan, la grafología o el sometimiento a *tests* psicológicos sorpresivos.

3) El *respeto a los ámbitos privados*, pudiendo ser violados los recintos y el domicilio donde se desarrollan aspectos íntimos, incluidos entre otros los del trabajo y, por supuesto, la familia y la residencia.

4) La *difusión de la imagen* que a la vez importe atacar la vida privada: fotografías íntimas; películas o cintas sobre escenas del hogar y en general de la vida privada; televisión que opere inconsultamente en ese ámbito; la cámara sorpresiva destacando reacciones espontáneas y no consentidas.

5) La *informática*, cuyo problema estudiaremos en especial más adelante.

b) *LÍMITES. LAS PERSONAS DE ACTIVIDAD PÚBLICA.* No obstante la primacía en que se coloca el derecho a la intimidad frente a otros, pues en la jurisprudencia de los últimos tiempos se le ha dado primerísima jerarquía en confrontación con otros principios y garantías de nuestra Constitución, como todo derecho tiene sus límites, que deben ser destacados.

1) En primer lugar, frente al *interés público*, como los casos de la persecución del crimen con el allanamiento del domicilio, la preservación de catástrofes, la protección de la salud general, la administración de la justicia civil, que permiten el allanamiento de domicilio; cierto tipo de interrogatorios; ejecución de trabajos en recintos privados que por su estado son peligrosos para los demás; citaciones e incriminación de conductas personales, como la difusión, tráfico e ingestión de drogas en público.

2) Acerca de la *disponibilidad relativa*, se permite la exhibición de cartas o confidencias en algunas circunstancias con consentimiento del interesado; también, cuando hay una orden del juez en la averiguación de la verdad para decidir un litigio. La desobediencia de la parte en exhibir documentos privados puede importar una presunción en su contra. Frente a las misivas confidenciales, se acepta su exhibición, aunque se oponga el autor de la carta, cuando se debaten asuntos de la importancia del divorcio, la filiación o la nulidad del matrimonio, en las cuales está de por medio el orden público.

3) En cuanto a las *personas públicas o célebres*, que el pueblo venera como ídolos, es posible difundir algunos aspectos que conciernen a su privacidad. Sin embargo, hay también en su vida sentimental una esfera reservadísima. Alguna intimidad debe ser resguardada por más pública que fuere la persona, porque es una exigencia existencial. En este sentido, si bien es más estrecho el alcance de la vida privada, puesto que los personajes políticos, deportivos, artísticos, se mueven en un medio precisamente público y propio de la difusión de sus figuras y de sus actos, hay siempre un reducto no susceptible de publicidad. El linde está dado por la índole de la actividad y todo lo que la rodea y la constituye, más allá de lo cual la intromisión puede ofender el derecho y debe ser impedida.

Esta amplia concepción, en la cual quedan también amparados dichos personajes famosos, no sólo impide que la entrega a la función o a la actividad pública, importe darse con violación de la persona misma, como si se entregara al ocupar el cargo o realizar la actividad, en vasallaje a todo tipo de intromisiones o intrusiones, sino que está contemplada en los pactos internacionales que han consagrado el derecho. En particular, el Pacto de San José de Costa Rica que emplea el concepto de que “nadie” puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada (ver § 46, e).

c) *LA LEY 21.123 Y SUS ANTECEDENTES*. La primera ley que se dictó para regular el derecho a la vida privada fue la 20.889, pero hubo un error formal en su sanción por desinteligencia de las cámaras del Congreso. Esta ley había introducido el art. 32 *bis* al Código Civil. Debido a la irregularidad comentada y atendiendo a las críticas sobre la metodología que se había empleado (Orgaz, Cifuentes) y para sanear la situación se sancionó la ley 21.123, que creó el art. 1071 *bis*.

Esta norma estatuye: “*El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la pu-*

blicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese precedente para una adecuada reparación”.

Se ha criticado el empleo de la palabra “arbitrariamente”. Para algunos ella significa una injerencia “antijurídica”. De todas maneras todo entrometimiento en la vida íntima es arbitrario, pues por el hecho mismo de obrar así, juzgándolo con un criterio objetivo, debe considerarse ofendida la privacidad de las personas.

También se ha criticado justamente la exclusión de los hechos que fueren delitos penales (Zavala de González, Ferreira Rubio). Aun siendo delitos, la responsabilidad civil por ataque a la intimidad es susceptible de ser establecida, pues el derecho privado generalmente sanciona desde su órbita los hechos que, en las mismas circunstancias, puedan ser penados por el derecho criminal.

Finalmente, la crítica ha entendido con razón que el juez no debe actuar sólo en forma equitativa al regular el resarcimiento, sino que se deben indemnizar todos los daños irrogados (Rivera).

d) *LA INFORMÁTICA Y SUS LÍMITES FRENTE A LA PRIVACIDAD DE LAS PERSONAS.* El procedimiento automático de datos mediante la utilización de las computadoras y los discos que los acumulan o almacenan y los ordenan, pudiendo informarlos sistemáticamente, suscita el peligro de que se manejen violando la intimidad de las personas, o también su identidad personal.

Por medio de ese procesamiento es factible invadir la intimidad y mantener en memoria electrónica un conjunto de datos que pueden ser aprovechados en contra de este derecho. Se ha discutido si para establecer reglamentaciones protectoras al respecto, no sería mejor sancionar una ley de informática, en la que se proyectarían normas tutelares del derecho a la vida privada, aparte de todo lo relativo a los derechos de autor, utilización y régimen de las computadoras, delitos informáticos, sistema administrativo, etc., o si convendría separar esta cuestión de las otras, uniendo el aspecto propio del derecho a la intimidad a los otros derechos personalísimos. Esta segunda opinión es la que mejor contribuye a la defensa de la persona, pues viene a formar parte de un plan mucho más abarcador y en donde se aplican los principios que ayudan a interpretar cada una de las especies, entre ellas el tema de la invasión por medio del banco de datos.

Al respecto, convendría establecer las siguientes directivas:

1) *CONOCIMIENTO DE LA INFORMACIÓN*. Cada persona tiene la facultad de conocer de qué modo está registrada en los ficheros informáticos.

2) *POSIBILIDAD DE CORRECCIÓN*. Es la facultad de rectificar todas las incorrecciones de que adolecieran los registros, porque el dato fue mal ingresado o mal informado.

3) *POSIBILIDAD DE ACTUALIZACIÓN*. Toda persona tiene derecho a requerir que se actualicen los datos registrados en el banco de datos, a fin de no mantener los que no representan ya un elemento verdadero de su actualidad (p.ej., figurar casado, cuando está divorciado o casado ya con otra persona).

4) *CESE DE LA UTILIZACIÓN CON OTRO FIN*. La facultad de impedir que se utilicen los datos con un objetivo para el cual no fueron registrados. Puede comprenderse, en esta idea, la de que la persona pueda solicitar la anulación de los datos cuando ya no responden al fin por haber cumplido su destino o por haber cesado el antecedente que había impuesto su registración.

5) *RESERVA DE DATOS*. Todos los que constituyen el ámbito de la intimidad deben ser reservados y debe impedirse que se pueda informar en forma general, o a personas que no fueron las autorizadas cuando se efectuó la registración. O sea, limitar el acceso a esa información solamente a las partes que tienen un interés legítimo (Campanella de Rizzi - Stodard de Sasim, Parellada).

e) *HÁBEAS DATA*. Así como desde antiguo se instituyó una acción especial llamada de *habeas corpus* (para que tengas tu cuerpo), en defensa de la libertad física de las personas y que hoy se consagra en el último párrafo del art. 43 de la Const. nacional, frente al fenómeno de la informática, en algunos países (Brasil en 1988, Colombia en 1991) se estableció el *habeas data* (para que tengas tu dato). Nuestra Constitución en el párr. 3º del art. 43, reglamenta la tutela de los datos encuadrándola dentro de la acción de amparo. De tal modo, por el breve procedimiento amparista y siguiendo sus reglas y con-

dicionamientos, es decir, sin ponerlo en su material configuración a la par del hábeas corpus, se cumplen en gran medida casi todas las defensas propuestas. La norma estatuye: *“Toda persona podrá interponer esta acción [de amparo] para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”*.

§ 44. **DERECHO A LA IDENTIDAD.** – En los últimos tiempos, con fundados elementos racionales y de la vida, se ha abierto camino un nuevo derecho personalísimo que cubre toda la faz espiritual de la persona, no obstante que a la vez atiende a su composición somática. El *derecho a la identidad personal* se asienta en la condición única, individual e irrepetible del hombre. Cada persona es una, separada, distinta y singular. De ahí nace la idea de que los aspectos que la componen como su carácter, perfil físico, reacciones emocionales, trayectoria científica o deportiva, profesional, de ideales y los roles espirituales (religiosos, estéticos, intelectuales), conforman en conjunto un aspecto dinámico de la personalidad existencial, que es exclusiva, y tiene un valor y un interés protegibles. Esta peculiar identidad es un derecho personalísimo que sustenta la exigencia de respeto por parte de todos los demás.

La teoría la esbozó De Cupis y la desarrolló la jurisprudencia italiana de los últimos tiempos, habiendo recalado en ella, con especial profundidad, Fernández Sessarego. Sostiene este jurista que también los datos formales de identificación (el nombre, la edad, la nacionalidad, la filiación y el estado), forman parte de la identidad, pero son aspectos estáticos de ella, formales y relacionados con dicha identificación. Quedan los elementos dinámicos, propios de la existencia, que son los que mejor denotan el derecho a la identidad y que dependen de las actividades, aspiraciones, idioma e instalación existencial de cada uno, los que no pueden ser menoscabados sin ofender ese derecho, y deben ser defendidos para resguardar a la persona misma. La rectificación o respuesta –derecho de réplica– (ver § 32), es uno de los medios de defensa de la identidad (Cifuentes, Fernández Sessarego).

§ 45. **CONGRESOS.** – Además de los múltiples congresos internacionales en los que se ha estudiado el tema, en nuestro

país hubo dos muy importantes acerca de los derechos personalísimos y en especial del derecho a la intimidad.

El primero lo constituyeron las II Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes, de junio de 1983, en donde se dispuso en las recomendaciones: 11) "Suprimir en el art. 1071 *bis*: a) la mención de la arbitrariedad; b) el requisito de que el hecho no sea un delito penal; c) la referencia a la equidad como criterio para fijar la indemnización"; 12) "La sola notoriedad no priva a la persona de intimidad, pero será legítima la intromisión que responda a un interés público prevaleciente"; 13) "Regular específicamente el uso de la informática de modo que no pueda lesionar los derechos personalísimos".

El segundo fueron las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Mar del Plata, de noviembre de 1983. En este congreso se consideraron y aprobaron casi todos los principios explicados en los párrafos precedentes.

Posteriormente han proliferado los congresos que trataron y recomendaron la legislación sobre diversos aspectos de los derechos personalísimos. Se destacaron el I Congreso Internacional de Daños en homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, de abril de 1989, y las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, también de 1989, que trataron la "Intrusión a la intimidad a través de la informática y los medios masivos de comunicación" y "La responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación", respectivamente. Esos mismos temas fueron considerados, en las Jornadas de Responsabilidad por Daños, en homenaje a Jorge Bustamante Alsina, de 1990 (Pizarro, Parellada).

5) PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

§ 46. **PRINCIPALES ASPECTOS.** – La Convención Americana de los Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969 se reunió en San José de Costa Rica y fue ratificada en nuestro país por ley 23.054, del 1º de marzo de 1984. A partir de la reforma de la Constitución nacional de 1994 posee jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22).

En dicha Convención, además de otras previsiones, sobre el tema de los derechos personalísimos, es digno de destacar que previó en su articulado los siguientes aspectos.

a) **DERECHO A LA VIDA.** "1) Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción..." (art. 4º).

b) *DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL.* “1) Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2) Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (art. 5º).

c) *PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD Y SERVIDUMBRE.* “1) Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas. 2) Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio...” (art. 6º).

d) *DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL.* “1) Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2) Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” (art. 7º).

e) *PROTECCIÓN DE LA HONRA Y DE LA DIGNIDAD.* “1) Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2) Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques” (art. 11).

f) *LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN.* “1) Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado” (art. 12).

g) *LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y DE EXPRESIÓN.* “1) Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito en forma

impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2) El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente, no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas" (art. 13).

h) *DERECHO DE RECTIFICACIÓN O RESPUESTA*. "1) Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley... 3) Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión, tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial" (art. 14).

Quiere decir que, aun cuando no se haya sancionado un estatuto de los derechos personalísimos por ley especial o incorporado al Código Civil, esta Convención que forma parte del derecho positivo argentino, prevé los principios sobre cuya base es posible desarrollar el conjunto de medidas protectoras de tales derechos.

TRABAJOS PRÁCTICOS

Se citan aquí un conjunto de antecedentes jurisprudenciales, a fin de efectuar análisis y aplicaciones prácticas sobre los derechos personalísimos:

a) *Integridad corporal*. Agresión física y práctica del boxeo, situaciones que plantea: análisis y crítica del fallo de la CNCiv, Sala B, 29/4/80, *ED*, 88-815.

b) *Inspección corporal judicial*. Análisis y crítica del fallo de la CNCiv, Sala C, 26/4/83, *LL*, 1983-C-560.

Sobre la aplicación de la ley 23.511, art. 4º, y la negativa de la representación de un menor, CSJN, 13/11/90, *ED*, 141-269, con notas de Bidart Campos, Germán J., *En busca de la filiación de sangre: una prueba rechazada y discutida, y muchos derechos comprometidos*, y Gutiérrez, Delia M., *Los derechos del niño a conocer su identidad*.

c) *El cadáver del "nasciturus"*. Análisis y crítica del fallo de la CNCiv, Sala F, 24/3/80, LL, 1981-B-64 con nota de Borda, Guillermo A., *¿El cadáver de una criatura nacida muerta, es jurídicamente una cosa?*

d) *El problema de la transfusión de sangre a los testigos de Jehová*. Diferentes soluciones en jurisprudencia; análisis y crítica de dos fallos: 1ª InstCivCap, Juzg. n° 3, firme, 24/4/85, ED, 114-114, con nota de Bidart Campos, Germán J., *La transfusión de sangre y la objeción religiosa de conciencia*; id., Juzg. n° 9, 23/12/86, LL, 1987-A-85; CFed ComRivad, 15/6/89, ED, 134-297, con notas de Bidart Campos, Germán J. - Herrendorf, Daniel; JFed TNac Tierra del Fuego, 11/6/89, JA, 1989-IV-58.

e) *Trasplantes de órganos "in vivo"*. Análisis y crítica de fallos que han quebrado la rígida interpretación de los requisitos de edad y de relación parental: CNCiv, Sala A, 4/9/80, LL, 1980-D-438 y CSJN, 6/11/80, ED, 91-266. Otro: 1ª InstCivCom Rosario, firme, 9/5/83, LL, 1984-B-188, con nota de Bueres, Alberto J. - Rivera, Julio C., *Dación de órganos entre vivos ¿interpretación o apartamiento de la ley?* Trasplante de un demente a su hermano para preservarle la vida, CCivCom SMartín, Sala II, 28/2/89, JA, 1989-IV-484, con nota de Morello, Augusto M. - de Alegre, Ángel S., *Es mucho de lo poco que queda*, y ED, 5/7/89, n° 41.687, con nota de Bidart Campos, Germán J. - Herrendorf, Daniel E., sentando criterio diferente, *La ablación de órganos de un insano (¿una opción entre vidas en conflicto?)*. Sobre la dación de un concubino a su concubina, CNCiv, Sala H, 21/4/89, ED, 135-383, con nota de Bidart Campos, Germán J., *¿Es razonable la limitación legal de la donación y el trasplante de órganos entre determinadas personas?*

f) *Derecho al honor*. Análisis de alguno de los siguientes casos de jurisprudencia: CNCiv, Sala F, 21/10/77, LL, 1978-B-585; id., Sala C, 19/12/80, ED, 92-456; id., id., 6/4/82, ED, 100-277; id., id., 25/9/85, LL, 1986-E-513; CSJN, 15/5/86, LL, 1986-C-406, con nota de Alterini, Atilio A. - Filippini, Aníbal, *Responsabilidad civil derivada de la difusión de noticias inexactas: acto ilícito o acto abusivo*. Sobre la calificación sobreimpresa en un programa televisivo que fue injuriosa, CNCiv, Sala A, 3/4/89, JA, 1989-II-519.

g) *Pacto de San José de Costa Rica*. Problema de su aplicación, análisis de casos: CNCiv, Sala A, 19/3/86, JA, 1986-III-7, con nota de Ballester, Eliel C., *En torno de las inserciones forzosas por la prensa*. Comparación con la doctrina de aplicación directa: CNCiv, Sala D, 27/2/87, LL, 1987-C-137, con nota de Ekmekdjian, Miguel Á., *El derecho a la dignidad. La libertad de prensa y el derecho de réplica*.

h) *Derecho a la imagen*. Análisis de casos de jurisprudencia: C1ªCivCap, 19/5/39, LL, 16-531; id., 2/3/42, LL, 26-780, con nota de Mendilaharsu, Eduardo F., *Amparo de la producción fotográfica*; CNCiv, Sala A, 24/2/66, ED, 26-785, confirma 1ª instancia el fallo de Carneiro. Condición de derecho autónomo y desviación de publicidad de la imagen sobre el consentimiento prestado, CNCiv, Sala C, 2/2/88, JA, 1988-II-43; id., Sala A, 23/5/89, ED, 135-695, con notas de Iribarne, Miguel A., y Bidart Campos, Germán J.; id., Sala C, 2/5/89, JA, 1990-I-364.

i) *Derecho a la intimidad*. Análisis de casos de jurisprudencia: CNCiv, Sala E, 5/3/79, LL, 1979-C-471, con nota de Mosset Iturraspe, Jorge, *La "pequeña comunidad" habitacional y el daño moral*; íd., Sala C, 22/4/81, LL, 1981-D-445, con nota de Mosset Iturraspe, Jorge, *Broma, chanza, o burla mortificante*; íd., Sala D, 31/12/76, ED, 72-218; íd., Sala B, 30/6/86, LL, 1986-E-614, con nota de Bustamante Alsina, Jorge, *Entrar a un domicilio particular sin el consentimiento expreso de sus moradores constituye violación de la intimidad*. Modelo fotografiada con texto hiriente, problema sobre la publicidad de la sentencia, CNCiv, Sala C, 27/6/89, ED, 136-236, con nota de Bidart Campos, Germán J., *Una condena al sensacionalismo periodístico por agraviar la privacidad de la persona*.

j) *Libertad de prensa e intimidad*. Análisis de casos: CSJN, 11/12/84, LL, 1985-B-114, con nota de Rivera, Julio C., *Libertad de prensa y derecho a la intimidad. Un conflicto permanente*.

k) El problema de la transexualidad, análisis de votos mayoritarios negativos y minoritario positivo, CNCiv, Sala E, 31/3/89, ED, 135-493, y JA, 18/7/90, con nota de Bidart Campos, Germán J., *El cambio de identidad de los transexuales quirúrgicamente transformados*.

l) Fallos sobre rechazo y admisión del derecho de réplica, CSJN, 1/12/88, LL, 1989-C-17, con nota de Alice, Beatriz L., *Reflexiones en torno a un caso en que se pretendió ejercer el derecho de réplica*. Cambio de jurisprudencia en la causa "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros", del 7/7/92, análisis de los votos de la mayoría y minoría.

CAPÍTULO II

LA PERSONA DE EXISTENCIA VISIBLE Y SUS ATRIBUTOS

A) LA PERSONA

§ 47. *LA RELACIÓN JURÍDICA. CONCEPTO DE PERSONA.* – Se llama relación jurídica al “vínculo entre varias personas, en mérito del cual, una de ellas puede pretender algo a lo que la otra está obligada” (Del Vecchio). En la doctrina clásica, el sujeto es uno de los elementos esenciales de la relación jurídica, al igual que el objeto. A ambos, sin embargo, se los entiende hoy como presupuestos o requisitos de validez del vínculo jurídico (Betti, Santoro Passarelli). Hay una diferencia teórica entre los conceptos de sujeto y persona. Sujeto de los derechos subjetivos es la persona que goza de un determinado derecho, pero el término persona señala también la posibilidad de gozarlo cuando todavía no es sujeto. Sujeto representa pues, el acto, y persona, la potencia (Busso).

Para el estudio del sujeto, ver § 165 y siguientes.

La etimología de la palabra “persona” se remonta a Grecia y Roma. Así se llamaba a la “máscara” con la boca abierta, provista de láminas metálicas para aumentar la voz en el teatro (en griego era *prosopón*, o “delante de la casa”, porque allí es donde se realizaba la representación de las obras teatrales). Por eso los latinos usaban *personare* o producción de sonidos por algún medio; resonar o *resonare*; ser muy sonoro. Primero, “persona” era el resonador; más tarde, éste puesto en la máscara o careta; cuando la máscara pasó a distinguir tipos y papeles diferenciados, apareciendo los personajes que eran ejemplares o prototipos (un dios, un semidiós, un

hombre según su carácter o función), se llamó “persona” al papel o personaje que significaba la máscara diferenciadora, y finalmente, esa palabra importó señalar al hombre o personaje que estaba detrás de la máscara y era el actor enmascarado. La lengua común tomó este último concepto para significar con la voz “persona” la función o cualidad que cada individuo representa en la vida y, en este estadio de la evolución del vocablo, lo adoptó el derecho.

En doctrina, dos teorías filosóficas se contraponen en el tema del concepto de persona.

a) Según la teoría *iusnaturalista* pura, persona es para el derecho sinónimo de “hombre”, pues aun en el caso de las jurídicas o de existencia ideal el destino final de su reconocimiento es el hombre, sus fines e intereses.

b) La otra teoría, de raigambre positivista, o bien en la línea kelseniana normativista o neocriticista, niega el concepto de persona, el cual sólo importaría un elemento auxiliar pero descartable. En este último sentido, persona conlleva una referencia de la norma hacia un punto de concentración e imputación; es decir, aquello a lo cual la norma (único aspecto válido de la ciencia jurídica) atribuye derechos y obligaciones. Pero este centro de atribución podrá ser o no el hombre, pues lo importante dentro de la ciencia jurídica sería el “deber ser” o mandato que configura el derecho objetivo.

c) En un intento clarificador y más exacto, es dable sostener que los derechos y obligaciones que la norma reconoce son el predicado o cualidad jurídico-formal (lo que también puede llamarse “personalidad”) de una sustancia o sustrato real, que es el hombre. Persona es el sustrato-hombre con la personalidad o cualidad jurídica formal que de ese hombre predica el derecho. Esta ciencia, con sus significados propios (ajenos a la medicina, psicología, religión, filosofía, etc., que también tratan del hombre), regula la realidad jurídica del hombre. No puede faltar racionalmente la sustancia, el hombre con su ser y sus valores, pero, en la ciencia jurídica, persona es lo que el derecho dice del hombre (López Olaciregui, Pugliatti, Cifuentes). Aun puede sostenerse que el hombre, sirviéndose del derecho, crea el concepto de persona. Es éste un concepto que contiene esa realidad sustancial que es el hombre. Puede decirse, por tanto, que “*persona es una realidad -hombre- conceptualizada de un modo específicamente jurídico*”. Y, con

tal alcance, se capta también la realidad social del hombre y llega a ser sujeto o persona una entidad ideal, como las personas jurídicas independientemente de los hombres que la forman (Cifuentes).

Tres tipos de razones dan sustento al concepto expuesto, el cual no confunde el concepto de persona con el de hombre ni con el de norma: 1) la *razón etimológica*, pues los vocablos no se distancian fácilmente de su raíz. Luego, la idea de máscara y personaje, muestra el aspecto formal o carácter diferenciador del individuo en la vida: padre, hijo, esposo, menor o mayor, vendedor o comprador, socio o tercero, etcétera. Éstos son poquísimos ejemplos de los innumerables papeles jurídicos que la persona puede tener como sujeto; 2) la *razón histórica*, que muestra que no siempre el hombre fue considerado persona, es decir titular de derechos. Primigeniamente en Roma los peregrinos no eran considerados personas y en toda la trayectoria de ese Estado tampoco lo fueron los esclavos, y 3) la *razón actual*, porque aun en este tiempo hay personas que no son hombres sino producto de sus asociaciones. A las personas jurídicas o de *existencia ideal se les reconoce una personalidad independiente o externa* respecto de los seres físicos, pues aun cuando éstos las componen, en la valoración jurídica tienen autonomía y se independizan; actúan en el comercio jurídico adquiriendo derechos y obligándose con total desprendimiento de los hombres que las componen. Éstos se han despojado de la máscara, poniéndola en la entidad que es el sujeto de la relación jurídica.

La definición del art. 30 del Cód. Civil no desentona con esas ideas; al contrario, establece: “*Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones*”. No dice, pues, todos los hombres, sino “entes”, que significa el ser que existe. Con la amplitud de esa terminología abarca a las personas naturales y a las ideales.

§ 48. **PERSONAS VISIBLES. ESPECIES.** – Las dos especies de personas están consagradas en tres artículos del Código Civil. El art. 31 expresa: “*Las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible. Pueden adquirir los derechos, o contraer las obligaciones que este Código regula en los casos, por el modo y en la forma que él determina. Su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que en los casos dados, les conceden o niegan las leyes*”.

El art. 51 define a las de existencia visible: “*Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin dis-*

tinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible". El precepto tiene un alcance general con proyección genérica y conceptual irrefragable. Basta que un ser que existe tenga rasgos de humanidad para que se admita en él la persona. Las personas ideales, en cambio, tienen personificación individual por el hecho de adquirir personería, o sea, de ser reconocidas por el derecho, caso por caso.

En muchas legislaciones, sin embargo, se establece que hay vida humana que no es reconocida como persona, al no aceptar a la "persona por nacer" y disponer que sólo se alcanza la personalidad después del nacimiento. Se reconoce en esos países al concebido como esperanza o expectativa, pero no con el carácter de persona titular de derechos actuales.

Nuestro art. 51 coincide con la Constitución y borra la posibilidad de la esclavitud y la muerte civil, que también expresamente ha descartado el art. 103 del Cód. Civil y su nota. Era admitida esta última en el derecho antiguo, en los casos de condena a penas capitales o por la profesión en órdenes religiosas.

Se ha discutido si los animales tienen personalidad, derivada la afirmación del concepto de Ihering sobre el derecho subjetivo: "interés jurídicamente protegido". Pero, cuando el derecho objetivo se refiere al animal, evitándole algún sufrimiento o protegiéndolo (policía animal; lucha contra las epizootias; prohibición de infligirles castigos; veda de la tauromaquia, etc.), atiende el interés del hombre y no el del animal. A éste no se lo puede sancionar jurídicamente y menos hacerlo titular de derechos y obligaciones. Así, verbigracia, la prohibición de la corrida de toros o de la riña de gallos no se funda en el resguardo del derecho del toro o del gallo, a su vida, a su integridad, sino en el repudio por la inmoralidad del espectáculo, su crueldad pública y la peligrosidad social que significa el enardecimiento popular por causa de esos juegos.

Al requerir la ley "signos característicos de humanidad" parece haberse influenciado por las creencias antiguas en los prodigios, monstruos y endriagos. Pero hasta ahora éstos fueron producto de la fantasía y la superstición.

Como la esfinge latina (cuerpo de león y cabeza de hombre), la medusa (mujer con cabellos de sierpe que petrificaba a quien la mirara), la sirena (busto de mujer y cuerpo de pez). En general, puede sostenerse que todo lo que nace de mujer es humano, de su misma especie. Sin embargo, hoy se vislumbra la posible alteración de tal condición pura, a través de la experimentación genética y sus po-

sibles mezclas, de donde habrá que esperar resultados problemáticos que, oportunamente, producirán más de una cuestión.

La personalidad está vinculada con la existencia y es indiferente, por tanto, la conciencia o voluntad del ser. Un pequeño irracional y un enfermo mental son personas. La falta de un órgano, aun de los considerados esenciales para el organismo, o un defecto físico o deformación no influyen. Basta la vida que provenga de la mujer, y es por eso que no se distinguen cualidades o accidentes.

Los hermanos *siameses* que provienen de un embarazo múltiple univitelino, por fecundación de un solo óvulo con dos gérmenes fecundantes o dos vesículos germinativos, forman dos embriones y están físicamente adheridos, y si no se pueden separar ponen en presencia de dos personas, al margen de si se tiene una o dos cabezas. Basta la doble formación integral unida para considerar la doble personalidad.

Sin embargo, algunos derechos de carácter personal, como el de casarse, quedan puestos en tela de juicio, dado que el matrimonio requiere intimidad y si uno de los hermanos siameses lo celebra, aun con la conformidad del otro, se atentaría contra la dignidad de la unión nupcial.

§ 49. **PRINCIPIO DE LA EXISTENCIA. LA PERSONA POR NACER.** —

A partir de Savigny, en su interpretación del derecho romano, se generalizó la idea jurídica de que los no nacidos pero concebidos en el seno materno no son personas, pues se pensaba que no se podía considerar como hombre a quien se encuentra en esa condición y forma parte de las vísceras de la madre. El criterio se propagó por casi todas las legislaciones, estableciéndose la idea de una situación no definida para el derecho y que podía compararse a una condición suspensiva, es decir que sólo se reconoce la existencia y vigencia del derecho una vez producido el acontecimiento futuro e incierto del nacimiento con vida.

En Roma —según Savigny— prevalecía la máxima de que al “niño concebido se lo tiene por nacido en tanto se trate de su conveniencia” —*infans conceptus pro natu habetur quoties de commodis aius agitur*—. Varios jurisconsultos, entre ellos Juliano, estaban en desacuerdo con Papiniano. Para el primero, el *nasciturus* era reputado como nacido. En cambio, Papiniano sostenía que no se lo podía considerar hombre. Para Savigny esta última era la interpretación de la realidad, siendo la anterior de Juliano, una ficción.

Inspirado en Freitas, Vélez Sársfield estableció como principio la regla que admite la personalidad del concebido, y por ello lo llamó “persona por nacer” a partir del art. 63. En tal sentido, dispone el art. 70 del Cód. Civil: *“Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”*.

Argumentaba Freitas, para apartarse de la opinión por entonces común, que si esos seres pueden adquirir algunos derechos es innegable que son personas. La nada no se representa y ellos son representados porque existen y adquieren derechos. No son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre y a su respecto se pueden hacer estas preguntas: si no fueran personas, ¿por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado? ¿Por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada? (Vélez, nota al art. 63).

Ciertas vacilaciones producen los arts. 74 y 3290 del Cód. Civil, que en alguna medida traicionan ese concepto. Por el primero, si la persona por nacer muriese antes de estar completamente separada del seno materno, será como si nunca hubiera existido. Esto importa colocarla en una especie de condición resolutoria, según la cual se admite que es persona pero supeditada al acontecimiento futuro e incierto del nacimiento con vida.

Es por ello que se ha criticado la solución de la ley, sosteniendo que es una ficción darle personalidad al concebido; que éste tiene vida pero no individualidad y, por ello, no es persona (Orgaz). Es verdad que la solución del Código en el conjunto de sus normas no es muy firme y que valdría más sostener con coherencia, una solución menos conflictuada. Tal sería la que sostuviera que es persona el concebido y que si muere antes de nacer quedan sin efecto los derechos y bienes que en ese tiempo adquirió, sin borrar al mismo tiempo su personalidad, que tuvo una vida real en el seno de la madre (Cifuentes).

En la legislación comparada se observa que la mayoría de los países siguieron las pautas de Savigny, estableciendo que la existencia legal de la persona principia al nacer y que sólo se tiene en cuenta

al por nacer para el caso de que tuviera algún derecho diferido por herencia o donación, protegiendo así la expectativa de que nazca con vida. Algunos países se apartaron de esta solución (Austria, Prusia, Louisiana) y, en los últimos tiempos, en Latinoamérica, algunos otros han seguido la idea fijada por Freitas y en la ley positiva argentina (México, Venezuela, Perú, Paraguay). La mayoría de los autores nacionales pondera esta solución (Borda, Llambías, Aráuz Castex, Salvat, etcétera).

En tal sentido, se dispone en el Código Civil que tiene lugar la representación del por nacer, si hubiere de adquirir bienes por donación o herencia, y que esta representación cesa el día del parto si nace con vida, pues entonces comienza la de los menores (arts. 64 y 69).

Ahora bien, debe ponerse de relieve que todos estos principios tan sabiamente estructurados en defensa de la persona por el legislador, en los tiempos que corren deben estudiarse con una nueva perspectiva. Aparte de la concepción natural por relaciones sexuales normales en el seno de la madre, aparecen con la biotecnología y la ingeniería genética una serie de posibilidades que no podían siquiera imaginarse en la época del Código y hasta hace pocos años. La principal consecuencia es que ahora, cuando se emplean esos métodos, ya no es la fecundación del óvulo un hecho impredecible, misterioso y oculto, sin poder conocerse con exactitud el momento preciso de su realización ni de la evolución, desde lo más elemental hasta la organización compleja del feto ya formado. A través de la fecundación llamada *in vitro* y de la inseminación artificial en todas sus facetas y combinaciones, la ciencia permite establecer con certeza ese momento de la fecundación y aun predeterminarlo y seguir paso a paso la progresión formativa del concebido. Este cambio sustancial, está revelando la necesidad de revisar los conceptos con un criterio que se amolde a esa realidad.

En efecto, a medida que se va develando lo que, por desconocimiento, antes se agrupaba en el conjunto de misterios de la naturaleza, en derredor de los cuales se formaron principios que parecieron intocables, deben hacerse flexibles los puntos de partida jurídicos que permitan el progreso del conocimiento de las cosas. Al comprenderse la condición genética en su formación y posibilidades, se debe evitar el entorpecimiento de un avance que se dirija a mejorar al hombre y a resolver sus problemas, y desatar las ataduras con vi-

siones conceptuales que obstaculizan la evolución humana hacia lo mejor. En tal sentido, en las cuestiones que suscita la personalización del hombre, no puede dejar de atenderse a tal avance, a menos de caer en gruesos errores de concepto con el pretexto de la defensa de la persona, pues esa misma defensa impulsa a reconocer en su verdad a la naturaleza del hombre y sus posibilidades.

Hoy se ha hecho posible destacar separadamente los aspectos genéticos, aplicando inclusive métodos que eviten ciertas enfermedades congénitas, deformaciones y herencias no convenientes para aquel desarrollo, y hasta determinar el mejoramiento orgánico del hombre. Se destacan y separan de la génesis los aspectos gestacionales y de crianza, dividiéndose estas funciones con intervención de terceros que tienen mejores aptitudes. Llegadas la ciencia y la técnica a este punto, las perspectivas conceptuales y éticas deben permitirlo y ponerse a la par de los nuevos conocimientos, sin renunciar, desde ya, al bien del hombre que es el único norte válido que debe preocupar la justificación jurídica de los nuevos métodos. Ésta se apoya en el derecho personalísimo al cuerpo (señorío sobre los elementos genéticos para la procreación, que provienen de órganos propios del hombre y la mujer) y en el derecho personalísimo a la privacidad (libre decisión de los aspectos íntimos de la vida que por sí no afectan los intereses públicos; ver § 43).

§ 50. **DERECHOS, OBLIGACIONES, CONDICIÓN JURÍDICA Y REPRESENTACIÓN.** — De seguir literalmente los textos legales (arts. 64, 264 y 322, Cód. Civil —este último antes de la reforma por ley 23.264—), podría concluirse que muy pocos *derechos* del concebido estaban contemplados, a pesar del principio expuesto sobre su condición de persona;

Es probable que Freitas y Véléz se hayan dejado influenciar por la tradición romana, extendida en su época por casi todas las legislaciones, a pesar de que partían de principios opuestos. En vez de seguir el criterio de que toda persona goza de capacidad y que ésta es la regla y las limitaciones, la excepción, o sea, lo que la ley enuncia caso por caso, los artículos del Código expresan específicamente algunos derechos del por nacer.

Sin embargo, los autores y la jurisprudencia ampliaron ese estrecho marco literal, de modo que puede sostenerse que las personas por nacer no sólo son capaces de adquirir derechos

por donación y herencia, legado y el estado filiatorio, sino también otros que no surgen de la ley, tales como: créditos por causa de actos ilícitos que los han dañado material o moralmente; créditos por alimentos, si la madre no goza de ese derecho y no puede reclamarlos para sí durante la gestación; ser beneficiario de un seguro de vida y acreedor de la correspondiente indemnización; derechos de carácter social, como pensiones que fueron del padre y se le transmiten al morir éste; derechos derivados de los bienes percibidos, etc. (Cifuentes, Rivera).

Por ejemplo, si se produjo un accidente sobre la madre y nace el niño con deformaciones, pueden reclamarse las indemnizaciones correspondientes a su favor. Pero, si muere en el vientre de la madre, por causa del hecho, sólo los padres tendrán ese derecho de resarcimiento al perder el hijo (ver CNCiv, Sala A, 18/11/64, JA, 1965-I-615).

En el caso de alimentos, como está unido a la madre, únicamente si ésta no tiene derecho alimentario podría invocarse el del concebido, como cuando aquélla está divorciada y perdió ese derecho por ser declarada culpable, la acción podría de todos modos dirigirse contra el padre en representación del *nasciturus*. Cuando se hace titular de un derecho patrimonial por herencia, asume todos los derechos que van unidos a la cosa o bienes, como las locaciones con sus alquileres, los frutos de aquéllos, las servidumbres que las favorecen, etcétera.

Acerca de las *obligaciones*, una primera teoría sostiene que sólo puede contraer las accesorias a derechos de los cuales es titular (Borda, Salvat). Otra, más amplia, establece que dependen del normal ejercicio de la representación (Llambías, Cifuentes, Rivera). Ante su incapacidad de hecho absoluta, el representante actúa dentro de los límites de sus atribuciones y puede obligar al por nacer aunque la obligación no sea derivación accesorias de un derecho.

Esta teoría es la correcta, pues al ser reconocido como persona, la voluntad del representante actúa en su nombre y puede obligarlo por actos de administración y de disposición permitidos y autorizados. Así, por ejemplo, no solamente está obligado a pagar los impuestos y cargas de la propiedad que le pertenece —éstos serían puros accesorios del derecho de propiedad— sino que puede obligarse al tomar el representante personal para la explotación del bien; por las prestaciones que nacen del contrato de locación; o también, por la venta autorizada de un bien perecedero que no es conveniente mantener sin desmedro, etcétera.

La *condición jurídica* de la persona por nacer es la incapacidad absoluta de hecho (art. 54, inc. 1º, Cód. Civil). No puede ejercer por sí ninguno de los derechos de los cuales es titular. Tiene una total imposibilidad material de obrar. Para su *representación* se ha pensado que, de acuerdo al art. 64, se trata simplemente de nombrarle un “curador a los bienes” (Orgaz). Pero, en verdad, otras disposiciones muestran que se trata de un representante con poderes iguales a toda representación legal de las personas incapaces. El art. 57, inc. 1º, establece que los padres ejercen la representación, en virtud de la patria potestad (art. 264). En caso de faltar el padre —por muerte o desconocimiento— queda la madre, y sólo si ésta a la vez es incapaz, debe nombrarse a un tercero, que la ley menciona como “curador”, pero que no se diferencia del desempeño de los tutores para menores o dementes (Cifuentes, Rivera).

La atribución de derechos se hace irrevocable por el nacimiento con vida, pero el ejercicio de la patria potestad no se modifica por ello. Si nace muerto se produce la resolución de los derechos y obligaciones, con retroactividad al tiempo en que se pusieron en cabeza del por nacer. La representación se acaba el día del parto si el concebido nace con vida, pues principia en ese momento la de los menores (padres o tutores), o, si ha vencido el tiempo máximo de duración del embarazo y no fue dado a luz, o bien, si nace muerto (art. 69, Cód. Civil).

Esta última circunstancia la omitió la norma, pero es de toda evidencia. Por lo demás, la primera, del nacimiento con vida, no produce en realidad el cese de la representación, sino su continuación en otro estado de incapacidad idéntico, la de los menores impúberes, quedando firmes los actos hasta entonces obrados por el representante del *nasciturus*.

Finalmente, se le debe atribuir un derecho extrapatrimonial de primer orden, que es *el derecho de vivir*. También una consecuencia de su estado, que es *el derecho de nacer*. La discusión producida por las últimas novedades de ingeniería genética, se reducen a establecer cuándo puede considerarse que hay concepción firme y verdadera, y, a partir de entonces, estos derechos se proyectan con todas sus consecuencias.

Se acepta ahora la existencia del llamado *preembrión* hasta los 14 días, el cual aún no ha anidado completamente, careciendo de

las cualidades de estabilidad, estructuración cerebral y nerviosa autónoma, que permita individualizar a un sujeto —pueden ser hasta entonces uno o más— con las características propias de la persona única e idéntica a sí misma. Pasada la etapa del preembrión, es embrión si alcanza aquellas condiciones. Por eso las legislaciones que se han ocupado del tema —como la española de 1988—, dividen los tiempos en que es posible realizar operaciones de congelamiento, elección, depósito de óvulos y ovocitos, etc. (Bossert).

En efecto, en la “fecundación *in vitro*”, se extrae más de un huevo del ovario femenino, los que se fertilizan con espermatozoides del marido o de un tercero donante, en un medio artificial. Se forman de tal modo dichos preembriones cuando llegan a la fase de 8 células, y se evalúa cuál o cuáles se implantarán en el útero de la madre, pues implantar más de 2 huevos produce el peligroso parto múltiple. Si se sostuviera que ese preembrión es ya persona por nacer, tales manipulaciones tendrían graves consecuencias jurídicas penales y civiles. Sin embargo, la conclusión de la realidad ahora examinada a la luz de la ciencia, lleva a sostener que el preembrión es una masa de células sin forma humana reconocible y que tiene pocas posibilidades de quedar implantado y llegar a término. Fisiológicamente, el embrión, después de 14 días, es más complejo y tiene potencialidades muy cerca de la definición para lograr individualizarse, pues entonces se ha cuasi implantado en la pared del útero y empieza a tener un desarrollo del sistema nervioso cerebral, así como de otros órganos. En las etapas de perfeccionamiento se va, pues, de aquel *preembrión* cuasi amorfo, al *embrión* ya anidado y, más tarde, éste se transforma en un organismo mucho más definido a través del crecimiento y la maduración, convirtiéndose en el *feto*. El esquema que ahora se conoce al desarrollarse fuera del *seno materno* por el método de fertilización *in vitro* (FIVET), es el siguiente: 1º) se produce la fusión del ovocito y del espermio (compenetración de sus pronúcleos) creándose una *célula diploide* (con número normal de cromosomas par en el doble juego de gametos), dotada de capacidad de subdividirse reiteradamente, pero antes de esa compenetración, a través del microscopio, se puede observar que los dos pronúcleos están perfectamente diferenciados y, durante 6 a 12 horas se mantienen separados, aproximándose hasta encontrarse. Producido el encuentro se fusionan, o sea, se unen los 23 cromosomas femeninos con los 23 masculinos, lo que se llama “singamia”, intercambiando en ese instante la información genética y formando desde entonces el código genético único; 2º) comienza la subdivisión celular y pasan a ser 2-4 (a las 30 horas)-8 (60 horas)-16...; 3º) aparece así primero la mórula (tiene la forma de la fruta de la mora) y después la blástula; 4º) en el estado de blastocito está en condiciones de nidar; 5º) ello sólo puede ocurrir en el útero, pues afuera no puede nidar; 6º) al nidar o fijarse por medio de enzimas y diminutas prolongaciones tentaculares (los *villi*) queda insertado en las paredes del útero; 7º) a los 15 y 25 días aparece la actividad contráctil; 8º) a los 30 días

comienza el sistema nervioso y el inicio cerebral; 9º) a los 3 meses la corteza cerebral (Cifuentes). Esto se conoce ahora claramente, de ahí que al preembrión sólo se lo tenga por una entidad genética única que tiene un *potencial estadístico* para lograr su completo implante, y merece por ello más respeto que cualquier tejido humano —que también muestra la individualidad genética única— pero no el respeto dado a las personas, debido a que el preembrión no ha desarrollado las características de persona, ni se ha establecido como individuo en desarrollo, pudiendo ocurrir que no llegue a hacer real y efectivo el potencial biológico que contiene (Arzon de Glinberg - Silva Ruiz). Decir que es un ser concebido lo que sólo revela una potencialidad genética para llegar a ser, no parece razonable ni lógico, pues no es lo que todavía no ha llegado a ser.

Inclusive antes de la “singamia” (ver el esquema expuesto en ap. 1º) al no haber fusión de cromosomas todavía ni siquiera puede hablarse del código genético único, ni se puede hablar de vida genética irreplicable. Por otra parte, en el período inmediato posterior tampoco es posible saber si se producirá una duplicación de individuos. El cigoto, pues, es sólo potencial estadístico, base de datos del futuro individuo, pero no es aún con certeza un individuo o ente personificado, lo que sólo se logra con la nidación, cuando ya no es posible que se formen más de uno y se da comienzo al sistema nervioso y al cerebro, en donde queda inaugurada la vida sensitiva (Cifuentes).

Lo expuesto demuestra que no son aplicables por analogía las normas de nuestro Código que se ocupan de la *concepción en el seno materno*, cuando se produce la fecundación *in vitro* (arts. 63 y 70). El sistema del Código determina presunciones y con el FIVET se establece un desarrollo temporal concreto y comprobado, que no es presumible.

La concepción inducida o presunta y aproximada de nuestro Código Civil, es completamente diferente a la fecundación programada y evolutivamente reconocida de la FIVET. Responde, por tanto, a razones y esquemas no semejantes y que resulta impropio aplicar por analogía. La *concepción en el seno materno*, establecida por la ley vigente, se puede aplicar a la fecundación natural en la madre, pero no a la artificial que tiene un proceso aclarado, estudiado y no imprevisible ni oculto. Tampoco, por ello, se debe condenar el sistema nuevo, que no sólo soluciona el grave problema de la infertilidad de las parejas, sino que permite investigar la curación de muchísimas enfermedades de origen genético (más de 3.000), utilizando el ADN recombinante, con nuevos horizontes para la medicina y la biología por medio de la ingeniería genética. El mal uso de este avance científico es el que se debe evitar, cosa distinta a su condena y paralización cuando, bien empleado, puede dar tan buenos frutos para la humanidad y su evolución positiva. Esto demuestra la necesidad urgente de que se legisle y establezcan las pautas le-

gules que dirijan su empleo o utilización, evitando que siga de hecho por rumbos desconocidos (Cifuentes).

§ 51. **CONCEPCIÓN Y EMBARAZO.** — Al haberse establecido la personalidad del por nacer, es indudable la importancia de la determinación de su comienzo. La *concepción* es la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide masculino en el seno materno y se trata de determinar este hecho que naturalmente ocurre de manera oculta. Sin embargo, ya se ha hecho notar que la ciencia ha producido, fuera del seno de la madre, dicha fecundación, de modo que en estos casos de fecundación asistida se obtiene de modo programado, pudiéndose establecer el momento preciso de la unión celular —lo que antes no era posible—, pero, lo que es más importante, es posible establecer las distintas etapas que el ovocito sufre hasta lograr una formación individual y definida como persona (ver § 50).

Aparte del principio expuesto, la ley 23.264 redujo la importancia de la concepción por medio de la cual se determina la clase de filiación del descendiente. Antes de ella, dado que había diferencias en los estados filiatorios de los hijos, ese punto de arranque a fin de comprobar si se trata de un hijo matrimonial o extramatrimonial nacido de padres casados o no casados —que en un primer momento fueron llamados legítimos e ilegítimos y divididos en naturales, adulterinos e incestuosos—, se convertía en el hito del cual partía la falta o no de derechos.

Con la ley mencionada, última reforma de equiparación, se derogaron los arts. 240 a 263 del Cód. Civil, y se los sustituyó por otros, estatuyéndose la igualdad de derechos, de modo que la concepción que fija la filiación matrimonial y extramatrimonial no tiene tanta trascendencia, dado que los hijos son iguales en derechos. La conserva, sin embargo, para conocer ese origen, pero en especial para determinar, en caso de distintos matrimonios sucesivos, quiénes son los padres y en supuestos de filiación extramatrimonial, fijar el arranque de la investigación que permite reconocer al padre o madre biológicos, cuando son desconocidos o negados.

Tratándose de una fecundación natural, debida al acto sexual y no por medios científicos o fuera de aquél, la ley establece un plazo dentro del que se presume la concepción. Este plazo deriva de establecer un máximo y un mínimo del embarazo. Y es el de los 120 días que quedan de la duración

máxima —300 días— y mínima —180 días— de ese período, pero descontando el día del nacimiento.

Para comprender el sistema se puede trazar este esquema:

Nx..... 300 días..... máximo

Nx..... 180 días..... mínimo

CP..... 120 días..... restantes

“Nx” es el día del nacimiento, que se descuenta. Producido éste se cuenta hacia el pasado 300 y 180 días (máximo y mínimo). Durante los 120 días restantes debió producirse la concepción que se presume “CP”. Así lo dispone el art. 77 del Cód. Civil, a pesar de que se pruebe que duró más o menos el período de la mujer encinta.

Antes la presunción era *iure et de iure*, es decir sin permitir prueba en contrario. No se conocía la posibilidad de un embarazo de más de 300 días o de menos de 180. De modo que denunciado el embarazo, si pasaba ese término de 300 días y no ocurría el parto, caducaba la denuncia y sus efectos sin posibilidad de demostrar lo contrario. A la inversa, si el nacimiento se producía antes de los 180 días de la denuncia del embarazo, esa denuncia con atribución de maternidad y la posibilidad de herencia y de titularidad de bienes por donación no podía tener efectos, sin aceptarse que se estableciera un embarazo de menos plazo.

Hoy la presunción es *iuris tantum*, por lo que es posible que se demuestre que el embarazo de menos de 180 días o más de 300 fue verdadero, en cuyo caso se mantendrán los efectos filiatorios (arts. 243 y 244, Cód. Civil), hereditarios y patrimoniales correspondientes que, de otro modo, si no se prueba ese hecho anormal, no podrían quedar en cabeza del *nasciturus* al presumirse que no estaba concebido.

§ 52. **MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN SOBRE EL EMBARAZO Y EL PARTO.**

La circunstancia de que toda revisión física de la madre, para investigar la existencia del embarazo o el hecho del parto, se entromete en aspectos de su pudor e intimidad, ha llevado a limitar los medios para indagarlo a fin de no herir esa susceptibilidad y privacidad. La sola denuncia por parte de ella, de su marido o de otros interesados, es suficiente para tener por reconocido tal estado (art. 65, Cód. Civil), prohibiéndose la iniciación de juicios para contestarlo, aun a pedido de la propia mujer que lo niegue (art. 68, Cód. Civil).

Aparte de la propia madre futura y de su consorte, cuya interés es evidente, la ley considera partes interesadas para de-

nunciar el embarazo a los siguientes individuos: *a)* los parientes del no nacido, aunque no se encuentren en grado sucesorio (Rivera); *b)* aquellos a quienes los bienes hubieren de pertenecer si no se produjera el parto, o si el concebido nace muerto, o si, con el transcurso del plazo máximo de embarazo —300 días—, quedó verificado que no fue concebido en tiempo propio contado a partir de la muerte del causante (art. 66, Cód. Civil). Estas partes son interesadas, pues en dichas circunstancias se consolidaría para ellos el derecho a los bienes por herencia, ya que el nacido los desplazaría o los obligaría a compartir la sucesión; *c)* también son partes interesadas los acreedores de la herencia, quienes pueden demandar a la persona por nacer a fin de cobrar sus créditos, pues no es justo que deban esperar el nacimiento, y *d)* asimismo, lo es el ministerio pupilar.

Las medidas tratan de evitar las maniobras y fraudes que se pueden realizar con el concebido, que son: *a)* la *supresión* con el aborto efectuado para evitar que la herencia le corresponda al nacido, excluyendo a la embarazada o para impedir su deshonor; *b)* la *suposición* o *simulación* de un embarazo no cierto, para no permitir que los bienes pasen a otros herederos y obtener para los padres del *nasciturus* la administración de los bienes hasta la mayoría de edad, y *c)* la *sustitución* del nacido vivo por otro muerto, o de uno muerto por otro vivo, con parecidos objetivos.

En resumen, la denuncia de cualesquiera de aquellas personas habilitadas, da por reconocido el embarazo y todo pleito al respecto se posterga hasta el nacimiento o fin del plazo máximo. No obstante, las maniobras referidas, las medidas de investigación, como se ha visto, están muy limitadas. Es claro que, una vez efectuada la denuncia, si no es cierto dicho embarazo, se aplica el sistema de cuenta expuesto y se produce el cese de la representación y la condición que lleva a considerar no sucedida la concepción, con los efectos consiguientes.

El problema de las medidas fue legislado en dos órdenes de disposiciones que provinieron de distinta fuente. Los arts. 67 y 78 se inspiran en Freitas y los arts. 247 y 249 tuvieron por fuente el Código de Chile. Es por eso que había contradicción en las soluciones, ya que en estos últimos se permitían medidas —caso de viuda reciente y de divorcio— que en los anteriores estaban completamente descartadas. La ley 23.264 derogó los arts. 247 y 249, por lo que sólo han quedado vigentes las soluciones prohibitivas de los arts. 67 y 78.

Según estas normas, una vez denunciado el embarazo, están vedadas todas las medidas ordenadas por el juez a pedido de parte, sobre el reconocimiento, depósito y guarda de la mujer embarazada, o el reconocimiento del parto antes o después de producirse, aun a pedido de ella. El codificador, inspirado en el *Esboço* de Freitas, evitó particularmente, las humillaciones, desterrando procedimientos que, en Roma, eran admitidos (encerrarla, iluminarla, custodiarla, revisarla, reconocer su parto por exámenes físicos).

En cambio, se permite algún tipo de medidas policiales, lo que el art. 67 prevé y la nota al art. 65 explica. Esto significa que se destierran los juicios y sus pruebas sobre el estado de la mujer, pero se da la posibilidad de prevenir y evitar policialmente el aborto, infanticidio u homicidio, con una mera vigilancia externa por la policía de seguridad en el momento del parto.

Es claro que por las nuevas avanzadas sobre el examen hematológico para determinar la filiación biológica, ya no es tan necesario tomar otras medidas, pues la filiación se puede determinar con mayor certeza, por medio de la histocompatibilidad sanguínea, con un alto porcentual de acierto.

§ 53. **NACIMIENTO. CONCEPTO E IMPORTANCIA.** — Debido al sistema legal estudiado, el nacimiento cumple un rol considerable en dos aspectos jurídicos. Por un lado, consolida los derechos que el por nacer hubiera adquirido durante la gestación, y, para la orientación del Código Civil y su art. 74, hace también definitiva la personalidad del *nasciturus*, a quien ya no puede discutirse la condición de persona. Pero, además, y en segundo lugar, es el hecho jurídico a partir del cual se puede hacer la cuenta regresiva de los plazos máximo y mínimo, que permiten establecer la filiación y el comienzo de la existencia de la persona.

Con los sistemas de fecundación asistida (*in vitro* o inseminación), el panorama adquiere una exteriorización muy notoria, por lo que, cuando ellos se aplican, esos problemas tienen distinta perspectiva, pero aparecen otros, como el del mantenimiento del secreto si el semen no es del marido o si la madre no aportó el óvulo; la filiación en estos casos y el derecho de paternidad o maternidad, cuando los elementos fecundantes son de terceros, en fin, una gama nueva

de situaciones en las cuales no cuadra exactamente aplicar las soluciones pensadas para la fecundación oculta natural. Lamentablemente, en nuestro país, aún no se ha dictado la legislación que prevea estos nuevos aspectos y cuestiones que se están produciendo en los hechos, en el extranjero y aquí. Hay, sin embargo, proyectos que se están estudiando.

Nacer es aparecer y entrar en la vida visible. Es brotar hacia el exterior. No implica sólo salir del vientre materno, sino también comenzar a vivir por cuenta propia. Es por ello que se requiere un nacimiento completo o entero, no siendo tal la simple aparición de una parte (un brazo, cabeza o miembro). Mientras el feto está en el claustro materno, si bien tiene circulación sanguínea propia, no se oxigena por sus pulmones ni se nutre por su aparato digestivo. Su sangre sale y vuelve a través del cordón umbilical, recibiendo la nutrición por ósmosis mediante la placenta, sin mezclarse con la de la madre. Cuando nace y es cortado el cordón, empieza a funcionar todo su maravilloso sistema respiratorio que, a partir de entonces, oxigenará su sangre.

Se discute el momento en que puede considerarse consumado el nacimiento. Para muchos juristas no es necesario el corte del cordón umbilical, bastando que el nacido hubiera vivido fuera de la matriz un tiempo, aun cuando la criatura continúe adherida al conjunto de vasos sanguíneos de la placenta (Borda, Busso, Orgaz). Es dable recordar que, acorde con los arts. 70 y 74 del Cód. Civil, el por nacer no alcanza a confirmarse como persona si muere antes de estar, aunque sea por instantes, completamente separado del seno materno. Por eso, otros autores sostienen que si al cortarse el cordón umbilical el niño no da más señales de vida, no se produce la oxigenación propia a través de sus pulmones y se da el caso del nacimiento muerto (Aráuz Castex). Estos últimos tienen razón. No puede decirse que hay separación completa cuando la vida todavía depende de la preñez y se tienen lazos sanguíneos con la madre. No se debe confundir el parto, que es parir o dar a luz, con el nacimiento, que es empezar a vivir por sí. Para que esto último se produzca y pueda comprobarse, es condición física que la respiración sea un fenómeno producido con los propios órganos. Mientras el cordón umbilical esté intacto hay prolongación de un estado intrauterino, pues se recibe oxigenación de la madre con verdadero impulso vital. La ley exige: a) que el hijo sea separado de la madre; b) que la separación sea completa; c) que viva después de la separación aunque sea por instantes, y d) que sea una criatura humana (Savigny).

Es por eso que con respecto a los acardianos o acéfalos (sin corazón o cabeza), que al estar separados conservan aún algunos movimientos, debe considerarse que tienen meros reflejos y no signos de vida.

Son indiferentes los medios de que se vale la ciencia para obtener la separación, sea a través de una cirugía –cesárea– o espontáneamente (art. 71, Cód. Civil).

§ 54. **PRUEBA DEL NACIMIENTO.** – Dado que la ley exige un nacimiento completo y que el nacido tenga vida aunque sea por instantes, es importante establecer los medios de comprobación de ese hecho jurídico. Puede ser que se produzca y que poco después muera, lo que sería suficiente para consolidar los derechos y herencia que hubiera recibido, determinando a su vez la sucesión a favor de sus propios herederos. Pero, para demostrarlo, todos los medios son admisibles.

En general, las exteriorizaciones de la vida del recién nacido son movimientos, sonidos de su llanto, muestras de su respiración fuera de la matriz. El Código admite cualquier medio de prueba, incluido el de testigos que hayan podido apreciar estas exteriorizaciones. El art. 73 del Cód. Civil menciona a las personas que asistieron al parto y pudieron observar la voz, la respiración y otros signos de vida. El art. 75 estatuye, para facilitar el reconocimiento de la personalidad del individuo que entra en el mundo, que si hay dudas sobre la condición se presume que nació con vida, incumbiendo la prueba de lo opuesto a la persona que alegare lo contrario.

En la actualidad, en las ciudades, al intervenir generalmente hospitales, sanatorios, maternidades, con participación de médicos, enfermeras, parteras, queda muy facilitada esa comprobación. La cuestión se presenta cuando se produce la muerte, porque es en presencia del cadáver que se puede plantear la duda del comienzo con vida. Y es cierto también que, en tales supuestos, es común que haya muerto antes del parto. Sin embargo, la ley trata de obviar los conflictos por tratarse de un hecho de difícil demostración. Una de las pruebas que se mencionan es la del aire en los pulmones, lo que queda demostrado al sumergirlos en agua, porque, entonces, flotan revelándose que había respirado por cuenta propia.

§ 55. **VIABILIDAD.** – En algunas legislaciones se exige, además del nacimiento con vida, la llamada “viabilidad”, que es más bien “vitalidad”, y que los romanos denominaban *vitae habilis*. La criatura, una vez nacida, deber tener, para esas le-

gislaciones, aptitud orgánica que le permita seguir viviendo por sus propios medios. Dicha aptitud, impuesta para el reconocimiento de la persona como sujeto y que nuestro Código no exige (art. 72), significa que ya no importa que haya vivido por horas, días o momentos, dado que, además, debe poder conservar la vida. El problema se vuelve difícil cuando hay que investigar si la criatura murió por su condición de no viable o por otra causa accidental.

En Francia, hay mayoría de opiniones que sostienen que quien alega la falta de viabilidad debe probarlo, de lo contrario se la tiene por existente (Ripert, Boulanger; en contra, Josserand).

Hay dos causas de falta de viabilidad: a) el defecto en un órgano vital, como vicio congénito que lleva a la muerte, sea por su completa falta o por su funcionamiento deficiente, y b) el nacimiento prematuro, anterior a los 6 meses de gestación.

En la legislación comparada, se estableció este requisito, entre otros países, en Francia, Austria, Uruguay, Ecuador y Bolivia. En España se exige que pasen 24 horas de vida. En cambio, la descartan, entre otros, Suiza, Alemania, Brasil, Italia y Perú. Nuestro Código ha sido uno de los primeros que no exige el requisito como condición de la personalidad del nacido. El art. 72 dispone: "*Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo*".

Se trata, según la nota, de evitar los juicios individuales inciertos y las investigaciones sobre la condición de persona. Pero, sin embargo, la ley exige que tengan signos característicos de humanidad y que vivan completamente separados del seno materno; de ahí que las criaturas incompletas (p.ej., sin corazón) no llegan a confirmarse, pues sus movimientos no son más que meros reflejos.

§ 56. **MELLIZOS.** — Ya se ha visto lo que jurídicamente ocurre cuando queda fecundado un óvulo que se desdobra y se produce el nacimiento de los siameses (ver § 48). La situación de los gemelos biovulares, por fecundación de dos óvulos en un solo claustro materno y el nacimiento de dos criaturas en el parto, trae otros problemas cuyas soluciones deben extenderse a los trillizos, cuatrillizos, quintillizos y sextillizos.

Cuando existía la institución del mayorazgo, a fin de perpetuar en una familia la propiedad de ciertos bienes en cabeza de los mayores, excluyéndose a los menores o segundones, así como fijar la au-

toridad del *pater*, viéndose afectado el cuadro de la herencia y la sucesión del título nobiliario, ese advenimiento de mellizos imponía una especial atención. La primogenitura encontraba un escollo con el nacimiento de dos o más en un solo parto. En nuestro país, el art. 16 de la Const. nacional consagró la abolición del mayorazgo que había dejado sin efecto la Asamblea de 1813.

Sin embargo, siempre hay algunos problemas a resolver. Cuatro situaciones es dable destacar: *a)* la adjudicación de la herencia o de un legado testamentario a un hijo mayor; *b)* el orden o prelación en el discernimiento de la tutela legítima y de la curatela; *c)* la determinación filiatoria matrimonial, según los términos legales de duración del embarazo, y *d)* la dispensa de la obligación del servicio militar (actualmente voluntario).

El principio general lo dispone el art. 88 del Cód. Civil, que estatuye: “*Si nace más de un hijo vivo en un solo parto, los nacidos son considerados de igual edad y con iguales derechos para los casos de institución o sustitución a los hijos mayores*”. Explicó Vélez, en la nota, que ello era así “*porque el tiempo, como se ha declarado, no se cuenta por horas*”. Vale decir que no hay hijo mayor cuando nacen mellizos porque, por naturaleza, el parto sucesivo es casi inmediato, y la diferencia entre una y otra criatura sólo es de una o algunas horas. No queda, entonces, afectada la edad.

Pero puede suceder que la distancia temporal entre uno y otro hijo sea de días y aun de años. Suponiendo un parto comenzado el 31 de diciembre y terminado el 1º de enero siguiente, habría nacido un hijo en un año (p.ej., 1990) y otro en el que continúa (1991). El verdadero fundamento, por tanto, estriba en el criterio igualitario y en que sólo ocurre un parto continuo o por etapas. Es un hecho biológico de una sola acción de parir, mientras que los demás hermanos son de dos o más sucesos de esa índole. La solución de igualdad evita conflictos enojosos y de difícil comprobación, susceptibles de producir la arbitrariedad, pues cualquier intento para determinar la diferencia de tiempo en el nacimiento de mellizos es volver a soluciones apoyadas en los juicios individuales, a veces interesados y caprichosos. La persona comienza con la concepción y, no obstante ser dos, la concepción es una sola (Llerena). La llegada al mundo del primero de los hijos no es más que un hecho fortuito derivado de la colocación involuntaria en el seno materno.

a) Cuando en un *testamento* se ha dispuesto el beneficio “al mayor” de los hijos y nacieron mellizos, se debe interpretar la intención del testador. Si no hubiera otros herederos y aquélla es clara, corresponde distribuir el beneficio en par-

tes iguales (art. 88). Si concurriera a la herencia la madre, les pertenece a los mellizos el beneficio (como es, v.gr., la porción disponible) excluyendo a aquélla. Si con posterioridad nacieran otros hijos es lo mismo, pues ambos mellizos serían los mayores. Esta solución se aplica al caso en que el testador dio el beneficio al “menor” de los hijos. Ahora bien, si la voluntad del testador tuviera clara y precisa intención de beneficiar a una sola persona, se puede poner en duda la vigencia del legado, porque al nacer mellizos no hay un solo hijo y tampoco existe uno mayor único, siendo imposible que otro que no fuera el causante pudiera elegir a cuál de los mellizos se derivará el beneficio. La forma en singular en que el testador se manifestó, no prevalece sobre el estudio del modo como hubiera dispuesto la herencia de haber previsto el nacimiento doble o triple.

b) Acerca de la *designación del tutor*, el art. 390 (versión de la ley 23.264) dispone que la tutela legal corresponde a los hermanos o medio hermanos del menor. Habiendo mellizos se hace necesario que el juez nombre al mellizo que ejerza la tutela, pues los dos no lo podrían hacer. Esto no se opone al art. 88 y, por otro lado, la ley prevé la tutela judicial que denomina “dativa” (art. 392), por lo que sería arbitrario llamar para el cargo a un pariente más lejano o a un extraño, por el hecho de que los gemelos no tienen el uno sobre el otro mayoría de edad y gozan de iguales derechos. Es preferible que el juez elija a uno de ellos.

Esta solución es igual al caso de *designación del curador del insano*. Al decir la ley que el hijo mayor lo es de su padre o madre viudo declarado incapaz (se comprende obviamente a los inhabilitados y al curador del sordomudo), agrega que si hubiera dos o más hijos “*el juez elegirá el que deba ejercer la curatela*” (art. 477, según ley 17.711).

c) Con respecto a la prestación del *servicio militar*, la ley establecía que quedaba exceptuado de la conscripción el mayor de los hermanos pertenecientes a la misma clase (ley 12.913, que ratificó el decr. ley 29.375/44, art. 42, inc. 6º). Para solucionar el conflicto de los mellizos, la jurisprudencia había establecido que quedaba eximido el hijo mellizo que el padre reputara mayor. Los dos estaban obligados pero, por ley, el elegido

por el padre, tutor o juez en su caso, en virtud de una mayoría atribuida por ellos, quedaba exceptuado. De este modo no se imponía una carga más a uno, sino que le tocaba al otro liberarse de ella y, como no era posible otorgar el beneficio sin elegir, dado que tienen igual edad, la Corte Suprema había zanjado la cuestión de la manera expuesta. Actualmente, se encuentra abolido el servicio militar obligatorio.

d) Disminuido queda el problema *filiatorio* por la igualdad de derechos que se consagran en la actualidad (ley 23.264), sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales. Con mayor razón si se atiende a que la presunción legal sobre el máximo o mínimo del embarazo permite hoy la prueba en contrario, de donde resulta que si uno de los mellizos nace antes de los 300 días y el otro después, o antes y después de los 180 días, a los dos debe considerárseles hijos matrimoniales o extramatrimoniales, según los casos.

B) ATRIBUTOS DE LA PERSONA

1) CONSIDERACIONES GENERALES

§ 57. **CONCEPTO.** – La construcción jurídica de la persona –que, según la ley, es un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones–, tiene cinco elementos reglados legalmente con el fin de poder reconocerla. El orden jurídico no podría revelar la existencia autónoma de la persona, su unidad portadora de personalidad, o aptitud *sub iure* en la adquisición de derechos y obligaciones, sin todos o cada uno de esos cinco elementos. La persona, por tanto, está jurídicamente conformada con dichos componentes estructurales de su individualidad, que son, en consecuencia, sus atributos, es decir, “*las cualidades o propiedades del ser jurídico, por medio de las cuales el sujeto-persona puede individualizarse y formar parte de la relación de derecho*” (Cifuentes).

No deben confundirse los atributos de la persona con los derechos personalísimos. Éstos, que tienen algunos caracteres similares y por ello a veces se los ha identificado con aquéllos –o bien a los atributos se los ha considerado derechos personalísimos–, se distinguen fundamentalmente por su naturaleza, ya que son derechos sub-

jetivos de la persona, la cual por ser persona contiene *a priori* los atributos.] Además, los atributos o cualidades del ser jurídico no son innatos, de objeto interior ni absolutamente indisponibles como los derechos personalísimos, según el concepto que oportunamente se estudió (ver § 27). No es fácil la distinción filosófica de estos conceptos, y es por ello que se pueden observar tres posiciones: a) la que considera que son lo mismo y da naturaleza de atributo a los derechos personalísimos, como si fueran un sexto atributo; b) la que sostiene que los atributos o alguno de ellos en particular —como el nombre o el domicilio— son derechos personalísimos, y c) la que aquí se sigue, diferenciándolos en su ser lógico y estructural, en el entendimiento de que los atributos son un *a priori* para obtener el concepto de persona individual y los derechos personalísimos un *a posteriori*, como todo derecho subjetivo, que se tienen y gozan por el hecho de ser persona individual.]

Desde otro ángulo, la función constitutiva de los atributos los ha colocado preferentemente dentro de la órbita del derecho público, no obstante que la persona tiene a su respecto destacados intereses en ellos y está primordialmente facultada, en el orden privado, para defenderlos. A diferencia de los derechos personalísimos subjetivos, han sido impuestos por la norma jurídica —construcción jurídica—, la que no confiere un señorío, potestad o posibilidad de obrar libremente con ellos (ver concepto de derecho subjetivo, § 15), sino tan sólo la posibilidad de reaccionar en su defensa, para tutelar la propia condición de persona compuesta de los atributos. Es la persona misma la que está en juego cuando se niega o viola un atributo, pero no una de sus prerrogativas de goce personal, las cuales pueden destacarse del sujeto como sus manifestaciones más entrañables e íntimas. Por ejemplo, si se trata de amparar el nombre propio se está defendiendo a la persona que lo porta, lo que es distinto a defender la honra o fama que, como derecho personalísimo, ese nombre puede representar para dicha persona. Si se hace valer la capacidad o la incapacidad con determinados fines, igualmente está en juego el ser del sujeto en el derecho, lo que es distinto a gozar de la libertad jurídica de adquirir derechos como una emanación de la capacidad de derecho. La reafirmación del domicilio importa preservar la identificación espacial de la persona, pero no significa tutelar la privacidad como derecho que se desenvuelve en ese lugar.

El autor señala aquí que este criterio que desarrolla por primera vez profundizando la cuestión, rectifica la opinión que anteriormente había expuesto (*Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XXII, p. 223). Como ejercicio de razonamiento y análisis, comparar ambos criterios en forma crítica.

§ 58. **CARACTERES Y ENUMERACIÓN.** — Los caracteres de los atributos tienen correspondencia con el concepto de esencialidad, pues al conformar la individualidad visible del sujeto

como una unidad, que debe poder identificarse inmediatamente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, ninguno puede faltar so pena de quedar afectada la existencia misma de la persona.

Aparte de que los atributos tienen caracteres particulares, son comunes a todos ellos los siguientes:

a) *NECESARIOS*. No puede haber persona que carezca de alguno de los atributos porque dejaría de serlo.

b) *VITALICIOS*. Al conformar la persona, la acompaña infaltablemente desde el principio hasta el fin de su existencia.

c) *FUERA DEL COMERCIO*. No pueden ser transferidos a otras personas, pues por su naturaleza está prohibida la enajenación o disposición. Por ello mismo, son: 1) inembargables; 2) inalienables, y 3) imprescriptibles, ya que no se pierden ni se adquieren por el transcurso del tiempo.

d) *ABSOLUTOS*. Es decir, oponibles a todas las otras personas de la sociedad.

e) *UNICIDAD*. Pues, en principio, son únicos y no puede aceptarse la idea de atributos dobles o triples simultáneos para una misma persona. Así, por ejemplo, no se puede tener dos nombres, dos domicilios generales o distintas capacidades y estados contrapuestos y simultáneos.

Los cinco atributos son: el *estado*, el *patrimonio*, el *domicilio* general, el *nombre* y la *capacidad* de derecho.

2) ESTADO

§ 59. *EL ESTADO COMO ATRIBUTO DE LA PERSONA. DISTINTOS ESTADOS*. – La palabra estado viene del derecho romano, *status*, por medio de la cual se indicaba a los tres elementos de la personalidad: *status libertatis*, *status civitatis*, *status familiae*. Reunidos esos elementos se llegaba al *sui iuris* o personalidad completa. Se llama hoy estado a la “*situación o posición jurídica de la persona en la sociedad y frente a las demás personas*”.

Tiene distintas vertientes según se consideren las relaciones de familia, políticas, profesionales y, según algunos autores que am-

plían el concepto, la situación de la persona consigo misma atendiendo a su salud, sexo o edad (Salvat). En realidad, este último criterio amplio no es compartible, pues confunde el estado con otros atributos y no se advierte una verdadera identificación propia.

Cuando la persona cumple cierta edad y llega a la mayoría, por ejemplo, no cambia su estado, pues se trata de un problema que corresponde a su capacidad de hecho, descartándose la idea de un estado de menor y otro de mayor.

De igual modo, el enfermo mental declarado demente no tiene distinto estado con relación a la persona sana, sino que varía su capacidad. En cuanto al sexo, la igualdad que hoy se consagra quita todo interés al distinguir por el hecho de ser varón o mujer.

A la inversa, otros autores, restringiendo aún más la noción de estado, apartan de su concepto al estado que proviene de la posición política; ciudadano o extranjero (Orgaz, Llambías), ya que nuestra Constitución (arts. 14 a 20) no hace diferencias. Sin embargo, desde el punto de vista político hay variación por el derecho al sufragio, que corresponde a unos y no a otros.

1. Hoy la mayoría de los autores da prevalencia al estado según las relaciones de familia, aunque también se admite considerar el estado profesional y, en tal sentido, las situaciones y prerrogativas que nacen de la profesión: así, el militar tiene un estado que lo sujeta al régimen jurisdiccional especial y al régimen disciplinario y penal propios. Es estrecha la relación de este tipo de estado con los temas laborales y gremiales (Cancila - Rabinovich - Rollan).

El estado civil o de familia se refiere a la posición de la persona por sus lazos parentales, como la condición de esposo, padre, hermano, etcétera. Se destacan los caracteres ya estudiados para todos los atributos, pero alguno tiene carácter singular. De tal modo, cada uno de esos estados está *fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad* y sus reglas son de orden público; *son únicos*, pues no se gozan distintos de signo contrario en forma simultánea (así soltero y casado, hijo y padre con relación a la misma persona); están *fuera del comercio* y son *recíprocos*, ya que el estado de uno es correlativo con el de signo contrario (hijo frente al padre; casado y soltero; hermanos entre sí, etcétera).

§ 60. **EFFECTOS DEL ESTADO SOBRE LOS DERECHOS.** — El atributo estado no sólo cumple una misión definidora de la persona jun-

to con los otros, sino que al caracterizarla como un modo de ser frente a la sociedad por causa de sus vínculos filiatorios (sanguíneos, adoptivos o por afinidad), es el hito primordial del cual nacen una serie de derechos y obligaciones que son propios de esos vínculos. El derecho de familia y el derecho hereditario se nutren sustancialmente de aquéllos, aunque una parte de este último pueda provenir de la voluntad testamentaria de las personas, sin influencia del estado.

Así, por ejemplo, el matrimonio es fuente de derechos y obligaciones, tanto positivos como negativos o de abstención, que no corresponden al estado de soltero. Éste hace mucho más libre a la persona en sus relaciones sexuales y patrimoniales, pero al tiempo no la protege en algunos aspectos propios de la solidaridad legal matrimonial (derecho de sustento o alimentario, de convivencia y hogar, débitos conyugales, formación de sociedad conyugal con el patrimonio obtenido por los cónyuges, etcétera). Todos estos efectos son reglados en forma imperativa a partir de producido el cambio de estado por medio de la unión conyugal.

De igual modo, en general, la ley reconoce una *affectio hereditatis* entre los parientes cercanos, estableciendo el orden sucesorio que se impone en ciertos casos y que suple en otros la falta de disposiciones de última voluntad, por medio de las llamadas sucesiones legítimaria o forzosa y *ab intestato* o en ausencia de testamento.

Esta creación, distribución y modificación de derechos y deberes, según el estado civil o familiar al cual se accede, muestra la importancia del atributo, y es por ello que, además, el orden jurídico reglamenta los medios judiciales particulares para el reconocimiento e impugnaciones del estado y, al mismo tiempo, establece un sistema de prueba de los hechos constitutivos del estado a través del registro civil, que entre nosotros se llama Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

La protección jurídica del estado se ejerce por medio de dos clases de acciones: a) de *reclamación de estado* (art. 254, Cód. Civil), que tiene por objeto peticionar el reconocimiento de un estado desconocido u objetado, como cuando el hijo demanda para que se reconozca su estado filiatorio no admitido por los padres, y b) de *impugnación o contestación de estado* (art. 258, Cód. Civil), que tiene por objeto, ante una usurpación del estado o una atribución de otro que no es legítima, obtener la declaración de la falsedad de ese estado, como cuando se impugna la paternidad por no haber sido concebido el pretendido hijo por quien figura como padre —concepción antes del matrimonio o imposibilidad de acceso sexual— (Cancila - Rabinovich - Rollan).

También tiene importancia lo que se llama *posesión de estado*. En este caso se pone de relieve el hecho de gozar determinado estado, se tenga o no título legítimo al respecto. Esa relación de hecho, por ejemplo, la persona que trata como hijo a quien no lo es, o bien sí lo es pero no figura como tal en el registro ni en la documentación pertinente, importa una posesión que tiene relevancia no sólo en efectos similares a lo señalado, sino como elemento de primer orden para probar el título filiatorio correspondiente.

La posesión de estado se nutre de tres aspectos: el nombre o *nomen* —se lo designa como hijo—, el trato cotidiano y no interrumpido o *tractatus* y la fama, o lo que suponen los demás sobre esa relación. El *tractatus* es el más importante y, en general, decide la cuestión. Todas estas cuestiones son propias del derecho de familia, donde deben ser profundizadas, por lo que aquí se han dado sólo nociones que demuestran los efectos propios del estado.

§ 61. **EL ESTADO Y LA CAPACIDAD.** — No deben confundirse estos dos atributos que tienen diferente naturaleza. El estado es fijo y determinado, puesto que es posición o situación de la persona; la capacidad es variable y susceptible de grados. En efecto, se tiene o no un estado particular, pero se puede tener más o menos capacidad según los casos. La capacidad o aptitud legal para ejercer y adquirir derechos se divide en capacidad de hecho y de derecho, mientras que el estado es una noción indivisible.

La capacidad de hecho, o aptitud para poder ejercer por sí mismo los derechos, no es atributo en el sentido de elemento esencial; en cambio, la capacidad de derecho, o aptitud para ser titular de derechos o de poder adquirirlos para sí, es un atributo que no puede faltar, al igual que el estado. No se concibe una persona sin capacidad de derecho; sí se la concibe sin capacidad de hecho, como las personas por nacer o los menores impúberes.

Al igual que el estado, la capacidad tiene como única fuente de su reconocimiento el orden jurídico normativo (no podría establecerse por voluntad de las personas, ni por sentencia o una resolución ministerial). Es decir que, producidos los hechos y situaciones que prefiguran la aptitud, ella, como su contrapartida —la incapacidad— y el estado civil, solamente puede provenir de la norma jurídica general y obligatoria. Si nada establece la ley, el principio que rige es el de la capacidad, por

lo que la incapacidad sólo puede derivar de la ley y el estado se mantiene inmodificable.

De lo expuesto se deduce que la diferente capacidad no tiene consecuencias sobre el estado. En efecto, un menor no cambia su estado de hijo o hermano, sobrino o tío, por causa de la minoridad que, sin embargo, le produce una incapacidad de hecho. En cambio, el estado tiene influencia sobre la capacidad, de donde su modificación produce una reducción o una ampliación de la capacidad tanto de hecho como de derecho.

Así, cuando una persona que es menor se enlaza en matrimonio queda emancipada y amplía su capacidad, pasando de incapaz a capaz con ciertas limitaciones (menor emancipado). El estado de padre o de hijo acarrea alguna prohibición, como la de venta o compra de bienes (art. 1361, Cód. Civil), que no es más que establecer una incapacidad de derecho. Al producirse la adopción plena, se pierde el estado de hijo frente a los padres de sangre y se adquiere el de hijo adoptivo (arts. 14 y 19, ley 19.134), pero nacen prohibiciones entre los padres e hijos adoptivos, que son incapacidades de derecho, las que se refieren al matrimonio (también para la adopción simple, art. 166, inc. 3º, Cód. Civil), a la compraventa y permuta, a la donación (arts. 1807 y 1490, Cód. Civil). Inclusive, en tal caso de adopción, nacen algunos derechos, aparte de los de hijo y padre, que antes no se tenían, como la de dar o recibir órganos para el trasplante (art. 15, ley 24.193). Es un ejercicio aconsejable leer y analizar las normas citadas desde el punto de vista de sus efectos sobre el estado y la capacidad.

§ 62. **PRUEBA DEL ESTADO CIVIL.** — La importancia del estado ha impuesto la necesidad de establecer una serie de principios y de medios para que se pueda comprobar fehacientemente en forma inmediata y, de tal modo, determinar los inagotables derechos y obligaciones familiares y personales que de él derivan. Esta organización de principios y de medios es de orden público, pues en las interrelaciones sociales interesa por igual a la comunidad y al individuo acreditar la situación civil y familiar de cada uno de los habitantes; de ahí que los instrumentos de que se vale el orden jurídico deben ser fácilmente aprovechables, seguros, certeros y rodeados de la mayor credibilidad.

La principal prueba directa está constituida por las “*partidas*” que reglamenta el poder público. Se llaman partidas a los “*asientos escritos en los libros que se llevan en los registros especialmente creados a ese efecto, confeccionados por oficiales*”

públicos que nombran las autoridades administrativas" (Cifuentes).

El origen histórico de las partidas puede encontrarse en la expansión del cristianismo romano, cuando, a fin de ordenar y conservar la información sobre los sacramentos suministrados y sobre la composición de la feligresía de cada parroquia, a modo censal se crearon libros parroquiales, reglados por el derecho canónico, en donde se anotaban los bautismos, confirmaciones, matrimonios, defunciones, etc., de los fieles. Esas anotaciones fueron utilizadas por la autoridad laica a fin de aprovechar dichos datos con fines primero contributivos y después civiles. Sin embargo, producida la reforma y escisión religiosa, las autoridades eclesiásticas católicas negaron las anotaciones a protestantes, anglicanos, luteranos, calvinistas, etc., por lo que muchas personas dejaron de figurar en esos asientos de los que pudieran extraerse los datos de su estado. Las dificultades que ello produjo para las autoridades del Estado, llevó a la creación de registros civiles, paralelos a los parroquiales, que recibieron la totalidad de los datos de todas las personas del país, cualquiera que fuera su religión.

La referencia histórica revela el significado que tienen nuestras primeras normas nacionales al respecto, que fueron las disposiciones del Código Civil. El art. 80 establece la prueba del nacimiento, con las circunstancias de lugar, sexo, nombre, apellido, paternidad y maternidad del nacido (art. 79). No sólo se remite a los asientos de los registros y sus certificados, que debían crear las municipalidades, sino que contempla también lo que conste en los libros de las parroquias. Asimismo, el art. 979, inc. 10, declara instrumentos públicos a los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales, o en los registros municipales y sus copias. Acerca de la prueba de la muerte, el art. 104 remite a lo estatuido para el nacimiento.

§ 63. **LOS REGISTROS OFICIALES.** — Las disposiciones mencionadas se debieron, entre otras razones, a la influencia del respeto por el sistema federal de gobierno que la Constitución consagra. Por eso, Vélez Sársfield consideró conveniente que fueran los municipios los que establecieran los registros públicos civiles, a través de la reglamentación que debían sancionar las autoridades nacionales en la Capital, y los gobiernos de provincia en las demás comunas. Esta dispersión administrativa no era lo aconsejable para cumplir los principios de *publicidad, uniformidad, concentración, simplicidad y certeza* que son los que se requieren para una buena política registral.

Cuando se sancionó la ley de matrimonio civil 2393, en 1888, su art. 113 dejó sentado que los registros que debían ser creados por las municipalidades según el Código, lo serían por las legislaturas provinciales, dándose el primer paso de una mayor concentración y unidad en la acumulación de datos, al extender las reglas a distritos federales completos.

Como se ha observado, tratándose no de la organización y del procedimiento sino de la prueba y sus medios, la cuestión es de fondo y no procesal, por lo que puede regularse nacionalmente sin violentar el sistema federal (Rivera). Muchas disposiciones del Código Civil, que es ley nacional, tratan sobre los medios de prueba a los cuales están estrechamente unidos los derechos. Para la Capital y territorios nacionales, la primera ley de registro 1565 se dictó en 1884, la que muchas provincias adoptaron. Esta ley fue sustituida en 1958 por la ley 14.586, también local.

En 1963, considerándose, con otro criterio, que era constitucionalmente admisible sancionar una ley única para todo el país, sin perjuicio de dejar librada la organización procesal y administrativa a las provincias —que es lo no delegado por éstas en el pacto confederal—, se sancionó el *decr. ley* 8204/63, que establece, en general, las reglas y principios aplicables al llamado Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Sufró modificaciones por las leyes 18.248 (del nombre), 18.327, 22.159 y 23.515 (del matrimonio).

En los fundamentos del decreto ley se dijo que era impostergable sancionar una ley única de alcance nacional, por ser materia que afecta fundamentalmente a la organización de la familia y de la sociedad e interesa al orden público, como condición básica de toda comunidad organizada. También se afirmó que las cuestiones atinentes al estado civil y a la capacidad son de competencia exclusiva del Gobierno federal, y la existencia de los derechos depende únicamente de la prueba de los mismos, la que es inescindible de las normas reguladoras del estado civil y de la capacidad.

El régimen vigente prevé la obligación de inscribir todos los *hechos* —nacimientos, muertes— y *actos* —reconocimiento de hijos, matrimonios, adopciones, sentencias de incapacidad, habilitaciones de edad, documentos extranjeros—, que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y capacidad de las personas. Esas inscripciones se harán en los registros provinciales y en el de la Nación, correspondiendo a las provincias organizar aquéllos y poner a su frente un director general. Vale decir

que la organización (lugar, nombramiento de funcionarios, emolumentos, sistema de designación, presupuesto de gastos y recursos, jurisdicciones territoriales, manejo de todos los elementos de infraestructura, horarios de atención, entre otras cosas) es local, pero en cada provincia debe haber una dirección general, que concentre los datos de las distintas municipalidades o departamentos de esas provincias. Otra, naturalmente, en la Capital. Dispone la ley los siguientes libros: de nacimiento, de matrimonios, de defunciones y de incapacidades, sin perjuicio de que por vía administrativa se habiliten otros para asentar hechos cuyo registro resultare necesario.

Entre otras disposiciones de detalle, se establecen textos impresos en páginas fijas y enumeradas correlativamente; cada tomo tiene índice alfabético con la primera letra del apellido del inscripto; el último día de cada año los libros se cierran y, certificados en su contenido, se saca copia que se deposita en lugar distinto al de la Dirección. Este recaudo es para preservar los datos en caso de destrucción del registro local, pero si desaparecen o destruyen parcialmente los libros originales y las copias, se deberán reconstruir con intervención del juez. Además, las inscripciones en esos libros deben seguir sin interrupción un orden cronológico y ser firmadas por el oficial y las partes, previa lectura de su texto, así como registradas en fichas que se remiten a otro registro, éste sí completamente nacional y de carácter administrativo, que se llama Registro Nacional de las Personas —establecido por leyes 13.482 y 17.671— y a la Dirección General, para formar con ellas un fichero centralizado. Esto, se insiste, en cada distrito provincial, por lo que no hay un fichero del Registro Civil que abarque a toda la Nación (arts. 6º, 7º, 10 y 15).

Las modificaciones de otras inscripciones no se anotan, como antes, en forma marginal sino en actas de referencia, correlacionándoselas con sus antecedentes (art. 26), y sólo será posible efectuarlas por orden de autoridad competente (art. 16).

La publicidad de los registros es relativa, puesto que no pueden ser exhibidos a terceros si éstos no acreditan un interés legítimo, y esos libros, fichaje, *microfilms* u otras constancias que de ellos se extraigan, no se pueden entregar a persona alguna (art. 9º). Lo que se entrega a las partes son las copias de las partidas, pero no la de los libros.

§ 64. **NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PARTIDAS.** — No sólo el art. 979, inc. 10, del Cód. Civil, da carácter de instrumento público a la partida matrimonial, sino que el decr. ley 8204/63 fija este carácter a todas las partidas. Dispone que el original y las copias de los libros tienen tal carácter, así como las foto-

copias (también llamadas partidas) que de ellos se saquen, las que deben ser autenticadas por la autoridad competente.

En realidad, los particulares conservan en su poder estas copias o fotocopias expedidas sobre la base de los libros y sus copias (art. 5º). El art. 24 es, al respecto, expreso: los testimonios, copias, certificados, libretas de familia o cualesquiera otros documentos expedidos por la Dirección General y sus dependencias, que correspondan a inscripciones registradas en sus libros o sus copias, y que lleven la firma del oficial público y sello de la oficina respectiva, son instrumentos públicos y crean la presunción de la verdad de su contenido. Las autoridades que exigen su exhibición no las pueden retener, tomando sólo constancia o certificando su contenido con excepción del Registro Nacional de las Personas para el enrolamiento, que puede retener el certificado de nacimiento.

Por otra parte, se establece el *principio de exclusividad*, pues ninguna otra constancia sobre hechos y actos que deben inscribirse en él que provengan de otros registros que no sea el del Estado Civil y Capacidad de las Personas tiene validez para probarlos, salvo en el área administrativa, y para fines ciudadanos y de identificación, las del Registro Nacional de las Personas. Éste opera en esfera nacional, con fines de policía poblacional y de identificación, expidiendo los documentos de identidad (documento nacional de identidad, que sustituyó las libretas de enrolamiento y cívicas). Hay una comunicación entre ambos organismos, pero sus objetivos son distintos.

Es de destacar el carácter de instrumento público de la *libreta de familia*, que se entrega al celebrarse el matrimonio y contiene no sólo ese acto, sino también el del nacimiento de los hijos, sirviendo de verdadera prueba de esos actos y hechos cuando está completa con la firma y sello del oficial que intervino; por el carácter de exclusividad ya señalado, las partidas parroquiales posteriores a la creación y puesta en funcionamiento de los registros civiles, no tienen carácter de instrumentos públicos. Sin embargo, hay consenso en considerar que las anteriores a esa creación, como eran las únicas existentes y se regían por el derecho anterior, sí tienen dicho carácter. De todas maneras, las que se labran con posterioridad son un importante elemento probatorio, que suele tenerse en cuenta para acreditar el estado por otros medios que no son los del registro.

§ 65. **FORMALIDADES DE CONFECCIÓN.** – Como una manera de reflejar prácticamente el modo de confección y contenido de las tres partidas más importantes del estado civil, se reproducen a continuación ejemplares que se utilizan en la Capital al obtenerse copia de los asientos en los libros respectivos:

II) *PARTIDA DE MATRIMONIO*

REGISTRO CIVIL

NUMERO

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a
 de de mil novecientos a las, ante mí, Jefe
 de la Sección, del Registro del Estado Civil, comparecieron:
 don

Datos de la contrayente [de años, de estado de profesión
 de nacionalidad nacido en domiciliado en
 hijo de de profesión de
 nacionalidad domiciliado en
 y de de nacionalidad domiciliada
 en

y doña
 Datos del contrayente [de años, de estado de profesión
 de nacionalidad nacida en domiciliada en
 hija de de profesión de
 nacionalidad domiciliado en
 y de de nacionalidad domiciliada
 en

Los comparecientes me manifestaron que querían desposarse en presen-
 cia de los testigos que a continuación se indicarán, quienes respondían de
 la identidad y habilidad de los futuros esposos. No habiéndose deducido
 oposición y después de recibir en forma el consentimiento de los contra-
 yentes y presentado que me fue el certificado prenupcial que se archiva,
 previa lectura de los artículos pertinentes del Código Civil, declaré en
 nombre de la ley que:

don

y doña

quedaban unidos en matrimonio.

Datos de los testigos [Siendo testigos don
 de años, de estado de profesión
 con domicilio en
 don
 de años, de estado de profesión
 con domicilio en

b) *PARTIDA DE NACIMIENTO*

REGISTRO CIVIL

TOMO

NÚMERO

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a

..... de de mil novecientos

Yo, el Jefe de la Sección del Registro del Estado Civil,
procedí a inscribir el de:

NACIDO	[	 de sexo nacido
		el de de mil novecientos
		 en
		a las horas, hijo de:

PADRE	[	
		de años, domiciliado
		en
		hijo de y
		de : y

MADRE	[	de
		de años, domiciliada
		en
		hija de y
		de : y

Esta inscripción se efectúa ante los testigos:

TESTIGOS	[	
		de años, domiciliado
		en y
		
		de años, domiciliado
		en

Según la declaración prestada por:

.....

.....

.....

.....

c) *PARTIDA DE DEFUNCIÓN*

REGISTRO DEL ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

DEPARTAMENTO CENTRAL DE DEFUNCIONES TOMO..... NÚMERO AÑO 19....

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a de
de 19..... Yo, Funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad
de las Personas inscribo la DEFUNCIÓN de

.....
sexo nacionalidad

estado

profesión Doc. ident.

domicilio

hijo de

y de

nacido en el de de 19.....

ocurrida en esta ciudad

el de de 19..... a las horas

causa de la defunción

certificado médico

interviniente Doc. ident.

domicilio obra en virtud de

.....

.....

.....

a) Nacimientos. Deben ser denunciados en la Capital Federal (art. 22, ley 14.586), dentro de los 5 días hábiles de producidos, acompañándose certificado del médico u obstetra interviniente, con fecha, lugar y hora, o en caso contrario la declaración de 2 testigos que hubieran visto al nacido. Pasado ese plazo, y hasta uno máximo de 6 meses, la Dirección General puede admitirla siempre por causa justificada. Sobrepasando tal término sólo es admisible la inscripción por orden judicial (art. 29, decr. ley 8204/63), previo procedimiento sumario de información. Los responsables de la denuncia son el padre o madre, o bien los parientes que existan en el lugar, o la persona a cuya custodia y cuidado se dio el nacido; los administradores de hospitales, hospicios, cárceles o establecimientos análogos por nacimientos que allí ocurran; toda persona que encuentre un recién nacido o que en su casa se hubiera expuesto (abandonado); los encargados de registros de a bordo de naves, a los 5 días del arribo a puerto argentino (art. 30, decr. ley 8204/63).

Tratándose de hijos extramatrimoniales no se hará mención de padre o madre, salvo que lo hubieran reconocido. Si nace más de un hijo en un solo parto, se anotan separadamente los nacidos, dejando constancia en cada partida de que hay otros nacimientos de ese parto. Si nace muerto se anota en el libro de defunciones, pero si nació vivo y murió enseguida se anota en el de nacimientos y en el de defunciones.

b) *Matrimonios*. Se anotan los que se celebran en el territorio de la Nación, así como las sentencias de nulidad, divorcio y reconciliaciones, con notas de referencia (art. 47, decr. ley 8204/63).

c) *Defunciones*. Las que ocurran en el país y las sentencias de fallecimiento presunto, o las que se produzcan en buques de bandera argentina, se anotan en el libro respectivo. Hay un plazo de 48 horas de comprobado el fallecimiento para hacer la inscripción en el registro del lugar donde ocurrió, estando obligados a solicitarla el cónyuge, los parientes y toda persona capaz que hubiese visto el cadáver o en cuyo domicilio se produjo; también los administradores de hospitales, hospicios, cárceles, casas de huérfanos o establecimientos públicos o privados, así como las autoridades de a bordo dentro de las 48 horas de llegar a puerto. El hecho de la muerte debe ser probado con certificados del médico que asistió al difunto en su última enfermedad u otro requerido al efecto, o bien el otorgado por autoridad policial o civil si no hubiera médico, con 2 testigos en estos casos (arts. 52 a 55, decr. ley 8204/63). Para la sepultura del cadáver, se exige licencia de inhumación expedida por el oficial del registro, el que además debe dar aviso a la autoridad judicial o policial si hay sospecha de delito, y no dará permiso de inhumación hasta que se comunique por dicha autoridad haberse practicado las diligencias del caso.

d) En el libro de *incapacidades*, se inscriben las declaraciones judiciales de insania, sordomudez, incapacidad de los penados, toda otra declaración de incapacidad, las rehabilitaciones, las habilitaciones de edad, las declaraciones de concurso o quiebra, y las inhibiciones generales de bienes (art. 76, decr. ley 8204/63).

§ 66. **RECTIFICACIONES Y NULIDAD DE LAS PARTIDAS.** — Cuando en las anotaciones se han producido errores y omisiones, las que fueren de fácil comprobación —sea porque aparezcan notorias en su texto o porque se pueden advertir al cotejarlas con otras anotaciones o instrumentos públicos—, de oficio o a pedido de parte, la Dirección General, por resolución fundada, puede ordenar por sí misma las modificaciones. Pero si esas condiciones no se prueban, sólo pueden hacerse las rectificaciones por orden judicial.

Es juez competente el del lugar del asiento a rectificar o el del domicilio del peticionante, a elección de éste. El procedimiento es

de "información sumaria", y en él interviene el ministerio fiscal y, en caso de incapaces, el asesor de menores. También se da vista a la Dirección General del Registro (art. 67, ley 14.586). La resolución judicial se remite al registro, conteniendo la parte dispositiva de la sentencia, e individualizando la inscripción que se rectifica. Se ponen notas de referencia con los datos de la resolución y del juzgado en donde tramitó la información sumaria.

La nulidad de las partidas, más que errores o defectos subsanables, trata el caso de asientos con fallas sustanciales o con datos prohibidos o que son falsos. Puede ocurrir que la nulidad sea por defectos puramente formales, lo que no impide *considerar la validez del acto o hecho que se pueda probar por otros medios válidos*.

Se considera que son fallas formales sustanciales que acarrean la nulidad, la falta de firmas de las partes, del oficial o de los testigos, o si se trata de partidas no labradas en los libros del Registro.

En cambio, son casos de rectificación, y no de nulidad, la falta de correlación entre los asientos, la omisión de notas marginales de referencia, la omisión de datos o circunstancias de identificación, el error en alguno de esos datos (p.ej., en la edad, alguna letra del nombre, mención equivocada del estado civil, etcétera).

Hay inscripciones que son prohibidas, como el nombre del padre no reconociente de una filiación extramatrimonial, o la designación expresa de que es hijo extramatrimonial. En estos casos la nulidad es sólo parcial, dejándose sin efecto las menciones prohibidas.

Son casos de anulabilidad cuando la partida es tachada en todo o en parte de falsa, por no haber ocurrido el hecho o acto que comprueba, y su invalidez, por tanto, depende de apreciación judicial. Asimismo, si tiene enmiendas y raspaduras en partes esenciales y no fueron salvadas.

§ 67. **LA PRUEBA SUPLETORIA.** — Cuando no se tiene la partida, por no haberse labrado el asiento en los registros o haberse perdido los libros y sus copias, es posible obtener la declaración judicial del estado por medio de prueba que supla esos asientos. Dispone el art. 85 del Cód. Civil: *"No habiendo registros públicos, o por falta de asiento en ellos, o no estando los asientos en la debida forma, puede probarse el día del nacimiento, o por lo menos el mes o el año, por otros documentos o por otros medios de prueba"*.

Los tres casos enunciados en la norma para el nacimiento, que se aplica a la defunción (art. 104, Cód. Civil), tienen carácter ejem-

plificativo; de ahí que sea posible, además del supuesto de falta de registros, de falta de asientos o cuando no están ellos en debida forma, acudir para supuestos similares a la intervención judicial, a fin de probar por otros medios el estado en cualquiera de sus facetas (en contra Llambías). En tal sentido, es particularmente importante obtener su comprobación en casos de países que, por razones políticas, niegan a sus connacionales la entrega de los documentos (como ocurrió en el área de los países comunistas que, para dificultar la emigración, no expedían a los ciudadanos que se escapaban, los datos del nacimiento, filiatorios o matrimoniales). La jurisprudencia extendió por analogía a tales situaciones el sistema de la prueba supletoria (Orgaz; ver CFed BBlanca, 17/7/47, LL, 47-613).

Todos los medios de prueba son admisibles. Basta persuadir al tribunal de la verdad de los hechos y posición jurídica que se invoca. Suelen utilizarse otros documentos, como los de identidad, las partidas parroquiales, testigos, presunciones y peritación médica. Esta última, en particular para la edad (art. 87, Cód. Civil).

Sin embargo, en forma preliminar, es necesario convencer de que resulta imposible obtener la partida y, en tal sentido, deben acompañarse elementos, pues si no fuera imposible se carecería de motivo para abrir el proceso de prueba supletoria. Esta comprobación preliminar se ha declarado innecesaria cuando se trata de un país que niega la expedición de los documentos, por los motivos políticos expuestos.

El procedimiento es de información sumaria, pero si lo que se desea demostrar, más que alguno de los datos que se inscriben en el registro, es la filiación de una persona, no basta el procedimiento de prueba supletoria y debe iniciarse un juicio ordinario con intervención del pretendido padre o de los herederos interesados.

Analice los siguientes casos jurisprudenciales:

- 1) LL, 1977-D-182, n° 74.856, con nota de Lezana, Julio I., *La comprobación del carácter de heredero*.
- 2) LL, 1983-B-180, ED, 107-725, n° 37.635.

3) PATRIMONIO

§ 68. **CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.** – Nuestro codificador y las normas del Código Civil, se han adscripto sin duda al criterio de que el patrimonio es un atributo de la persona y, por ende, está ligado inescindiblemente con ella. La base filosófica se debe a Aubry y Rau, juristas franceses, que elabora-

ron con toda precisión la teoría del patrimonio, como concepto ideal y jurídico, considerándolo un aspecto de la personalidad.

En el art. 2312 y su nota, Vélez desarrolló dicho concepto al sostener, inspirado en Aubry y Rau, que “*el ‘patrimonio’ de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes*”. Y explicaba siguiendo tal opinión filosófica: “*Es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos. El patrimonio forma un todo jurídico, una universalidad de derechos que no puede ser dividida sino en partes alícuotas, pero no en partes determinadas por sí mismas, o que puedan ser separadamente determinadas*”.

Después, para clarificar la idea dio el concepto de universalidad: “*pluralidad de bienes exteriores tal, que pueda ser considerada como una unidad, como un todo (...). Si es por la intención del propietario, es ‘universitas facti’ [universalidad de hecho], si por el derecho, ‘universitas iuris’ [universalidad de derecho]. El patrimonio de una persona presenta una universalidad de la segunda especie*”, o sea de derechos.

En resumen podría, pues, darse la noción de patrimonio del Código, como “*el conjunto de bienes de una persona integrado por el activo y el pasivo, que forma una universalidad jurídica y es cualidad esencial del sujeto, por tanto inseparable de él*” (Cifuentes).

§ 69. **DOCTRINA ALEMANA.** — La teoría clásica de Aubry y Rau ha sido cuestionada, particularmente por la *corriente alemana*, ya que se considera que una persona puede carecer de patrimonio (p.ej., cuando su pasivo supera el activo), y que también se puede tener más de un patrimonio (así, cuando, aparte del patrimonio general concurren en ella patrimonios especiales, para determinados fines) (Borda).

Puede sostenerse que la opinión de nuestro codificador no admite esa dispersión patrimonial y aglutina las relaciones activas (derechos) o pasivas (cargas), las que forman una sola esfera. En cambio, otra opinión ve en el patrimonio sólo el conjunto de derechos que se tienen, sin comprender las cargas que lo gravan. Para la teoría divergente alemana, podrían ser, verbigracia, patrimonios especiales: el del la herencia, cuando el heredero la acepta bajo beneficio de inventario y, de tal modo, queda separado su patrimonio personal del heredado; el caso de concurso o quiebra, en que se forma una masa de bienes separada, que no se confunde con el patrimonio del que-

brado, o el del presunto fallecido, durante el período de prenotación (ver § 102).

Bien se ha sostenido que la teoría clásica está justificada. El patrimonio es un atributo de la personalidad, pues ésta no se comprendería en la ciencia del derecho sin bienes ni posibilidades de obtenerlos. Para ser persona debe ser posible poseer bienes, lo que deriva de la capacidad de derecho, y ello es suficiente para unir al sujeto el patrimonio como una necesidad. Aun el individuo sumamente pobre tiene alguna pertenencia (alimenticia, de vestimenta), lo que conforma un mínimo patrimonial.

Y, además de ese mínimo vitalicio, la idea de capacidad patrimonial o aptitud para ser titular de bienes patrimoniales, no es el patrimonio sino un aspecto de la capacidad jurídica (Albaladejo). Sin embargo, ese aspecto muestra la conexión de ambos atributos o cualidades para ser persona, pero no impide, como doble juego de conceptos, mostrar las dos caras: la capacidad de derecho y, por su consecuencia, la aptitud patrimonial como una faceta del patrimonio mismo en génesis. Completamente despatrimoniado sería el que no tiene derechos ni obligaciones derivados de relaciones patrimoniales (cosa por cierto imposible, ya que siempre se tiene un algo para vivir frente a los demás), pero que, a la vez, careciera de potencialidad patrimonial, pues en cuanto tiene esta potencialidad —capacidad— también tiene patrimonio en el sentido de fuerzas jurídicas para obtener bienes. Y suponiendo un pasivo mayor al activo, la ley se encarga de evitar el completo despojo, que sería un modo de poner a la persona en vasallaje, impidiendo el embargo y ejecución de ciertos bienes imprescindibles para la subsistencia. Es aceptable considerar la existencia de patrimonios especiales, separados del general personal, sin destruirse por ello el concepto de universalidad única referida sólo a aquél. Se proyecta el patrimonio general en el presente y en las potencialidades del futuro. Los patrimonios especiales separados, que no son ajenos a nuestro derecho, concurren, pues, sin inconveniente con el que es atributo de la personalidad (Cancela - Rabinovich - Rollan).

§ 70. **CARACTERES.** — Como los demás atributos, debe predicarse del patrimonio que es necesario, vitalicio, único, inalie-

nable, absoluto. Pero, además, como se expuso, compone una universalidad *iuris*.

a) *NECESARIO Y VITALICIO*. Porque la persona es titular y no puede haber persona sin patrimonio, el cual se le une hasta la muerte.

b) *ÚNICO*. Porque no hay más que un patrimonio general personal que conforma el modo de ser persona, sin que sean posibles las duplicaciones, lo que no impide la existencia de patrimonios especiales separados, que no tienen la naturaleza jurídica de aquél.

c) *INALIENABLE Y ABSOLUTO*. Pues está fuera del comercio como unidad sustancial e ideal y debe ser, en tal carácter, respetado por todas las demás personas.

Es claro que son transmisibles los singulares elementos que componen el patrimonio general, y aun lo son los patrimonios separados y especiales, por ejemplo, por renuncia de herencia, por venta total de la masa de bienes desapoderados al fallido. Pero, el patrimonio personal, como un todo ideal que comprende lo indispensable y la capacidad patrimonial, no puede transmitirse sino por muerte o sucesión universal.

d) *"UNIVERSUM IUS"*. Porque compuesto por una pluralidad de bienes, es una unidad conceptual del conjunto, sin que se entienda esto como la suma de sus componentes, sino como parte misma de la personalidad en relación con los objetos de sus derechos. En el concepto no entran elementos particulares determinados, ni su suma o resta, sino la unidad ideal de todo.

Se da vida a un nuevo objeto jurídico, entendido como centro unitario de atracción de una peculiar disciplina jurídica (Pérez Vargas). En cambio, la universalidad de hecho, no *de iure*, es un conjunto de cosas que depende de una sumatoria no ideal, como un "rebaño de animales" o una "biblioteca" compuesta por muchos libros de temas heterogéneos. La *universitas facti* importa una reunión de elementos por agrupación física; la *universitas iuris* es un conjunto de elementos que forman una agrupación ideal con un común tratamiento jurídico (Albaladejo).

§ 71. *GARANTÍA DE LOS ACREEDORES*. — El patrimonio, aparte de satisfacer los fines y necesidades de la persona, es garan-

tía general y común de los acreedores, porque el deudor responde para el cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros. Por ello, se ha dicho que es “la prenda común de los acreedores”. Éstos pueden obtener la venta de los bienes patrimoniales y, de tal modo, satisfacer sus créditos. Hay, sin embargo, bienes que escapan a la acción de los acreedores, precisamente para salvaguardar el mínimo de patrimonio al deudor, necesarios para reafirmar su condición de persona.

En ese caso están los que la ley procesal califica de bienes inembargables: el lecho cotidiano del deudor, mujer e hijos; ropa y muebles de uso indispensable; los instrumentos necesarios para la profesión u oficio; los sepulcros (art. 219, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación); los créditos por alimentos (art. 371, Cód. Civil); el bien de familia (art. 34, ley 14.394), entre otros.

§ 72. **ACCIONES JUDICIALES PARA ASEGURAR LA INTEGRIDAD DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR.** – Hay tres clásicas acciones judiciales que preservan la garantía común para impedir que el deudor sustraiga bienes de su activo y pretenda evitar el cobro de sus acreedores. Son acciones de conservación patrimonial: *simulación, fraude y subrogación*. Para su estudio y comparaciones, ver § 245 y 256.

§ 73. **CONCURSO Y EJECUCIÓN INDIVIDUAL.** – El concurso de acreedores es un procedimiento colectivo de defensa de los acreedores. Cuando el pasivo del deudor es superior al activo, los cobros individuales de aquéllos podrían agotar los bienes ejecutables y quedarse algunos sin poder satisfacer sus derechos, pues prevalecerían los primeros en actuar. Para evitar ello y, a la vez, preservar personalmente al deudor, se acude a dicho procedimiento también llamado de quiebra, en el cual se lo desapodera del patrimonio ejecutable (no de todo el patrimonio, lo que lo despersonalizaría), y, a través de la intervención de una sindicatura judicial, se reparte igualitariamente dicho activo, en proporción a los créditos y su importancia.

Tanto en caso de concurso de acreedores, como en las ejecuciones individuales cuando no hay insolvencia y no se ha llegado al concurso se pueden obtener *medidas cautelares*, para

conservar los bienes y evitar que el deudor los disponga perjudicando a los acreedores.

Son, pues, medidas precautorias que también concurren a mantener la garantía común de los acreedores, como los embargos, inhibiciones generales, intervenciones, etcétera. Ahora bien, los privilegiados, o acreedores que por su posición frente al deudor tienen preferencia para cobrar —como los hipotecarios, prendarios, etc.—, quedan generalmente aparte del concurso y satisfacen sus créditos directamente de los bienes separados a través de ejecuciones individuales. *De ahí que el procedimiento colectivo se emplea a favor de los quirografarios o acreedores comunes que, por no tener privilegios, deben acudir a lo que salde una vez desinteresados los preferentes.

Estas materias y las complejas cuestiones que comprenden, se estudian en derecho comercial y en derecho procesal.

§ 74. **COMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO: COSAS Y BIENES.** — Se llaman cosas a los *objetos materiales susceptibles de tener un valor apreciable en dinero*. El concepto del art. 2311 del Cód. Civil lleva a establecer las siguientes connotaciones:

a) **ENTIDAD MATERIAL.** Antes, el Código hablaba de una entidad corporal. La ley 17.711 lo modificó estableciendo la idea de la materialidad. Esto importa sostener que no sólo los objetos corporales o sólidos, sino también los líquidos, gaseosos o energéticos, pero perceptibles por los sentidos, son cosas. Por ello, el nuevo artículo completa la idea: *“las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación”*.

b) **NATURALEZA IMPERSONAL.** No se trata del cuerpo total del hombre ni de sus partes o miembros que lo forman, los cuales son bienes, no cosas (ver § 34).

c) **PROPIA INDIVIDUALIDAD.** Es condición que tenga existencia unitaria y separada en el tráfico jurídico, sea por su naturaleza (un animal), o la obra del hombre material o idealmente aislada (un edificio, un litro de líquido, un terreno delimitado).

d) **SUSCEPTIBLE DE DOMINIO PATRIMONIAL.** Entidad que puede ser objeto, en su unidad, de señorío económico de la persona.

Así, un animal, un automóvil, un terreno. No lo son el Sol y las estrellas (por ahora), pues el hombre no tiene poderío sobre esos objetos, aunque los estudie y explore; las cosas comunes, como el mar o el aire, pues no hay derecho exclusivo de nadie que los abarque en su totalidad; el cadáver que, por respeto a la persona, en el derecho actual queda fuera del comercio y dominio.

c) *DOMINIO INDEPENDIENTE*. Ciertas cosas al unirse a otras pierden individualidad y el poder de dominio se transforma (Albaladejo).

Así, un ladrillo que se une a un edificio deja de ser cosa dominio independiente y no hay derecho patrimonial sobre ella sino sobre el todo. Pero al volverse a separar materialmente, retoman su condición de cosa.

Bienes son las cosas más los objetos inmateriales susceptibles de valor económico (arg. art. 2312, Cód. Civil), de esto surge que “bienes” es el género y “cosas” la especie.

Muchas veces se habla de “bienes” en el sentido de abarcar las entidades extrapatrimoniales (p.ej., vida, honor, libertad). Pero desde el punto de vista patrimonial, siempre se hace referencia a los bienes que contienen en sí un patrón económico mensurable. Dentro de estos bienes se puede anunciar a ciertos derechos (el crédito, el usufructo, la herencia), que son bienes inmateriales valorables monetariamente y que entran en el peculio personal, y otros de Administración pública, pero de uso general, que no pertenecen como cosas independientes al dominio particular (bienes públicos del Estado o de la Iglesia).

§ 75. *CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS*. – Las cosas se pueden clasificar desde distintos puntos de vista.

a) *ATENDIENDO A SU RELACIÓN CON EL PATRIMONIO*. Pueden clasificarse del modo siguiente.

1) *DENTRO DEL PATRIMONIO*. Cuando sobre ellas recae un derecho de alguien, titular de esa cosa. Así, un mueble propiedad de Juan.

2) *FUERA DEL PATRIMONIO*. Cosas que no tienen dueño por no ser objeto de un derecho privado.

Tal la *res nullius*, como los peces o animales salvajes, o cosas que tuvieron dueño, pero fueron después abandonadas. La *res derelicta*, tesoro escondido; animal doméstico que se vuelve salvaje.

b) *ATENDIENDO A UTILIZACIÓN Y DISPOSICIÓN.* Responden a la siguiente clasificación.

1) *DENTRO DEL COMERCIO.* Son cosas susceptibles de ser objeto de relaciones jurídicas privadas (Albaladejo).

Pueden ser adquiridas y enajenadas formando parte normal del tráfico jurídico (*res in commercio*). Como estatuye el art. 2336 del Cód. Civil en principio todas las cosas están en el comercio, salvo los casos en que hubiera una expresa prohibición o dependiera la enajenación de una autorización pública.

2) *FUERA DEL COMERCIO.* Son las cosas excluidas de ser objeto de relaciones jurídicas privadas.

No se pueden, por ejemplo, adquirir por usucapión o compra, ni enajenar por venta o donación como cosas absolutamente inenajenables. En tal caso están los bienes públicos del Estado; los objetos sagrados afectados al culto que tienen sus reglas en el derecho canónico; el bien de familia; las cosas que por contrato y testamento no pueden venderse, siempre que por ley se dé eficiencia a la cláusula restrictiva. Todas las cuales para su disposición requieren previamente que sean desafectadas.

También están fuera del comercio las cosas relativamente inenajenables, en el sentido de que su enajenación depende de una autorización pública (art. 2338, Cód. Civil). Estas cosas sólo se pueden enajenar previo control y conformidad, tales como las de los inhabilitados, los bienes privados del Estado y las cosas de los incapaces.

c) *ATENDIENDO A SU NATURALEZA.* Veamos las distintas especies.

1) *MUEBLES E INMUEBLES.* Según que puedan trasladarse o ser trasladados de un lugar a otro o no.

Los inmuebles están inmovilizados, como el suelo, sus componentes y todas las cosas adheridas a él en forma definitiva. Los muebles pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí (semovientes) o por medio de una fuerza extraña (art. 2318, Cód. Civil).

Aparte de su carácter orgánico, la ley establece la condición de inmuebles o muebles *por su destino o por su carácter representativo*.

En el primer caso no hay adhesión física sino moral, por tratarse de muebles colocados en inmuebles con la intención de que sean

accesorios de él; así, los instrumentos de labranza en un fundo rural, las máquinas en una fábrica, el teléfono en un estudio contable.

En el segundo caso, son inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos donde conste la adquisición del dominio o de otros derechos reales sobre inmuebles, salvo el caso de los de garantía: hipoteca y anticresis (art. 2317, Cód. Civil).

A su vez, los muebles por su carácter representativo son los instrumentos públicos de hipotecas y anticresis de adquisición de bienes muebles, y de adquisición de derechos personales (Cancela - Rabinovich - Rollan).

2) *FUNGIBLES Y NO FUNGIBLES*. Las primeras son las cosas sustituibles, pues se toman en cuenta por su carácter genérico.

La fungibilidad proviene de que un individuo de una especie equivale a otro de la misma especie, como un libro, una fanega de trigo, el dinero. Son cosas que dependen, para su individualidad, del peso, medida o número.

Las segundas, en cambio, no son sustituibles, pues en el comercio jurídico se toman en cuenta por sus circunstancias específicas. Así, la infungibilidad depende de la cosa o de la intención exteriorizada del sujeto: un libro firmado por su autor, no obstante que haya otros ejemplares, es infungible; también lo es un cuadro de Soldí o una escultura original, como un animal señalado por sus cualidades.

3) *CONSUMIBLES Y NO CONSUMIBLES*. Las primeras, o de utilidad simple, son aquellas que según su destino desaparecen con el primer uso, o sea se destruyen, o bien sólo es posible utilizarlas una sola vez, como el vino, el pan, el dinero.

Las segundas son las que se mantienen como tales después del primer uso, aunque pueden ser consumidas o deterioradas después de un tiempo (art. 2325, Cód. Civil).

Este último caso pone en frente de las cosas *deteriorables*, las que no son consumibles pero se deterioran por el uso continuado, pudiendo quedar inservibles.

4) *DIVISIBLES E INDIVISIBLES*. Las primeras son las que, no estando prohibida por ley su división, al ser fraccionadas en partes, éstas se convierten en otras tantas cosas menores, pero completas en sí (Albaladejo).

Son nuevas cosas de igual especie y de un valor proporcional al todo, como una tela, un quintal de cereal o, en ciertos casos, un terreno rústico o urbano.

Las segundas son aquellas a cuyo respecto la ley prohíbe la división, o bien cuando al fraccionarlas la cosa como tal se destruye o se convierte en varias de distinta naturaleza y valor, perdiendo la suma de las diversas partes el valor del todo.

Como ejemplo se cita al automóvil, descompuesto en motor, carrocería, etc., un animal vivo, un brillante, porque entero es de valor superior a la suma de las fracciones. Asimismo, el inmueble que no llegue a conformar una unidad económica (art. 2326, Cód. Civil).

5) *FRUTOS Y PRODUCTOS*. Los primeros son cosas que provienen de otras, pero que periódicamente se reproducen.

En ese caso están los naturales, como las manzanas del manzano, las crías de ganado o los salarios y honorarios del trabajo. También están los civiles, como el interés del dinero. La cosa los produce sin disminuir su sustancia (art. 2329 y su nota, Cód. Civil).

Los segundos son derivados de otras cosas que, al ser extraídos, no tienen cualidad reproductiva.

En ese caso están las minas, como la de carbón o la de plata. La cosa de la que provienen productos, al separarlos se disminuye o altera su sustancia.

d) *ATENDIENDO A LA CONEXIÓN ENTRE SÍ*. Se distinguen las siguientes.

1) *SIMPLES*. Que tienen una unidad natural o artificial.

Se pueden distinguir los sectores, pero desde el punto de vista del tráfico son una unidad constitutiva de otra, como un caballo o un abrigo.

2) *COMPUESTAS*. Tienen una unidad, pero las piezas que las integran son distinguibles y tienen unidad propia.

Así un automóvil, con sus ruedas, carrocería y motor. Las piezas separadas tienen valor individual, son componentes de comercialización propia.

3) *PRINCIPALES*. Son las que existen por sí y para sí (art. 2327, Cód. Civil).

4) *ACCESORIAS*. Su existencia y naturaleza están determinadas por otra cosa (principal), de la cual dependen y a la cual están adheridas (art. 2328, Cód. Civil).

Lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de manera que extinguida ésta, o enajenada, aquélla tiene el mismo destino. Los frutos, por ejemplo, son cosas accesorias.

c) *ATENDIENDO A LA RELACIÓN DE LOS BIENES CON LAS PERSONAS.* Reconocemos las que siguen.

1) *BIENES DEL ESTADO.* Son los que pertenecen a la persona jurídica pública y se subdividen en:

a) *BIENES PÚBLICOS.* Los que están afectados a la comunidad para uso y utilización de los particulares.

Quedan fuera del comercio, y por ello no son enajenables ni se adquieren por usucapión. En tal caso están, entre otros: los mares territoriales e interiores, las playas del mar, las calles, plazas y caminos, etc. (art. 2340, Cód. Civil).

Tanto la afectación como la desafectación de estos bienes del dominio público se efectúan por acto de autoridad, generalmente emanado del Poder Legislativo.

b) *BIENES PRIVADOS.* Son los que pertenecen a la persona pública, la que ejerce su dominio como el de los particulares, con la diferencia de que para su enajenación debe atenerse a las reglas legales administrativas.

Con tal destino se encuentran las tierras sin dueños, las minas de oro y plata, los bienes vacantes o mostrencos (sin dueños), los muros y plazas de guerra, ferrocarriles y construcciones hechas por el Estado o adquiridas por él sin una afectación pública (art. 2342, Cód. Civil).

2) *BIENES MUNICIPALES.* Los que por destino, impuesto por el Estado, pasan a las comunas poniéndolas bajo su dominio.

3) *BIENES DE LA IGLESIA.* Los templos y cosas sagradas de las iglesias y parroquias, que están reglados por el derecho canónico. Si se trata de iglesias disidentes (es decir, no católicas), pertenecen a las respectivas corporaciones y pueden ser enajenados según sus estatutos.

4) *BIENES PARTICULARES.* Son los apropiables por los particulares y que no pertenecen a alguna de las categorías especiales.

Como los peces, las abejas sin dueño o que no fueran reclamadas inmediatamente, las plantas y yerbas de las costas del mar, de lagos y ríos, los tesoros abandonados (arts. 2342 y 2347 a 2349, Cód. Civil).

4) DOMICILIO

§ 76. **CONCEPTO Y CARACTERES.** – Es otro atributo de la persona que la individualiza. No podría designarse a alguien concretamente si no se la personalizara unilateralmente por su nombre y su ubicación, a fin de que cumpla sus obligaciones y ejerza sus derechos. Por eso se ha dicho que es el “*asiento jurídico de la persona*”.

Ahora bien, cuando se sostiene que el domicilio es uno de los atributos necesarios, vitalicios e indisponibles, en verdad ello es cierto con respecto a uno de sus tipos, o-sea, el domicilio general. Éste es el único que no depende de la voluntad de la persona tenerlo o no, pues se lo tiene de todas maneras, y es el que da estructura jurídica a la persona al determinarla en el espacio, como elemento imprescindible de la personalidad.

Se distingue el domicilio, de la *residencia* y de la *habitación*, los que son conceptos también espaciales. Mientras el primero es concepto jurídico atribuido a la persona por el orden jurídico, la residencia es lo que comúnmente se dice para significar que la persona vive en un lugar, que está habitualmente allí. Residir en un lugar puede ser un elemento para configurar el domicilio, pero por sí solo no es tal (Cancela - Rabinovich - Rollan). La habitación importa estar en un lugar accidentalmente, en forma pasajera (como la permanencia transitoria en un hotel durante un viaje).

El domicilio, por sus efectos, se identifica con la vida jurídica de la persona y la personaliza dándole condición de presencia, puesto que legalmente responde a un aspecto de su modo de ser en el derecho en función de la relación jurídica.

§ 77. **ESPECIES.** – Se puede hacer el siguiente cuadro para establecer los distintos domicilios:

a) *Domicilio general*: Legal (art. 90, Cód. Civil).
Real (art. 89, Cód. Civil).

b) *Domicilio especial*: Contractual o de elección (art. 101, Cód. Civil).

Procesal (art. 40, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación).
Conyugal (art. 227, Cód. Civil).
Sucursales de la sociedad (art. 90, inc. 4º, Cód. Civil).

§ 78. **DOMICILIO GENERAL.** – Abarca la generalidad de los derechos y obligaciones; puede haber domicilios especiales que concurren, pero sí el núcleo común indiferenciado de las obligaciones que no tengan un domicilio previsto para su cumplimiento en particular. Como se ha visto, es este concepto el que se identifica con la personalidad espacial del sujeto.

a) **CARACTERIZACIÓN.** Hay tres principios de primer orden que dan *carácter* a este domicilio.

1) **NECESIDAD.** No puede haber persona sin domicilio general. En cambio, sí la puede haber que carezca de domicilio especial. Tal principio tiene fundamento legal, ya que las normas se ocupan de evitar que alguien no tenga domicilio general.

Por eso el Código Civil cubre todas las posibilidades y establece, por ejemplo, que a aquellos individuos que no tienen residencia conocida y que deambulan permanentemente (los trashumantes), se les adjudica el domicilio del lugar en donde están, o sea, la residencia actual (art. 90, inc. 5º, Cód. Civil).

El domicilio de origen es otro ejemplo de la orientación legislativa que evita la existencia de personas sin domicilio (ver punto b, 3, de este párrafo).

2) **UNICIDAD.** Además de la necesidad, se establece el principio de unicidad, en el sentido de que no puede haber, para una persona, dos domicilios generales que simultáneamente le correspondan. Siempre es único, pues al tener varias residencias, o varias posibilidades de domicilio general, la ley se encarga de dar prioridad a uno solo, que será el lugar legalmente atendible o asiento jurídico de esa persona.

Así cuando hay persona que tiene domicilio legal, pero a la vez tiene otro real, la ley se inclina por hacer prevalecer el primero. Ello surge del art. 91 del Cód. Civil, pues solamente cuando cesa la situación de hecho que lo coloca en alguna situación de domicilio legal, aparece el domicilio real, en segundo término, para fijarlo y establecerlo. Asimismo, ante varias residencias o habitaciones alternativas, se consagra, en primer lugar, el de la familia y, en segundo, pero a falta del primero, el de los negocios (art. 93, Cód. Civil).

a) **MUTABILIDAD.** Además de estos dos principios —necesidad, unidad—, el domicilio general también es mutable a voluntad de las personas, puesto que ellas pueden modificar los hechos que lo fijan; pero como es un atributo que caracteriza a la personalidad, nadie puede obligar a que se tenga el domicilio en un lugar y a que se lo mude o conserve compulsivamente, ya que sería nula toda cláusula de contrato o testamento que impidiera la elección libre (art. 97, Cód. Civil). Es éste un principio que desarrolla el de inviolabilidad que contempla el art. 18 de la Const. nacional.

b) **ESPECIES.** Hay dos clases de domicilio general: el llamado *domicilio legal* y el *real*. En realidad, este último es el que cumple todas las características de libertad y voluntariedad, pues el otro viene a ser una derivación de la norma que capta ciertos hechos relevantes para la fijación del domicilio.

1) **LEGAL.** Por definición de la norma, “*es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente...*” (art. 90, Cód. Civil). Como toda presunción *iure et de iure*, no es significativo que en los hechos se cumpla lo que artificialmente la ley fija, de donde es un domicilio que puede ser ficticio, pues los casos de domicilio legal que ese artículo desarrolla, no siempre coinciden con la residencia efectiva y permanente de la persona. Sin embargo, en ese lugar se establece como si fuera allí residente. Si bien es, además, un domicilio llamado *forzoso*, ya que lo impone la ley, las condiciones antecedentes de las que se vale —como el cumplimiento de una función pública y el emplazamiento del representante de un incapaz— son voluntarias y libres. De ahí que lo forzoso sean las conclusiones de fijación de residencia y domicilio que la norma determina, pero no los hechos que lo motivan. Bastaría que deje de ser funcionario por renuncia, o que el representante mude el domicilio, o el incapaz deje de serlo, para que se modifique el domicilio general, y aunque prevalezca sobre el real (art. 91, Cód. Civil).

Lo ficticio proviene no de que sea la ley quien fije los elementos que lo establecen, puesto que también capta los del domicilio real (Rivera), sino de que supone una residencia que puede no ser cierta.

en los hechos, cuando en verdad la residencia es esencial para el domicilio general, como se advierte de la definición transcrita –presunción de residencia– y del otro domicilio general –el real–. En ninguno falta ese elemento, pero en el legal es presumido no importando que coincida con la realidad (Cifuentes).

Es, por otra parte, de interpretación estricta, pues únicamente se considera tal a los casos que taxativamente enuncia la ley.

Tales los casos previstos en el art. 90 que se indican seguidamente:

Inciso 1º: “Los funcionarios públicos, eclesiásticos o seculares, tienen su domicilio en el lugar en que deben llenar sus funciones, no siendo éstas temporarias, periódicas, o de simple comisión”.

Aunque la ley emplea la palabra “funcionarios”, lo que parece dejar de lado a los simples empleados dependientes que no tienen mando o potestades directivas, la mayoría de los autores considera que la norma se refiere al cumplimiento de tarea pública para tener el domicilio donde ella se cumple (Borda, Busso, Rivera; en contra, Llambías). Basta, entonces, tener a cargo funciones públicas, sin que tenga relevancia la condición directriz o no de ellas.

En cuanto a la duración de esas funciones, debe ser por tiempo indeterminado, pues si éstas tienen de antemano establecido el plazo de duración, sería temporaria. Además, si se cumplen sólo en ciertas épocas del año serían periódicas (como los diputados y senadores), y de simple comisión los nombrados para una tarea específica (como los interventores de una entidad oficial o de una provincia), terminada la cual cesan en sus funciones. Cuando, además de la función pública permanente se tiene domicilio real, prevalece el legal, tanto para las notificaciones como para todos los efectos del domicilio.

Inc. 2º: “Los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que se hallen prestando aquél...”, salvo manifestación en contrario.

Sólo rige este caso para los militares en actividad y no en situación de retiro; tampoco se hace distinción de jerarquías o grados, pero quedan excluidos los conscriptos, que no son militares de carrera.

Pueden, sin embargo, manifestar la intención de fijar domicilio en otro lugar donde tienen establecimiento permanente o asiento principal de sus negocios. Esta facultad deriva de la posible modificación constante de destinos ordenados por la superioridad.

Inc. 3º: Dispone sobre el domicilio de las personas jurídicas privadas (asociaciones, fundaciones y sociedades), determi-

mando que lo tienen en donde está la dirección o administración, siempre que en sus estatutos no se fijare otro domicilio.

Son, pues, los estatutos los que determinan el domicilio, y sólo en caso de que no lo hagan se fija en la llamada "casa matriz". Aun si ese domicilio fijado por los estatutos e inscripto en el registro correspondiente fuere ficticio, en el sentido de que la entidad realiza todas sus actividades en otra jurisdicción, prevalece el domicilio estatutario, a menos que se pruebe que ha fijado un domicilio ficticio para perjudicar a sus acreedores o eludir la competencia de determinados tribunales (Rivera; ver CSJN, 9/8/63, LL, 113-61).

Inc. 4º: Cuando la persona jurídica tiene sucursales, la ley estatuye que en ellas tiene un domicilio que es especial, porque se aplica para la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales. No es éste, en realidad, un domicilio general legal.

Inc. 5º: Prevé el caso de los transeúntes, personas de *ejercicio ambulante o que no tuvieren domicilio conocido*, y establece que es su domicilio el "actual", o sea el lugar donde esa persona se encuentre.

Tal las situaciones de los comerciantes sin paradero fijo, los linieras, quienes no se emplean en lugares determinados y cambian de residencia en forma constante. No podría hablarse, por esto mismo, de domicilio real. De ahí la solución de la ley para impedir que existan personas sin domicilio, con los efectos que esto produce (ver inc. 2º).

Inc. 6º: "*Los incapaces [menores, dementes, sordomudos, personas por nacer] tienen el domicilio de sus representantes*".

La solución es lógica, puesto que son los padres, tutores y curadores quienes complementan la voluntad del incapaz y obran en su nombre. No es el caso de los inhabilitados y menores emancipados que, al no ser incapaces, fijan por sí su propio domicilio.

Inc. 7º: Regla el domicilio donde se abre la sucesión, que es el que tenía el difunto al morir.

Esta previsión es impropia, pues no comprende un aspecto de domicilio general legal, sino una aplicación particular de la jurisdicción territorial para el juicio sucesorio.

Inc. 8º: Esta norma se refiere a las personas del servicio doméstico. Si estas personas viven en el lugar donde trabajan, tienen el domicilio allí.

Debe tratarse de contratos de trabajo con residencia estable, no meramente temporaria como el lugar de vacaciones o las personas que trabajan por horas. La última parte del inciso hace la excepción de la mujer casada, obrera o doméstica, que habita otra casa que la de su marido, pero al haberse derogado por ley 23.515 el domicilio legal de la mujer casada, que se fijaba en el de su marido (inc. 9º suprimido), la excepción carece de razón de ser, y es del caso considerarla implícitamente dejada sin efecto. Ya no parece posible la colisión de dos domicilios legales (del patrón y del marido), por lo que la excepción se ha mantenido sin fundamento, y es ajena al nuevo sistema legal.

Cuando la mujer casada pasa a ejercer función pública o tiene actividad militar, al haberse derogado el inc. 9º, su domicilio legal es el del lugar donde ejerce esas funciones. Además, el domicilio conyugal se fija de común acuerdo (art. 200, Cód. Civil), lo que tiene efectos para el aspecto matrimonial (Cancela - Rabinovich - Rollan).

2) *REAL*. El art. 89 del Cód. Civil define el domicilio real que, como se ha visto, es también general, y tiene vigencia cuando no se presenta alguno de los casos del domicilio presumido o legal. Estatuye: *"El domicilio real de las personas, es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios..."*.

No obstante la redacción del precepto con conjunción copulativa, debe interpretarse como estableciendo una alternativa: el asiento principal de la residencia efectiva, por un lado, que es donde se sitúa la persona viviendo allí generalmente en compañía de su familia, si es que la tiene, y el asiento principal de los negocios, por el otro, que es la ubicación del establecimiento. Esta alternativa surge del art. 94 del Cód. Civil, pues si hay residencia con familia en un lugar y los negocios en otro, el primero causa domicilio. Para que el asiento principal de los negocios sea domicilio, a falta de residencia efectiva, debe tratarse de un establecimiento permanente y no esporádico. Si se tiene habitación en varias partes alternativamente, se da preferencia al lugar donde está la familia, de lo contrario al principal establecimiento (art. 93, Cód. Civil).

Debe entenderse que la residencia con la familia se refiere a la convivencia efectiva con los parientes. La ley no dice, como en algún caso se ha interpretado, que el lugar de la familia es un aspecto ligado al matrimonio (ver CSJN, 9/8/29, JA, 30-572). Lo que se destaca es la residencia principal, como estatuye el art. 89 del Cód.

Civil, y un elemento de acreditación de ella es la convivencia con los que están unidos por lazos familiares. Pueden ser hermanos, padres e hijos, abuelos y nietos, y aun extramatrimoniales.

Para la *prueba del domicilio* asume importancia la documentación en donde figura. Pero esa documentación (de identidad, del registro civil u otros registros), por sí sola no es definitiva, ya que se labra con las declaraciones del interesado. De todos modos, la demostración surgirá también de otros medios, como testigos, manifestaciones confesionales, inspecciones oculares. Las constancias de una cédula de notificación judicial, por ejemplo, configuran prueba importante, pues se vierte en un instrumento público y tiene todos sus efectos, y el recibo de telegramas o cartas documento se tienen en cuenta. Muchas veces se solicita en los procesos un informe al fichero electoral, lo que también es elemento probatorio aunque no definitivo, porque las anotaciones allí se hacen por manifestación de los propios interesados. El certificado policial de domicilio es instrumento público, aunque también puede ser desvirtuado por prueba contraria al depender de las declaraciones del sujeto. En definitiva, la cuestión cuando se presenta depende de la apreciación judicial.

a) *ELEMENTOS DE CONSTITUCIÓN.* Dos elementos son relevantes para constituir domicilio real. Uno es *objetivo*, al que la ley alude en varias de sus normas, es decir, *la residencia*. Residir importa estar en un lugar con cierta permanencia. Otro es *subjetivo*, menos previsto por el Código pero que surge de sus normas. Es *el ánimo de permanecer* en esa residencia (*animus*). El art. 91 del Cód. Civil es sumamente explícito al respecto, cuando dice que, cesando el hecho que fija el domicilio legal, queda determinado “*por la residencia, con intención de permanecer en el lugar en que se habite*”.

Vale decir que la unión del hecho visible y fácil de probar, como es morar en un lugar (*corpus*), más esa intención (*animus*) dan calidad de domicilio. Es claro que aquella intención, o ánimo de mantener la residencia, surgirá no tanto de lo que puede pensar la persona y sostener de viva voz, cuestión muy difícil de comprobar y engañosa, cuanto del modo como se reside o exterioriza la habitación. De ahí que la residencia sea, en definitiva, el elemento principal, aunque puede pasar que no cause domicilio porque de su exteriorización surja que no hay ánimo de permanencia.

Esto lleva a diferenciar la *residencia* y la *habitación*, del domicilio. La primera es el hecho de vivir en un lugar con cierta duración. La habitación es un paso temporario y accidental.

Así, por ejemplo, quien tiene casa de verano y pasa todos los años unos meses allí, tiene residencia, pero no domicilio, pues los hechos demuestran que mantiene ánimo de permanencia en otro lugar: donde habitualmente mora, tiene familia o negocio. Si en vez de ello es un viajante que ocupa una habitación unos días, sea en un hotel o casa de familia, es habitación y no residencia. Es claro que el elemento ánimo no significa que se deba tener la intención de residir en un lugar "*para siempre*" (art. 92, Cód. Civil), pues basta que el propósito sea el de mantener la residencia aunque alguna vez pueda ser cambiada.

b) *EFFECTOS*. El domicilio general produce los siguientes efectos:

1) Es el lugar del cumplimiento de las obligaciones.

Así, el deudor de una obligación de dinero debe pagarla en su domicilio, si entre las partes no se ha fijado otro lugar (art. 747, Cód. Civil). Allí se cumplen los contratos, cuando en ellos nada se ha previsto (arts. 1212 y 1213). Las contribuciones fiscales, salvo elección de otro lugar, se cobran en el domicilio general.

2) Las notificaciones también, en principio, deben dirigirse al domicilio general.

Sea para constituir en mora al deudor, para exigir un pago, para dar a conocer una cesión de derechos o para hacer saber una demanda judicial. Salvo, desde ya, que se haya constituido al efecto un domicilio especial.

3) En el derecho internacional tiene importancia como punto de conexión de las normas; en los aspectos de estado, capacidad y bienes muebles (arts. 6º, 7º, y 11, Cód. Civil).

4) Un efecto de mucha importancia, es la fijación de la competencia territorial o *rationi loci* de los jueces y autoridades, lo que ocurre en muchas situaciones. Aparte de la declaración general que al respecto contiene el art. 100 del Cód. Civil, las leyes procesales, tanto en caso de acciones por derechos personales como reales, tienen en cuenta el domicilio para establecer el juez que debe intervenir en los pleitos.

En variadas circunstancias, el domicilio es el hito que determina la competencia jurisdiccional, como en el caso de las sucesiones, en las cuales entiende el juez del último domicilio del causante (arts. 90, inc. 7º, y 3284, Cód. Civil), o el cobro de una deuda por mutuo, caso en el que es competente el juez del domicilio del deudor (art. 5º, inc. 3º, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación). Los procesos de

insania, sordomudez o inhabilitación se deben iniciar en el domicilio del presunto incapaz (Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia).

En algunos casos, la residencia suple el domicilio para fijar la competencia judicial, como en el discernimiento de la tutela cuando los padres no tenían domicilio en la República o en los procesos de incapacidad citados, en defecto de domicilio del denunciado.

La mera habitación se convierte en domicilio legal para los ambulantes o personas que no tienen domicilio constituido (art. 90, inc. 5º, Cód. Civil).

5) Finalmente, es el hito que concreta *la presencia o la ausencia* de la persona. De la efectiva situación de estar o no estar allí, depende que se considere la ausencia o desaparición de la persona, con todas las consecuencias que de ello provienen (art. 15 y ss., ley 14.394). En tal sentido, también tiene un papel determinante la residencia, de manera que puede ser considerado ausente a quien no se encuentre en su domicilio o residencia, y aun para establecer el fallecimiento presunto como uno de los efectos de la desaparición (ver § 143 y siguientes).

c) *DURACIÓN*. El domicilio tiene *duración* mientras la persona no lo cambie. El último domicilio conocido prevalece cuando no se conoce otro (art. 98, Cód. Civil). El ánimo de permanecer es importante, como surge del art. 99 del Cód. Civil. O sea que si la conducta exterior demuestra que no hay intención de trasladarlo, se conserva “por la sola intención” según esa norma. De donde, cuando se tiene el propósito de trasladarse a otro lugar y quedarse allí permanentemente, manifestándose esa intención por los hechos comprobables, se produce por voluntad de las personas el cambio de domicilio. El art. 97 del Cód. Civil es al respecto decisivo, y preserva la libertad de fijación y cambio como un aspecto de la autonomía personal, por ello es prohibida la condición que obliga a habitar en un lugar determinado o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero (art. 531, inc. 1º, Cód. Civil).

3) *EL DOMICILIO DE ORIGEN. CONCEPTO Y CASOS DE APLICACIÓN*. Después de definir el domicilio real, el art. 89 del Cód. Civil define el de origen, en los siguientes términos: “...es el lugar del domicilio del padre, en el día del nacimiento de los hijos”. Es, como se ve, una imposición normativa para dar

solución a todos los casos posibles, plasmando de ese modo el carácter de necesidad. Luego, se trata en verdad de un domicilio legal, como en general los supuestos del art. 90 del Cód. Civil.

Se ha dicho que habiendo fijación de domicilio para el transeúnte y para los incapaces en dicho art. 90, no cumple función el domicilio de origen, pues todos los casos estarían cubiertos (Orgaz). Sin embargo, puede darse la excepcional hipótesis del viaje de los padres en el momento en que nace el hijo, en cuyo caso, cuando éstos abandonan su propio domicilio inmigrando y con la intención de trasladarlo, se concreta la idea del lugar del nacimiento. En tal sentido, una aplicación representa el art. 96 del Cód. Civil y se refiere, precisamente, al momento en que el domicilio en país extranjero es abandonado, sin ánimo de volver. En suma, la situación se limita a cuando se está realizando el viaje de traslado o mudanza de domicilio, hasta el momento en que la persona constituye nuevo domicilio en este país. No podría decirse que se trata de personas habitualmente ambulantes, ni que tengan en ese entonces un domicilio, pues están en vías de su modificación.

§ 79. **DOMICILIO ESPECIAL. CONCEPTO Y CASOS.** — Ya se ha visto que, como verdadero atributo de la persona, debe tenerse en cuenta el domicilio general. El especial, en cambio, no tiene sus alcances ni cumple una función identificada con la personalidad, pues tenerlo depende de la voluntad de aquélla.

El domicilio especial “*es el que se establece para una o más relaciones jurídicas particulares y determinadas, a fin de que ellas tengan su sede jurídica en el lugar elegido*” (Cifuentes).

Bien se advierte que no es necesario ni único, no sólo porque las personas pueden no establecerlo, dejando operar el domicilio general, sino porque, por otra parte, se pueden constituir varios para distintas vinculaciones jurídicas, coexistiendo todos ellos dentro de su esfera de aplicación.

a) **ESPECIES.** Existen cuatro especies: 1) el *domicilio procesal*, que se ha llamado en la jerga tribunalicia domicilio “constituido”, y hasta domicilio “legal” —esto último con verdadera confusión de conceptos—; 2) el *domicilio de las sucursales*, que es el de las sociedades ya aludido (ver § 78); 3) el *domicilio matrimonial* o común de los esposos, que rige para el divorcio y la nulidad de matrimonio, y 4) el *domicilio contractual* o de

elección, al que se refiere, entre otras normas, el art. 101 del Cód. Civil (Cancela - Rabinovich - Rollan).

El procesal o *constituido en juicio* es el que debe fijar toda persona en su primera presentación en juicio (art. 40, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación). Se limita a los efectos del litigio o proceso voluntario, a fin de facilitar los medios de comunicación, notificar fácilmente a las partes y litigantes en general, por medio de las cédulas de notificación. Se estudia en la materia pertinente.

b) *EL DOMICILIO DE ELECCIÓN EN PARTICULAR. DURACIÓN, CAMBIO Y EFECTO.* Como estatuye el art. 101 del Cód. Civil: “*Las personas en sus contratos pueden elegir un domicilio especial para la ejecución de sus obligaciones*”.

Este domicilio puede ser *ficticio*, en el sentido de que las partes de un contrato pueden instituirlo en un lugar en donde no están ni tienen sus negocios. Cuando ello ocurre, se deja sin efecto el domicilio real o legal que naturalmente debía regir ese contrato (Rivera), pero en ocasiones puede coincidir con ellos, lo que es indiferente. De todas maneras, se clarifican las cuestiones al ser elegido, pues para ese contrato allí se tiene sin dudas la sede jurídica en la mayoría de sus efectos y ejecuciones.

Entre los *caracteres* de este domicilio, se destacan los siguientes: 1) es *voluntario*, dado que depende para su imposición y elección del lugar, de la libre autonomía negocial; 2) es *contractual*, por cuanto surge de un vínculo de ese tipo y, por ende, importa una cláusula del acuerdo de las voluntades y tiene la fuerza de dicho acuerdo. Para su subsistencia depende del contrato, o bien de un nuevo acuerdo entre las partes; 3) está ligado *accesoriamente* al contrato y es tan *invariable* como él. Luego, no puede ser modificado, salvo nuevo acuerdo de las partes, y 4) es de *interpretación rigurosa o estricta*, ya que importa una modificación parcial al domicilio general, desligándose de su establecimiento normativo, para el contrato de que se trata.

El domicilio de elección no tiene *duración* indefinida, dura mientras tenga vida el contrato. Una vez que éste se ha ejecutado completamente, deja de tener efectos y pierde su vigencia. Puede, sin embargo, ser cambiado, en cuyo caso también deja de subsistir.

En algún supuesto, debido a la modificación material de las circunstancias, tales como demolición del edificio, transcurso muy prolongado sin que se lo hubiera utilizado (número de años que ha considerado la jurisprudencia: 15, 10 y hasta 7) (Rivera), expropiación de la finca donde se constituyó, se ha tenido por no subsistente, disponiéndose las notificaciones en el domicilio general. Sin embargo, al poder ser ficticio, no se ha estimado suficiente que se demuestre que la parte no habitaba en el lugar de su elección.

El *cambio* del domicilio de elección sólo puede efectuarse con conocimiento de la otra parte, si se mantiene dentro de la misma jurisdicción territorial. Por ejemplo, en una ciudad de la misma provincia o el ámbito de la Capital Federal (Borda). Si se lo pretende modificar fijándolo en otra jurisdicción, no es suficiente el mero conocimiento de la otra parte, sino que debe prestar consentimiento, constituyendo el cambio un verdadero acuerdo de voluntades. Ello es así, pues una de las consecuencias principales es la fijación de la competencia de los jueces.

Los siguientes son los *efectos* de la constitución de un domicilio contractual:

1) El domicilio de elección traslada la competencia territorial de los jueces que correspondía (prórroga de jurisdicción), según el domicilio general, a la del lugar elegido por las partes. Esto lo estatuye el art. 102 del Cód. Civil.

De manera que, por ejemplo, si las partes tienen domicilio real en Buenos Aires, y eligen en el contrato la ciudad de San Juan, los jueces de esta provincia serán los competentes para entender en los problemas que suscite la ejecución del contrato.

2) Las notificaciones se efectúan allí, siempre que se trate de las que están ligadas al contrato y su ejecución. No sólo las comunicaciones entre las partes para fijar un plazo, constituir en mora, etc., sino también las judiciales, una vez iniciado el proceso que tiene por objeto ese contrato. Sin embargo, cuando el negocio figura en un instrumento privado, la jurisprudencia plenaria de la Capital (CNCiv, 10/6/54, JA, 1954-III-273; CNCom, 23/5/56, LL, 82-56) exige que la cédula de notificación del traslado de la demanda se dirija al domicilio general que corresponda. A la inversa, si fue constituido en un instrumento público, se admite que ese acto se dirija al domicilio de elección.

El fundamento de la diferencia está en que el instrumento público tiene por sí autenticidad y no puede negarse la verdad de la constitución del domicilio; mientras que el privado no la tiene hasta que esté reconocida la firma por las partes y podría dudarse de su autenticidad, y, con mayor razón, de la declaración con la que se constituye el domicilio.

Lo dicho no impide aceptar que si el instrumento privado fue reconocido después por la parte (vale decir, una vez efectuado el emplazamiento a contestar la demanda en el domicilio de elección), queda convalidada la notificación de la demanda; como, asimismo, que si el contratante recibió la cédula y así consta en ella, no podría después impugnar la notificación que fue directa y personal, y rindió de todos modos sus frutos.

Este domicilio rige para las partes y sus sucesores universales, pero no afecta a los terceros ajenos al contrato, ni ellos lo pueden invocar a su favor.

Estudiar los siguientes casos de jurisprudencia: a) para el domicilio contractual y su vigencia, CNCiv, Sala A, 14/6/79, *ED*, 87-179; *id.*, Sala B, 22/12/82, *LL*, 1984-C-158 *id.*, Sala C, 3/12/93, *LL*, 1993-B-248; b) extinción del domicilio procesal, CNCiv, Sala B, 19/2/62, *JA*, 1962-II-381; *id.*, Sala C, 3/3/81, *ED*, 93-438; *id.*, Sala F, 16/12/77, *LL*, 1978-A-586; c) domicilio del penado bajo curatela, CNCiv, Sala G, 26/2/86, *LL*, 1986-C-187, y d) determinación del domicilio de las sucursales de una sociedad, CNCiv, Sala A, 14/12/87, *ED*, 128-386.

5) NOMBRE

§ 80. **NATURALEZA JURÍDICA. DISTINTAS TEORÍAS.** — El más importante de los elementos de personificación del hombre, para individualizarlo, es el conjunto de palabras por medio de las cuales se lo designa. Nombrar es indicar a alguien como persona individual, y es así que esta fundamental función hace que el nombre, dato formal de identidad, importe la persona misma, pues se identifica con ella. Es también el cartel de su honra, por cuanto a través de la designación se destaca el buen o mal nombre ganado en sociedad por las obras, actitudes y omisiones de cada uno. Sin embargo, hay que distinguir ese honor objetivo, derecho personalísimo, del nombre, que es vehículo de su captación. Con lo dicho se advierte que el nombre individualiza, personifica y es un dato de la identidad individual, necesario para la persona y la sociedad.

Puede decirse que “*el conjunto de palabras que muestran a alguien personal y distinto frente a los demás, es lo que se llama nombre, atributo que junto con los otros conforman la persona en su unidad sustancial*” (Cifuentes).

Se ha discutido la *naturaleza jurídica* del nombre. En un primer momento, y particularmente en Francia, se consideraba que el nombre era un “derecho de propiedad”.

Cada uno tenía la propiedad de su nombre, de lo cual derivaba que podía ser cambiado, enajenado y hasta abandonado, colocándose dentro del comercio jurídico. La libertad de adquisición del nombre, y su defensa delegada en quien lo portaba, eran los esquemas desde los cuales se arribaba a tal conclusión. Pronto se vio que el nombre no podía ser una pertenencia, igual que el dominio, pues cumplía misiones sociales muy destacadas, ya que la individualización no es algo que sólo entre en la esfera de los derechos privados autónomos, sino también en las relaciones privadas y públicas que lo rodean. Con esa amplitud facultativa sería fácil ocultarse, desaparecer, cambiar de individualidad y desconocer las deudas y obligaciones con el simple expediente de mudar el nombre, haciéndose imposible la individualización. Esa experiencia la sufrió la República en los primeros tiempos de la Revolución Francesa. Por ello, se advirtió que no era un derecho con idénticas características al del dominio, pues quedaba fuera del comercio, era irrelevante para el orden con entidad social gravitante, y se requería la obligatoriedad y la inmutabilidad.

Otra doctrina sostuvo que el nombre, desde la cara opuesta a la idea del derecho de propiedad, era una *institución de policía civil* (Orgaz). No es facultativo sino obligatorio, y se impone dentro de la órbita de los deberes y cargas comunitarias.

Pero esta teoría se desentiende del hecho de que, si bien no puede haber un dominio personal del nombre por las causas explicadas, sin embargo, la persona puede salir en defensa de su nombre y, además, lo porta como suyo, gozando de las connotaciones individuales que en él se sustentan.

La mayoría de la doctrina ha colocado al nombre dentro de los “derechos personalísimos”, o mal llamados de la personalidad. De tal modo se goza y se defiende como esos derechos, pero con las restricciones que importan por su relativa indisponibilidad.

Sin embargo, advirtiéndose la fuerza argumental de la teoría de la “*institución de policía civil*”, de ahí proviene la idea

de que es un derecho y un deber. Nuestra ley del nombre (18.248) se adscribe a esta corriente y, en virtud de su art. 1º, se infiere que considera al nombre como un “derecho-deber de identidad”.

Puede sostenerse que el nombre no es un derecho personalísimo, sino simplemente un atributo de la persona.

Ya se ha explicado la diferencia entre los atributos y los derechos personalísimos, a cuyas ideas cabe ahora remitirse (ver § 57). Pero, como destacados juristas ubican el nombre en ese haz de derechos subjetivos (De Cupis, Castán Tobeñas, Bibiloni), o bien se inclinan por la teoría ecléctica, considerándolo un derecho personalísimo y una institución de policía civil (Borda, Llambías), parece necesario detenerse brevemente sobre el tema, que ha sido bien resuelto por otros autores (Pliner, Rivera).

El nombre no es innato, pues no se adquiere simultánea y automáticamente con el comienzo de la persona como tal. Depende de circunstancias posteriores al principio de la existencia. Así, el nombre propio surge por la elección y la inscripción en el registro. El apellido proviene de la filiación por la sangre o por la adopción. Son esos elementos ajenos al hecho de ser los que muestran la condición derivada no innata del nombre.

La persona por nacer todavía no tiene nombre completo, pero ya goza de los derechos personalísimos.

El nombre no tiene un objeto interior, como los derechos personalísimos, sino que viene de afuera por causas que prescribe el orden civil, el cual lo ordena para la función individualizadora.

Está sujeto a diversas posibilidades de alteración, algunas de las cuales pueden gravitar sobre la totalidad, con un cambio absoluto y radical (p.ej., en caso de adopción plena). Los derechos personalísimos no son modificables con tal extensión y entidad.

Si digo que “Tizio es honrado”, atribuyo la cualidad de honrado a quien lleva el nombre Tizio, pero no a la palabra Tizio. La necesidad de distinguir confunde el medio utilizado con los derechos subjetivos de la persona distinguida, entre ellos, los personalísimos, como el honor.

En suma, como atributo que es anterior a todo derecho (es un *prius*) no puede confundirse sin resultados ambiguos con los derechos subjetivos (que son un *posterius*). Ello no obstante que el *nasciturus* no tiene nombre pero sí derechos personalísimos, pues en su estado no requiere que se distinga o individualice, bastando su ligadura carnal con la madre.

§ 81. **CARACTERES.** — Aparte de lo dicho sobre los comunes a todo atributo, debe subrayarse su propia especificidad.

a) **OBLIGATORIO.** Pues toda persona nacida debe llevar un nombre, según lo estatuye el art. 1º de la ley 18.248, y varias de sus reglas abarcando situaciones en las que se soluciona cualquier omisión.

b) **ÚNICO.** Porque no se pueden tener nombres dobles, en el sentido de poder designar de distinta manera a una misma persona. Esto no significa que el nombre sea simple y se componga de una sola palabra, pues, al contrario, es complejo y contiene varias.

c) **ESTABLE.** Según la mayoría de los autores es inmutable. Sin embargo, sólo tiene cierta estabilidad, pues hay diferentes causas que lo modifican parcial o totalmente. Esa modificación está controlada para evitar que la persona la obtenga sin justificación y se confunda con otras, o se oculte de sus obligaciones. La tendencia es darle la mayor estabilidad.

d) **INALIENABLE E INDIVISIBLE.** No sólo no se puede traspasar a otro, sino que la persona tampoco puede tener dos designaciones dividiendo las palabras del nombre que le corresponde.

§ 82. **REGLAMENTACIÓN. LEY 18.248.** La historia demuestra que los nombres se fueron formando por la costumbre, juntamente con el lenguaje, para cubrir la necesidad de identificar a las personas.

En tiempos remotos un solo término bastaba, pero, más tarde, a fin de conformar aquel objetivo, se agregaba una cualidad unida a ese nombre individual, sobre todo si había varios personajes que tenían idéntico nombre. Así, Alejandro Magno, Tales de Mileto, Santiago el Apóstol. Se podía tratar, entre otros motivos, de la fama por una campaña militar, de la ciudad de origen o de una cualidad principal de la vida. Ya en Roma, se tomó en cuenta el nombre individual como *praenomen*, al que se le agregó el *nomen* gentilicio, o designación de la *gens* o familia, y el *cognomen*, que diferenciaba a las distintas ramas de la *gens*. En algunos casos se añadía el *agnomen*, como designación particular que provenía de un suceso que le confería fama al sujeto, generalmente de carácter militar. Tal el caso de Publio (*praenomen*), Cornelio (*nomen*), Escipión (*cognomen*), y Africanus (*agnomen*).

El dominio de los bárbaros trajo las viejas costumbres de un nombre personal seguido de una cualidad, procedencia, actividad, etc. (Juan Sin Tierra, Fernando el Católico, Juana la Loca, Juan Herrero). En muchos casos empezó a formarse el uso de apellidos

como patronímicos, para lo cual se producía en países del idioma español una declinación del nombre propio. Así, de Rodrigo venía Rodríguez, que significaba hijo de aquél. Juan Fernández era hijo de Fernando. Diego Pérez, de Pero. En las sociedades modernas esos apellidos se consagraron en forma definida y se estableció un sistema de individualización más complejo, particularmente derivado de la ascendencia parental.

Aparte de algunas disposiciones del Código con meras referencias (arts. 79, 1001, 1004, etc.) y leyes locales del registro civil — la 1565 de Capital y otras — que se ocupaban del nombre, pero sólo para el cumplimiento de sus fines registrales, no había entre nosotros, hasta la ley 18.248, una regulación orgánica completa.

Hubo otras leyes para cuestiones específicas (p.ej., la 13.010, la 13.252, la 14.367). En 1943 se dictó el decr. ley 11.606 (ratificado por ley 13.030), que impuso restricciones a la elección y, después, las nuevas leyes del registro, que fueron más explícitas aunque siempre limitadas a lo suyo (ley 14.586 y decr. ley 8204/63), hasta que, finalmente, en 1969, se sancionó la ley del nombre (18.248), la cual sólo ha sufrido modificaciones por las leyes de adopción (19.134), de patria potestad (23.264) y de matrimonio (23.515).

A continuación, teniendo en cuenta esas modificaciones, se estudiarán las distintas reglas que contiene la ley del nombre.

§ 83. **NOMBRE INDIVIDUAL O DE PILA.** — Por tradición derivada del derecho romano es el *praenomen*, que la ley llama “nombre de pila” (art. 2º, ley 18.248), por referencia a la pila bautismal (indudablemente incorrecta —ver Pliner—, frente a personas que, por motivos diversos, no son bautizadas, y que tiene un matiz poético no jurídico).

a) **ADQUISICIÓN.** Se adquiere con la inscripción en el acta de nacimiento, y es *elegido* por los padres, como derecho de ambos sin preeminencia de uno sobre el otro (art. 14, ley 23.264, que modificó la ley 18.248).

La modificación significó quitarle preferencia al padre, que tenía antes con exclusividad la patria potestad, y daba la última palabra en la decisión al respecto. Hoy, la patria potestad es compartida e indistinta, de modo que una desinteligencia entre padre y madre llevará a que intervenga la justicia para resolverla. Va de suyo que el recién nacido no está en condiciones de escoger su nombre individual, por eso queda delegada la elección.

Cuando uno de los padres está impedido de hacerlo, falta o está ausente, corresponde al otro o a las personas a quienes hubieran dado autorización, o a los guardadores del menor, o al ministerio pupilar, o a los funcionarios del registro civil. Debe entenderse que ése es un orden de preferencia, pues los nombrados no tienen un rango igual sino sucesivo. En la hipótesis de que no se hubiera puesto nombre al nacer y la persona hubiera usado uno con anterioridad a la inscripción, será el que tomará en cuenta el jefe del registro.

Puede darse el caso de hijos extramatrimoniales no reconocidos o de padres desconocidos (expósitos), que en la vida hayan usado un nombre. Una vez recibidos en el registro e inscriptos, el reconocimiento posterior a la aparición del padre o madre no da derecho a modificar el nombre ya adquirido, siempre que no medie otra causa legítima de modificación.

b) *LIBERTAD DE ELECCIÓN. RESTRICCIONES.* Por otra parte, la ley 18.248, en el art. 3º, sienta el *principio de libertad de elección*, principio éste que está limitado con múltiples prohibiciones enunciadas en sus cinco incisos. Hay evidente exceso en las restricciones (Pliner), y algunas han llevado a tratar el tema desde el punto de vista de su constitucionalidad, con verdaderas vacilaciones por parte de la jurisprudencia.

Se prohíben los siguientes nombres:

1) *EXTRAVAGANTES, RIDÍCULOS, O CONTRARIOS A NUESTRAS COSTUMBRES.* Lo de extravagantes y ridículos tiene un sentido análogo, pues se trata de designaciones fuera del orden común, extrañas, que mueven a risa o burla por su rareza. La expresión “contrarios a nuestras costumbres” debe también tener ese alcance, pues a la postre lo que se quiere es evitar el empleo de palabras que ofendan la dignidad de la persona (Puig Brutau).

Si, en cambio, se le diera una amplitud mayor, como no están definidas normativamente nuestras costumbres, se presenta el concepto restrictivo con caracteres ambiguos, pudiendo permitir retacear inconvenientemente el principio de libertad. Las autoridades podrían ser árbitro de las llamadas “nuestras costumbres”, que no es igual al concepto “buenas costumbres”, y la limitación se interpretaría de una manera distinta, según el sistema de gobierno (democrático o dictatorial), la tendencia de los gobernantes (religiosa o laica), las modas del momento (nacionalizantes o extranjerizantes). De ahí que sería conveniente unir en un solo concepto —contrario a la dignidad— las tres limitaciones: extravagante, ridículo y contrario

a nuestras costumbres, sosteniendo sólo que se reputan inadmisibles los nombres que atentan contra el decoro de la persona (Cifuentes).

Estudiar alguno de los casos y hacer análisis crítico de las soluciones del nombre "Citlali" (CNCiv, Sala A, 23/11/82, LL, 1983-C-281), del nombre "Nelson" (CNCiv, Sala C, 27/12/78, LL, 1979-B-651, con nota de Moisset de Espanés, Luis, *La prohibición de elegir nombres extravagantes, ridículos o contrarios a nuestras costumbres*), y el nombre "Varina" (C2ª CivCom Córdoba, 18/5/73, JA, 20-1973-691).

2) *QUE EXPRESEN O SIGNIFIQUEN TENDENCIAS POLÍTICAS O IDEOLÓGICAS.* También es ambigua esta restricción. En realidad, debiera interpretarse de igual modo que la anterior, por cuanto nombres como "Ateo" o "Fascista", son por cierto ridículos. Pero, en cambio, "Libertad", "Franklin", "Evita", "María Virgen" o "Jesús", dan tendencias políticas y religiosas, pero no son extravagantes, por ello son permisibles, que es la verdadera causa de su admisibilidad.

Estudiar críticamente los casos de jurisprudencia "Evita" (CN Civ, Sala F, 7/8/84, LL, 1984-D-132) y "Democracia" (CNCiv, Sala G, 24/5/84, LL, 1984-C-428). Analizar la imposición como prenombre de "Belgrano" o "Moreno", "Unitario" o "Federal" y establecer si se ubican en alguna prohibición.

3) *QUE SUSCITEN EQUÍVOCOS RESPECTO DEL SEXO.* A un varón, nombre reconocidamente de mujer y viceversa. Hay nombres que son indistintos. Caso de jurisprudencia "Yazmín" (CNCiv, Sala D, 10/10/78, LL, 1978-D-523).

4) *LOS APELLIDOS COMO NOMBRES.* Las designaciones que tienen ya acreditada su condición de apellido, no pueden figurar como nombre individual. En algún caso se han utilizado, tratándose de apellidos extranjeros, como el de "Washington" o "Franklin".

5) *PRIMEROS NOMBRES IDÉNTICOS A LOS DE HERMANOS VIVOS.* Con el fin de evitar confusiones.

6) *MÁS DE TRES NOMBRES.* Antiguamente se usaban muchos y era motivo de dificultades identificatorias, particularmente en los documentos cuando se suprimía alguno o se los confundía.

7) *LOS NOMBRES EXTRANJEROS.* Esta limitación es la más conflictiva por la variedad de casos que se presentan y las seña-

ladas diferencias jurisprudenciales que se han ido produciendo. Las autoridades del registro civil suelen tener una lista o catálogo cerrado, del cual no se apartan, recortando inconvenientemente el derecho de libertad e impidiendo la natural creación idiomática de nombres. Sobre todo, cuando algunos tienen cualidades tradicionales para determinadas familias.

La ley deja a salvo los casos de nombres extranjeros castellanizados por el uso, esto es, asumidos por el idioma español como propios. También los nombres de los padres del inscripto, si fuesen de fácil pronunciación y no tuvieren traducción "en el idioma nacional".

Se trata en verdad del "castellano" que no es idioma argentino, sino de toda Latinoamérica y de España. Asimismo, se exceptúa la prohibición a los hijos de funcionarios o empleados extranjeros de las representaciones diplomáticas o consulares acreditadas en el país, y de los miembros de misiones públicas o privadas que tengan aquí residencia transitoria.

La prohibición de nombres extranjeros en una época (durante el decr. 11.609/43, que era muy parecido) fue declarada inconstitucional, pues se consideró afectada la libertad de cultos al limitar la elección de nombres a los del santoral católico, como las autoridades pretendían (CSJN, 20/4/45, LL, 38-409). Más tarde se cambió esa jurisprudencia, para volverse a ella en 1957 (CSJN, 20/2/48, LL, 50-137; íd., 7/4/48, LL, 50-810; íd., 2/12/57, LL, 89-601). En 1958, nuevamente se declararon constitucionales las restricciones por tratarse de una cuestión de interés público (CSJN, 28/11/58, LL, 96-45, con nota de Borda, Guillermo A., *Vicisitudes de la jurisprudencia de la Corte Suprema en torno al nombre de pila*). La ley 18.248 es más amplia y, en la actualidad, la Corte Suprema admite la vigencia constitucional de las limitaciones en caso de ser nombres extranjeros, aunque con disidencias muy fundadas (CSJN, 9/8/88, LL, 1989-B-253, con nota de Barrancos y Vedia, Fernando N., *La libertad individual y el nombre de las personas*). En realidad, no hay serios fundamentos para semejantes resguardos de nuestra perseguida identidad nacional, pues nada pierde ella con nombres de otro origen, cuando no son ridículos y afrentosos a la dignidad. En cambio, el respeto de elección por los padres nos civiliza e invita al inmigrante, lo complace y permite ampliar el nomenclátor de nombres posibles. Es necesario en este caso, como en otros, materia del lenguaje, el permanente enriquecimiento idiomático. La Constitución nacional llama a todos los habitantes del mundo que quieran habitar el suelo argentino y da ejemplo de respeto de las libertades. Pero la ley, abroquelada en un nacionalismo ideológico circunstan-

cial de sus creadores, y ajeno a nuestros verdaderos intereses, prohíbe a los padres poner nombres extranjeros como si fuera ése el motivo de algún desarraigo, afrentando a las personas que desean venir a nuestro país.

Las resoluciones de admisión o rechazo del registro civil son resueltas por las cámaras de apelaciones en lo civil, como tribunal de apelación.

La jurisprudencia ha sido, por ventura, cada vez más complaciente y abierta, interpretando la norma con la mayor de las flexibilidades posibles.

Casos para estudio: “Anouche”, CNCiv, Sala D, 10/8/78, *LL*, 1978-D-227; “Ibel”, CNCiv, Sala C, 24/8/78, *LL*, 1978-D-349; “Alexander Johan”, CNCiv, Sala E, 19/10/78, *LL*, 1978-D-522; “Sam-pat”, CNCiv, Sala C, 27/9/78, *LL*, 1978-D-524; “Melanie”, CNCiv, Sala B, 30/6/81, *JA*, 1981-III-456; “Yohana Sabrina”, *ED*, 136-296; “Marlitt Katrin Helma”, *ED*, 134-688, y análisis de las excelentes notas de Germán J. Bidart Campos y Daniel E. Herrendorf.

8) **NOMBRES INDÍGENAS.** La ley 23.162, agregó al art. 3º bis a la ley del nombre la posibilidad de imponer los de aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas, que no “contraríen –dice– lo dispuesto por el art. 3º, inc. 5º, parte final”. Esta remisión es evidentemente equivocada y sin sentido.

Casos de jurisprudencia: “Gulmen”, CNCiv, Sala C, 2/12/80, *ED*, 92-657; “Qori y Wamancha”, CNCiv, Sala A, *JA*, 1987-IV-40; “Aluminé”, CNCiv, Sala C, 22/12/78, *LL*, 1979-B-656.

§ 84. **APELLIDO.** – Es el *nomen* de los romanos, al que se unía el *cognomen*. Tiene por misión identificar a la persona en la sociedad. El nombre individual (identificación en la familia) y el apellido (identificación de las familias) son los datos formales de la identidad completa.

a) **HIJOS MATRIMONIALES.** Llevan el primer apellido del padre o, a pedido de los progenitores, si éste es compuesto, los dos que se juntan (p.ej., González Cueto). También, a pedido de ambos, se agrega el de la madre. El interesado puede solicitar esta adición al registro después de los 18 años, que se mantiene definitivamente (art. 4º, ley 18.248).

b) *HIJOS EXTRAMATRIMONIALES*. Adquieren el apellido del progenitor que los reconoció. Si ambos lo hacen simultánea o sucesivamente, se aplica la regla anterior. Pero si el reconocimiento del padre fue pasado un tiempo al de la madre, el cambio que acarrearía puede evitarse, pidiendo al juez que se autorice a usar el de la madre primero cuando el hijo ya era públicamente conocido con él. El hijo, cumplidos los 18 años, hace la opción ante el juez que lo autoriza, siempre que no pasen 2 años (o sea, hasta los 20), o desde su emancipación o reconocimiento paterno.

El hijo de madre viuda lleva su apellido de soltera, solución criticable porque señala indirectamente la extramatrimonialidad (art. 5º, ley 18.248).

Cuando la criatura no tuviere padres conocidos —no reconocida o abandonada—, el oficial del registro lo anotará con un apellido “común”, salvo que al hacerlo ya aquél hubiere usado un apellido, el que le será respetado. Si después se produce el reconocimiento, rigen las soluciones anteriores. A los 18 años se puede pedir la inscripción con el apellido que se hubiere usado (art. 6º, ley 18.248).

c) *EXTRANJEROS*. Los extranjeros, al nacionalizarse, pueden pedir la adaptación a la grafía y fonética castellana de apellidos que son de difícil pronunciación.

d) *MUJER CASADA*. La ley 23.515 (art. 4º), con un criterio moderno y mucho más razonable, ha dispuesto que el uso del apellido del marido precedido de la preposición “de” (fulana de tal) ya no es obligatorio, sino una opción de la mujer casada. Producida la separación, también es optativo continuar con el uso del apellido marital, a menos que sea privada de hacerlo por sanción, o sea, cuando hay motivos graves y el marido lo solicita (p.ej., por caso de deshonor). En caso de divorcio vincular, la mujer pierde el derecho de uso del apellido marital, salvo acuerdo contrario o que por el ejercicio de la industria, comercio o profesión, fuese conocida por ese apellido y solicitare conservarlo para tales actividades.

Anulado el matrimonio, la mujer pierde el apellido matrimonial. No obstante, si ella fuera declarada de buena fe y tuviere hijos, puede ser autorizada judicialmente o conservarlo (art. 11, ley 18.248).

e) *MUJER VIUDA*. Está autorizada para pedir al registro la supresión del apellido marital. En cambio, si contrae nuevas nupcias, pierde el apellido de su cónyuge anterior.

f) *HUJOS ADOPTIVOS*. Llevan el apellido del padre adoptante. En la adopción “simple” puede añadirse como adición, a pedido del adoptado que cumplió 18 años, el apellido de sangre. En cambio, cuando la adopción es “plena” —clase de legitimación adoptiva que creó la ley posterior 19.134—, el adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y se extingue ese parentesco en todos sus efectos (art. 14), por lo que el hijo ya no puede solicitar que se añada el apellido de origen.

Si los adoptantes fueren cónyuges, el adoptado, a partir de los 18 años, puede pedir que se agregue el apellido compuesto del padre o de la madre adoptiva. Tratándose de una mujer viuda, el adoptado en principio, lleva su apellido de soltera, pero existe la posibilidad de que ella pida, con causas justificadas, que se le atribuya el del marido premuerto.

Tales causas pueden ser que el marido hubiera demostrado querer adoptarlo antes de morir, o bien, la necesidad de que aparezca ante el entorno social como hijo matrimonial, si es necesario ocultar la relación adoptiva, lo que normalmente no se aconseja. También es importante que ya hubiera sido, durante la guarda, tenido por hijo del premuerto.

La adopción plena por mujer casada sin que adopte el marido, lleva solución parecida al de la viuda. Con mayor razón si el marido autorizare expresamente a que lleve su apellido (art. 12, ley 18.248).

§ 85. **RECTIFICACIÓN, CAMBIO Y ADICIÓN DE NOMBRE.** — Ya se ha visto que los regímenes legales del nombre sostienen lo que la doctrina llama en general la “inmutabilidad”, la que abarca al nombre como tal, compuesto inescindiblemente por el prenombre y apellido. Sin embargo, es más bien un régimen que busca la mayor estabilidad, pero que tiene variadísimas causas de alteración y hasta cambio total del nombre.

Se pueden clasificar las siguientes vías de modificación:

a) *A MODO DE CONSECUENCIA*. Al cambiar el estado o los hechos que determinan la atribución o conservación de un nombre, se produce legítima y legalmente su automática alteración, que puede inclusive ser total.

Así, por ejemplo, la mujer que al contraer matrimonio opta por usar el apellido del marido, lo que es una costumbre muy arraigada en sociedad; la divorciada vincularmente y vuelta a casar, que pierde uno y adquiere el otro; el hijo que pide alguna agregación de apellido, dentro de las admitidas; el adoptado que pierde a veces completamente el nombre (prenombre y apellido), de acuerdo con las motivaciones legales estudiadas; la mujer que enviuda, etcétera.

b) *A MODO DE SANCIÓN*. En ciertas circunstancias se prohíbe a alguna persona utilizar un nombre por causas que le son imputables.

Por ejemplo, la mujer separada o divorciada que deshonra el apellido del marido.

c) *A MODO VOLUNTARIO*. Es una vía principal de cambio, que debe tener causa legítima. Es a pedido del propio interesado, sea porque la ley expresamente da la opción, o porque en los hechos y circunstancias que rodean ese nombre, se hace sumamente gravoso conservarlo.

Por ejemplo, el caso en que se puede pedir que se agregue el apellido materno, o en la adopción simple el de sangre. En otros supuestos, porque se trata de un nombre ridículo, deshonrado, de difícil pronunciación —caso del extranjero que se nacionaliza—. Pero, acorde con el art. 15 de la ley de nombre, es necesario que se plantee judicialmente el pedido y que medien justos motivos. Esto significa que las meras preferencias individuales, y aun haber utilizado durante un tiempo —largo uso— un nombre que no era el que correspondía según la partida de nacimiento, no es suficiente motivo para requerirlo, pues de lo contrario quedaría a merced del interesado lograr por una conducta de hecho que se produzca el cambio.

Casos de jurisprudencia para estudiar y analizar: conflicto conyugal, CNCiv, Sala E, 10/12/79, *LL*, 1980-B-406; cúmulo de consonantes, CNCiv, Sala A, 29/4/66, *LL*, 122-674; adición de apellido de los guardadores, CNCiv, Sala D, 10/10/66, *ED*, 17-951; adición para evitar homónimos, CNCiv, Sala F, 14/4/82, *LL*, 1982-C-379; motivos religiosos, CNCiv, Sala C, 16/5/61, *JA*, 1961-III-414; *id.*, *id.*, 21/12/82, *ED*, 104-479; 1ª InstCivCap, Juzg. n° 14, 5/8/66, *ED*, 17-494; para evitar confusión en el sexo, CNCiv, Sala A, 5/12/73, *LL*, 154-310; necesidad de juzgar las causas con rigor, CNCiv, Sala C, 28/4/78, *ED*, 79-458; amplitud de apreciación, CNCiv, Sala I, 26/4/89, *LL*, 1990-A-130; el largo uso de hecho, CNCiv, Sala C, 22/2/78, *LL*, 1978-D-226; *id.*, *id.*, 18/4/79, *LL*, 1979-D-276, con nota de Pliner, Adolfo, *El dogma de la inmutabilidad del nombre y los "justos motivos" para cambiarlo*.

Tanto el cambio como la adición son alteraciones del nombre. Sin embargo, el primero es más grave porque implica la sustitución, mientras que el segundo es una agregación de otra palabra a la que se tenía. De ahí que, en este segundo caso, los tribunales no son tan estrictos.

En cuanto a la rectificación, en verdad se trata sólo de enmendar un error al ser inscripto, no de un cambio. Por ello, el procedimiento es generalmente directo ante el director del registro, quien puede disponerlo de oficio o a pedido del interesado. Sus resoluciones son apelables a la Cámara de Apelaciones en lo Civil.

El procedimiento para el cambio o adición es más complejo y siempre judicial, siendo competente el juez del lugar de la inscripción original o el del domicilio del interesado.

Interviene el ministerio público (agente fiscal) y el pedido debe publicarse en un diario oficial por dos meses, una vez por mes, pudiendo haber oposición de terceros. Además, deben pedirse informes sobre la posibilidad de medidas precautorias existentes a nombre del peticionante, como embargos, inhibiciones, etc., a fin de evitar perjuicios a los acreedores. La sentencia que lo admite es oponible a terceros y se inscribe, desde luego, en el registro (arts. 15 a 18 de la ley de nombre).

Casos de jurisprudencia: diferencia entre cambio y adición, CNCiv, Sala C, 21/12/82, *ED*, 104-479; justificación por error al anotarlo, CNCiv, Sala B, 19/8/67, *ED*, 22-364.

§ 86. **PROTECCIÓN JURÍDICA DEL NOMBRE.** – De variadas maneras es posible afectar este atributo, lo que afecta en general a la persona misma, conforme con el concepto expuesto (ver § 80), y nacen acciones que promueve el propio interesado.

Por un lado, se presenta la situación de quien ve que no se admite su nombre, pues hay terceros que niegan nominarlo como le corresponde, lo que importa un desconocimiento del nombre. También, el hecho de que una persona use el nombre de otra como propio, lo que significa usurpar el nombre ajeno. Pero, esta usurpación puede tener dos modalidades que subdividen la cuestión: una, que la apropiación de ese nombre sea para individualizarse, o sea, que el usurpador lo aprovecha en ese sentido; otra, que la apropiación sea para denominar bienes, entes ideales o personajes de fantasía (sean cosas o figuras inventadas). Aquí, la usurpación no es de la identificación sino del nombre, derivándose en una ofensa al honor, porque el uso espurio en tales circunstancias molesta o hiere

la fama. Finalmente, es dable que un individuo solicite el cambio o modificación de su nombre, eliminando alguna homonimia.

Ante estos hechos, al margen de la protección que pudiera brindar el derecho penal, en el derecho civil están previstas acciones de protección del nombre que en cada uno de esos casos tiene proyección diferente: la primera, es la acción de reclamación; la segunda, acción de contestación; la tercera, de supresión, y la cuarta, de oposición.

a) *ACCIÓN DE RECLAMACIÓN*. La persona exige judicialmente que se le designe con su nombre porque alguien se niega a hacerlo, sea en forma completa o en alguno de los elementos (prenombre y apellido). Puede tratarse de alguien que desconoce o niega públicamente el nombre, o afirma que no le corresponde a su titular, o declara que el titular oculta una identificación con nombre supuesto, o bien, se niega a asentar o recibir el nombre.

Por ejemplo: la empresa telefónica se niega a poner el nombre del abonado en la guía; alguien arranca la chapa del nombre que está en la puerta, como si fuera ilegítima su exteriorización; alguien insiste en decir que una persona está utilizando un nombre que no es suyo y le niega la participación en algo con ese nombre —en un club, en una sociedad—.

La demanda de reconocimiento del nombre así impugnado o desconocido, puede requerir que se prohíba en el futuro ese comportamiento y que se publique la sentencia a costa del responsable (art. 20, ley 18.248).

Es necesario, para promover la demanda, tener legítima titularidad del nombre y que se haya producido la acción contraria explicada. Pero no hace falta, como se sostuvo (Orgaz), que se pruebe el perjuicio, así como tampoco, según pensaron otros (Llambías, Rivera), que se demuestre un interés material o moral en demandar, pues basta la acción ilegítima del demandado (Borda, Pliner), que pone al desnudo el móvil que justifique reclamar el nombre. La sentencia tiene efectos *erga omnes*, en el sentido de que hace cosa juzgada para todos los terceros, dando por reconocido que es el atributo de la persona del actor en el juicio (Rivera, Llambías; en contra, Pliner). Puede haber, además, condenación accesoria de daños y perjuicios.

b) *ACCIÓN DE CONTESTACIÓN*. También llamada de *usurpación*, se da cuando uno usa para su propia designación un nombre ajeno. El juicio se inicia para que cese el uso indebido (art. 21, ley 18.248).

Es de advertir que en las sociedades actuales, ante la gran concentración general demográfica, no es posible evitar las homonimias, pues hay infinidad de apellidos que son comunes a diversas familias y se pueden elegir idénticos prenombrs. De ahí que, si dos personas tienen el mismo nombre que les corresponden como titulares legítimos, esta acción carecería de fundamento. Es necesario, pues: 1) ser titular, y 2) que otro se aproveche del nombre sin derecho, pues, en el caso de homonimias que puedan ser molestas o perjudiciales, lo único posible es solicitar algún cambio del nombre para evitar la similitud.

En general, se exige en el demandante la prueba de la existencia de un interés para contestar el nombre usurpado, pues se considera que puede no haber ninguno y, en ese caso, no habría base para iniciar el juicio (en contra, Borda; a favor, Rivera, Pliner, Llambías, Orgaz). De lo que se trata es de evitar molestias y confusiones, y, por otra parte, el seudónimo con nombre ajeno es de utilización legítima cuando no afecta un interés del titular.

La orden de abstención como condena principal puede llevar aparejada la acción de daños y perjuicios materiales y morales. También en este caso el fallo hace cosa juzgada absoluta y no limitada a las partes del litigio (Rivera, Llambías; en contra parcialmente, Pliner).

c) *ACCIÓN DE SUPRESIÓN*. Al ser utilizado “maliciosamente” —según la expresión del art. 21 antes citado— para la designación de cosas y personajes de fantasía, causando un perjuicio material o moral.

En verdad, esta parte del artículo de la ley 18.248 protege principalmente el honor, que no es un atributo sino un derecho personalísimo (ver § 41). No obstante, puede verse una bifurcación tutelar, pues a la vez el nombre y el honor o buen nombre están en la cuestión. Por un lado, el uso abusivo del nombre; por el otro, la lesión a la honra u honor objetivo que ese nombre representa al identificar a una persona en particular. Designar con el nombre un bien exterior, una enseña o marca comercial, un personaje de teatro, importa evocar una persona individual a más de dañar su fama (Pliner).

La ley, con un verdadero error destacable, exige que la acción sea “maliciosa”. Malicia significa dolo, perversidad, intención de dañar. El error está en que podría causarse un

perjuicio por negligencia o imprudencia en la utilización del nombre, lo que esa interpretación textual dejaría sin tutelar en esta situación frente a un uso impropio del atributo ajeno (Cifuentes). Para Borda la malicia se presume del hecho, pero esto, que no se sujeta al texto, siempre deja sin protección al caso en que no hubo intención de agravar o molestar.

Análisis de jurisprudencia:

Caso anterior a la ley 18.248: CCiv 1ª Cap, 3/9/44, JA, 1946-III-116.

Casos que aplicaron la ley 18.248: CNCiv, Sala F, 17/2/76, LL, 1976-C-144; íd., Sala B, 27/10/80, JA, 1981-II-611.

d) *ACCIÓN DE OPOSICIÓN*. El titular de un nombre que pretende asumir un tercero al solicitar un cambio o adición de su nombre, puede oponerse para evitar una homonimia, en defensa de su denominación (Pliner). Se exige que el oponente tenga un interés, y la sentencia, que por causa de la oposición no hace lugar al cambio o adición, hace cosa juzgada absoluta.

§ 87. *EL SEUDÓNIMO*. – Es un nombre de fantasía que es utilizado por las personas con diferentes objetos, en las obras y actividades artísticas, científicas, literarias, etcétera. En general, es para ocultar la verdadera identidad, pero puede servir también para poner de relieve una personalidad artística o famosa, aunque no se utilice un medio que realmente pueda ocultar aquella identidad. El seudónimo se puede formar con una palabra de una cosa, un bien, otros nombres, una idea o pensamiento objetivo, y hasta con otro seudónimo.

La ley protege el seudónimo cuando hubiere adquirido notoriedad, equiparándolo al nombre. Esto porque también el seudónimo, que reemplaza en una actividad específica al nombre, se identifica con la persona en la obra o actividad de que se trata.

La ocultación maliciosa y fraudulenta con un seudónimo (p.ej., para cometer delitos o para después no pagar una deuda que se ha contraído con nombre supuesto), desde ya no está protegida. El uso legal del seudónimo para ocultarse tampoco puede extenderse a todas las actividades de la persona, pues no puede sustituir al nombre en los actos públicos: documentos de identidad, relaciones judiciales, presentaciones a la Administración pública, etc., pues de lo contrario sería una manera de cambiar el nombre, que, como se ha

visto, está prohibida. En cambio, en limitados aspectos (p.ej., en el arte o en la tarea científica), es posible usar el seudónimo como pantalla debajo del cual se oculta el verdadero nombre. Se han dado casos en que una persona famosa ha sido identificada por la sociedad completamente con su seudónimo, como ocurrió con el escritor español Martínez Ruiz, que se hizo llamar Azorín, y fue tan expansiva la identidad de ese nombre de fantasía que hasta a su señora se la llamaba señora de Azorín.

La notoriedad para adquirir el seudónimo es cuando éste se propaga y adquiere una función individualizadora como el nombre. El seudónimo puede inscribirse en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual (art. 3º, ley 11.723), hoy Dirección Nacional del Derecho de Autor, pero, a partir de la ley del nombre, el elemento de apropiación es la notoriedad, lo que suele ocurrir por un largo uso, aunque no sea ésta una exigencia puntual, pues basta la identificación pública del sujeto que lo ha utilizado.

Estudiar el caso de CNCiv, Sala C, 22/12/88, *LL*, 1989-C-1, con nota de Villalba, Carlos A., *El derecho al seudónimo*.

Análisis crítico del caso de CNCiv, Sala E, 28/5/74, *ED*, 55-440, y las distintas opiniones de los jueces.

Caso del seudónimo que se vuelve nombre: CNCiv, Sala F, 5/6/86, *LL*, 1987-E-184, con nota de Leiva Fernández, Luis E., *De las soluciones singulares a las indebidas generalizaciones*.

6) CAPACIDAD

§ 88. **CONCEPTO. REMISIÓN.** — *Capacidad* es la aptitud o posibilidad jurídica de gozar y obrar los derechos. Se divide en capacidad *de derecho*, aptitud de ser titular, y capacidad *de hecho*, aptitud para ejercer los derechos por sí mismo. La capacidad es la regla básica, pues sólo existen incapacidades como excepciones que establece la ley. No puede haber otras incapacidades que las que la norma determina (arts. 52 y 53, Cód. Civil).

Son incapaces de hecho absolutos, es decir, que no pueden ejercer por sí la totalidad de los derechos: las personas por nacer; los menores impúberes; los dementes declarados tales en juicio; los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, también declarados en interdicción. Son incapaces rela-

tivos los menores adultos, pues pueden otorgar por sí los actos que las leyes les autorizan expresamente (arts. 54 y 55, Cód. Civil).

Las incapacidades de derecho no están sistematizadas en la ley, sino que surgen de las diferentes prohibiciones que en ella se contienen. Son incapacidades relativas, nunca absolutas, y generalmente establecidas por razones de orden público y para resguardar intereses generales. De igual modo, la capacidad de derecho o de ser titular de derechos es siempre relativa, pues no hay persona que actúe en la vida jurídica sin restricciones o prohibiciones derivadas de su estado, vinculaciones civiles y familiares.

En lo que atañe al régimen de incapacidades e inhabilitaciones, ver § 89 y siguientes.

CAPÍTULO III

RÉGIMEN DE INCAPACIDAD E INHABILITACIÓN DE LA PERSONA DE EXISTENCIA VISIBLE

A) MENORES

1) CONSIDERACIONES GENERALES

§ 89. *EL MENOR Y LA CAPACIDAD.* – Son menores impúberes todos los que una vez nacidos no han llegado a cumplir 14 años. Son menores adultos los que van de los 14 a los 21. Cumplida esta edad se pasa a la categoría de mayor y se llega a la capacidad plena de hecho. Esto ocurre automáticamente el día del cumplimiento de los 21 años, sin necesidad de autorización judicial o de los representantes (art. 129, Cód. Civil). Ver § 95.

§ 90. *SITUACIÓN DE LOS IMPÚBERES.* – Si bien los menores que no han cumplido 14 años tienen capacidad de derecho, puesto que pueden ser titulares de derechos y obligaciones, están colocados en incapacidad absoluta de hecho, de modo que, en principio, no pueden obrar por sí en la administración y disposición de los derechos patrimoniales, ni respecto de aquellos que les son personales, ni en la dirección de sus personas. La ley presupone aquí falta de madurez para actuar y sienta la regla de la incapacidad de hecho absoluta o total.

Los menores, por tanto, deben ser tutelados y dirigidos, puesto que la ineptitud establecida no es más que un medio de protección para evitar daños y aprovechamientos, por ser personas que naturalmente no tienen condiciones de habilidad e idoneidad frente a los demás. Por tal causa, estos menores

tienen representantes necesarios y legales que se ocupan de ellos y obran por ellos.

Quando la ley dice que la incapacidad es absoluta quiere significar que no pueden ejercer ninguno de sus derechos. En algunos casos se ha puesto en duda esta norma general, particularmente acerca de ciertos actos, llamados "pequeños contratos", que acostumbra a realizar sin impedimento social ni legal. Tal la compra de útiles escolares, golosinas, transporte en medios de locomoción, etcétera. Podría sostenerse, sin embargo, que ocurre así porque los menores están autorizados por los padres o representantes (tutores), y ejercen en tal sentido un mandato al actuar en nombre de aquéllos. En efecto, dichos representantes podrían impedir que lo hicieran y hasta disponer lo contrario, comunicándolo a las otras partes, lo cual invalidaría la actuación propia de los impúberes. Luego, no puede considerarse que ejercen un derecho por sí, ya que les sería impedido a voluntad del representante.

En cambio, acorde con lo que dispone el art. 1897, el mandato puede ser conferido válidamente a una persona incapaz de obligarse, y el mandante está obligado por la ejecución del mandato, tanto respecto del incapaz como acerca de los terceros con quienes hubiera contratado el menor.

Naturalmente que este mandato tácito es revocable, como todo mandato (arts. 1963 y 1970, Cód. Civil).

Hay que señalar que el ejercicio del mandato no puede crear ningún compromiso al incapaz, ni con respecto al mandante ni acerca de terceros que contratasen con el incapaz (art. 1898, Cód. Civil). En definitiva, el menor no obra en este caso ni en su nombre ni para sí, sino en nombre del mandante, a quien obliga.

Otra excepción es la del art. 2392, según el cual un menor que ha cumplido 10 años puede adquirir por sí la posesión de las cosas. También antes de los 14, pueden trabajar con autorización del ministerio pupilar y en empresas donde actúan miembros de su familia y que, a su vez, no sean nocivas o peligrosas (art. 189, ley 21.297). Por otra parte, y también siendo impúberes, si el menor se hallare en urgente necesidad y no pudiese ser atendido por sus padres, puede adquirir los suministros indispensables. Se considera que esos suministros (alimentos; dinero para curación de urgencia; o para volver a su casa; etc.) fueron autorizados por los representantes (art. 269, Cód. Civil, y ley 23.264).

§ 91. **SITUACIÓN DE LOS ADULTOS.** — Los menores adultos tienen incapacidad relativa.

La confusa redacción del art. 55 del Cód. Civil, cuando establecía que dichos menores eran incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos, fue mejorada por la ley 17.711. Un efecto, determinado el *status* de incapacidad de hecho, es la regla que sólo se levanta cuando por excepción la norma confiere aptitud para actos determinados. Por eso, la nueva redacción estatuye: “*Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar*”.

Con ese alcance, pueden señalarse las excepciones más significativas:

a) Para contraer matrimonio se exige la edad de 16 en la mujer y 18 en el hombre (anteriormente se requería 14 y 16; ley 14.394, art. 14). Antes de esas edades sólo es posible casarse con intervención judicial, previa dispensa que se confiere excepcionalmente por el juez, quien cita a una audiencia a los menores y a sus padres o representantes, otorgando la dispensa si el interés de aquéllos lo aconseja (arts. 166, inc. 5º, y 167, Cód. Civil, y ley 23.515 de reformas).

b) Los menores adultos pueden reconocer hijos sin autorización del padre (art. 286, Cód. Civil).

c) A partir de los 18 años pueden otorgar testamento (art. 3614, Cód. Civil) y donar órganos (ver § 36).

d) Ser testigos en juicio desde los 14 años (art. 426, Cód. Procesal).

e) Defenderse en juicio penal desde los 14 años (art. 286, Cód. Civil).

f) Ejercer el comercio habilitados por sus padres a partir de los 18 años (arts. 10 a 12, Cód. de Comercio). Ver § 95.

g) Recibir cosas en depósito necesario (art. 2228, Cód. Civil).

h) Celebrar contratos de trabajo (ver § 92).

i) Los menores adultos pueden ingresar en comunidades religiosas y en las fuerzas armadas o de seguridad, con consentimiento de ambos padres (art. 264 *quater*, Cód. Civil, según ley 23.264).

§ 92. **RÉGIMEN LABORAL.** – A partir de los 14 años, el menor puede celebrar contrato de trabajo con autorización paterna, que se presume si no hay oposición de los representantes

(art. 283, Cód. Civil, y art. 204, ley 20.744). Los adultos que han celebrado en esas condiciones contrato de trabajo, pueden entrar en juicio por cuestiones derivadas de ese contrato, agruparse y ser parte en asociaciones profesionales. Pueden donar los bienes obtenidos con su trabajo (art. 1807, inc. 7º, Cód. Civil) y, por tanto, administrar y disponer de esos bienes.

Sin autorización de los representantes, a partir de los 18 años pueden celebrar contrato laboral, en actividad honesta y aun ejercer la profesión con título habilitante. Tanto en un caso como en otro, el menor administra los bienes obtenidos con su trabajo, dispone de ellos sin restricciones y puede estar en juicio civil o criminal por acciones judiciales relacionadas con el trabajo (art. 128, Cód. Civil). Después de la reforma de la ley 23.264, ya no cabe duda de que sólo desde los 18 años pueden ejercer oficio, profesión o industria sin autorización paterna (art. 275, Cód. Civil). Antes de esa edad, el adulto requiere autorización de ambos padres, ésta se presume por el hecho de desempeñar un empleo, profesión o industria (art. 283). Ver § 95.

§ 93. **RESPONSABILIDAD.** – La responsabilidad o atribución de las consecuencias de los actos con obligación de responder por ellos, depende de la existencia del discernimiento. El discernimiento es la *aptitud natural del ser humano dada por su inteligencia* (Freitas), *para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias*.

Los menores, a medida que avanzan en edad, van adquiriendo mayor madurez intelectual para discernir. Nuestro sistema legal en este caso, en lo que concierne a la obtención del discernimiento, establece categorías rígidas, no flexibles, pues no admite la indagación en cada sujeto acerca de sus condiciones naturales, sino que considera en general el discernimiento según el número de años. En ese sentido establece que los menores de 10 años carecen de discernimiento para los actos ilícitos, y los menores de 14 años no lo tienen para los actos lícitos (art. 921, Cód. Civil). Es decir que prescinde de hacer un juicio individual, para indagar si por sus dotes personales el menor puede o no comprender intelectualmente los asuntos que le conciernen, y presume, sin admitir prueba en contrario, que en esas edades carece de ellas.

Tratándose de actos ilícitos (o extracontractuales), los hijos menores de 10 años no son responsables, pero responden los padres por los daños que causen (arts. 273 y 1114, Cód. Civil). Esta responsabilidad se transfiere a los establecimientos donde el menor ha sido colocado de modo permanente, bajo la vigilancia y autoridad de otra persona (art. 1115). Los de 10 años cumplidos son responsables, aunque sus padres también lo son en forma refleja. Éstos pueden repetir del hijo las indemnizaciones que paguen por la responsabilidad indirecta.

Tratándose de actos lícitos, a menos que el menor a la vez carezca de capacidad para el acto, tampoco responden hasta los 14 años. Esta regla de irresponsabilidad tiene la excepción explicada en el § 90.

2) LA EMANCIPACIÓN

§ 94. **DISTINTAS CLASES.** — Analizaremos las diversas circunstancias relacionadas a la emancipación.

a) **EMANCIPACIÓN POR MATRIMONIO.** Al contraer matrimonio los menores quedan emancipados, o sea que cesa la incapacidad de hecho, adquieren capacidad, pero subsisten algunas restricciones. La emancipación transforma la condición básica de incapacidad del menor en capacidad, pero ésta no es completa, pues subsisten excepciones legales al pleno ejercicio de esa capacidad.

Las excepciones a esa capacidad están enunciadas en los arts. 134 y 135 del Cód. Civil. Hay dos categorías de actos:

a) **Actos absolutamente prohibidos**, que no pueden realizar por sí mismos ni aun con autorización judicial: 1) aprobar las cuentas de sus tutores y darlas por terminadas, pues aquéllos, al finalizar su mandato legal, deben rendir cuentas de la administración que llevaron a cabo en el plazo que el juez ordena (art. 460, Cód. Civil); 2) hacer donación de los bienes que hubiesen recibido a título gratuito, o sea, entrado en su patrimonio por donación, legado o herencia, y 3) dar fianza de obligaciones en favor de terceros, acto que también compromete gratuitamente al fiador.

b) Actos *que sólo pueden realizar con previa autorización judicial*, o, en su caso, del cónyuge mayor: 1) la disposición onerosa de los bienes recibidos antes o después de la emancipación a título gratuito (por herencia, legado o donaciones). La autorización puede darla el juez, o el otro cónyuge, si es mayor de edad, y 2) hacer partición extrajudicial de los bienes de la herencia, pues sólo es posible dividir esos bienes entre mayores, aunque siempre deban adjudicarse con intervención del juez (art. 3465, inc. 1º).

El art. 136 establece la directiva a la que corresponde sujetarse para conceder la autorización judicial en los casos del párrafo precedente. Sólo podrá otorgársela en casos de absoluta necesidad o de ventaja evidente para el emancipado, y, además, las ventas que se proyecten deben efectuarse por subasta pública (ver § 95).

1) *IRREVOCABILIDAD DE LA EMANCIPACIÓN. DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO.* La emancipación matrimonial es irrevocable, luego no puede dejarse sin efecto aunque se estime que el menor no es idóneo para actuar en la vida jurídica, ni aunque muera uno de los cónyuges y permanezca viudo, o aunque se divorcien e inclusive uno u otro o los dos disuelvan el vínculo matrimonial.

En todas esas situaciones en que la condición básica productora de la emancipación ha cesado, el menor que no haya llegado a la mayoría, conserva la capacidad adquirida, existan o no hijos del matrimonio disuelto. Sin embargo, la nueva ley de matrimonio 23.515, si bien mantiene la capacidad del emancipado que haya disuelto el vínculo matrimonial, le prohíbe volverse a casar mientras no cumpla 21 años (art. 133, Cód. Civil; ver § 95). Es decir que el menor divorciado debe esperar hasta la mayoría para contraer nuevas nupcias.

2) *NULIDAD DEL MATRIMONIO. EFECTOS.* Para que se produzca la emancipación por matrimonio, es presupuesto lógico que el menor celebre un matrimonio válido y ajustado a las exigencias formales y de fondo establecidas en la ley 23.515 de matrimonio civil.

Si por causa de algún vicio existente al tiempo de casarse, el matrimonio fuera declarado inválido, la emancipación se pierde y es de ningún efecto a partir de la sentencia que declara la nulidad, volviendo el menor a la situación de incapacidad (art. 132, Cód. Civil). Sin embargo, cuando el cónyuge es de

buena fe (matrimonio putativo), en el sentido de que desconocía el vicio que invalidaba su matrimonio, para él subsiste la emancipación y conserva la capacidad que había adquirido. La emancipación, por tanto, queda sin efecto sólo cuando el cónyuge o los cónyuges son de mala fe, porque conocían la irregularidad legal del matrimonio.

3) *MENORES CASADOS SIN AUTORIZACIÓN. SANCIÓN.* En el excepcional caso de que los menores se hubieran casado sin pedir la dispensa judicial por la minoridad (caso en que no hayan alcanzado 16 años la mujer o 18 el varón); o si no obtuvieron la autorización de los dos padres o de quien ejerza la patria potestad, o en su caso del tutor o la venia supletoria del juez, tratándose de menores que cumplieron dichas edades, o hubieran sido habilitados (art. 168, Cód. Civil, según ley 23.515), dispone el art. 131, párr. 2º, que el menor no tendrá la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibiere a título gratuito (herencia, legado o donación), continuando a su respecto el régimen de administración y usufructo de los padres, hasta que cumpliera la mayoría. Pueden, sin embargo, los representantes habilitarlos y permitir así la administración, levantando la sanción legal (ley 23.264). Ver § 95.

b) *HABILITACIÓN DE EDAD.* El Código Civil no contempla otra emancipación que la del matrimonio y sus efectos sobre el régimen de la minoridad (ver § 95).

Advirtiendo el legislador la necesidad de hacerlo más flexible, frente a las nuevas condiciones de la sociedad y las mayores instrucciones y libertades que la juventud fue adquiriendo, la ley 17.711, que siguió una extendida línea legislativa extranjera sobre la materia, creó la emancipación por habilitación de edad, o dativa (Rivera). Sin embargo, una tendencia más acusada y que atiende a lo que en la legislación comparada se viene consagrando en casi todos los países, propugna que la mayoría de edad se otorgue, no a los 21 años, sino a los 18. El anteproyecto de reformas al Código Civil (vetado por el Poder Ejecutivo), acercándose a esta idea, pero sin plasmarla completamente, creaba la solución de la emancipación automática a la edad de los 18 años, aunque mantenía la mayoría a los 21.

El actual art. 131, sustituido por la ley 23.264, dispone en su párr. 3º: *“Los menores que hubieren cumplido 18 años podrán emancipar por habilitación de edad con su consentimiento*

y mediante decisión de quienes ejerzan sobre ellos la autoridad de los padres. Si se encontraran bajo tutela, podrá el juez habilitarlos a pedido del tutor o del menor, previa sumaria información sobre la aptitud de éste. La habilitación por los padres se otorgará por instrumento público que deberá inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Tratándose de la habilitación judicial bastará la inscripción de la sentencia en el citado registro”.

Esta habilitación o emancipación dativa expresa es, por tanto: a) *voluntaria*, de quien tiene a su cargo el menor y de acuerdo con éste; b) *revocable*, pues puede dejarse sin efecto; c) *formal*, porque se exigen requisitos de solemnidad para concretarla; d) *pública*, dado que se da a publicidad en resguardo de los terceros, y e) *de orden público*, como todo lo que concierne a los efectos de la edad sobre la capacidad de la persona y, en consecuencia, no puede extenderse ni restringirse, modificando los efectos señalados en la ley.

Dos casos se regulan en la norma.

1) Cuando el menor está bajo la patria potestad de sus padres o de alguno de ellos, son éstos quienes directamente la conceden, sin más recaudo que cumplir con la forma establecida, esto es, otorgarla por instrumento público (antes se exigía escritura ante escribano), la cual debe ser inscripta en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Quiere decir que no sólo el escribano puede extender el instrumento de la habilitación, sino también es posible otorgarla entre otros casos por acta judicial, ante el asesor de menores o en el Registro Civil, dando cumplimiento a la posterior inscripción. Si el padre y la madre ejercen conjuntamente la patria potestad, se requiere el consentimiento expreso de ambos para “habilitarlos”. Si uno de ellos no diere ese consentimiento y el otro desea otorgar la habilitación, o si mediare imposibilidad de uno para prestarlo, resuelve el juez lo que convenga al interés familiar, que, en este supuesto, generalmente coincide con el interés del hijo (arts. 264 y 264 *quater*, según ley 23.264). Además, la ley ha establecido obligatoriamente la solución que en algunos casos había adelantado ya la jurisprudencia, en el sentido de que también el menor a quien se desea habilitar debe dar su consentimiento, para evitar que los padres lo dispongan unilateralmente con el fin de desentenderse de las obligaciones que tienen para con los hijos menores (especialmente la alimentación).

2) En caso de menores que se hallan sometidos a tutela, la habilitación no la deciden directamente el tutor y el pupilo, sino que se la debe solicitar al juez competente.

La solicitud pueden presentarla tanto el menor que ha cumplido 18 años como el tutor, y el juez los tiene que oír en sumaria información, a fin de establecer si aquél es apto. Naturalmente que interviene el ministerio pupilar y aconseja lo prudente. La sentencia que se dicte debe ser inscripta también en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

1) *EFFECTOS*. La emancipación dativa produce los mismos efectos que la que proviene del matrimonio, rigiendo para ella las ineptitudes ya estudiadas de los arts. 134 y 135 del Cód. Civil. Sin embargo, esta opinión no es unánime y en algún antecedente se ha establecido que la habilitación de edad, a diferencia de la emancipación matrimonial, coloca al habilitado en situación de capacidad sin restricciones (CNCiv, Sala K, 10/4/89, LL, 1991-C-193, con nota de Arson de Glinberg, Gloria H., *Situación jurídica del emancipado por habilitación de edad bajo tutela*). Además, acorde con el nuevo régimen matrimonial de la ley 23.515 (art. 168, Cód. Civil), no confiere capacidad para contraer matrimonio, ni entre sí (dós menores habilitados), ni con otra persona mayor de edad.

En estos casos siempre se exige el consentimiento de los padres o de quien ejerza la patria potestad, del tutor cuando ninguno de ellos la ejerce, o, en su defecto, la autorización del juez, concedida por dispensa y atendiendo al interés del menor emancipado, en las condiciones que establece el art. 167.

2) *REVOCACIÓN DE LA HABILITACIÓN DE EDAD*. A diferencia de la emancipación por matrimonio, la cual, atendiendo a la necesidad de proteger la independencia de los cónyuges y el desempeño paterno libre, cuando tienen hijos es irrevocable, la habilitación dativa puede ser dejada sin efecto cuando lo aconsejen las circunstancias.

La revocación sólo puede pronunciarse judicialmente, ya que los padres o tutores, por su sola voluntad, no estarían legitimados para dejarla sin efecto.

Para lograr la revocación, es necesario demostrar que el menor habilitado no está en condiciones de continuar bajo el régimen de capacidad, pues realiza actos que son inconvenientes y que lo perju-

dicen. La demanda de revocación puede ser incoada por los padres o tutores que ejercían la tutela cuando fue otorgada la emancipación, o por el asesor de menores e incapaces. Hay que oír al interesado para que se defienda, dándole la oportunidad de probar que es idóneo su desempeño en la vida civil, y, naturalmente, al ministerio pupilar como parte necesaria.) La sentencia que admita la demanda de revocación debe ser inscripta en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, para comunicar la nueva situación de incapacidad del menor.

§ 95. **MAYORÍA DE EDAD A LOS DIECIOCHO AÑOS.** — Los países del mundo se deciden por fijar un régimen de mayoría de edad, más adelantado al existente. Así, las Leyes de Partidas de España, siguiendo los precedentes romanos, la establecía en 25 años. Algunos fueron rebajando la edad y la tendencia actual es reducirla a 18 años, como en España, a partir de 1978 (art. 320-1, Cód. Civil), Italia, Francia, Alemania, etcétera. Inclusive, en nuestra América, muchos países ya la han establecido (Perú, Venezuela, México, Uruguay, entre otros).

Los medios de comunicación adelantaron el tiempo de comprensión de las cosas, de tal modo que los conocimientos que ellos difunden y el sistema de la vida moderna, conllevan a reconocer a quienes han cumplido esa edad la plena capacidad y, al mismo tiempo, las responsabilidades que les sobrevienen. A los 18 años se ejerce el derecho político de elegir a los gobernantes.

La Cámara de Diputados de la Nación aprobó un proyecto de ley y lo elevó al Senado (17/7/92, ver Apéndice, III) estableciendo tal mayoría de edad, pero dispone que hasta los 21 años se mantenga la obligación alimentaria por parte de los padres (art. 265, párrafo agregado, Cód. Civil); ello sin perjuicio de que aquéllos acrediten que el mayor de 18 años cuenta con recursos suficientes para proveerse alimentos por sí mismo.

Naturalmente que estas disposiciones dejarían sin contenido las que establecen la habilitación de edad civil y comercial a partir de los 18 años, cuyo régimen sería derogado de sancionarse el nuevo. Así, salvo el caso del título profesional habilitante, se dejaría sin efecto el régimen de contrato de trabajo a partir de dicha edad (ver § 92). En cambio, se mantendrían, en materia de previsión y seguridad social, los beneficios hasta los 21 años y, en el orden penal, las penas privativas de la liber-

tal se cumplirían en instituciones especializadas, pero a partir de esa edad pasarían a las destinadas a los adultos, que en definitiva no modifica el régimen actual.

En general, la posible nueva ley conserva ciertos beneficios para los mayores que no lleguen a los 21 años, reconociendo así que, no obstante su capacidad y discernimiento, son personas que merecen un trato diferencial, colocándolos en una situación no del todo definida, sino intermedia.

§ 96. **HABILITACIÓN COMERCIAL.** — Paralelamente con el régimen general estudiado y que se extiende a todos los actos de la vida civil, existe un régimen especial de habilitación para ejercer el comercio, el cual solamente atañe a esta clase de actividad negocial.

Los arts. 10 a 12 del Cód. de Comercio regulan el ejercicio mercantil de los menores, estableciendo la posibilidad de que toda persona que haya cumplido 18 años pueda hacerlo, considerando el autorizado y mayor para los actos de comercio. Sobre mayoría de edad, ver § 89.

Dado que el art. 134, inc. 3º, del Cód. Civil prohíbe al emancipado afianzar obligaciones, no es posible que avale las comerciales, o asuma el compromiso solidario de las sociedades colectivas, en comandita o de capital e industria, así como afianzar obligaciones mercantiles, transmitir acciones no integradas totalmente, etcétera. Por ello, se considera que el menor emancipado civilmente no pueda ejercer el comercio sin que se le confiera la habilitación comercial por el modo que estatuye el Código de la materia (Rivera). Ver § 94.

La emancipación comercial a partir de los 18 años puede ser expresa o tácita. La primera es la dada por los padres o por el juez si no existieren, debiendo inscribirse en el Registro Público de Comercio. Es tácita cuando resulta de la circunstancia de que el menor ha sido asociado al comercio del padre.

Esta habilitación no se extiende más allá de los actos y obligaciones comerciales, conservando el menor su incapacidad para todos los demás actos de la vida civil, a menos que a la vez obtenga la emancipación civil ya estudiada. Una vez que se la otorgó, la emancipación comercial permanece y sólo puede ser retirada por disposición judicial y a solicitud de los representantes del menor, debiendo el retiro ser inscripto como medio de publicidad para terceros en el citado Registro (Rivera, Borda).

B) DEMENTES

§ 97. **CONCEPTOS CIENTÍFICO, SOCIOLÓGICO Y MÉDICO-JURÍDICO.** – La palabra “demente”, en realidad, atiende a un solo tipo de enfermedad mental relacionada con la debilidad o anormalidad del desmemoriado que no puede coordinar ideas (antiguamente llamado *mente captus*, que es en español el *mentecato*).

En la imbecilidad, insuficiencia mental congénita, con ausencia total de las ideas, y en la locura propiamente dicha, que viene a ser el furor, el arrebato, se observan otras facetas de anormalidades graves, al igual que cuando se trata de la manía, en la cual se concreta la desviación patológica en un solo objeto. A estas formas de patología ya clásicas y que habían sido explicadas por Philip Pinel, es dable agregar muchos otros estados que se fundan en la triple consideración de las anormalidades intelectivas (alienación), volitivas (debilidad de espíritu) y afectivas (personalidades psicopáticas o locura moral). Por eso es más apropiado y prudente, para captar el avance de las ciencias psiquiátrica y médica, hablar de “enfermos mentales”, terminología que abarca todos los supuestos actuales y futuros. Sin embargo, los términos “demente” y “demencia” han sido consagrados por el uso, a pesar de su parcialidad, y el propio codificador los consideró con carácter genérico en la nota al art. 3615 del Cód. Civil.

Tres criterios han sido tenidos en cuenta:

a) La ciencia jurídica nutre su desarrollo en la realidad que debe abarcar. En tal sentido ha habido una tendencia a confundir sus objetivos con los de la ciencia médica. De ahí que pueda advertirse que se ha preconizado un *concepto exclusivamente científico-psiquiátrico* para caracterizar la incapacidad por demencia.

Este criterio, admitido aún por algunos autores (Nerio Rojas, Molinas, Yungano), pero que está en retirada, pretende establecer la incapacidad según los dictados de la ciencia médica al clasificar y describir los estados patológicos. Dicha tendencia corre el riesgo de cristalizar en la ley un concepto que puede quedar en retardo, frente al avance y los nuevos descubrimientos de la ciencia psiquiátrica en franca proyección. Impide, además, captar otras realidades que interesan al derecho, pues según el art. 52 del Cód. Civil, sólo se pueden declarar las incapacidades que establece la ley. Delega en especialistas de la medicina la determinación de la incapacidad de las personas, dejando al margen la valoración jurídica que es

la que debe atenderse, sin descuidar, naturalmente, los logros científicos que dan base a las soluciones del derecho.

La solución explicada es hoy abandonada con razón, pues de lo que se trata en el derecho es de juzgar la conducta y vinculación del demente con la sociedad, desde el punto de vista de sus derechos y obligaciones y de la preservación de su persona.

b) En contraposición con el criterio puramente científico, aparece otro encerrado en aspectos puramente *sociológicos* sin atender a más consideraciones. Es decir, desvinculándose del tipo de enfermedad que aqueja a la persona, y admitiendo que sea ésta mental u orgánica. A lo que exclusivamente atiende este criterio es al modo como la persona se desenvuelve en la sociedad, sosteniendo su incapacidad, aunque sea sana de mente, si por defectos físicos se lo considera inapta al respecto.

Este criterio, seguido también por Spota, es asimismo criticable, pues la mala administración del patrimonio puede depender de muchos factores y se corre el riesgo de coartar la libertad e introducirse el poder público en forma materialista según una apreciación social de los rendimientos, sobre la base de pruebas discutibles y de valoraciones judiciales que tienden a circunscribir más de lo necesario la vida de los individuos.

c) Mayoritariamente se admite hoy un tercer criterio ecléctico, que comprende ambos aspectos del problema y es *médico-jurídico*. No sólo hay que atender a la enfermedad mental, como base de la intromisión en la capacidad de las personas mayores, sino también a la repercusión que esa patología médica puede producir sobre los rendimientos en la administración de los bienes y el cuidado y dirección de la persona.

Se hace una valoración económico-social, individual-familiar, teniendo por base una meta seria y segura, como es el presupuesto de la enfermedad de la mente o la disminución de las facultades mentales. Ambos aspectos son interdependientes, de modo que, faltando dicha enfermedad, no cabría incapacitar a la persona, pero, aun suponiendo su existencia, tampoco sería ello posible si la demencia no repercutiese en la vida social, económica, personal y familiar del individuo (Borda, Llambías, Aráuz Castex, Rivera, Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia).

§ 98. **SOLUCIÓN LEGAL.** - El Código de Vélez Sársfield, siguiendo la fuente de Freitas, inspirada en la clasificación psi-

quiátrica de Philip Pinel, dio un concepto puramente científico-médico en el art. 141, al definir la demencia como la que padecen *quienes están en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque la manía sea parcial*.

De este modo abarcaba el furor o locura (manía total); la pérdida o debilitamiento de la razón (demencia); el idiotismo o ausencia de condiciones orgánicas congénitas intelectuales (imbecilidad-oligofrenia), y la manía parcial (psicopatías de punto fijo). Las falencias de este concepto fueron puestas de manifiesto por muchos autores en tiempo posterior a Vélez, particularmente porque la clasificación se había quedado retrasada frente a la evolución científica. Pero al margen de la definición, el Código exigía también separadamente el otro elemento para incapacitar a la persona, ya que al disponer cuándo podía darse curador a los mayores, señalaba al incapaz de administrar sus bienes (art. 468, Cód. Civil), e indicaba que tales eran los dementes, aun cuando pasaran por intervalos lúcidos, y el sordomudo que no sabía leer ni escribir (art. 469).

La reforma de la ley 17.711 sustituyó el art. 141 y dispuso al respecto, mejorando la definición y consagrando el criterio ecléctico médico-jurídico: "*Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes*".

Aparte de todo ello, hay que señalar que la enfermedad mental, para que sea considerada en orden a la incapacidad, debe llenar ciertas condiciones.

a) **HABITUALIDAD.** Tiene que manifestarse como anomalía mental duradera, aunque pueda interrumpirse por algunos intervalos, llamados intervalos lúcidos, pero que no implican curación total y definitiva sino sólo transitoria.

De modo que las enfermedades pasajeras o las personas sanas que padecen en algunos momentos desequilibrios nerviosos o mentales, no pueden ser incapacitados por falta de esa condición en la enfermedad mental.

b) **GRAVEDAD.** Una enfermedad poco desarrollada, un mal leve, no puede llevar a la seria consecuencia de la incapacidad absoluta de hecho. Es necesario que la anomalía sea grave y haga presumir la ineptitud jurídica del enfermo.

La apreciación es de grados y depende de las circunstancias y de las investigaciones que debe ponderar el juez. La vejez, la embria-

guez habitual, los rasgos psicopáticos y alguna otra debilidad no muy acentuada, no son causa de demencia, pero pueden llevar a la necesidad de declarar la inhabilitación.

§ 99. **PERSONAS QUE PUEDEN SER DECLARADAS DEMENTES.** — Cumplidas las condiciones expuestas sobre la enfermedad y sus caracteres, hay que examinar si la persona por causa de ella no está en condiciones de cuidarse a sí misma (dirigir su persona) o administrar sus bienes. En caso de que así sea, es dable hacer la declaración general de su incapacidad, que se llama "*interdicción*". Y esa interdicción aun es posible a pesar de que el demente pase por intervalos lúcidos.

Estos intervalos lúcidos son paréntesis más o menos prolongados de mejoría. Las enfermedades mentales en muchos casos presentan esa situación, que en psiquiatría se considera curación completa, aunque sea transitoria. Para el derecho se está frente a un intervalo lúcido, que viene a ser una interrupción del delirio o de la enfermedad, con la certeza de que el paciente volverá a recaer en sus anomalías, pues no está definitivamente curado.

En esas condiciones, *toda persona mayor* que sufra enfermedad mental puede ser declarada incapaz, inclusive las que ya fueron anteriormente inhabilitadas o emancipadas, y hasta los sordomudos declarados incapaces, debido al distinto régimen entre una situación y otra (arg. art. 155, Cód. Civil).

Se excluye a los menores impúberes (art. 145), puesto que, como soportan ya una incapacidad de hecho absoluta, no sería razonable duplicar esa ineptitud, sobre todo si se tiene en cuenta que los padres o bien el tutor, que los dirige y representa, están obligados a velar por su salud.

También se excluye a las personas que fueron demandadas por demencia y la sentencia les fue favorable, declarándolas sanas (art. 146). Existe, en este supuesto, cosa juzgada, pero podría iniciarse nueva demanda o denuncia de insania por hechos posteriores, que no habían sido considerados cuando se rechazó la primera denuncia.

La solución legal tiende a evitar la acumulación de demandas persecutorias y, por esa causa, inclusive no admite las iniciadas por persona distinta de la que promovió la primera que fue rechazada, dado que la sentencia que la rechazó extiende sus efectos *erga omnes*.

§ 100. **CAPACIDAD Y ACTOS DE LOS DEMENTES NO INTERDICTOS.** — Tres situaciones deben contemplarse, en caso de actos realizados por dementes que no fueron declarados tales.

a) **ACTOS DE DEMENTES QUE SANARON ANTES DE QUE SE DICTARA SENTENCIA DE INTERDICCIÓN.** Como hasta que la demencia sea declarada por sentencia de juez competente, la persona no es incapaz, esos actos en principio son válidos. Podrían, sin embargo, anularse si el interesado puede demostrar que debido a su estado de insania mental, carecía de discernimiento *en el momento mismo de celebrar el acto*.

b) **ACTOS DE DEMENTES QUE FUERON REALIZADOS CON ANTERIORIDAD A QUE SE DICTARA LA SENTENCIA DE INTERDICCIÓN.** En el tiempo que va desde que empieza la enfermedad mental, se descubre y se inicia el juicio de demencia, hasta que se dicta la sentencia que la declara, se reputa que la persona es capaz. Sus actos entre tanto también, en principio, son válidos, pero como al dictarse después la sentencia de interdicción puede sostenerse que hay un largo período de sospecha sobre la salud mental del individuo, basta probar que, *en la época de realizar el acto, era públicamente conocido como falto de salud mental*.

El período de sospecha es de toda razonabilidad, pues ninguna enfermedad mental es espontánea o aparece en forma inmediata, sino que generalmente se va agravando y tiene un principio más o menos definido. Como más tarde esto se ha confirmado con la sentencia del juez, es posible suponer que el incapaz no tenía normal discernimiento ya antes de la interdicción. Por ello, los peritos médicos tienen que dar diagnóstico y pronóstico, pero también señalar el posible origen de la patología psiquiátrica.

c) **ACTOS ENTRE VIVOS DE DEMENTES, QUE SON IMPUGNADOS DESPUÉS DE LA MUERTE DE ÉSTOS, A QUIENES NO SE LES DICTÓ SENTENCIA DE INCAPACIDAD EN VIDA.** Estos actos también se los debe reputar válidos, pues no fue retirada la capacidad del individuo y, en principio, los herederos no pueden pretender anularlos. Sin embargo, ello sí podría suceder si por los actos mismos surge la locura o si ellos fueron consumados después de interpuesta la denuncia de demencia, pero antes de que se dictara la sentencia. En este segundo supuesto tendrían que probar también que, *en el momento de realizar el negocio, estaba demente*.

La ley aquí es más severa por dos motivos. Uno, a fin de evitar que una vez muerta la persona se discuta por apetencias puramente hereditarias la validez de sus actos, sin que ya la persona, debido a la muerte, pueda prestarse a aclarar un aspecto tan suyo como es la salud mental. Otro, porque los herederos son quienes en general tienen obligación proteccional de iniciar el juicio de insania y no lo han hecho, recayendo sobre ellos la sanción moral de tener que admitir sin discusión los actos del fallecido.

En los supuestos explicados, la carga de la prueba recae sobre la persona que impugna la validez del acto, pero la otra parte podría probar a su vez que el demente no declarado pasaba por un intervalo lúcido, y de esa forma mantener la vigencia del negocio. En cambio, los actos realizados por un demente interdicto, esté o no en intervalo lúcido, son siempre nulos.

Lo dicho se aplica a los negocios entre vivos. Cuando se trata de actos de última voluntad (testamento, donación de órganos, etc.), las soluciones tienen un régimen específico en los arts. 3615 y 3616 del Cód. Civil. En estos casos hay que entender que se establece la validez de los actos de última voluntad otorgados por dementes en intervalos lúcidos, hayan sido o no declarados tales por sentencia (Borda, Fassi, Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia).

De igual modo debe entenderse, aunque tampoco es opinión unánime, que todos los actos personalísimos, como reconocer hijos extramatrimoniales, celebrar matrimonio, donar órganos para después de muerto, la revocación de testamento, entre otros, los cuales no pueden ser suplidos por el representante, son válidos si se realizan en intervalos lúcidos. De esta manera, se evita una incapacidad que, en estos casos, sería de derecho, al no ser actos efectuados sin discernimiento y que sólo puede hacerlos válidamente el interdicto (Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia). Respecto de la celebración del matrimonio, el actual art. 166, inc. 8º, del Cód. Civil (ley 23.515), estatuye como impedimento "*la privación permanente o transitoria de la razón...*". Luego, abarca al demente declarado y permite el matrimonio en estados lúcidos, o cuando el interdicto ha curado antes de su rehabilitación por sentencia (Belluscio).

§ 101. **LOS ARTÍCULOS 473 Y 474 DEL CÓDIGO CIVIL.** - Las soluciones expuestas en el párrafo anterior fueron establecidas en estas normas, que se inspiraron en el Código francés.

El art. 473 dispone: “*Los [actos] 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*”.

Quiere decir que, siendo notoria la demencia, aunque el otro contratante que hizo el negocio con el insano pretenda alegar y probar que desconocía la demencia, en esa *época del contrato* (o sea, un tiempo antes o posterior al acto), se puede invocar la nulidad de todas maneras, pues habría *imprudencia* de la persona que hace un negocio con un loco notorio.

Además, aun suponiendo que no fuera públicamente conocida la demencia, lo cual implicaría que el otro contratante estaba en condiciones de sostener la validez del acto, de todos modos se podría anular si el demente después curado o su representante puede probar que *en el momento de celebrarlo* carecía de discernimiento por su enfermedad, ya que, en este caso, se equipararía la situación a la de todos los casos en que se contrata sin discernimiento (Llambías, Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia; en contra, Borda).

La reforma de 1968, ley 17.711, hizo el siguiente agregado a la disposición: “*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*”.

Con ese agregado se pretendió dar solución distinta a la explicada y aun, avanzando sobre el régimen general de las nulidades y sus efectos frente a terceros (art. 1051, Cód. Civil), quedaría desprotegido el insano. Debe, pues, interpretarse la norma en el sentido de que cuando habla del contratante de buena fe y a título oneroso, se refiere, no a la parte que se vinculó con el demente, sino a los verdaderos terceros, o subsiguientes adquirentes de derechos personales o reales, ajenos a ese primer acto entre el insano y el primer adquirente (Cifuentes).

Si el acto es a título gratuito, de todas maneras se podrá solicitar la nulidad, haya o no habido notoriedad, sea o no de buena fe el otro contratante.

El art. 474 estatuye: “*Después que una persona haya fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad, a no ser que ésta resulte de los mismos actos, o que se hayan consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad*”.

Esta disposición no rige si se demostrare la mala fe de quien contrató con el fallecido".

A las dos excepciones comentadas cuando se impugna un acto de demente muerto, en el sentido de que sólo es posible demandar la nulidad si el vicio surge del mismo acto por sus intenciones, cláusulas insólitas, precio vil injustificado, etc., o que ya los herederos hubieran iniciado en vida del demente la demanda de interdicción antes de que se haya consumado el acto, la reforma agregó una tercera excepción. Según ésta, la prohibición de invalidar los actos del demente fallecido no opera si se puede probar que quien contrató con el insano fallecido tenía conocimiento de su enfermedad mental, y era, por tanto, de mala fe.

§ 102. **NECESIDAD Y EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INTERDICCION.** Sin la sentencia de interdicción que compruebe la demencia y la declare, por más insana que esté la persona conserva la capacidad de hecho.

La necesidad de que el juez intervenga y dicte el fallo es una garantía con respecto al grave efecto de quitarle a una persona la capacidad, imposibilitándola de actuar por sí misma en la vida civil en todos los órdenes. De ahí que la ley se haya preocupado muy particularmente por exigir un pronunciamiento imparcial y fundado en la prueba para llegar a ese extremo, e inclusive, como más adelante se verá, imponiendo asimismo la prueba pericial médica.

Dicha sentencia produce efectos en tres aspectos muy importantes para la persona.

a) Restringe la libertad y establece un régimen de vigilancia y de administración, que queda en manos de un representante.

b) Significa establecer la incapacidad de hecho absoluta del demente, el cual a partir de ese momento no puede otorgar actos válidos.

c) Por ello mismo, todo acto que éste realice en la administración y disposición de sus bienes es inválido, estuviera o no en intervalo lúcido cuando lo realizó. Ello aparte del problema de los actos de última voluntad y otros personalísimos (como el matrimonio, el reconocimiento de un hijo, etc.), que tienen un régimen propio.

El art. 472 es en este sentido muy preciso, cuando dispone: “*Si la sentencia que concluya el juicio, declarase incapaz al demandado, serán de ningún valor los actos posteriores de administración que el incapaz celebrare*”.

Se debe considerar que el acto de un demente declarado es nulo, pero de nulidad relativa.

§ 103. **NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE EL JUICIO DE INSANIA.** —

Si bien en general todas las normas que se dictan para encarrillar los juicios tienen carácter procesal, en este caso el legislador ha dado una serie de normas en la ley de fondo, a fin de establecer las directivas a que se debe sujetar este delicado e importante proceso. Paralelamente, los códigos procesales reglamentan y dan el complemento necesario a esas directivas, pero no pueden contrariarlas, en tanto se trata de normas subordinadas.

El legislador no ha avanzado, sin embargo, sobre el federalismo, pues la íntima vinculación del sistema de pruebas y efectos de la sentencia con la persona y su capacidad, demuestra que es cuestión del derecho sustancial, sin perjuicio de que las normas adjetivas, en cada una de las provincias, regulen el modo de aplicar las disposiciones del Código Civil.

Es importante considerar la clase de proceso que lleva a la sentencia de interdicción o de desestimación de la denuncia, para tener en cuenta sus efectos y las facultades ejercitadas por las autoridades que intervienen. Puede estimarse, dentro del debate doctrinal que su naturaleza ha suscitado (si voluntario, controvertido o contencioso, o bien con mezcla de ambos), que es un proceso en el cual no hay partes con derechos subjetivos contrapuestos, pero, sin embargo, hay en él controversia —potencial o actual— respecto de los hechos y de su calificación jurídica. El juez que no puede promoverlo, sin embargo, no se limita a la comprobación de esos hechos, sino que, según el art. 140 del Cód. Civil, los valora y hace el encuadre jurídico. (Para verificar la demencia, debe hacer una investigación que es iniciada por otros legitimados y que le permita decidir si la enfermedad mental priva al sujeto de la aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.) (Luego, es un proceso de naturaleza compleja, de contienda que puede o no ser actual o

interveniendo en su transcurso --entre partes--, en el cual la función del juez se acentúa con mayor autoridad en la dirección y actuación con impulso de oficio, sin que requiera --una vez iniciado-- ser activado por las partes. El interés público está comprometido, pues la capacidad de las personas es materia vinculada al orden público, no pudiendo renunciarse ni quedar librada a la voluntad de las personas (Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia).

Por lo expuesto, la consecuencia es que el denunciante no puede paralizar el proceso si desea desistir, éste debe continuar aunque quien haya iniciado la acción pretenda retirarla (Fenochietto - Arazí). Además, el allanamiento del denunciado es irrelevante, por estar afectado el orden público (art. 307, ap. 2ª, Cód. Proc. Civil y Com.) y tampoco se aplica la perención de instancia aunque se demoren los trámites (Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia).

Conforme al art. 147 del Cód. Civil *son partes* el curador *ad litem* y el asesor de menores. Además, el art. 627 del Cód. Proc. Civil y Com., faculta al denunciante y al presunto insano para aportar pruebas, por lo que, desde sus respectivas pretensiones de acusación y defensa, debe considerárselos también partes en el juicio (Rivera, Fenochietto - Arazí, Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia; en contra, Spota).

a) *PERSONAS QUE PUEDEN HACER LA DENUNCIA.* Según el art. 144 del Cód. Civil pueden pedir la declaración de demencia las siguientes personas o entes.

1) *ESPOSO O ESPOSA NO DIVORCIADO.* Dictada la sentencia que declara el divorcio de los cónyuges, no podría ninguno denunciar al otro como demente.

La norma tiene el sentido de evitar las persecuciones y venganzas, particularmente por el encono que suele desatarse cuando los esposos se divorcian. Incluso ha sido éste el fundamento para que se sostenga que tampoco es posible promover la insania si están *de hecho separados* o si antes de la sentencia de divorcio se ha promovido ya el juicio para obtenerlo (Orgaz; en contra, Llambías).

Se ha criticado esta solución no flexible, pues, en muchos casos, el cónyuge separado y hasta el divorciado por sentencia, pueden conservar el afecto y tratar de ayudar para que se cure y se eviten los males del insano no provisto de medios. Hubiere sido preferible dejar librado a la apreciación judicial, cuando realmente la pro-

movión del juicio tiene un sentido o el otro, atendiendo a la seriedad de la denuncia (Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia).

2) *PARIENTES DEL DEMENTE*. Sean éstos matrimoniales o extramatrimoniales, directos o colaterales, pueden presentarse a solicitar que se declare la demencia. Sin embargo, la interpretación unánime sostiene que sólo es posible hacerlo hasta el cuarto grado de parentesco, pues a partir de ahí no hay derechos sucesorios y conviene poner un límite a la posibilidad de efectuar estas denuncias.

3) *MINISTERIO DE MENORES*. En su condición de funcionario que vela por los menores e incapaces, el asesor de menores tiene legitimidad para iniciar el juicio de insania.

Inclusive es importante que así sea, pues puede recibir denuncias por parte de personas que no tienen esa legitimidad (parientes lejanos -cónyuge divorciado- juez o terceros interesados) y promover, si lo considera conveniente, el juicio de demencia.

4) *EL RESPECTIVO CÓNSUL, SI EL DEMENTE ES EXTRANJERO*. Aunque se ha pensado que esta norma no tiene aplicación práctica, la experiencia demuestra lo contrario.

Por otra parte, parece necesario mantenerla, pues los insanos extranjeros que no conocen el idioma español, se encuentran más protegidos por medio de las personas que pueden entenderlos y apreciar por la expresión de su pensamiento su situación mental (Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia).

5) *CUALQUIER PERSONA DEL PUEBLO, CUANDO EL DEMENTE ES FURIOSO O INCOMODA A SUS VECINOS*. La acción popular se limita a poner de manifiesto la existencia del demente y los peligros e incomodidades que puede producir, pero no es parte en el juicio la persona del pueblo que hace la denuncia.

La enumeración del art. 144 es *taxativa*, en el sentido de que no hay otros legitimados para iniciar las actuaciones. Sin embargo, se considera que el insano mismo tiene que poder iniciar su propio juicio de demencia y la ley no tenía por qué enunciarlo especialmente.

Se discute si el tutor de un menor puede hacerlo, y se considera que la solución afirmativa tiene indudable sustento, pues el tutor reemplaza a los padres en el cuidado y vigilancia de los menores y éstos son los parientes más indicados al efecto. De todos modos, la actuación del ministerio pupilar vendría a llenar todos los vacíos, recogiendo los pedidos pertinentes, inclusive de los jueces, que no están habilitados para incoar de oficio el proceso de insania.

b) *SERIEDAD DE LA DENUNCIA.* La necesidad de evitar aventuras judiciales que tengan las graves repercusiones propias de un juicio de insania, que provocarían persecución, venganzas personales y molestias insoportables (internaciones, exámenes médicos, retiro de la administración de los bienes, inhibiciones, etc.), han llevado al legislador a exigir recaudos mínimos, para asegurar que las denuncias sean serias y exclusivamente traten de proteger a la persona que podría estar en la condición de demente. Ello así aparte del derecho del denunciado a reclamar por daños y perjuicios si, a pesar de todo, puede probar que fue demandado de mala fe y sin motivos verdaderos.

Uno de los recaudos de dicha seriedad se relaciona con la comprobación *prima facie* de que existe una enfermedad mental. En este sentido, aparte de acreditar su legitimación por ser uno de los sujetos comprendidos en la enumeración comentada, el actor tiene que acompañar *dos certificados médicos* sobre la salud mental del presunto incapaz y su peligrosidad actual. Debe, asimismo, explicar adecuadamente los hechos que lo inducen a denunciarlo.

Si no fuere posible obtener esos certificados, porque el denunciado se niega a la revisión o por alguna otra causa impositiva, el juez, a pedido de parte, dispondrá que lo revisen dos médicos forenses, que deben expedirse dentro de las 48 horas.

Estos profesionales pertenecen al cuerpo médico que actúa bajo la superintendencia de la Cámara del Crimen en la Capital Federal, y tienen por misión colaborar gratuitamente con los jueces (perciben un sueldo del Estado), para informarles según ellos lo requieran. La Cámara Civil ha dispuesto que en estos casos deben actuar especialistas en psiquiatría.

En el supuesto de que el presunto enfermo impida su revisión, según las circunstancias del caso, el juez puede ordenar su internación por 48 horas, para obtener el examen que, naturalmente, no pase de los aspectos psiquiátricos implicados.

c) *EL CURADOR "AD LITEM".* Este curador está destinado a actuar en el proceso de insania, defendiendo al denunciado como insano. Si éste no lo fuera, es indudable que su defensa propia sería suficiente, pero en el estado de sospecha que la denuncia produce, se hace imprescindible designarle un defensor que actúe en el juicio. Por ello, el art. 147 del Cód. Civil

estatuye: “*Interpuesta la solicitud de demencia, debe nombrarse para el demandado como demente, un curador provisorio que lo represente y defienda en el pleito, hasta que se pronuncie la sentencia definitiva. En el juicio es parte esencial el ministerio de menores*”.

Cabe destacar que la defensa del curador debe ser amplia, en el sentido de que no se limita a demostrar la capacidad del denunciante ni tampoco es puramente representativa. No sólo aquél puede presentarse y actuar en su defensa en forma paralela, y aun asumiendo posiciones contrarias, sino que si el curador advierte la necesidad de una mayor investigación para obtener la verdad objetiva, aunque con ella se lo declare insano, debe actuar en consecuencia, pues por esa vía realiza su misión tutelar. La mejor defensa puede consistir en la interdicción tuitiva (Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia).

El curador *ad litem* debe ser un abogado de la matrícula, que elige el juez con independencia de la parte denunciante. Pero si el presunto insano es pobre, circunstancia que habrá de acreditarse, el nombramiento del curador *ad litem* recae sobre uno de los curadores oficiales de alienados, que son funcionarios a sueldo del Estado para actuar en estos juicios.

d) *CURADORES DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES Y DEFINITIVO*. Además el curador *ad litem*, cuya función se limita a la defensa procesal del denunciado en el juicio de insania y no en otros en que sea parte, puede ser necesario nombrar un administrador de los bienes del presunto insano. Así ocurre cuando se dan las siguientes condiciones:

- 1) La *existencia de un patrimonio* del denunciado que requiera ser administrado.
- 2) Que esa administración librada al presunto insano pueda serle *ruinosa*, pues se trata de proteger sus bienes.
- 3) La demencia debe *aparecer notoria e indudable*. Es decir, el juez debe tener fundados motivos para admitir la existencia de la enfermedad y de su conocimiento general (art. 148, Cód. Civil).

Esta última exigencia se vincula con la gravedad de la medida, pues al nombrarse un curador provisional a los bienes, se le quita la administración, coartando su libertad; e inclusive, a pesar de que to-

clavía se reputa capaz al denunciado hasta que se dicte la sentencia que lo incapacite, si actuara con sus bienes al margen del curador provisional, sus actos podrían reputarse inválidos, ya que a partir de ese nombramiento le está prohibido hacerlo.

El nombramiento del curador provisional a los bienes recae sobre la persona que elija el juez, a menos que el denunciado sea menor de edad, en cuyo caso ocupan la función los padres o el tutor (art. 149).

En la generalidad de los casos, el juez agrega esta función a la del curador *ad litem*, para evitar mayores gastos y una duplicación de retribuciones honorarias.

Las funciones del curador a los bienes se limitan a la custodia y conservación del patrimonio del presunto insano.

Podría, sin embargo, en virtud de circunstancias excepcionales y para evitar perjuicios a aquél, solicitar autorización al juez para realizar actos de administración ordinaria (venta de bienes de la explotación; locaciones de inmuebles; designación de empleados, etc.), así como representarlo en juicios que tuviera el presunto insano tanto si es demandado como si es actor.

En el acto de hacerse cargo de esta curatela, debe recibir los bienes, previo *inventario* o descripción detallada de éstos que se le entregan, a menos que la composición de ellos fuera sumamente sencilla. Además, siendo como se ha visto notoria la demencia, el juez tiene que decretar la inhibición general de bienes y las medidas de preservación de los muebles (art. 629, Cód. Proc. Civil y Com.) para asegurar la indisponibilidad por parte del denunciado. La inhibición se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Las funciones del curador *ad litem* y del administrador provisional de los bienes terminan con la sentencia que declara la demencia o rechaza la denuncia. En la primera hipótesis se nombra un *curador definitivo*, que, a partir de ese momento, asumiendo ambas funciones, cuidará del demente y administrará en forma amplia su patrimonio.

El curador definitivo se designa respetando el orden legal establecido por el Código Civil (arts. 476, 478 y 390, modificados por ley 23.264), sin perjuicio de la facultad otorgada al respecto a los padres (art. 479).

La principal misión del curador definitivo es cuidar que el demente recupere la salud y a ese efecto tiene que emplear con preferencia las rentas de sus bienes.

c) *PERITACIÓN MÉDICA. OBLIGATORIEDAD Y ALCANCE.* Una vez conformados los requisitos de promoción del proceso de insania, el juez lo abre a prueba por 30 días y dispone recibirlas para averiguar la veracidad de la denuncia y dictar la sentencia. La providencia de apertura a prueba se notifica personalmente al presunto insano.

Son partes que actúan en esta etapa del juicio tanto el curador *ad litem* como el presunto insano, quien puede defenderse ofreciendo pruebas de su capacidad y controlando las que se fueran produciendo. El denunciante también puede proponer medidas sobre los hechos que invocó en la demanda y, por tanto, es parte del juicio, así como el ministerio pupilar que interviene en todo momento.

La principal y obligada prueba por mandato legal es la del dictamen de peritos médicos psiquiatras o legistas.

Este examen de facultativos es independiente del que se exige con certificados, sin profundizar, al iniciarse el juicio. Pueden proponerse todos los otros medios de prueba (testigos, documentos, presunciones), pero la pericial no debe faltar, porque sin ella no es posible dictar la sentencia de declaración de insania (art. 142, Cód. Civil).

La ley procesal exige el nombramiento de tres peritos médicos, que nombra de oficio el juez. Si el denunciado carece de medios designará a los médicos forenses. Los expertos deben expedirse con la mayor precisión, sobre: 1) diagnóstico; 2) fecha aproximada en que la enfermedad se manifestó; 3) pronóstico; 4) régimen aconsejable para la protección y asistencia del presunto insano, y 5) necesidad de su internación.

Una vez producida la prueba hay que oír a todas las partes (traslado por 5 días), para que hagan mérito de su resultado y el juez quede en condiciones de dictar el fallo.

El alcance de la peritación médica es de suma importancia, pues, por lo general, las conclusiones de ella son atendidas por el juez. Se discute si, además de esa importancia, son obligatorias, de modo que el juez no pueda apartarse de tales conclusiones.

Es indudable que si esa prueba no es única, pues se admite la producción de cualquier prueba que esclarezca la cuestión, por principio la opinión de los peritos no puede obligar al juez, quien tiene que hacer mérito en general de las constancias de la causa para tomar una decisión propia, sin verse constreñido a ponderar una sola de las pruebas.

Se ha sostenido, sin embargo, que cuando el peritaje determina que el denunciado es sano, el juez no podría apartarse de ese dictamen; en cambio, si el peritaje concluyera estableciendo la demencia, el juez sí estaría en condiciones de resolver lo contrario (Orgaz, Llambías, Rivera).

Esta opinión, en realidad, no está sostenida por ninguna norma expresa y convierte al dictamen pericial en un elemento definitivo, que sujeta la opinión del juez a lo puramente psiquiátrico en determinadas condiciones.

Por ello, ante la actual significación de la demencia, que es una valoración médico-jurídica, hay que considerar que el juez tiene siempre la última palabra en la declaración de la incapacidad, pudiendo no sólo ordenar otras medidas para asegurarse de la verdad (reconocimiento personal del juez -art. 633, Cód. Proc. Civil y Com.-, nuevos exámenes médicos, testigos, etc.) y resolver según corresponda, han sostenido los peritos que el denunciado es sano o no; e inclusive modificar la calificación que en el dictamen se propone, estableciendo la inhabilitación o viceversa. La jurisprudencia, sin embargo, se pronuncia en favor de la citada opinión, aunque hay fallos últimos de más amplias perspectivas (Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia).

§ 104. **JUICIO DE REHABILITACIÓN.** - Dispone el art. 150 del Cód. Civil que la cesación de la incapacidad requiere un nuevo examen médico y la declaración del juez del total restablecimiento de la salud del insano.

Las personas que pueden iniciar el juicio de demencia, están legitimadas para solicitar el de rehabilitación, pero también el insano y el curador definitivo. En general, los trámites ya comenzados para la declaración de insania son los que hay que seguir para la rehabilitación.

TRABAJOS PRÁCTICOS

a) Redactar una petición de rehabilitación, enunciando los hechos que llevaron a la demencia y a la curación, y ofreciendo la prueba de esta última.

b) Redactar una sentencia de rehabilitación, exponiendo los resultados y considerandos pertinentes, así como la parte dispositiva de la sentencia.

c) Analizar una peritación médica y su contenido, en la que se aconseja la rehabilitación.

d) Sobre la incapacidad para realizar actos del demente declarado, estudiar los siguientes fallos: CNCiv, Sala D, 19/10/62, *LL*, 108-530; *id.*, Sala C, 23/4/84, *LL*, 1984-C-T26. Sobre la restricción administrativa cuando se nombre curador a los bienes, CNCiv, Sala C, 8/5/80, *ED*, 88-620; *id.*, Sala D, 28/10/83, *LL*, 1984-B-142. Sobre la aplicación del art. 473 y la posibilidad de probar la demencia en el momento del acto, opiniones divergentes de Llambías y Borda, CNCiv, Sala A, 13/9/62, *LL*, 109-229, y *JA*, 1963-III-55. Sobre la aplicación del art. 474 y las cláusulas absurdas del acto, CNCiv, Sala A, 4/5/67, *JA*, 1967-III-342; *id.*, Sala C, 15/10/76, *ED*, 71-207. Sobre si el precio vil o no vil da pruebas de estado demencial, CNCiv, Sala C, 4/11/82, *JA*, 1983-III-206; *id.*, Sala B, 20/11/79, *ED*, 86-665. Sobre el conocimiento de la otra parte acerca de la demencia del fallecido, CCivCom1ª BBlanca, 8/4/69, *ED*, 27-455. Sobre la posibilidad de dictar testamento en intervalo lúcido, CNCiv, Sala A, 20/9/60, *JA*, 1961-III-118; *id.*, Sala F, 19/11/80, *ED*, 92-344.

C) SORDOMUDOS

§ 105. **INCAPACIDAD DEL SORDOMUDO.** — Entre las personas mayores de 14 años que pueden ser incapacitadas están no sólo los dementes, sino también los sordomudos *que no pueden darse a entender por escrito*, según los arts. 54, inc. 4º, y 153 del Cód. Civil.

Los pueblos antiguos de primitivas costumbres menospreciaban a los sordomudos y los consideraban seres inferiores situándolos entre los locos o los que padecían idiotismo, y hasta en algunos casos (galos, bárbaros, espartanos antes de Licurgo), fueron sacrificados por ser hijos de la maldición divina e inútiles para la defensa. Este rigor se atemperó con el correr del tiempo, pero se mantuvo la idea de que eran personas con ausencia total de entendimiento, ya que no podían utilizar la palabra para comunicarse y expresar sus pensamientos. Con la humanización de las costumbres que sobrevino después de la Edad Media, se dieron los primeros pasos para modificar esas ideas y admitir que el sordomudo no carece de posibilidades intelectuales y se diferencia del imbecil. El monje benedictino español Pedro Ponce de León (1520-1584) fue el iniciador de la enseñanza práctica para hacer hablar al sordomudo y lo consiguió con dos hermanos del condestable de Castilla. Usó el método oral que se ha generalizado, aunque la primera escuela fue del abate L'Epée

(1712-1789), que usó el método mímico, después abandonado. Se trata de conseguir en el sordomudo la palabra articulada y el oído por el tacto y la visión (Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia).

Algunos autores piensan que puede haber varias causas para la sordomudez, inclusive la accidental (Borda, Llambías, Busso). Pero es equívoca la idea y muy difícil encontrar otra causa que no sea la sordera congénita o sobrevenida al nacer o poco tiempo después (Salvat, Leiva Fernández, Fassi).

Bien se ha dicho que el niño que nace sordo o a quien le viene la sordera en los primeros meses de vida, no puede percibir lo que lo rodea, ello lo conduce al silencio, quedando en una ignorancia completa, sin poder aprender a hablar ni poder exteriorizar su pensamiento, salvo algunas mímicas de difícil interpretación. Sin embargo, basta poder instruirlo por medio de los métodos que se han creado al efecto, para que el sordomudo despierte su inteligencia. Puede, por tanto, hacerse la siguiente clasificación.

a) *SORDOMUDOS QUE NO HAN RECIBIDO NINGUNA EDUCACIÓN.* No tienen ninguna concepción de los hechos humanos y están completamente aislados, en estado de idiotismo.

b) *SORDOMUDOS QUE, HABIENDO RECIBIDO EDUCACIÓN MÍMICA, NO SABEN ESCRIBIR.* Recuperan éstos una parte de sus facultades, pero es difícil comunicarse con ellos, habiéndose considerado que pasan por debilidad de espíritu, lo que no es admisible.

c) *SORDOMUDOS QUE SABEN LEER Y ESCRIBIR.* Éstos no difieren de las otras personas.

Los de la categoría b deben ser ubicados dentro de la normalidad, pues el problema es de comunicación y no de comprensión, y ellos, por medio del lenguaje gestual o mímico, pueden comunicarse. Las legislaciones admiten hoy el discernimiento del sordomudo y lo colocan entre los inhabilitados o admiten su capacidad siempre que puedan comunicarse por cualquier medio (Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia).

Hay cuatro sistemas legales:

1) Los que dejan librado el problema de capacidad del sordomudo a la apreciación del juez en cada caso (Francia, Rusia, Alemania, Suiza).

2) Los que disponen como regla general la inhabilitación del sordomudo (Venezuela, Italia).

3) Los que establecen su incapacidad absoluta, a menos que puedan hacerse entender por cualquier medio (Brasil, Perú, Paraguay).

4) Los que estatuyen su incapacidad absoluta a menos que puedan darse a entender por escrito (*Esboço de Freitas*). Éste es el sistema más riguroso (Argentina, Chile).

§ 106. **LOS SORDOMUDOS EN NUESTRA LEY.** **CONCEPTO.** – Nuestra ley estableció el régimen más severo de la incapacidad de hecho absoluta, para el sordomudo que no sepa darse a entender por escrito (art. 54, inc. 4º, Cód. Civil). Ello así aunque el sordomudo pueda comunicarse por medio de gestos o mímicas, o por algún otro sistema.

La ley exige, más que la imitación dibujada de la escritura, la posibilidad de expresar ideas pensadas por ese medio. Es necesario que esa condición se compruebe en un juicio de incapacidad y que el juez, al igual que en el caso de demencia, dicte la sentencia de interdicción. Pero aquí no se exige la falencia en la dirección personal o en la administración de los bienes, sino la sordomudez y la incomunicación por escrito.

§ 107. **RESPONSABILIDAD DEL SORDOMUDO.** – El sordomudo interdicto es incapaz de hecho absoluto, por lo cual, *a contrario sensu*, quien no fue declarado tal por juez competente, aunque no pueda leer ni escribir, se conceptúa capaz y sus actos son válidos, a menos que sean impugnados de nulidad en cada caso y se demuestre que, en ese momento, carecía de discernimiento. Se aplican los conceptos expuestos sobre la demencia (art. 473 y ss., Cód. Civil).

Los actos del sordomudo interdicto adolecen de nulidad relativa y son actos nulos.

Existe una importante aptitud del interdicto, que es la de poder celebrar el matrimonio. En ese caso puede manifestar la voluntad por cualquier medio (art. 166, inc. 9º, Cód. Civil, según ley 23.515).

La ley de matrimonio anterior exigía la venia del curador o, en su defecto, del juez. La actual sólo exige que el sordomudo pueda manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera, por lo cual basta esa comprobación por parte del oficial

público y siempre que no haya oposición del curador o de otros interesados por entender que no puede manifestar dicha voluntad. En este caso, si se insiste en el matrimonio, deberá resolver el juez, a quien se le remite el acta y los documentos del caso.

Por otra parte, pueden adquirir la posesión de las cosas, manifestando su voluntad por medio de signos (art. 2392, Cód. Civil).

Puesto que la ley reputa que, no obstante la incapacidad absoluta de hecho, el sordomudo tiene discernimiento, pues no figura en el art. 921 del Cód. Civil, es responsable por la comisión de actos ilícitos.

§ 108. **PROCESO DE INTERDICCIÓN. NORMAS APLICABLES.** – Estatuye el art. 154 del Cód. Civil: “*Para que tenga lugar la representación de los sordomudos, debe procederse como con respecto a los dementes; y después de la declaración oficial, debe observarse lo que queda dispuesto respecto a los dementes*”.

Ello significa que son aplicables las normas estudiadas sobre el juicio de insania, inclusive en el posterior juicio de rehabilitación (art. 637, Cód. Procesal).

§ 109. **LA PERITACIÓN MÉDICA EN EL PROCESO POR SORDOMUDEZ.** – Las diferencias señaladas entre el demente y el sordomudo interdicto sobre su discernimiento: posibilidad de casarse y responsabilidad, llevan a distinguir los que sólo padecen esa anomalía, pero son mentalmente sanos, de quienes además de ella están alienados. Por ello, si bien la peritación médica tiene como finalidad esclarecer la imposibilidad de oír y de hablar, así como la de darse a entender por escrito, sin considerar si existe o no una enfermedad mental, la ley 17.711 estableció la necesidad de que los peritos dieran también su dictamen sobre la posible existencia de una enfermedad mental que les impida dirigir su persona o administrar sus bienes. En este caso, estatuye el art. 155 del Cód. Civil que corresponde seguir el trámite de incapacidad por demencia.

TRABAJOS PRÁCTICOS

Estudiar el fallo jurisprudencial que trata la caracterización del sordomudo como incapaz, CCiv1ªCap, 16/5/32, JA, 38-210. Análisis del

Proyecto de 1936 (art. 54) y del Anteproyecto de 1954 (art. 94), sobre lo que se propusieron reformar y su conveniencia.

D) INHABILITADOS

§ 110. **CONCEPTO.** – Nuestro Código sólo contemplaba la situación de las personas según fueran mentalmente sanas o insanas, estableciendo la incapacidad cuando el enfermo mental tenía tal gravedad, que no quedaba más remedio que declararlo interdicto.

De este modo, no era posible aplicar un remedio jurídico intermedio a personas que sin ser dementes o alienadas, padecían de otras anomalías que los colocaban en situación de inferioridad frente a los demás. En épocas más recientes se consideró que había semialienados, fronterizos y disminuidos que no sufrían una pérdida total del conocimiento ni eran, por tanto, incapaces, pero su deficiente condición hacía peligroso el mantenimiento de una capacidad plena, sin restricciones.

La ley 17.711 creó la institución de la inhabilitación para solucionar aquel problema, con el art. 152 *bis* del Cód. Civil. Ello significa que sin ser incapaz, el inhabilitado no goza en toda su plenitud de la capacidad, debiendo ser asistido por terceros que vigilen sus actos e impidan los peligros a que están expuestos. Puede decirse que tiene inhabilidades que constituyen el reverso de la habilitación de las menores en la emancipación.

El art. 152 *bis* dispone: “*Podrá inhabilitarse judicialmente:*

1º) *A quienes por embriaguez habitual o uso de estupeficientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio.*

2º) *A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el art. 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.*

3º) *A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su*

partimento. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes. §

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos.

Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

La lectura atenta de la norma revela que varias cuestiones no se han definido en ella, expresamente. Así, no hay una declaración sobre la capacidad del inhabilitado; sin embargo, aplicando los principios generales (arts. 52, 54 y 55, Cód. Civil), al no haber declaración de incapacidad, cabe sostener que el inhabilitado es capaz de hecho y conserva su aptitud general para realizar los actos, aunque algunos bajo un control especial.

Tampoco contempla en forma expresa las deficiencias orgánicas (ciegos, ancianos, sordos, mudos, sordomudos que saben escribir, paralíticos, débiles, etc.), aunque una interpretación amplia los comprende supliendo la omisión.

Ha quedado muy atenuada y ambigua la actuación del asistente curador, y no se da solución legal al caso de oposición entre éste y el inhabilitado.

§ 111. **ALCOHÓLICOS Y DROGADICTOS.** — La ingestión del alcohol y de estupefacientes, cuando es *habitual*, produce una marcada deficiencia en la personalidad e impide la libre actuación de la voluntad. Pero es necesario que haya un verdadero vicio por el hábito, ya que uno o varios hechos aislados no podrían comprenderse en el inciso de la norma. En todo caso, el acto que se ejecutó, en esas ocasiones, podrá ser considerado sin discernimiento y anulado.

Si ese hábito ha influido de tal manera, que produjo un deterioro mental importante, podrá encuadrarse el caso en la demencia y su consiguiente interdicción.

Aparte del carácter crónico y repetido de la ingestión del alcohol y las drogas y de sus efectos sobre la personalidad, este hecho tiene que colocarlo en ocasión de otorgar actos perjudiciales para sí o para sus bienes.

Esta condición es imprescindible porque, en caso contrario, el ebrio habitual o el drogadicto que no corrieran al respecto ningún peligro, no podrían ser inhabilitados. Sin embargo, la hipótesis es casi imposible, si se comprende que la ingestión y adicción fatalmente dañan la salud cuando son constantes y no se puede prescindir de ellas. De ahí que en el aspecto personal siempre es dable admitir la existencia del requisito.

§ 112. **LOS DISMINUIDOS EN SUS FACULTADES.** — Se trata de quienes por muy diversas causas están discapacitados, ya por deficiencias o por debilitamiento de sus condiciones personales.

Aunque alguna doctrina considera que se trata solamente de los semialienados o débiles mentales, la norma se refiere a la disminución general de las facultades, y la mención que hace del art. 141 del Cód. Civil para excluir a los dementes, se debe a que es muy corriente esa situación en los ancianos seniles, ciegos, sordos, etcétera.

Luego, hay que dar una interpretación amplia y comprender en el art. 152 *bis*, inc. 2º, a toda clase de disminución —mental u orgánica— que produzca las condiciones allí señaladas.

Tanto los ancianos, paralíticos, ciegos, sordos, mudos (en especial cuando son analfabetos y de nacimiento), etc., sea o no demencial o imbecílica su situación, están comprendidos si debido a su estado pueden dañarse o ser dañados en lo personal o patrimonial, todo lo cual dependerá de la apreciación del juez.

Es natural que en este caso se incluya a quienes padecen deficiencias psíquicas, que son los casos más comunes, pero en grado tal que no lleguen a ser dementes. Y aun en caso de dementes, que puedan administrar sus bienes y dirigirse sin inconvenientes, porque quedan excluidos del art. 141 del Cód. Civil, pero no de la inhabilitación cuando se prevé la posibilidad de un daño.

§ 113. **PRÓDIGOS.** — Es muy antigua la preocupación por poner freno al despilfarro incontrolado de los bienes. En Roma y Francia antigua, por ejemplo, se consideraba a los dilapidadores incapaces, asimilados al loco furioso, y se los sometía a interdicción.

En la actualidad se advierten tres sistemas en las legislaciones:

a) Las que establecen una capacidad no restringida (Freitas; Louisiana, Uruguay, Bolivia, México; Código de Vélez).

b) Las que disponen la inhabilitación (Francia, Italia, Portugal, Venezuela, Brasil, nuestro régimen actual).

c) Las que los someten a interdicción (Suiza, Chile, Colombia, Ecuador, Holanda).

Valez Natansfeld no admitió la prodigalidad, a fin de evitar avances sobre la libre negociación de las personas. Consideró que no había alteración en las facultades intelectuales; que es muy difícil detectar al pródigo del que no lo es, y sólo realiza malos negocios o tiene voluntad muy liberal. Pero la ley 17.711, como hemos visto, los incluyó entre los inhabilitados.

Pródigo es quien malgasta o dilapida habitualmente sus bienes con graves efectos sobre su patrimonio.

En este caso, la ley protege a la familia, de modo que no está considerado el pródigo que carece de ascendientes, descendientes o cónyuge.

Se ha criticado con razón lo rígido de esta solución que queda a mitad del camino, pues la sociedad tiene que proteger a las personas que por efectos de su condición, pueden caer en la miseria y ser una carga para la sociedad misma. Por otra parte, en general el pródigo puede tener un defecto de carácter mental y hasta llegar a ser un disminuido, en cuyo caso podría inhabilitárselo en virtud del inc. 2º del art. 152 *bis* (Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia).

Los elementos del inc. 3º del art. 152 *bis* son:

a) La *dilapidación*, que ya se ha exteriorizado en parte importante del patrimonio. La importancia queda librada a la apreciación del juez.

b) El *hábito* en ese sentido, pues no basta un acto o algunos, sino varios que impliquen un modo de actuar.

c) Que esos actos de despilfarro sean tanto *de administración como de disposición*.

d) La *existencia de ciertos parientes*: cónyuge, ascendientes o descendientes, así sean éstos extramatrimoniales o adoptivos.

§ 114. **EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INHABILITACIÓN. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN.** — Considerándose al inhabilitado capaz de hecho, en principio puede realizar toda clase de actos o negocios jurídicos, no se ve afectada su libertad ni la responsabilidad por actos ilícitos, ya que tiene discernimiento. La principal consecuencia de la inhabilitación es que para reali-

zar actos o negocios de disposición, necesita la conformidad del curador. Éste actúa como asistente en ese sentido, es decir, dando su autorización para tales actos. Pero, también si la sentencia establece el requisito para los actos de administración en general o para algunos en particular.

Sin embargo, en algunos fallos, con buen criterio, no se ha limitado el control al aspecto puramente patrimonial, estableciendo ciertos controles (tratamiento, asistencia médica, internación), cuando se trata de evitar daños a la persona, lo cual es posible en virtud de la redacción de los dos primeros incisos del art. 152 *bis*, que si bien propenden a preservarla de daños a los bienes, también cuida de la persona (cfr. CNCiv, Sala C, 11/12/85, LL, 1986-B-273; ED, 116-127; ED, 116-383).

Cuando se produce un conflicto entre el querer del inhabilitado y el del curador, sea porque éste no da su conformidad a un acto o por alguna otra causa, la doctrina es uniforme en *considerar que debe intervenir el juez para resolverlo*. En el caso inverso, es decir cuando el inhabilitado no admite realizar actos que le son de toda necesidad, también cabe establecer que el curador se dirija al juez peticionando las autorizaciones del caso, previa audiencia del inhabilitado que se opone.

Aunque el curador no lo representa, sino que únicamente lo asiste, tiene que tratar de evitar los perjuicios que la inferioridad del inhabilitado puede ocasionar; de ahí que parece aconsejable que el juez tenga facultades para decidir lo que más convenga, incluso si se trata de promover juicios o de la defensa en otros, pues los procesos producen situaciones de obligación y disposición muy graves (honorarios, prescripción de acciones, etcétera).

Según el principio de capacidad, no cabe duda que el inhabilitado puede realizar todos los actos de carácter personalísimo, testamentarios, otorgamiento de poderes, etcétera.

§ 115. **PROCEDIMIENTO DEL JUICIO DE INHABILITACIÓN.** — De acuerdo con la norma estudiada, hay que seguir en lo pertinente el procedimiento del juicio de insania. Es posible señalar muy pocas diferencias producto de los limitados efectos de la inhabilitación.

En lo referido a su naturaleza jurídica, actuación pronunciada y de oficio del juez —aunque no lo pueda promover—, ineficacia del desistimiento, allanamiento, perención de instancia

y condición de partes del denunciante y presunto inhabilitado, rigen iguales principios y aplicaciones a los expuestos para el Juicio de Insania.

En caso de prodigalidad sólo pueden iniciar la acción los parientes indicados en la norma y no hace falta acompañar certificaciones médicas, pues basta comprobar la importante pérdida del patrimonio.

Siempre interviene el asesor de menores, porque está en juego la capacidad de los sujetos.

Se discute si hay que nombrar o no un curador *ad litem*, pues el denunciado conserva su capacidad, incluida la procesal. Sin embargo, parece prudente la respuesta afirmativa, justificada por la ley con funciones de asistencia. Tratándose de la preservación del patrimonio y cuando es notoria la deficiencia, asimismo puede nombrarse un curador para los bienes. El dictamen médico es ineludible frente a los ebrios, drogadictos y disminuidos. Se discute si también corresponde en el caso del pródigo, sosteniéndose que depende de las circunstancias, pues puede observarse en algunos casos la existencia de alteraciones mentales.

§ 116. **CESE DE LA INHABILITACIÓN.** — Se aplican las normas que regulan la rehabilitación de los dementes (art. 150, Cód. Civil). O sea, siguiendo el procedimiento judicial expuesto, en su caso con examen de facultativos que comprueben la superación del estado que llevó a la inhabilitación.

TRABAJOS PRÁCTICOS

Fallos que han reafirmado la capacidad, con limitaciones, del inhabilitado: CCivCom Paraná, 11/7/84, *Zeus*, 2/10/84, t. 36, n° 2515; CNCiv, Sala E, 6/9/83, *ED*, 107-272; íd., Sala B, 24/4/84, *LL*, 1984-C-448; íd., Sala C, 11/12/85, *LL*, 1986-B-273. La protección de la persona y no como meta principal y única, la familia en caso de inhabilitación por ebriedad y toxicomanía, comparar las soluciones de CNEspCivCom, Sala III, 4/11/80, *JA*, 1981-II-80, con las de CNCiv, Sala F, *ED*, 42-569; íd., Sala G, 20/4/81, *JA*, 1982-I-347; íd., Sala E, 25/4/86, *ED*, 119-237; íd., Sala A, 26/4/79, *LL*, 1980-D-54. Sobre el tema de la comprensión del caso de “disminuidos en sus facultades”, comparar las soluciones de: STJ Chubut, 9/11/83, *JA*, 1984-I-126; CNCiv, Sala G, 20/4/81, *LL*, 1981-D-275; íd., íd., 19/5/88, *ED*, 130-165, con las de: CApelCivCom, Cdel Uruguay, 3/10/78, *ED*, 115-139; CNCiv, Sala A, 15/3/73, *ED*, 48-558; 1° InstCivCap, Juzg. 19, 9/12/77, *ED*, 81-387, con nota de Tiscornia, Bartolomé. Sobre la protección de los ancianos por medio de la inhabilitación: CNCiv, Sala D, 21/11/79, *ED*, 88-618. Acerca de los problemas

que plantea la prodigalidad en su origen generalmente patológico, analizan el trabajo de Díaz de Vivar, Elisa - Tiscornia, Bartolomé, *Prodigalidad esencial y patológica: sus perfiles médicos, doctrinario y jurisprudencial*, con el estudio de diversos fallos contemporáneos, en "Abuso de derecho y otros estudios en homenaje a Abel M. Fleitas", Abeledo-Perrot, 1992, p. 121. Con relación a los elementos de la prodigalidad: CNCiv, Sala F, 27/11/79, *ED*, 87-211; íd., Sala E, 23/9/87, *LL*, 1988-A-472; íd., Sala G, 4/12/80, *ED*, 93-277. Respecto de la no aplicación de los arts. 473 y 474 a los inhabilitados: CNCiv, Sala E, 6/9/83, *ED*, 107-272, comparándolo con la solución contraria errónea: íd., Sala G, 4/12/80, *LL*, 1981-B-26. En lo que se refiere a la actuación del curador del ebrio, drogadicto o disminuido en sus facultades, extendiéndola a la persona: CNCiv, Sala C, 7/4/88, *ED*, 129-463; íd., Sala E, 25/4/86, *ED*, 119-237; íd., Sala A, 30/7/85, *ED*, 116-383.

§ 117. **CONDENAS PENALES. ARTÍCULO 12 DEL CÓDIGO PENAL.** — La interdicción de los penados está dispuesta en el art. 12 del Cód. Penal, que la estatuye para los condenados a pena de prisión o reclusión de más de 3 años, aunque basta ese límite. La norma limita la capacidad de hecho al privar al penado de la patria potestad sobre sus hijos menores, de la administración de sus bienes y del derecho a disponer por actos entre vivos. Por eso, se le nombra un curador que lo representa y sustituye en esos actos patrimoniales.

Una teoría que es mayoritaria, en Francia, considera que la incapacitación del penado es una sanción más que se añade a la de prisión o reclusión. En cambio, según la doctrina mayoritaria de nuestro país, no es una sanción o pena accesoria, sino una medida tuitiva, para proteger a la persona que, debido a su situación, no tiene las condiciones apropiadas para ejercer la patria potestad y manejar sus intereses, pudiendo verse sometido a decisiones que no está en condiciones de controlar de mandatarios nombrados por él sin la suficiente libertad para elegirlos.

Como fundamento de esta última teoría, es dable señalar que el condenado a tales penas que es liberado en forma condicional, recupera la plena capacidad, pues asume la libertad nuevamente. En cambio, en caso de fuga, se mantiene la incapacidad, pues no ha conseguido la libertad legalmente y no sería admisible premiar una acción ilegal.

Limitada la incapacidad de hecho a las tres prohibiciones expuestas, es claro que los penados tienen capacidad para ha-

por testamento, contraer matrimonio, reconocer hijos extramatrimoniales, estar en juicio (salvo los que provienen de la administración y disposición restringidas por la incapacidad).

La interdicción dura hasta el cumplimiento de la pena o hasta el momento en que el penado recupera legítimamente su libertad, lo cual puede ocurrir por su buena conducta en la libertad condicional, o por causa de un indulto o de una amnistía que lo beneficie.

Los actos del penado eludiendo la incapacidad y sin la intervención del curador o representante, son nulos de nulidad relativa.

(C) SISTEMA DE PROTECCIÓN DE INCAPACES E INHABILITADOS

§ 118. **REGLAS EN RELACIÓN CON LOS ACTOS. LIBERTAD Y RESPONSABILIDAD.** — A fin de proteger a los incapaces, la ley prevé la *ineficacia de los negocios* realizados por ellos o por los inhabilitados sin acatar las restricciones impuestas. Quiere decir que al invalidarse esos actos, se evita que se produzca el daño de su consumación o ejecución o, si fueran consumados, vuelven las cosas al estado anterior al acto, desmantelándolos así de su fuerza para producir efectos.

Tal es la finalidad de la nulificación de dichos negocios, o sea, en procura de la tutela de los intereses particulares del incapaz o del inhabilitado. Por ello, la nulidad es relativa, y puede ser confirmada si, obtenida la rehabilitación del insano; así lo quiere, o si el representante, en su caso, aconseja al juez que los convalide por ser beneficioso para el incapaz o inhabilitado.

¶ Pero, no sólo están protegidos los declarados tales por sentencia, sino también los dementes y sordomudos no interdictos, estableciéndose la posibilidad de demandar la anulación de los negocios probados los recaudos que la ley especifica. En caso de inhabilitados, no es posible anular los actos anteriores a la inhabilitación, pues estos sujetos no pierden la capacidad, y no se aplica el régimen de los incapaces (art. 473 y correlativos). Sin embargo, podría probarse la falta de discernimiento en el momento de realizar el negocio (ebriedad, drogadicción, semialienación, etc.), y obtenerse así la invalidez por falta de este elemento de la voluntad. O bien, en otra posible instancia, los disminuidos podrán pedir la anulación por lesión subjetiva, si se prueban las condiciones que la ley exige al respecto (art. 954, Cód. Civil).

La *libertad* sólo se coarta también en procura de la protección de la persona: a fin de permitir su curación o para evitar

que los dementes se dañen, o para obtener algún tratamiento necesario para la salud (p.ej., los alcohólicos y drogadictos). De modo que cuando ya no hay motivos tutelares, no podría restringirse la libertad.

Por otra parte, cuando en los juicios de demencia o inhabilitación se nombra un administrador para los bienes, se produce una importante pérdida de la libertad, pues el presunto demente o inhabilitado pierde la posibilidad de manejar su patrimonio. Esto significa que si a pesar de ello, habiéndosele nombrado un curador *ad bona*, actúa por sí mismo, los actos que celebra son también inválidos, no obstante que hasta la sentencia conserva su capacidad (arg. art. 18, Cód. Civil).

La razón es que no podrían actuar ambos y el administrador ha asumido por orden judicial sus funciones en reemplazo del propietario. Si después se dicta la sentencia rechazándose la denuncia, el vicio de todos modos ha existido y el acto estaba prohibido, por lo cual no puede subsanarse (en contra, Llambías; a favor, Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia), a menos que se demuestre la buena fe de la otra parte que contrató con el presunto demente, pues en tal caso, ante la mala fe de éste, que no lo era y sabía que no podía negociar, hay que proteger al otro contratante.

En lo que atañe a *la responsabilidad*, la ley trata de evitar que los incapaces tengan que responder por sus actos, sean éstos lícitos o ilícitos. La falta de discernimiento que se presume en los dementes, lleva a considerar que esos actos se han realizado sin voluntad. Por excepción puede nacer una responsabilidad basada en la equidad (art. 907; ver § 159). Sin embargo, en intervalos lúcidos, como han recuperado el discernimiento, a los dementes se los tiene que responsabilizar por sus actos ilícitos.

Dispone el art. 1070 del Cód. Civil: "*No se reputa involuntario el acto ilícito practicado por dementes en lúcidos intervalos, aunque ellos hubiesen sido declarados tales en juicio; ni los practicados en estado de embriaguez, si no se probare que ésta fue involuntaria*".

En la última parte, la norma demuestra que el ebrio debe acreditar que tomó la bebida alcohólica sin advertir la posibilidad de embriagarse y perder el conocimiento, ya porque no sabía que era alcohólica, ya porque la tomó inadvertidamente o fue engañado. Si se trata de un inhabilitado, la situación no cambia, ya que éstos conservan su capacidad con los límites estudiados y tienen discernimiento, a menos que prueben la pérdida inculpable en el momento de realizar el acto.

§ 119. **ORGANISMOS DE PROTECCIÓN.** — Completando las previsiones protectoras de los incapaces, el orden jurídico crea organismos públicos que tienen por misión velar por ellos. En primer lugar, el juez en lo civil, a quien se somete el patronato de los menores, y debe decidir toda cuestión relativa a los incapaces. En estrecha colaboración con el juez, actúa el ministerio pupilar cuyos funcionarios, designados por el Poder Ejecutivo, pero que actúan en la órbita del Poder Judicial, se llaman menores de menores e incapaces. Son parte esencial en toda cuestión judicial o extrajudicial, contenciosa o voluntaria, en que los incapaces sean parte, y ello es así aunque los menores estén bajo patria potestad o bajo tutela, y tratándose de los otros incapaces bajo curatela.

Dispone el art. 59 del Cód. Civil: “A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el ministerio de menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación”.

La representación promiscua a que se refiere la ley, significa que su actuación es simultánea con la de los otros representantes legales que, al ser conjunta, no los excluye ni son excluidos por ellos. Pero además, esa representación es de todos los incapaces que pertenecen a su jurisdicción.

En general la actuación de los asesores de menores e incapaces es de asistencia, velando por los intereses de sus defendidos y dictaminando en los juicios para opinar sobre lo que más convenga. En ocasiones, no obstante, tienen que suplir la falta de otra representación cuando los incapaces carecen de ella, y mientras tanto solicitar al juez la designación de los tutores o curadores que ejerzan la representación concreta.

Cuando los incapaces tienen intereses contrapuestos con sus propios representantes, a fin de resolver la cuestión, hay que nombrar un representante o tutor especial, que sólo actúa en la cuestión que se debe ventilar (arts. 61 y 397, Cód. Civil).

Hay otros organismos tutelares pagados por el Estado: el Cuerpo de Curadores Oficiales que actúan en los juicios de insania, así como la Secretaría de la Minoridad y la Familia, que interviene en la esfera administrativa en caso de menores abandonados.

§ 120. **REPRESENTACIÓN Y ASISTENCIA.** — Estos dos regímenes de protección deben ser diferenciados, pues la actuación del representante y del asistente es distinta. En la *representación*, el representante (padre y madre que desempeñan la patria potestad, tutores, curadores) actúa por decisión propia en nombre del incapaz; la voluntad del representante es la que prevalece, sin que pueda modificarse por no coincidir con la voluntad del representado. Sin embargo, tratándose de actos personalísimos, no es posible reemplazar al incapaz y a su voluntad. Son actos que no pueden prescindir del deseo y la decisión personal del interesado.

La *asistencia*, en cambio, no es más que un medio de control por parte de un tercero, de modo que la persona actúa por sí sin que se la reemplace o sustituya, pero tiene que contar con la conformidad o asentimiento del asistente, quien lo presentará si considera que el acto no es dañoso para el asistido. Este asentimiento puede ser anterior o contemporáneo con el acto, y hasta posterior a él, lo cual podría considerarse una ratificación, o un elemento de complementariedad de un negocio todavía no terminado y que logra su conclusión con el acto de aquiescencia del asistente.

Este acto se considera que es unilateral y recepticio (ver § 182). En sí mismo no es ni asesoramiento, ni consejo o colaboración, sino autorización. Debe ser individual y concreto para cada negocio de los que se someten a la asistencia, lo cual quiere decir que el asistente no puede dar una autorización anticipada y general para todos los negocios o para un grupo de ellos. Tampoco puede el asistente delegar la curaduría o asistencia en otro, ya que es personal e indelegable.

En algunos casos, los representantes actúan como asistentes; así, la autorización al menor o habilitado dada por los padres para casarse. El juez suele cumplir también esa misión cada vez que es llamado por la ley a autorizar o no actos de incapaces.

§ 121. **INTERNACIÓN DE PERSONAS.** — La internación en instituciones médicas y asistenciales es una medida extrema, pero que puede ser necesaria para lograr objetivos concretos. Dentro de esos objetivos se encuentran evitar el peligro por la acción descontrolada de ciertos dementes furiosos; obtener su

internación o el tratamiento compulsivo, que atenúe sus reacciones peligrosas; bien para la curación de ciertos vicios o anomalías que, libres de toda vigilancia o descuidados, conducen muchas veces a deterioros orgánicos y mentales irremediables.

Sin embargo, la internación produce el principal y directo efecto de una pérdida grave de la libertad personal, por lo cual debe ser dispuesta con suma prudencia, no sólo porque puede prestarse a ser utilizada como medio de persecución, sino porque acorde con los últimos avances e investigaciones de la psiquiatría, la psicología y el psicoanálisis, se ha demostrado que puede agravar ciertos estados histéricos neuróticos o depresivos, y producir efectos deteriorantes para la personalidad que, con otros medios, es factible que sea mejorada.

El Código contiene una norma relacionada con los dementes, que muestra la cautela con que hay que encarar la cuestión, y que se ha entendido que es aplicable a toda clase de dementes. Estatuye el art. 482: *"El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial."*

Las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación sólo podrá ordenarse, previo dictamen del médico oficial.

A pedido de las personas enumeradas en el art. 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia, alcohólicos crónicos y toxicómanos, que requieran asistencia en establecimientos adecuados, debiendo designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aun evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos".

A esta norma se le han hecho modificaciones posteriores, estableciendo un régimen más amplio, pero también una serie de recaudos para evitar el abuso de las internaciones. Las estudiaremos a continuación.

§ 122. ***DISTINTOS CASOS DE INTERNACIÓN DE PERSONAS.*** — El art. 482 transcripto fue ampliado por la ley 17.711, estableciendo un régimen especial de internaciones por intervención policial, e, inclusive en ese aspecto, comprende casos de no dementes, como alcohólicos crónicos o toxicómanos, aunque con doble prevención: una, que debe ser examinado el sujeto por el médico oficial de la policía, quien dictaminará sobre la necesidad de la internación; y, la otra, que la policía que coloca el enfermo en el hospicio o lugar de internación tiene que dar aviso inmediato al juez.

Asimismo, esa ley previó también la internación a pedido de los interesados, o sea de las personas que como los parientes, cónyuge, asesor de menores, cónsul o vecinos incomodados están en condiciones de iniciar la demanda de insania (art. 144, Cód. Civil). En este último caso, la solicitud es dirigida al juez, quien previa información sumaria —prueba de su necesidad en primera audiencia—, dispone la internación, aunque no se trate de dementes, pero sí de personas que necesitan asistencia en establecimientos especiales. Además, hay que nombrar un defensor especial o veedor, para asegurarse de que la internación no se prolongue más allá de lo necesario.

Posteriormente se sancionó la ley 22.914, que completó el cuadro de internaciones, estableciendo otra serie de recaudos.

Por medio de las distintas normas estudiadas y complementadas con dicha ley, deben considerarse los siguientes supuestos de internación:

a) ***POR ORDEN JUDICIAL.*** Son los casos ya estudiados de dementes que pueden dañarse a sí mismos o dañar a terceros, y de enfermos mentales, alcohólicos crónicos o toxicómanos no dementes, a solicitud de partes interesadas que enumera el art. 144 (art. 482, párrs. 1º y 3º).

b) ***A PEDIDO DEL PROPIO INTERESADO O DE SU REPRESENTANTE LEGAL.*** En este caso el jefe o director del establecimiento, sin necesidad de disposición del juez o de más constancias que la de un certificado de un médico sobre la necesidad de la medida, admite al internado en el establecimiento, aunque debiéndose cumplir los resguardos posteriores que estudiaremos. Si es un incapaz que necesita internación (menor, sordomudo, demente), puede ser recibido en el establecimiento a solicitud del padre, madre, tutor o curador.

c) *Por disposición policial.* Según lo previsto en el art. 402, Inc. 2ª, aunque con los mayores resguardos que se ex-
plenen.

d) *Internación de urgencia.* Cuando no hay posibilidad de requerir la orden del juez por la premura del caso, debiendo haber la solicitud el cónyuge, pariente del internado, el cónsul o el ministerio pupilar. Los vecinos, amigos, concubino, etc., sólo podrán obtener la internación por disposición policial, o bien por medio del asesor de menores, si no hay necesidad de haber uno de la fuerza de seguridad.

§ 12.3. *RECAUDOS QUE DEBEN CUMPLIRSE PARA LAS INTERNACIONES (LEY 22.914).* – Aparte de la condición de peligro para sí o para terceros en caso de dementes; del dictamen del médico que actúa oficialmente ante la policía; del certificado médico aportado por el propio internado o su representante; y de la petición de los legitimados al director del nosocomio en caso de urgencia, la ley 22.914 ha establecido otros requisitos, que tienden a impedir los abusos y permiten controlar con mayor acierto las internaciones.

La internación por orden judicial se basta a sí misma debido a la vigilancia natural que desempeña el juez.

La voluntaria o del representante corre el riesgo de que el internado desconozca la incidencia de su propia enfermedad o que sea mentalmente influenciado –con fármacos o tratamientos–, tanto para internarse como para permanecer una vez pasado el ciclo de asistencia y curación en el establecimiento, pudiendo verse impedido de salir. De ahí que la ley exija que el director del instituto haga su propio diagnóstico o ratifique el de un médico de la institución dentro de las 48 horas asumiendo la responsabilidad; y, dentro de las 72, tiene que comunicar al asesor de menores e incapaces dicha internación, cuando se trata de persona que a su juicio es demente o inhabilitada en orden a los incs. 1º y 2º del art. 152 bis, o bien proclive a dañar su persona o a terceros, si no se la somete a tratamiento.

La comunicación referida al ministerio pupilar cumple el objetivo de permitir a este órgano del Estado iniciar el juicio de demencia o inhabilitación y convertir la internación voluntaria en internación judicial. La hipótesis de la persona dañosa para sí o para terceros,

pero capaz, ha hecho suponer que el asesor pueda solicitar que se impida la salida del instituto, hasta que pase el peligro, pues el director por sí no podría obstaculizarlo. Esto que se piensa que es el fin de la ley (Cárdenas), no es posible compartirlo, pues la persona *capaz* debe poder abandonar cualquier tratamiento que no estime apropiado o no quiera seguir, so pena de caer en garras de un Estado inquisitorial que decide sobre derechos personalísimos, con las fallas propias de los juicios humanos —en el caso médico—, sin respetar la libertad de las personas en asuntos tan significativos y personales como el tratamiento, la asistencia, la internación. De donde, sólo es posible que el ministerio pupilar en uno u otro supuesto inicie los procesos ya estudiados (de demencia e inhabilitación), con todas las garantías que ellos representan y, en su caso, requiera la continuidad de la internación voluntaria convirtiéndose en judicial.

Cuando la internación dura más de 20 días o si se trata de reinternaciones, así sean voluntarias, también debe comunicarse al asesor dentro de las 72 horas, a fin de que este ministerio de incapaces examine nuevamente la posibilidad de canalizar la situación del internado por una de las vías judiciales estudiadas. Hay, en esas hipótesis, serios indicios de la gravedad del mal por la duración del tratamiento, que permiten suponer la incidencia de la enfermedad en la capacidad.

De ninguna manera es admisible considerar que, en todos estos casos, el asesor actúe fuera de ese marco, es decir, descartando que sea un presunto incapaz o inhabilitado, pues no es su función en lo legal ni en el orden constitucional, convertirse en órgano de control y dirección de la vida de las personas capaces. Aun cuando se piense que sean peligrosas para terceros (también lo son los delinquentes comunes), por sobre esa pretendida salvaguardia general o pretendido interés público, debe prevalecer el criterio que sólo admite la actuación de los poderes en supuestos en que hubo delito o está en juego la capacidad. Ningún interés es superior al de la libertad, pues de lo contrario se caería en el Estado gendarme y se desnaturalizarían todas las garantías de la civilidad, desconociéndose un derecho personalísimo primario, como es la dignidad humana, con el pretexto de que algún médico o psiquiatra dictaminó que se trata de un enfermo dañoso; dictamen que, por cierto, entra en el orden de los juicios falibles, unas veces interesados y otras inciertos.

En suma, la comunicación al ministerio pupilar al margen de la posibilidad de que se trate de un demente o inhabilitado al cual corresponda iniciarle el pertinente juicio, sólo será útil para controlar el respeto de la libertad de las personas, e impedir que se mantenga forzosamente una internación voluntaria que se desea interrumpir también voluntariamente.

Si la internación ha sido policial, agrega la ley 22.914 que el director del establecimiento, además del dictamen policial, debe extender su propio dictamen e informar en 24 horas al ministerio pupilar, con copia de ambos informes médicos, el policial y el del establecimiento. Pasados 6 días sin orden del juez que disponga mantener la internación, debe el director hacerlo saber y, si transcurren otros 3 días, dispondrá por su sola autoridad el cese de la internación policial.

Esto mismo ocurre en supuestos de internación de urgencia, en que se debe comunicar dentro de 24 horas al asesor y disponer el cese en la forma expuesta, a los 9 días, por falta de orden judicial.

§ 124. **OBLIGACIONES DEL DIRECTOR DEL ESTABLECIMIENTO.** — Aparte de lo ya estudiado, el director del establecimiento de internación, debe:

a) *Informar* cada 4 meses al juez la historia clínica del internado por orden judicial.

b) *Autorizar* paseos o salidas si fuera conveniente, poniendo al enfermo bajo persona responsable.

c) *Requerir* el alta provisional, la transferencia del enfermo a otro instituto o su externación definitiva.

d) *Comunicar* toda internación a los parientes del internado o a la persona que éste indique.

e) *Confeccionar* una historia clínica de cada internado, con los datos, exámenes, diagnóstico, pronóstico, índice de peligrosidad, régimen aconsejable, evaluaciones periódicas y fechas de internación y egreso.

f) *Admitir* las visitas del representante legal o del defensor del internado.

g) *Hacer saber* al juez, en informe fundado, si el enfermo está en condiciones de ser externado, de las personas que pueden hacerse cargo de él, o manifestar si es innecesario vigilarlo.

Los jueces impulsarán de oficio las actuaciones judiciales relativas a la internación; inspeccionarán los institutos y dispondrán todas las medidas que sean adecuadas para reducir en el tiempo indispensable las internaciones, la seguridad del internado y la de terceros.

§ 125. *EVALUACIÓN Y PROSPECTIVA SOBRE EL RÉGIMEN LEGAL DE INCAPACIDAD DE DEMENTES E INHABILITADOS.* — La creación de los juzgados de familia donde tramitan los procesos de demencia e inhabilitación, como en general de incapacidad de las personas en la Capital Federal, ha significado un adelanto desde el punto de vista práctico. Así también la disposición procesal que establece el examen de “consulta”, llevado a efecto por la Cámara Civil en caso de demencia (art. 633, Cód. Proc. Civil y Com.); por medio del cual revisa estos procesos, aunque la sentencia no fuere apelada, con amplias facultades, inclusive ordenar el cumplimiento de formas omitidas, revisar la prueba y hasta confirmar o revocar la sentencia como un control más de protección de los insanos y sobre el buen desempeño de los jueces que, en general, es de oficio (Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia). Sin embargo, el avance de la ciencia psiquiátrica revela la necesidad de modificar normas sustanciales, las cuales fueron sancionadas desde otra perspectiva hoy superada. En efecto, está aceptado que los insanos no están completamente impedidos de relacionarse en la sociedad; que, en la gran mayoría, no son de carácter peligroso, y que las internaciones producen la anulación de la personalidad y suelen ser contrarias a la rehabilitación, dañándolos particularmente. Sólo deben disponerse por estricta necesidad. Los nuevos métodos recomiendan tratar de darles la mayor libertad posible, de insertarlos en la sociedad, hacerlos trabajar y de evitar ponerles un rótulo de incapacidad absoluta que es contraproducente e incierto, ya que casi todas las enfermedades mentales son curables.

Es por eso que acompañando el avance de la ciencia y de sus nuevos métodos con remedios psicoterápicos y farmacológicos, sería recomendable no establecer categorías cerradas de incapacidad absoluta y de inhabilitación (capacidad sólo restringida). Al contrario, al igual que en otros países (España, Perú, Alemania), habría que establecer un régimen de incapacidades graduales y la posibilidad de declarar incapacidades parciales, lo que quedaría en manos del juez, estableciendo cuáles son los actos o actividades que no puede realizar por sí el enfermo. Para protección de terceros, esas sentencias deberían inscribirse de modo que los notarios tengan que recabar la correspondiente información (Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia).

CAPÍTULO IV

LAS PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL

A) PRINCIPIOS GENERALES

¶ 126. *IMPORTANCIA, CONCEPTO, NATURALEZA Y CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL.* — Además de la condición del hombre que por naturaleza es un ser social, y por tanto, vive y propende a unirse con otros para poder existir, lo que se manifiesta en lo científico, artístico, afectivo, religioso, económico, etc., es dable recordar que sin juntar esfuerzos de toda índole, sus empresas no pueden obtener los grandes logros que procuran ni conseguir las más acabadas e importantes obras que están en las metas de sus objetivos.

De ahí que este carácter social tiene una manifestación encarnada en el hombre mismo, el cual, por su propia manera de ser, trata de reunirse con otros, haciendo cada uno diversos aportes a fin de obtener las más grandes obras. La reunificación y mancomunidad de esfuerzos proviene, pues, del aspecto social del hombre, que no puede subsistir y conseguir todos sus fines solo y aisladamente. Luego, la comunidad o asociación de esa reunificación de personas, de grupos con iguales objetivos, de intereses comunes, no puede ser la suma de cada uno ni la suma de sus aportes, sino una realidad nueva y sustancial independientemente de los sujetos que la componen, al originarse en algo que pertenece por naturaleza a la humanidad y que existe desde su comienzo o principio existencial gregario. Ésta es la realidad que el derecho capta al reconocer una vivencia propia del hombre y un elemento principalísimo de sus grandes obras, muchas de las cuales no podrían conseguirse sin la unidad social autónoma.

La *importancia* de las personas de existencia ideal proviene de lo expuesto, y por eso en el mundo entero se las ha reconocido y admitido como entidades jurídicas, cualquiera que sea el

país y su estructura política. Nuestro Código Civil, después de definir las personas, las divide en especies y da la siguiente *noción* de las de existencia ideal en el art. 32: "*Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas*".

No obstante la dirección negativa o por descarte de la definición, tiene las bondades de su amplitud, permitiendo que con el correr de los años y la evolución de los tiempos se hayan reconocido personas de existencia ideal o jurídica que no eran las que en forma clásica se habían considerado históricamente, bastando que tengan la realidad social indicada en cada época y país, y que posean la condición de personalidad, es decir de poder adquirir derechos y contraer obligaciones.

Acerca de su *naturaleza*, si bien el Código siguió en sus lineamientos la teoría de la ficción, elaborada con mucha autoridad y precisión por el romanista Savigny, la legislación actual, con los *distintos cambios que se han introducido, y la doctrina predominante* se acercan a las teorías de la realidad. De modo que aquella doctrina de la ficción que consideraba que las personas de existencia ideal eran *seres artificiales, creados por el legislador con fines específicos*, pero que no tenían existencia real, *siendo en verdad producto de la voluntad derivada de las normas y no de la vida y de los hechos*, ya no se acepta hoy, con las consecuencias propias de tal cambio de filosofía. La principal consecuencia es que esas personas *no tienen representantes* que actúen por sí en nombre del ente ficticio, sino *órganos* que al actuar vivencian la actuación misma del ente, por ser el mismo quien lo hace por medio de aquellos órganos y de ese modo se amplía la responsabilidad del ente.

Las teorías de la realidad, particularmente la que se elabora tomando las ideas de filosofía política de Hauriou sobre la *institución*, aprehenden la fuerza social y la energía de la empresa mancomunada como un hecho de la vida. Atendiendo los fundadores a un fin común que los mueve, tienen: a) una *idea organizadora* que los vincula; b) un *gobierno o autoridad* como instrumento imprescindible para lograr el fin común o idea fuerza que los junta; c) una *empatía o afinidad espiritual*, que es anterior al fin o idea fuerza y que lleva a obtener el objetivo común. A todo esto hay que agregar d) la *personalidad*, o posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, que es el aspecto propio de la ciencia del derecho, la cual dependerá del reconocimiento que al respecto hace el orden jurídico, reglamentando u organizando la institución y sus relaciones.

Acerca de la *clasificación*, se dividen en personas jurídicas públicas y personas jurídicas privadas.

Las *personas jurídicas públicas* son las que se originan en un acto estatal, generalmente legislativo; tienen por misión inmediata y

exclusiva cumplir fines de interés público; en general, poseen *imperium* o soberanía como expresión de poder gubernativo; su patrimonio es estatal, aunque puede haber participación de los particulares y, en principio, cumplen un servicio público. Estas distinciones son relativas, porque no siempre son características puras o exclusivas, pero en conjunto, y atendiendo a su predominio, se utilizan para diferenciarlas de las personas jurídicas privadas.

Las *personas jurídicas privadas* se originan en un acto voluntario de los particulares; persiguen una ventaja o beneficio inmediato privado, aunque mediatamente cumplan también un interés público; en general, salvo excepciones, carecen de imperio gubernativo; el patrimonio debe tener en su totalidad o en alguna medida composición privada, no estatal.

El art. 33 del Cód. Civil, modificado por la ley 17.711, se aparta actualmente de la clasificación de Freitas, que había seguido Vélez Sársfield, y estatuye: "*Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado.*

Tienen carácter público:

- 1º) *El Estado nacional, las provincias y los municipios.*
- 2º) *Las entidades autárquicas.*
- 3º) *La Iglesia Católica.*

Tienen carácter privado:

1º) *Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar.*

2º) *Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar".*

TRABAJOS PRÁCTICOS

Estudiar el fallo que reconoció el carácter de ente autárquico y de **persona jurídica pública** al Banco de la Ciudad de Buenos Aires y de la **entidad PROARTEL**, fijando el límite de la posibilidad litigiosa entre ellas, CNCiv, Sala G, 3/7/81, ED, 95-708.

B) PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS

§ 127. **CONSIDERACIONES GENERALES.** — Hay dos especies principales: las que requieren para su existencia autorización y control del Estado, y las que nacen respetando, simplemente, las reglas legales generales de su conformación. Veamos:

a) Las primeras son las llamadas *asociaciones* o *corporaciones*, *fundaciones* o *establecimientos*. De acuerdo con la letra del art. 33, deben cumplir las siguientes condiciones:

1) Tener como *principal objeto el bien común*, o sea, un fin de beneficio general.

Esto no es igual a objeto lícito, pues la exigencia sobrepasa la idea de que el objeto no sea contrario al orden jurídico, requiriendo que, además, reporte una utilidad social. Hay que interpretar ampliamente esta exigencia del fin u objeto, pues podría comprender casos de entidades con fines egoístas en lo inmediato (p.ej., reparto de beneficios a sus miembros), siempre que mediata o indirectamente al menos, se produzca un beneficio general.

2) Concorre con esa condición la de tener un *patrimonio propio*.

Pero, en realidad, bastaría que contaran con los medios necesarios para obtener bienes patrimoniales con que cumplir el objeto enderezado al bien común, es decir, que sean capaces de conseguir los bienes necesarios.

3) Por eso, además, *deben ser capaces por sus estatutos de adquirir bienes*, sin lo cual no podrían lograr el atributo del patrimonio propio. Y, asimismo, por igual motivo, no se acepta que puedan tener como única fuente de recursos las asignaciones del Estado.

Podrán recibir de éste ayuda patrimonial, siempre que dichos subsidios no sean la única masa de bienes que les permita subsistir. Caso contrario quedaría sin efecto el recaudo de que tengan su patrimonio, proveniente de su capacidad estatutaria, para ser simples administradores del patrimonio del Estado.

4) Finalmente, deben contar con la *autorización del Estado para poder funcionar*.

b) Por su parte, las *sociedades civiles y comerciales* no requieren en general, salvo algunas regulaciones en particular,

cumpli con las condiciones estudiadas para las asociaciones y fundaciones.

Las sociedades civiles tienen un fin de lucro aunque se constituyen para realizar actos civiles (p.ej., asociaciones de profesionales, para ejercer la profesión liberal).

La definición del art. 1648 del Cód. Civil revela que su objeto es repartir los dividendos. No se exige que sean controladas por el Estado (autorización y vigilancia activa), pero deben ser constituidas por escritura pública (art. 1184, inc. 3º, Cód. Civil), menos las sociedades de hecho (art. 1662 y ss., Cód. Civil).

Las sociedades comerciales también tienen fin de lucro, pero se constituyen para realizar actos de comercio y son tales por estar tipificadas en la ley de sociedades 19.550 (art. 1º y siguientes).

Algunas de ellas tienen que contar con la autorización del Estado a causa de su importancia socioeconómica, como exigencia especial de la ley de la materia. Así, las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones (arts. 167 y 316, ley 19.550), aunque todas deben ser inscriptas en el Registro Público de Comercio (art. 5º, ley 19.550).

c) Respecto de *otros entes* entre los que, según la ley son sujetos de derecho, debe señalarse el consorcio de copropietarios en la propiedad horizontal, cuando se constituye cumpliendo las reglas de la ley 13.512.

§ 128. **PERSONALIDAD O ATRIBUTOS.** — Por definición deben ser entes capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 31, Cód. Civil).

De igual modo que las personas físicas o de existencia visible tienen atributos que en su conjunto integran los antecedentes imprescindibles de su personalidad jurídica. Los entes ideales deben contar con dichos atributos para tener una personalidad propia, completamente independiente de los miembros que la forman.

En ese sentido es dable atender a:

a) El *nombre* o *razón social*, para la necesaria individualización a fin de ser parte autónoma en las relaciones jurídicas, el que estará en los estatutos o contratos.

b) El *domicilio* o *sede social* (art. 44, Cód. Civil), que puede ser real general (lugar donde se hallaren), o especial para

las sucursales (art. 90, inc. 4º), o bien legal, atendiendo a lo que establezcan los estatutos o donde funcione su dirección o administración central (art. 90, inc. 3º).

c) El *patrimonio*, según lo reseñado en el § 127.

d) La *capacidad de derecho* o aptitud para adquirir derechos, lo que se estudiará en el § 129.

La consecuencia de que la persona jurídica estructuralmente tenga los atributos expuestos, se refleja en la *personalidad independiente*. Aunque cambien los miembros o personas visibles que las integran; aunque se reduzca o se aumente su elenco, la entidad jurídica mantiene su vivencia, al margen de la composición humana que le dio nacimiento y vida.

La renuncia, la cesión delegatoria, la expulsión, el fallecimiento de los miembros no tiene efectos modificadores de esa personalidad, a menos que desaparezcan íntegramente todos o se reduzca el elenco de tal modo que sea impotente para cumplir su objeto, debiendo el Estado en ese caso resolver sobre la continuidad o disolución de la entidad (arts. 38 y 49, Cód. Civil).

Las *obligaciones contraídas por el ente social*, por lo mismo que los patrimonios de ella y el individual de cada uno de sus miembros no se confunden, no recaen sobre los sujetos que la integran, salvo contados casos especiales derivados de un acto voluntario (fianza pactada) o de una disposición legal.

De donde, las deudas y los créditos de la entidad no se trasladan, en principio, a los sujetos que como miembros están asociados. Y, en la relación jurídica correspondiente, la única parte que es sujeto de los derechos allí nacidos es la persona jurídica. Este principio, aplicable a la mayor parte de las sociedades comerciales, lo establece para las asociaciones (deben agregarse las fundaciones, ley 19.836), el art. 39, que dispone: "*Las corporaciones, asociaciones, etc., serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación, no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, o mancomunado con ella*".

En cambio, las sociedades civiles, así como las actuales simples asociaciones y algunas sociedades comerciales (las colectivas y las en comandita simple), tienen un régimen de responsabilidad subsidiaria (ver § 138).

¶ 129. **CAPACIDAD DE LAS PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.** — Acerca de la *capacidad de derecho* o la *aptitud para adquirir y ser titular de derechos*, se sigue en nuestro Código, a diferencia de otros antecedentes (Freitas, Código de Chile), el principio de que la regla es la capacidad y la excepción la incapacidad.

Lo que quiere decir que no hay limitaciones o restricciones, a menos que la ley expresamente las establezca. Así surge especialmente del art. 41, que las equipara con las personas de existencia visible o naturales.

Una de estas limitaciones es la que deriva del *principio de especialidad*, consagrado en el art. 35; el cual dispone: “*Las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este Código establece, y ejercer los actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido*”.

La aptitud jurídica está admitida en tanto se trate de cumplir el objeto o los fines para los cuales fueron reconocidas.

Estos fines de su institución se constituyen en el marco dentro del cual la persona jurídica puede ser titular de derechos y puede actuar ejerciendo su capacidad de hecho. Es que esos fines, precisamente, atañen al objeto de bien común que llevó a la formación del ente y que se tuvo en cuenta para su autorización estatal. Un exceso o desviación no previsto, atentaría contra el principio de control expuesto.

De acuerdo con su naturaleza escapan a esos fines los *derechos de familia*, pero también los *personalísimos*, que se relacionan estrechamente (encarnadamente), con el hombre como persona física. Sin embargo, respecto del derecho al honor y hasta del derecho a la intimidad, ha habido opiniones divergentes, advirtiéndose falta de rigor científico en los autores que pretenden admitir con un sentido amplio que les corresponde esa clase de derechos (ver el fallo de la CNCiv, Sala C, 17/6/86, y analizar las distintas soluciones y opiniones allí expuestas: LL, 1986-A-212).

En la interpretación de los fines que deben surgir del estatuto o de los actos fundacionales, la jurisprudencia y los autores mayoritariamente admiten que se dé un sentido amplio, permitiendo también lo que mediata o indirectamente está vinculado con el objeto de la entidad, aunque no aparezca mencionado expresamente en dichos estatutos. Basta que sea

un negocio provechoso y apto para cumplir con el fin preestablecido.

§ 130. **RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.** Estrictamente relacionada con la capacidad de derecho y principio de especialidad estudiado, se advierte cuál es la obligación de responder de las personas de existencia ideal.

Como presupuesto que ordena la materia, hay que recordar que estas entidades pueden estar en juicio, ser actoras y demandadas en acciones civiles y que es posible que los terceros acreedores de ellas puedan solicitar la ejecución, embargo y venta de sus bienes (art. 42, Cód. Civil). Quedan, en principio, al margen los miembros asociados y sus patrimonios individuales por las obligaciones atribuibles a aquéllas.

Los actos de los órganos (o administradores) que actúan haciendo sus veces, las obligan, pero no a ellos individualmente. Sin embargo, este principio puede verse modificado si esos órganos han sobrepasado la esfera natural de su cometido, acorde con los fines de la institución que surgen de los estatutos, o también fuera de las órdenes conferidas por los órganos de gobierno.

Cuando los administradores que están unidos interior y vincularmente con la persona jurídica, por lo que su actuar es el actuar de aquélla, se exceden o simplemente invocando el nombre del ente actúan fuera de lo que se considera su mandato o cometido legítimo, no pueden obligar a la persona ideal que deje de ser responsable. Pero, en cambio, es responsable el órgano o administración (el Código lo llama "representante") en la medida del exceso de su obrar (art. 36, Cód. Civil).

Hay una excepción a esta irresponsabilidad, que es la del enriquecimiento sin causa. No obstante, la actuación fuera de los límites del cometido, puede responder la persona jurídica si se ha enriquecido con el acto y lo hará en la medida de ese enriquecimiento.

§ 131. **RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.** — La responsabilidad es extracontractual cuando no deriva de un acuerdo de partes o en general de una convención, sino de un acto que por ley produce la atribución de obligaciones.

En general así ocurre cuando se cometen hechos ilícitos, naciendo entonces la llamada responsabilidad aquiliana.

Si se parte de la teoría de la ficción para explicar la naturaleza jurídica de las personas ideales, será lógicamente muy difícil admitir la responsabilidad extracontractual, pues no podría la ley crear entes que fueran aptos para cometer actos ilícitos y, menos aún, realizados por representantes en su nombre.

Las teorías que se inscriben dentro de las de la realidad, al admitir la existencia de órganos y no de representantes, llevan a otros extremos esa responsabilidad en tanto el actuar del órgano o administrador es actuación de la entidad misma, los hechos del órgano son hechos propios de las entidades. Por otra parte, con el correr del tiempo se advirtió la justicia social de admitir con mayor amplitud esa responsabilidad, a fin de conformar las expectativas de otras personas dañadas por actos atribuibles a los entes y realizados en su nombre.

Nuestro Código, en el art. 43, contenía una norma poco clara y que seguía el principio de la irresponsabilidad, pero que presentaba serias dudas en su letra, lo cual permitió ir ampliando el campo de las indemnizaciones de daños por hechos ilícitos. Al margen de la controversia suscitada en torno a ese texto, lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte Suprema, especialmente respecto de la responsabilidad del Estado, y los tribunales inferiores, fueron admitiendo cada vez más la responsabilidad aquiliana de las personas jurídicas.

La ley 17.711 sustituyó dicha norma, acercando la solución a la responsabilidad plena en beneficio de los terceros perjudicados. Dispone el actual art. 43: *“Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: ‘De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos’”*.

Si se trata, por tanto, de los órganos (los que la dirigen o administran) es suficiente que el hecho ilícito se haya realizado al cumplir sus funciones, aunque se hubiera cometido un delito doloso criminal. Si, en cambio, ese hecho proviene de un dependiente, empleado o subordinado que no es órgano, se aplica la responsabilidad indirecta o refleja, según la cual los daños por obra de los dependientes por sí o con las cosas de que se

sirven o tienen a su cuidado, deben ser reparadas directamente por ellas, pero además obligan indirectamente al principal o patrón. En este caso, la entidad ideal concurre también por el todo en la responsabilidad, sea porque se entienda que hay culpa *in eligendo* o *in vigilando*, o por la teoría del riesgo.

En ambos casos no es necesario que los actos se hayan realizado desempeñándose en las funciones, pues basta que hubieran producido sus efectos dañosos “con ocasión” de ellas.

Esta idea, que es mucho más amplia, ha suscitado controversias, pues no parece fácil definir cuándo un acto se realiza con ocasión de ejercer las funciones. Según Borda, basta al respecto que “exista entre las funciones y el daño una razonable relación”. La razonabilidad de esa relación dependerá de la apreciación del juez, y es natural que si advierte una lejana vinculación o que el motivo no ha sido el desempeño como órgano, el juez no vacilará en negar la responsabilidad del ente y en atribuirla únicamente a la persona que lo obró. El caso en que ese autor natural del daño ha aprovechado las funciones para facilitar la comisión del delito, muestra que se ha utilizado la función como elemento de oportunidad, pero que no había relación razonable entre ella y el daño, sino que se cometió un acto ajeno a la función en sí y elaborado con los medios que esa función ofrecía.

TRABAJOS PRÁCTICOS

Como interesantes antecedentes de jurisprudencia, ver los fallos siguientes: CNCiv, Sala D, 30/8/73, *LL*, 155-624; *id.*, *id.*, 20/3/59, *ED*, 3-530; *id.*, Sala F, 2/6/59, *LL*, 95-628. Los dos últimos casos sirvieron de antecedente a la reforma de 1968. CNCiv, Sala G, 10/4/86, *ED*, 121-297; *id.*, Sala E, 10/5/84, *LL*, 1985-A-52.

§ 132. **RESPONSABILIDAD PENAL.** – Es más difícil todavía admitir que las personas jurídicas puedan ser responsables por la comisión de delitos penales, porque normalmente estos hechos sólo son atribuibles a las personas que los realizan naturalmente, cumpliéndose así con el principio de personalidad de la pena.

Sin embargo, en algunas circunstancias se admite, especialmente frente a leyes especiales, la comisión de delitos penales. Así ocurrió cuando se sancionaron leyes persiguiendo el delito de agio y especulación, o antimonopólicas; o bien, cuando se elevó a la categoría de delito la evasión fiscal. Estos ac-

ton pudieron ser atribuidos directamente a las sociedades o asociaciones que hubieren violado las prohibiciones.

§ 133. **TEORÍA DE LA PENETRACIÓN EN EL ENTE.** – En el derecho actual se reconoce que en ciertas ocasiones es lícito hacer lo que se llama “descorrer el velo de la personería”, a fin de bucear en la realidad que está más allá del ente ideal.

Según frase muy recordada de un pionero en la cuestión (Serrick): “la persona jurídica no se identifica con los hombres que se hallan detrás de la misma; su patrimonio tampoco puede ser equiparado con los derechos de participación en la persona jurídica; lo único que ocurre es que se dan situaciones en las que es menester apartarse de esta regla para que, por encima de la forma jurídica, se alcance una decisión justa”.

Muchos autores, a fin de permitir que los jueces dejen de lado la independiente y separable personalidad de las personas jurídicas y revelen la actuación y la responsabilidad de los miembros que las componen, consideran que se han formado y actuado con *abuso del derecho*; como si se tratara de técnicas manipuladas con fines distintos de los confesados y la obtención de ventajas patrimoniales por medio de la forma societaria. Habría abuso de la personalidad de los entes ideales.

Otras teorías se acercan a la formulación del acto simulado, o a la consideración de la existencia de *un fraude* con el disfraz de una persona ideal. En tal sentido, se considera que son cuestiones que no atañen a la personalidad, sino a la ilicitud, nulidad por vicio o por simulación, inoponibilidad por fraude, en que la sociedad se constituye como pantalla de actividades aparentes (Rivera).

La ley de sociedades comerciales ha dado aplicación legal a la “teoría de la penetración del ente”, con el actual art. 54 de la ley 19.550, reformada por la ley 22.903.

TRABAJOS PRÁCTICOS

Para los actos de ocultamiento de bienes en el régimen matrimonial analizar los fallos siguientes: CNCiv, Sala C, 17/6/66, *ED*, 16-58; *id.*, Sala I, 27/7/76, *ED*, 68-310; *id.*, Sala A, 29/4/69, *ED*, 31-375, con nota de investigación: *La prescindencia de la forma de la persona jurídica en la jurisprudencia argentina*; CCiv2ªCap, 21/10/48, *LL*, 52-742.

En cuanto a la burla de derechos hereditarios, analizar: CNCiv, Sala B, 10/8/72, LL, 151-4.

Caso en el cual se probó la simulación de la personería para no cumplir ciertas obligaciones de orden público y eludir los acreedores, CNCiv, Sala C, 19/11/87, ED, 128-284.

§ 134. **COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. LA AUTORIZACIÓN DEL ESTADO.** — De acuerdo con lo estudiado, las asociaciones, fundaciones, sociedades anónimas y en comandita por acciones que actúan en el orden nacional, deben ser autorizadas por el Poder Ejecutivo a fin de obtener la personería jurídica. Toca a las provincias, según el domicilio de la entidad, ejercer esa atribución.

La autorización implica una verificación de los fines de la entidad, ejerciéndose como facultad gubernativa discrecional. Además, en ese acto de la autoridad administrativa, que ahora está centralizada en la Inspección General de Justicia, deben aprobarse los estatutos, lo cual significa que sin aprobación no se concede la autorización.

Se discute la función que cumple dicha autorización. Para unos, seguidores de los postulados de la teoría de la ficción, importa la constitución o comienzo de la existencia de la persona, pues depende de ella para ser sujeto de derecho (Salvat, Machado). Esto parece ser lo establecido en el art. 45 del Cód. Civil. No obstante, acorde con el art. 47, si la autorización estatal es posterior al acto fundacional, quedan las entidades legitimadas en su existencia con retroactividad al tiempo de dicho acto constitutivo. La solución responde a la idea de la teoría de la realidad, pues el Estado lo único que haría sería reconocer una realidad existente, no crearla, dictando no una autorización constitutiva, sino meramente declarativa de la existencia. Ésta comienza, por tanto, a partir del acto fundacional, o sea, desde el acto constitutivo (Borda, Rivera).

Dicho acto constitutivo o fundacional, es el que da comienzo a la existencia de las demás personas jurídicas que no precisan de autorización del Estado (sociedades y entes legales, o bien simples asociaciones, que estudiaremos más adelante) y basta que acaten las reglas legales. Las sociedades comerciales requieren la inscripción en el Registro Público de Comercio (art. 7º, ley 19.550).

§ 135. **ACTO CONSTITUTIVO.** —Es el acuerdo de voluntades por virtud del cual se expresa la voluntad de crear un ente jurídico nuevo. Tiene carácter contractual, como acto jurídico bilateral. Las fundaciones, en cambio, provienen de un acto constitutivo que normalmente es unilateral, sea entre vivos o de última voluntad. En ese acto constitutivo se establecen las bases que reglarán a la persona jurídica y normalmente en él se adelantan muchos de los aspectos que contendrá el estatuto, previéndose su formulación y a veces conteniéndola.

A causa del efecto retroactivo que proviene del art. 47, aplicable a toda persona de existencia ideal, la posterior autorización estatal que haya tardado un tiempo en obtenerse, no modifica los derechos que interinamente hubiera adquirido la entidad, ni las obligaciones que esa entidad en el período de afirmación jurídica hubiera contraído. Pero, en este caso, no sólo la entidad en formación se obliga, sino también los fundadores, que continúan siendo responsables hasta que se otorgue la personería con la autorización. Por ello, si se niega la autorización, quedarán los fundadores como únicos obligados frente a los terceros; pero, si se la otorga, las obligaciones en favor de terceros se transmiten a la nueva persona de existencia ideal. Los fundadores pueden reclamarle todo lo que hubieren pagado a terceros en el tiempo intermedio.

§ 136. **LOS ESTATUTOS. NATURALEZA JURÍDICA Y REFORMA.** — Previstos en el acto constitutivo, y a veces confundidos con ese acto contractual, los estatutos *son el conjunto de reglas referidas a la persona de existencia ideal que establece su organización, estructura, gobierno y fines.*

Es la ley que la regula imperativamente en forma abstracta y general, y a la cual se someten los miembros que la componen. De ahí que, aunque proviene de un acuerdo voluntario de los particulares y no de un acto normativo del poder público, no tiene categoría contractual, sino legal, dependiendo su vigencia de la aprobación estatal.

El Estado no solamente aprueba o desaprueba los estatutos, sino que también interviene para su *reforma*. Hay que seguir el régimen de reformas previsto en el estatuto mismo, o bien, si no contiene normas que las contemplen, las modificaciones tienen que contar con la mayoría absoluta de los miembros de la persona jurídica, pero, si se trata de modificar su objeto o fines, es necesaria la unanimidad.

La modificación de los estatutos de las fundaciones tiene un régimen propio, que se estudiará en el § 139.

§ 137. INTERVENCIÓN Y VIGILANCIA DE LOS PODERES PÚBLICOS. — Por medio de la imprescindible autorización para funcionar, como de la aprobación del estatuto y de sus reformas, se advierte la intervención y vigilancia que corresponde a la autoridad administrativa en el nacimiento y vida de las instituciones privadas. Esa actuación es propia del poder administrador, por lo cual tiene carácter discrecional, pero no puede ser arbitraria.

Si el Estado no concede la autorización o no aprueba el estatuto o sus reformas, los particulares pueden requerir la decisión judicial, la cual únicamente será admitida por los jueces, dado el carácter discrecional y propio de la actuación del poder administrador, si se demuestra que éste ha actuado arbitraria o ilegítimamente.

Así, por ejemplo, si por capricho, sin dar razones o impidiendo que los fundadores puedan hacerse oír y alegar en su defensa, niega la personería o desaprueba los estatutos; esto sería arbitrariedad. Otro caso sería si el Estado, al intervenir, lo hace violando las disposiciones administrativas que ordenan su intervención; esto sería ilegitimidad.

TRABAJOS PRÁCTICOS

Estudiar y considerar los hechos y las razones que llevaron al tribunal a denegar la personería jurídica a la Comunidad Homosexual de la Argentina (CNCiv, Sala I, 12/7/90, *ED*, 138-788), teniendo en cuenta que el Poder Ejecutivo, con posterioridad, acordó esa personería, así como más tarde, en otra decisión, la justicia rechazó una acción de amparo en la que se pretendió que se dejara sin efecto esta resolución de la Inspección General de Justicia (CNCiv, Sala I, 28/4/93, *JA*, 1994-I-512 con nota de Sagüés, Néstor P., *Acción de amparo, intereses difusos y acción popular*).

§ 138. ASOCIACIONES. — Toda unión de individuos es una asociación; en tal sentido lo son, en general, las agrupaciones de ellos con miras a un fin común, lo que se logra por medio de las distintas personas jurídicas que aquí se han venido estudiando (ver § 127 a 131).

a) *CONCEPTO E IMPORTANCIA.* En sentido estricto y con relación a un tipo especial de personas jurídicas, *son asociaciones las uniones de individuos con un fin común altruista, o sea, sin reparto de ganancias entre los miembros aunque sus actividades produzcan bienes económicos.* Se caracterizan por el objeto no lucrativo que persiguen, y porque están compuestas por miembros o personas directamente interesadas que se benefician y asumen la conducción de la asociación.

Teniendo en cuenta la diversidad de necesidades no lucrativas que tiene el ser humano, queda a la vista la *importancia* de estas uniones por medio de las cuales se persiguen objetos altruistas de toda índole, así intelectuales, religiosos, científicos, literarios, gremiales, de estudio, de apoyo mutuo, deportivos, de entretenimiento en general, etcétera.

b) *CLASIFICACIÓN.* Pueden considerarse tres clases de unión de individuos con fines no lucrativos, en las cuales se ponen esfuerzos comunes para lograrlos:

1) Las *asociaciones que son autorizadas por el Estado para poder funcionar*, comúnmente consideradas como personas jurídicas.

2) Las *simples asociaciones*, constituidas por instrumento público, que también son sujetos de derecho.

3) Las *meras uniones de personas* a través de instrumento privado, que no llegan a constituir una persona de existencia ideal.

c) *ÓRGANOS DE GOBIERNO.* Los establece el estatuto. Tres de ellos no pueden faltar:

1) La *asamblea*, órgano máximo deliberativo, formado por todos los asociados o miembros. Se reúne periódicamente (ordinarias) o en forma especial según sea la urgencia (extraordinaria), para tomar las más importantes decisiones (nombrar nuevas autoridades; aprobar o desaprobar su gestión; modificar los estatutos; verificar y orientar la marcha de la institución, etcétera).

2) El *órgano administrador*, que suele ser una comisión directiva o una sola persona (secretario o administrador general), nombrados por la asamblea, ejerce el mandato ejecutivo en

forma permanente, administrando y haciendo efectivas las decisiones de la asamblea y cumpliendo las funciones que prevé el estatuto. Rinde cuentas a la asamblea.

3) Los *órganos de control*, son los revisores de cuentas o los síndicos de la asociación. Vigilan el cumplimiento de la ley y de los estatutos por parte del órgano administrador; revisan la contabilidad y el movimiento de fondos y la fiel convocatoria a las asambleas.

Puede haber otros órganos especiales establecidos por el estatuto en cada caso particular.

d) *PODER DISCIPLINARIO E INTERVENCIÓN JUDICIAL SOBRE SU EJERCICIO*. Tanto los miembros como las autoridades de las asociaciones tienen derechos y deberes, inclusive de acatamiento de las reglas estatutarias y de comportamiento frente a los otros miembros. De ahí que las asociaciones se reservan un *poder disciplinario*, que por lo común lo ejerce la asamblea, o si la falta no es muy grave y la sanción menos importante, el órgano ejecutivo o de administración, sin perjuicio de su rendición de cuentas a la asamblea.

El ejercicio de ese poder disciplinario y la aplicación de sanciones por faltas cometidas contra la asociación y sus reglas estatutarias, puede significar la imposición de sanciones que van desde la más leve hasta las más importantes de suspensión o expulsión del miembro o autoridad comprometido en el acto. Por lógica necesidad del mantenimiento del orden y por tratarse de una cuestión interna y que específicamente atañe a la asociación, las penas o sanciones aplicadas dependen del arbitrio de los órganos encargados de mantener la disciplina.

Es sumamente delicado interferir en ese poder disciplinario, porque se podría coartar el elemento de orden que los estatutos prevén para la buena marcha de la asociación. Sin embargo, cuando las resoluciones sancionatorias son arbitrarias o ilegítimas, y hasta en algunos casos irrazonables o excesivas, se ha permitido que los jueces interfirieran y revisen la sanción, pudiendo en esos supuestos dejarla sin efecto y hasta ordenar una reparación del daño ocasionado por la medida que se declaró inválida.

Podría considerarse *ilegítima*, la sanción, que no acatara las reglas del estatuto, tanto para formar criterio como para decidir sin

impedir la defensa del asociado. *Arbitraria* sería la que se hubiere impuesto sin prueba valedera del hecho que se imputa al asociado, o cuando no contuviera ninguna razón que la sustente. Por fin, sólo se podría revisar la justicia de la resolución que sanciona al miembro asociado, si por ejemplo, fuera un verdadero abuso por su gravedad frente a la poca importancia del hecho cometido.

Para llegar a la revisión por el juez, el asociado debe agotar los recursos que según el estatuto le son permitidos dentro de la asociación. Es decir, obtener la decisión última o definitiva ya inapelable dentro de la asociación misma.

e) *DERECHOS Y DEBERES DE LOS MIEMBROS.* Son miembros de la asociación los que la fundaron y quienes se incorporaron a ella después de fundada. Tanto unos como otros tienen los derechos que establecen los estatutos o, en su caso, si no están en ellos claramente especificados, los que surgen del objeto o fin social (art. 40, Cód. Civil). Aparte de derechos genéricos, estén o no mencionados en el estatuto, dependen de las reglas contenidas en ellos que son muy variadas. Puede señalarse como los principales: el de renunciar a la asociación; acceder a los cargos de mando; votar en las asambleas; usar y gozar de las instalaciones según el fin propuesto, etcétera.

Acerca de las obligaciones, suelen relacionarse con los aportes ofrecidos (en dinero o en especie); acatar los estatutos y el reglamento interno; asistir a las reuniones, entre otras.

f) *LAS SIMPLES ASOCIACIONES (ARTÍCULO 46, CÓDIGO CIVIL).* Además de las asociaciones con personalidad reconocida por el Estado al otorgar la autorización, el art. 46 contempla otra clase de asociaciones, denominadas “*simples asociaciones*”. Dispone esa norma: “*Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles o religiosas, según el fin de su instituto. Son sujetos de derecho, siempre que la constitución y designación de autoridades se acredite por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público. De lo contrario, todos los miembros fundadores de la asociación y sus administradores asumen responsabilidad solidaria por los actos de ésta. Supletoriamente regirán a las asociaciones a que este artículo se refiere las normas de la sociedad civil*”.

Es importante destacar que cuando se respeta la formalidad del instrumento público o privado certificado por escribano, la persona de existencia ideal tiene similar capacidad que las asociaciones con personalidad, excepto el derecho de adquirir bienes por herencia, legado o donación. La responsabilidad por hechos ilícitos también es igual (Pérez Ríos).

La diferencia más importante es con respecto a la *responsabilidad* frente a otras personas, por las deudas contraídas en los negocios. Las asociaciones autorizadas por el Estado responden con exclusión de los fundadores, administradores y miembros, que no tienen que pagar esas deudas de su peculio. En cambio, las simples asociaciones también responden en primer término, pero si sus bienes no bastan, el acreedor puede cobrarse del patrimonio de los fundadores, administradores y asociados, aunque mancomunadamente, es decir, por la parte que a cada uno le corresponde en la asociación. La responsabilidad, pues, de las simples asociaciones es subsidiaria, accesorio y mancomunada (arts. 1713, 1714, 1747 y 1750, Cód. Civil). Finalmente, si la unión asociativa es sólo por instrumento privado, los fundadores y miembros responden solidariamente en forma personal, porque al no haber sujeto de derecho independiente, los acreedores pueden exigir el todo a cualquiera de ellos.

§ 139. **FUNDACIONES.** — La fundación es una persona jurídica con fin altruista, que posee un patrimonio destinado a cumplir un objeto de bien común, pero que carece de miembros y no nace por un acuerdo bilateral de voluntades sino por una decisión unilateral del fundador o de los fundadores. Para cumplir el destino o afectación del patrimonio, tiene administradores. Los beneficiarios son ajenos a la entidad y en principio indeterminados, bastando que cumplan el objetivo propuesto por el fundador o los fundadores (p.ej., un hospital para ciegos; una universidad regional; un instituto para descanso de ancianos, etcétera).

Una vez realizada la fundación, el fundador o los fundadores se apartan pero tienen la posibilidad de ejercer un cargo en el consejo de administración.

a) **LA LEY 19.836. ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS.** Teniendo en cuenta que el Código no contiene disposiciones directrices

para las fundaciones, aparte de la aplicación de las comunes a toda persona jurídica, se sancionó la ley 19.836, que establece todo el régimen aplicable. Dispone acerca de los órganos de gobierno y su modo de actuar.

Existe un *consejo de administración* para el cumplimiento del fin de la entidad, que debe contar por lo menos con tres miembros, quienes pueden ejercer las funciones de modo permanente o transitorio.

Puede haber también un *comité ejecutivo* formado con miembros del consejo de administración, a quienes se les delegan algunas funciones, facilitando la gestión, aunque bajo la supervisión del consejo.

Los integrantes del consejo deben reunirse según lo disponga el estatuto y no tendrán derecho a remuneración alguna, pero sí podrán percibirla los del comité que actúan como dependientes o mandatarios con una dedicación exclusiva en favor de la fundación.

Los miembros del consejo de administración pueden ser removidos de sus cargos por el voto de los dos tercios.

Si se producen vacantes y no hay remedio previsto en el estatuto, haciéndose imposible el funcionamiento, la autoridad administrativa del Estado puede designar las nuevas autoridades.

b) *BENEFICIARIOS*. Son las personas que reciben el beneficio de la fundación. Si son indeterminados, como ocurre generalmente, no tienen derecho a exigir la prestación, y el consejo podría elegirlos. Si son determinados tienen derecho a exigir la prestación.

c) *ACTO FUNDACIONAL*. La ley 19.836 prevé que el acto creativo se manifieste por medio de un negocio entre vivos, como por un testamento o acto de última voluntad. La fundación no llega a tener vigencia hasta que se produzca la autorización estatal.

Cuando se crea por actos entre vivos, debe preverse un estatuto por instrumento público o privado, autorizado por escribano, en el cual figurarán los datos de los *fundadores*, el *patrimonio* de la fundación, que posibilite los fines perseguidos, los *planes de acción* o actividades que realizan y las *bases presupuestarias*.

En el tiempo que va desde el acto creativo hasta que se obtiene la personalidad reconocida por el Estado (autorización),

los fundadores son responsables de las obligaciones que hayan contratado con terceros (art. 8º, ley 19.836).

En la fundación creada por testamento, puede intervenir el juez de la sucesión para que se redacten los estatutos, si no lo dispuso el testador, y no resulta posible a los herederos y albaceas ponerse de acuerdo al efecto.

d) *INTERVENCIÓN DEL ESTADO PARA COMPLEMENTAR O MODIFICAR LOS ESTATUTOS.* La autoridad administrativa de control, que es la *Inspección General de Justicia*, no sólo puede fijar un nuevo objeto o fin fundacional, cuando el establecido por el fundador no es factible, y hasta fusionar o coordinar dos o más fundaciones para lograr ese objeto, o para el mejor desenvolvimiento y mejor beneficio público (art. 36, ley 19.836), sino que acorde con ello puede modificar los estatutos para adecuarlos a esos nuevos fines.

e) *RECURSOS JUDICIALES.* Dispone el art. 37 de la ley 19.836, que en caso de arbitrariedad o ilegitimidad por parte de las autoridades administrativas, cuando deniegan la autorización para la constitución del ente, o cuando retiran la personería jurídica otorgada, se puede recurrir judicialmente. Este recurso se sustancia en forma sumaria e interviene la Cámara de Apelaciones en lo Civil. Igual recurso cabe no ya a los fundadores, sino a los órganos de la fundación, cuando la Inspección General de Justicia suspende el cumplimiento de las deliberaciones o decisiones por considerarlas contrarias a las leyes o a los estatutos; cuando fija un nuevo objeto, invocando la imposibilidad de cumplir el establecido por el fundador, o realiza la fusión o coordinación de dos o más fundaciones (art. 37, ley 19.836).

CAPÍTULO V

FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS

A) LA MUERTE

§ 140. **PRUEBA.**— La muerte es uno de los hechos que deben ser inscriptos en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Al igual que el nacimiento, matrimonio, etc., ~~este~~ organismo asienta las defunciones en el correspondiente libro. Dentro de las 48 horas de la comprobación del fallecimiento debe hacerse la inscripción, y la partida de defunción que surge de ese asiento, sus copias, fotocopias o certificados autenticados por autoridad competente, son la prueba instrumental de la muerte (arts. 5º y 52, decr. ley 8204/63).

Ahora bien, para labrar la partida con la inscripción, es necesario que exista la presencia del cadáver y que éste pueda ser individualizado. A ese efecto se requiere un certificado del médico que lo atendió en la última enfermedad, o si falta ~~este~~, el de otro médico requerido al efecto. En ausencia de médico, como puede ocurrir en lugares despoblados, bastará el certificado expedido por la autoridad policial o civil y dos testigos que hayan visto el cadáver. En el certificado, además de los datos del fallecido, debe constar la causa de la muerte, el lugar y la fecha en que ocurrió.

Los arts. 105 a 107 del Código prevén la prueba de la muerte en varias circunstancias particulares. Así, la de los militares en combate, siendo imposible hacer el asiento, por lo que conste en el Ministerio de Guerra (hoy de Defensa); los fallecimientos producidos en conventos, cuarteles, prisiones, fortalezas, hospitales, lazaretos, por la registración que se lleva en esos lugares, sin perjuicio de pruebas generales a falta de tales asientos. Pero, estos asientos deben trasladarse al Registro del Estado Civil que organiza el decr. ley

8204/63 (art. 54, inc. 2º), obteniéndose la pertinente partida de defunción.

§ 141. **ARTÍCULO 33 DE LA LEY 14.394.** – Cuando no fuere posible hallar el cadáver o, encontrándose éste, no fuere posible identificarlo, no puede hacerse la inscripción. Al no poder obtenerse la partida de defunción se carece del instrumento público que pruebe la muerte de la persona, lo cual obliga a iniciar el juicio de ausencia con presunción de fallecimiento, el cual es engorroso y largo. (De ahí que, para acreditar ese hecho y que los herederos obtengan la herencia, la prueba de la muerte se presenta como un escollo que impone gastos y esperas hasta obtener la declaración judicial de muerte presunta.

En algunos casos esa complicación no se justifica, por lo cual la ley 14.394, en su art. 33, agregó el siguiente texto al art. 108 del Cód. Civil: *“En los casos en que el cadáver de una persona no fuese hallado, el juez podrá tener por comprobada la muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, siempre que la desaparición se hubiera producido en circunstancias tales que la muerte deba ser tenida como cierta. Igual regla se aplicará en los casos en que no fuese posible la identificación del cadáver”*.

Se trata de casos en que es imposible que la persona pueda sobrevivir al acontecimiento en donde desapareció.

El ejemplo que dio lugar a la reforma, fue el del conocido caso del “rastreador Fournier” resuelto por el tribunal de La Plata (año 1952). Este barco se hundió en pleno invierno en aguas del sur, canales fueguinos, zona en la cual la sumersión importa la muerte cierta por la baja temperatura del agua. En cambio, no serían supuestos de aplicación de la dispensa, la mera desaparición en circunstancias en las que caben dudas de la sobrevivencia, por ejemplo, el hundimiento de un barco en el océano o la caída de un avión en alguna zona despoblada. Si lo son, el incendio que ha carbonizado completamente los cadáveres; haber quedado sepultados en una mina imposible de remover, o la caída desde un barco en lugar infestado de tiburones.

§ 142. **CONMORIENCIA.** – Se presenta el problema del supuesto en que dos o más personas fallecen en un accidente o suceso común. Se trata de establecer el sistema de sucesión en los bienes, porque suele ser muy difícil dar cuenta de quién

murió primero y cuál ha de ser la transmisión de bienes entre los fallecidos.

El sistema de otras legislaciones regula un régimen de *promotione*, o sea de presunciones de fallecimiento según datos genéricos. Así, se considera que la mujer muere antes que el varón; el menor que el joven y el niño que el adulto. El Código de Vélez, en cambio, estimando arbitrarias esas presunciones, establece el sistema llamado de "conmoriencia" en el art. 109, redactado del siguiente modo: "*Si dos o más personas hubiesen fallecido en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, de modo que no se pueda saber cuál de ellas falleció primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna de derecho entre ellas*".

La conmoriencia se aplica aunque las partes no hayan muerto en el mismo suceso, y también aunque hayan estado separadas en distintos lugares, bastando que no pueda precisarse el tiempo del fallecimiento de cada una.

La presunción que sienta la ley es *iuris tantum*, por lo cual siempre queda, a quien invoque lo contrario, probar que uno de los fallecidos murió antes o después del otro, sea por informes del hospital que los atendió o por otros medios de prueba, que habrá de ponderar el juez según la sana crítica.

B) LA AUSENCIA

§ 143. **SIMPLE AUSENCIA.** — Puede ser que una persona se ausente de su domicilio para no hacer frente a sus obligaciones, en cuyo supuesto los acreedores podrán iniciarle el juicio y hacerlo declarar rebelde para que se lo condene al pago en el proceso concreto de cobro.

También que una persona se ausente y deje apoderados que atiendan sus negocios. Pero si desaparece y no los deja, o los mandatarios no tienen poderes suficientes para cuidar de sus negocios, la ley prevé un sistema de protección al ausente, a fin de resguardar en general su patrimonio (arts. 15 a 21, ley 14.394). Este último es el caso llamado de simple ausencia.

En la simple ausencia no sólo tiene que desaparecer el individuo, sino que se debe ignorar su paradero. Pueden pedir la designación de un curador a los bienes todas las personas

que tuvieran un interés legítimo: así, el cónyuge con derecho hereditario y los demás parientes en grado sucesible; los socios; los condóminos; el apoderado con poder insuficiente. En cuanto a los acreedores, sólo aquellos que no tuvieran expedito el cobro de sus créditos y que pretendan la protección del patrimonio para cobrarse cuando sea exigible la deuda. En cambio, como se ha visto, quienes ya pueden cobrarla porque es de plazo vencido, tienen a su disposición el juicio pertinente de cobro, en donde se lo declara rebelde, o si carece de domicilio actual, se nombra al defensor de ausentes para que lo defienda.

Será juez competente en el juicio de simple ausencia el del domicilio o el de la última residencia del ausente. Si no los hubiera tenido en el país o fuere desconocido, el juez del lugar de los bienes, y, habiendo bienes en distintas jurisdicciones, el juez que sea solicitado y prevenga primero.

Hay que librar edictos de citación al ausente por 5 días. Si no aparece, se nombra el defensor oficial para que lo represente en el juicio de ausencia. Terminada la prueba, se dicta sentencia, nombrando un *curador a los bienes*, siguiéndose el orden establecido en la ley. Dicho curador tiene por misión proteger el patrimonio y conservarlo. Reaparecido el ausente, *cesa* la curatela. También cesa si se comprueba la muerte o se declara la presunción de fallecimiento.

§ 144. **PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO.** – En este caso, ya no se pretende la protección del patrimonio, sino la declaración de la muerte presunta.

La ley 14.394 sustituyó el régimen del Código al respecto, acortando los plazos y los trámites, y estableciendo consecuencias más definitivas a la situación que sobreviene con la sentencia (arts. 23 a 30). La principal es la transmisión en propiedad de los bienes a los herederos, con los resguardos y garantías que estudiaremos, pues el Código sólo establecía un régimen de posesión provisional y definitiva.

Tiene que tratarse de una desaparición sin que se tengan noticias del ausente y en circunstancias temporales o de hecho que importen inducir su fallecimiento.

§ 145. **DISTINCIONES.** – Hay distintos casos, según las circunstancias.

a) El *ordinario*, 3 años desde la desaparición, los cuales se cuentan desde la última noticia.

b) El *extraordinario genérico*, 2 años desde que ocurrió un *desastre*, incendio, terremoto, guerra o empresa riesgosa y no se tuviere noticias de la persona que participó en ellos, a contar desde que ocurrió el suceso o pudo haber ocurrido.

c) El *extraordinario específico*, 6 meses, en caso de naufragio de nave o aeronave, en donde se encontraba la persona, tiempo que se cuenta desde que ocurrió o pudo haber ocurrido el naufragio.

La acción la tienen las personas que tuvieren algún derecho subordinado a la muerte del desaparecido. Así, el cónyuge, aun divorciado; los presuntos herederos, legítimos o testamentarios; el socio del ausente; el fisco por la posible sucesión vacante, etcétera. Pero no las personas a quienes les basta el juicio de simple ausencia para resguardar su interés.

El juicio es parecido al de la simple ausencia, pero no igual. Se nombra el defensor oficial del ausente y se cita a éste por edictos una vez por mes durante 6 meses, los que se publican en un diario oficial y en otro de mayor circulación en el domicilio del desaparecido. Producida la prueba, el juez dicta sentencia, en la cual declara el fallecimiento presunto, fija el día presuntivo del fallecimiento y ordena la inscripción en el libro de defunciones.

§ 146. *DÍA PRESUNTIVO DEL FALLECIMIENTO.* – Es importante, porque en ese día se considera que murió el ausente y se transmiten sus derechos a los sucesores. Sin embargo, la ley no deja librado a la apreciación del juez señalarlo, pues de lo contrario quedaría a su arbitrio producir en tiempo determinado la transmisión de la herencia. De ahí que se establecen las siguientes pautas para que el juez fije en la sentencia el día presuntivo del fallecimiento:

a) En el *caso ordinario*, el último día del primer año y medio.

b) En el *caso extraordinario genérico*, el día del suceso en el que estaba el ausente. Si era suceso prolongado (p.ej., una batalla de varios días), el día del término medio en que ocurrió o pudo haber ocurrido.

c) En el *caso extraordinario específico*, el último día que se tuvo noticia de la nave o aeronave.

§ 147. *EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN SOBRE EL MATRIMONIO Y LOS BIENES.* – El día presuntivo del fallecimiento declarado en la

sentencia es de efectos similares a la muerte real. Ese día se abre la sucesión, si hay testamento se lo da a conocer y se transmiten los bienes a los herederos, que se vuelven propietarios, aunque no con dominio pleno. El cónyuge recupera la facultad de volver a casarse.

Debe hacerse el juicio sucesorio, donde se verifica la condición de heredero y se ordena la inscripción de los bienes a su nombre.

§ 148. **PERÍODO DEFINITIVO Y PLENO.** – El dominio transmitido una vez efectuada la declaración por sentencia de fallecimiento presunto, durante un tiempo no es pleno. Por ese motivo se entregan los bienes a los herederos, pero no pueden disponer libremente de ellos. Si son bienes muebles, se debe hacer *inventario* y hasta el juez podría pedir otra garantía, como fianza de su conservación, hasta que pase el período que se llama de *prenotación* o de dominio restringido.

Este período de prenotación es de 5 años desde el día presuntivo del fallecimiento (no desde la sentencia), o hasta que el presunto fallecido haya cumplido 80 años. Además del inventario y posible fianza o cautelas para los bienes muebles, hay que hacer una inscripción en los registros de la propiedad sobre todos los bienes registrables (inmuebles, automotores, caballos de carrera), dando cuenta de la indisponibilidad provisional. Una vez transcurridos los plazos, sólo entonces se convierte el dominio recibido en pleno y los herederos pueden disponer libremente de ellos. La sociedad conyugal queda disuelta y puede pedirse la liquidación por el cónyuge sobreviviente. Se dice, en este caso, que el período ha pasado a ser de dominio definitivo o pleno.

El sistema expuesto demuestra dos cosas: 1) como los 5 años se cuentan a partir del día presuntivo del fallecimiento y para obtener la declaratoria de herederos hay que hacer la sucesión, puede suceder que entre ese día, la sentencia de fallecimiento presunto y la declaratoria judicial de herederos, haya transcurrido ya el plazo, o el ausente cumplido 80 años, por lo cual la inscripción de los bienes se hace sin anotar la indisponibilidad, sino directamente a nombre de los herederos, sin restricción o en forma plena, y 2) que durante el período de prenotación, en el supuesto de que ésta no se pueda omitir, los herederos que pasan a ser propietarios sólo pueden adminis-

trar los bienes, hasta que pase el tiempo indicado y automáticamente cedan al dominio pleno. Sin embargo, podrían solicitar el juez que por necesidad les autorice la disposición de algún bien, cuando ello sea imprescindible para la conservación del patrimonio. Por ejemplo, si son bienes perecederos o si pierden el valor con el mero transcurso del tiempo. Hay que tener en cuenta que el sistema de la ley tiende a preservar los intereses del ausente.

Acerca del matrimonio, la ley 14.394 en su art. 31 disponía que la declaración de ausencia autorizaba al otro cónyuge a contraer nuevo matrimonio. Si lo hacía, quedaba disuelto el vínculo que tenía con el presunto fallecido a partir de ese nuevo casamiento, pero no a partir de la sentencia de fallecimiento presunto. La ley de divorcio 23.515 incorporó al respecto una norma al Código Civil, con similar alcance, el art. 213, que dispone: "*El vínculo matrimonial se disuelve:... 2) Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento...*".

Para contraer ese nuevo matrimonio, el cónyuge debe acompañar al oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, copia legalizada de la sentencia que hubiere declarado la muerte presunta del cónyuge anterior (art. 187, Cód. Civil).

§ 149. **REAPARICIÓN DEL AUSENTE Y SUS EFECTOS SOBRE EL MATRIMONIO Y SOBRE LOS BIENES.** — De conformidad con lo explicado, el vínculo matrimonial no se disuelve por la declaración de fallecimiento presunto. Esto significa que si el ausente reaparece, se mantiene la unión conyugal y se recuperan todos los derechos y deberes que derivan del matrimonio. Dicha unión conyugal sí se disuelve cuando el cónyuge del ausente vuelve a contraer matrimonio. En este caso e incluso en el caso de que reaparezca, queda disuelto el vínculo con el ausente y se mantiene el segundo matrimonio, pues el primero con el presunto fallecido no tiene ya vigencia.

Acerca de los bienes, hay que distinguir si el ausente presuntamente fallecido reaparece antes o después del período de prenotación:

a) La reaparición del ausente o cuando se tienen noticias ciertas de su existencia, durante el período de prenotación, dejan sin efecto la transmisión de bienes a los herederos. Estos

tienen que devolverlos, con sus mejoras, pero no los *frutos percibidos* durante el tiempo en que tenían la posesión de tales bienes, si eran de buena fe, es decir, si no conocían la existencia del ausente cuando se sustanció el juicio. En cambio, si eran de mala fe, porque conocían el paradero de aquél, tendrán que devolver los frutos percibidos y hasta los que por su culpa se dejaron de percibir.

Los herederos son responsables del patrimonio durante la prenotación; de ahí que, en caso de disposición ilegal o no autorizada, tengan que hacerse cargo de los daños y perjuicios ocasionados al ausente.

b) La reaparición del ausente terminado el período de prenotación, está regulada por el art. 32 de la ley 14.394, que dispone: *“Si el ausente reapareciese podrá reclamar la entrega de los bienes que existiesen y en el estado en que se hallasen: los adquiridos con el valor de los que faltaren; el precio que se adeudase de los que se hubiesen enajenado y los frutos no consumidos.*

Si en iguales circunstancias [relativas no a la reaparición, sino a las enajenaciones o disposiciones de los otros herederos declarados] se presentasen herederos preferentes o concurrentes preferidos, podrán ejercer la acción de petición de herencia. Regirá en ambos casos lo dispuesto respecto de las obligaciones y derechos del poseedor de buena o mala fe” (ver art. 2422 y ss., Cód. Civil).

En este caso, el desaparecido o los herederos preferentes tienen que soportar los actos de disposición realizados por los herederos y los gravámenes que éstos hubieren constituido sobre los bienes. Los gastos necesarios y útiles para la cosa serán abonados al heredero de buena fe. Las mejoras también deben serle reconocidas, inclusive las que hayan aumentado el valor de la cosa, al heredero poseedor de mala fe en la medida de ese aumento. A este poseedor sólo le corresponde indemnización por los gastos necesarios, no los útiles.

C) FIN DE LAS PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL

§ 150. **DIVERSAS CAUSAS.** — El Código enuncia diversas causas de extinción de las personas jurídicas que tienen autorización estatal para funcionar.

Sin embargo, hay que aplicarlas también a las demás personas de existencia ideal, a menos que el régimen propio que las regula por leyes especiales establezca diferentes causales de extinción. En este último supuesto, que es, por ejemplo, el de las sociedades comerciales, ley 19.550, especialmente las sociedades anónimas y en comandita por acciones según el art. 94 de esa ley, se considera que el régimen de los arts. 48 a 50 del Cód. Civil son normas de aplicación supletoria para aspectos no contemplados en dicho régimen legal.

La enunciación de las causas de extinción no es taxativa, advirtiéndose que hay otras causales que también producen la extinción. Las expresamente contempladas en el Código, son las siguientes:

a) *DISOLUCIÓN VOLUNTARIA*. Es decir, por decisión de los miembros que componen la asociación, aprobada por la autoridad competente.

Para las fundaciones, que como se sabe carecen de miembros, la ley 19.836 prevé la decisión tomada por el consejo de administración con el voto de los dos tercios, ajustándose a las cláusulas del estatuto sobre las condiciones de disolución. La aprobación de la autoridad competente sólo se refiere al control o verificación de cumplimiento de los requisitos establecidos en el estatuto.

b) *DISOLUCIÓN FORZADA, POR RETIRO DE LA PERSONERÍA*. Esto puede ocurrir en los casos siguientes:

1) *SANCIÓN*. En virtud de haber incurrido la persona jurídica en abuso o en transgresiones de las condiciones o cláusulas que permitieron su autorización. El ejemplo más claro es el de haber contrariado el objeto de bien común o fin de la institución que dio fundamento a la autorización estatal.

2) *IMPOSIBILIDAD DE DAR CUMPLIMIENTO AL OBJETO PREVISTO EN LOS ESTATUTOS*. Los casos pueden ser varios, pero los más comunes son la falta de elementos para ejecutar los fines propuestos; la desaparición de todos o la mayor parte de los miembros de la asociación, y la decisión de retiro de la personería por la autoridad de control.

3) *INCONVENIENCIA SOCIAL*. Cuando la persona jurídica no sea útil o necesaria a los intereses públicos. Ha perdido en este caso la calificación de objeto que persigue el bien común.

4) *FALTA DE PATRIMONIO O SU INSUFICIENCIA*. Tal si quedó sin bienes para sustentar la actividad programada. En este caso, el Estado interviene a fin de comprobar la insuficiencia de los medios patrimoniales y declarar la extinción de la persona jurídica.

Hay otros supuestos de extinción no contemplados en el Código, tales como:

c) *FINALIZACIÓN DEL PLAZO FIJADO EN EL ESTATUTO PARA LA DURACIÓN DE LA ENTIDAD*. Opera el día del vencimiento, a menos que los miembros resuelvan su continuidad.

d) *CUMPLIMIENTO DEL OBJETO QUE SE PREVIO EN LOS ESTATUTOS*. Habiéndose obtenido y agotado el fin que justificó la persona jurídica.

e) *FUSIÓN CON OTRAS ENTIDADES*. Presentándose, así, una entidad nueva e independiente de sus antecesoras, naturalmente controlada por el Estado, y quedando extinguidas las que se fusionaron.

Cuando mueren los miembros de una asociación, a menos que el Estado proceda al retiro de la personería por esa causa, y aunque no pueda cumplir con su objeto, no se disuelve *ipso iure* la asociación (o la sociedad comercial, art. 94, ley 19.550), pudiendo establecerse el sistema de renovación y considerarse, entretanto, que hay un situación transitoria que habrá de compensarse con el ingreso de nuevos miembros (art. 49, Cód. Civil).

TRABAJOS PRÁCTICOS

La interpretación que debe darse al art. 48, inc. 2º, Cód. Civil, sobre la imposibilidad de cumplir con los estatutos y la flexibilidad que debe prevalecer en caso de ciertas irregularidades, CNCiv, Sala F, 19/3/86, LL, 1986-B-523.

§ 151. *ATRIBUCIONES DEL PODER ADMINISTRADOR. RETIRO DE LA AUTORIZACIÓN E INTERVENCIÓN DEL PODER JUDICIAL*. — Ya se han estudiado las causas que permiten a la autoridad estatal de aplicación (Inspección General de Justicia) ordenar el retiro de la personería. Sin embargo, tal decisión, que es propia del Poder Ejecutivo, puede ser vigilada por el Poder Judicial, a fin de evitar actuaciones sumamente injustas o irrazonables. El

art. 44 se remite al respecto al art. 45, el cual señala que hay recurso ante la justicia en caso de ilegitimidad o arbitrariedad. Este mismo marco admite la ley de fundaciones en su art. 37.

La primera conclusión que surge es la de que no es dable juzgar el criterio o la oportunidad de la resolución, pues este aspecto es propio del poder que realiza el control de la persona jurídica, y se lo sustituirá por el criterio u oportunidad que tuviera el Poder Judicial. Particularmente es claro el caso de retiro de la personería por considerarse que esa persona, según su objeto, afecta a los intereses del Estado o a los intereses públicos. Sólo si la resolución administrativa de retiro de la personería es francamente arbitraria, lo cual equivale a decir completamente irracional, podría acudirse a su revisión por el Poder Judicial.

Igualmente cabrá sostenerlo si se aplica la sanción por abuso o transgresiones, lo cual solamente permitiría la revisión judicial si se demostrara la total injusticia de la sanción por ausencia de toda transgresión o abuso. Asimismo, en caso de falta de patrimonio o insuficiencia para cumplir el objeto, pues bastaría probar que no es verdad que se haya producido esa insolvencia y que la entidad cuenta con medios para que el juez revocara la decisión administrativa. E inclusive, entretanto, podría solicitarse la suspensión de la medida administrativa y la de sus efectos hasta que se resolviera judicialmente sobre su legitimidad.

Es preciso señalar que así como el Estado tiene atribuciones para retirar la personería, las tiene también para *intervenir las entidades* a fin de evitar preventivamente que continúen las causas que podrían justificar la sanción mayor de su disolución. En cuanto a las fundaciones se encuentra expresamente reglamentado en el art. 34 de la ley 19.836, la directa intervención judicial, no de la autoridad administrativa, pero a solicitud de ésta, para que se tomen las medidas que allí se especifican. Por ejemplo: la designación de administradores; suspensión de deliberaciones o resoluciones del consejo contrarias al estatuto; convocatoria del consejo de administración, etcétera.

§ 152. **DESTINO DEL PATRIMONIO.** — Producido el hecho de la disolución o extinción de la persona de existencia ideal, pasa ésta al estado de persona en liquidación. La liquidación es una etapa posterior a la disolución, en la cual la subsistencia

del ente responde a la necesidad de adjudicar sus bienes, tal como se previno en el estatuto, pagando previamente las deudas de la entidad, haciendo las ventas que sean necesarias para cumplir con ellas y con los gastos de liquidación del patrimonio.

Quiere decir que lo primero que se tiene que hacer es cumplir el destino que estaba fijado en el estatuto, por ejemplo, la entrega a una obra de bien público. En algunos casos, los estatutos de las asociaciones establecen las reglas de partición de lo que quede como remanente y su entrega a los miembros o derechohabientes.

Se discute la legitimidad de la cláusula que acrece el patrimonio de los miembros, pero se considera que es lícita, hasta el monto del aporte que ellos hubieren hecho. Tal legitimidad se acepta siempre que la asociación cumpliera fines para satisfacción de intereses no lucrativos, pero si fuera puramente altruista, no habría que respetar ese destino de entrega hasta la suma del correspondiente aporte (Borda, Rivera) y a los bienes remanentes habría que declararlos vacantes.

Cuando el estatuto nada prevé sobre el destino, el art. 50 del Cód. Civil establece que los bienes se consideran vacantes y, por lo tanto, pasan a ser propiedad del Estado. Dicha vacancia debe ser declarada judicialmente, aplicándose por analogía el procedimiento sucesorio.

En lo que respecta a las fundaciones, el art. 30 de la ley 19.836 establece la regla siguiente: "... el remanente de los bienes deberá destinarse a una entidad de carácter público o a una persona jurídica de carácter privado de bien común, sin fines de lucro y domiciliada en la República, salvo cuando se trata de fundaciones extranjeras...". Ello así, "... previa autorización de la autoridad administrativa de control".

CAPÍTULO VI

ACTOS COMO CAUSA FUENTE DE LA RELACIÓN Y SU MANIFESTACIÓN

A) INTRODUCCIÓN

§ 153. **LOS HECHOS Y LOS ACTOS O NEGOCIOS.** — El Código Civil contiene una sección especial (Secc. 2ª del Libro II) para tratar los hechos y los actos o negocios jurídicos.

Es digno de destacar que acerca de los hechos jurídicos, muy pocas legislaciones han sentado principios generales, a pesar de que exponen lo relativo a los actos o negocios jurídicos. Puede mencionarse el Código de México de 1949, que al igual que el nuestro, hace un tratamiento completo de dicha materia general. En cambio, los códigos de Alemania (1900), Brasil (1916) y Portugal (1966) reglamentan los negocios jurídicos en general.

Los hechos pueden ser *objeto* de los derechos y de los actos jurídicos, pero en el sentido en que aquí se los estudia, tienen el alcance de *fuentes* de los derechos y obligaciones. Es decir, un derecho puede tener por objeto uno o varios hechos, por ejemplo, el hecho de pintar una casa a la que se compromete un locador de obra en el contrato de locación de obra. A la vez, los hechos pueden hacer que nazcan derechos, o sea entendidos como la causa productora de derechos, cumpliendo según esta segunda acepción una función eficiente o fuerza creadora de efectos jurídicos, por ejemplo, ese mismo contrato de locación de obra fuente de la obligación de pintar; o, la apropiación de un animal salvaje y sin dueño que produce el efecto de atribuir la propiedad al sujeto que lo toma o apropiará. Se captan, en este último sentido, los hechos con suma amplitud, no sólo los que pueden ser percibidos materialmente,

sino los aspectos psicológicos, las fuerzas ocultas de las cosas, los procesos interiores del hombre, por ejemplo, la buena fe; el conocimiento de algo; el nacimiento de un animal doméstico. También los hechos negativos, por ejemplo, la omisión o abstención de actuar en ciertas circunstancias; el silencio frente a una pregunta. Para la extensión del concepto, ver CCiv1ªCap, 13/9/44, LL, 36-31.

El art. 896 del Cód. Civil habla de “acontecimientos”, abarcando todas esas posibilidades. La definición de esta norma, es la siguiente: “*Los hechos de que se trata en esta parte del Código son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones*”.

En la teoría alemana del negocio se habla del *Tatbestand*, y en la italiana de la *fattispecie*, para significar la figura típica e hipotética que la norma delinea conceptualmente. Esa figura hipotética que en la norma se configura, por ejemplo, en la definición de compraventa (art. 1323, Cód. Civil), la determinación de la mora (arts. 508 y 509) o el concepto de confirmación de los actos inválidos (art. 1059 y ss.), no es más que el llamado *factum iuridicum* o presupuesto legal, con el cual debe coincidir el *factum* de hecho o *fatto giuridico*, es decir, el hecho de la realidad concreta, ensamblado en los elementos contenidos en aquel supuesto legal o *fattispecie*. Para la distinción entre hipótesis normativa o *fattispecie* y *factum* de hecho o *fatto giuridico*, ver CCivCom, en pleno, 28/6/74, ED, 59-461. Mientras no se produzca la coincidencia no aparecen los efectos, que sólo están meramente configurados en la hipótesis normativa. Por esto el art. 896 del Código, que se ha referido, más que a los hechos concretos reales, a “los hechos de que se trata en esta parte del Código”, como previstos anticipadamente a la realidad (Ortolán), habla de que son “*susceptibles*” de producir las consecuencias jurídicas que enumera. Es la idea de posibilidad o potencialidad de producir las, lo cual sólo ocurrirá cuando se concrete el acontecimiento real coincidente con el tipo legal. Esta explicación levanta las críticas que sobre la palabra “susceptibles” se habían hecho.

§ 154. **CLASIFICACIÓN.** – A continuación graficaremos la *synopsis clasificatoria* de los hechos que surgen del Código Civil.

Son hechos *externos o naturales* los que acontecen en la naturaleza y producen efectos jurídicos sin depender directa e inmediatamente de la voluntad del hombre: un terremoto que destruye la casa (hace perder el derecho de propiedad); el

a) Hechos sin consecuencias jurídicas (intrascendentes para el derecho)

a) Hechos producidos por consecuencias jurídicas (art. 896)	externos o naturales (art. 896 y nota)			
	humanos (art. 897)	involuntarios (art. 900)		
		voluntarios (art. 897)	lícitos (art. 898)	simples (art. 899) jurídicos (art. 944)
			ilícitos (arts. 1066 y 1067)	delitos (art. 1072) cuasidelitos (arts. 1109 y 1113)

paso del tiempo (modifica la edad del hombre y por tanto su capacidad, o bien, produce la prescripción de derechos y obligaciones); la muerte; el nacimiento; la concepción. En estos últimos ejemplos puede haber voluntad e intención (homicidio, fecundación *in vitro*), pero para la norma son irrelevantes en el derecho civil, pues existan o no, se producen los efectos (muerte, concepción).

Son hechos humanos voluntarios los que realiza la persona, empleando su voluntad, que, para el derecho, está constituida por cuatro elementos: discernimiento, intención, libertad y manifestación de la voluntad (art. 913, Cód. Civil).

El discernimiento es la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias. No hay que confundir capacidad, que es aptitud legal, con discernimiento, que es condición natural del sujeto. Éste puede ser capaz y carecer de discernimiento, aun por causas pasajeras y accidentales.

La intención no debe identificarse aquí con el propósito, sino con el sentido de entender el acto de que se trata. Es, por tanto, el ejercicio correcto de la facultad genérica de comprender (discernimiento) en una hipótesis determinada. La falta de discernimiento o de aptitud para entender implica la falta de intención.

La libertad es la facultad de elección entre varias determinaciones; por ejemplo, elegir ésta o aquella cosa; ese o aquel color; actuar o no actuar.

Suprimen el discernimiento (art. 921): la minoridad de 10 años para los actos ilícitos y de 14 años para los lícitos; la demencia declarada o no; las causas accidentales, como la embriaguez, el desvanecimiento, la epilepsia.

Suprimen la intención: el error y el dolo (art. 922); podría añadirse la lesión subjetiva (art. 954).

Suprimen la libertad: la fuerza, el temor o intimidación y el estado de necesidad.

Los actos humanos *involuntarios* son los realizados con vicios en alguno de los elementos internos. Al encontrarse viciado el entendimiento en general (discernimiento) o el entendimiento particular del negocio que se realiza (intención) o la autodeterminación del sujeto (libertad), no hay voluntad jurídica ni voluntad imperfecta, sino que el acto es no voluntario o involuntario.

Desde otro punto de vista los hechos jurídicos pueden ser *simples*, cuando un solo acontecimiento singular produce eficacia, o *complejos* cuando se precisa la concurrencia de varios acontecimientos simultáneos o sucesivos (ver CNCiv, Sala C, 1/3/80, ED, 88-572).

Los actos lícitos y sus subclases (simples o jurídicos) y los actos ilícitos y sus subclases (delitos y cuasidelitos), se estudiarán a continuación.

El art. 896 describe los *efectos* de los hechos jurídicos. La *adquisición* de derechos puede dividirse en *originaria* o *derivada*, la primera cuando hay una relación directa entre el sujeto a quien ingresa el derecho y el derecho adquirido, atribuyéndosele éste independientemente de toda otra relación jurídica (como la accesión -2571-, la apropiación de cosas abandonadas -art. 2525-, etc.); la segunda, que en la norma se enuncia como *transferencia*, es cuando el derecho que se incorpora al sujeto proviene de una relación de origen anterior que le *precede*, si se trata de un único sujeto (la percepción de los frutos por el poseedor de la cosa de buena fe) no hay sucesión, pero sí la hay cuando ocurre cambio de sujeto, en la cual un sujeto sustituye a otro en la titularidad del derecho. La sucesión puede ser singular o universal, según se trate del traspaso

de determinados derechos en vida de los participantes (compraventa, permuta, cesión, etc.) o por causa de muerte a los herederos (ver § 169). La modificación importa mudanza, alteración o transformación, disminuyendo, incrementando o variando la faz cualitativa del derecho, sin cambiarlo en sustancia o identidad (incorporarle garantías al derecho, constituir en mora al deudor o la remisión parcial de una deuda, o bien sustituir el crédito en el pago de indemnizaciones). La extinción es la pérdida del derecho, sea porque fue transferido a otro sujeto, o se renuncia al mismo, o se lo enajena, etcétera.

B) EL ACTO ILÍCITO

§ 155. ILICITUD Y ANTIJURIDICIDAD. – Ilicitud, en términos amplios, es obrar contrariando a la ley, o sea el acto reprobado por la ley. Sin embargo, esta noción se confunde con la de antijuridicidad, que es, precisamente, obrar o realizar el acto al margen de lo establecido en la norma jurídica.

En ese significado amplio, es antijurídico el obrar de un menor sin discernimiento, pero no autor imputable por falta de dicho elemento fundamental para la voluntad. Sin embargo, la noción no es intrascendente, pues el obrar involuntario, cuando es ilícito en sentido amplio, o mejor, antijurídico, puede producir algunas consecuencias excepcionales como más adelante se verá.

Para el *derecho privado*, además de antijurídico por haberse contrariado una ley tomada en sentido material (cualquier norma emanada de autoridad competente), es necesario que haya un daño causado. Sin daño, en derecho privado, no hay *stricto sensu* acto ilícito, pues este derecho tiene por finalidad reparar, no reprimir o punir. Es decir que, en sentido estricto, el hecho ilícito civil requiere la antijuridicidad, la voluntad del sujeto, el daño, el factor de atribución subjetivo (imputación por dolo o culpa) u objetivo (responsabilidad por vicio o riesgo), y la relación de causalidad, elementos estos últimos que se estudiarán más adelante.

A diferencia de lo expuesto, el hecho *ilícito penal* se contrapone a una ley en sentido formal o rígido, o a la ley penal, que dicta el Congreso de la Nación. No requiere daño (delito de tentativa) y puede ser doloso o culposos.

El daño del hecho ilícito, en derecho privado, puede ser material o moral, presente o futuro. Es *material* cuando se traduce en un daño emergente (p.ej., pérdida de la cosa; gastos para curación; erogaciones para reparar la cosa), o en el lucro cesante (utilidad o ganancia perdida por causa del hecho ilícito). Es *moral*, cuando afecta valores inmateriales, no mensurables en dinero (como la fama o el honor; el dolor y padecimiento; daños en general a los derechos personalísimos; pérdida de cosas que tienen valor afectivo). El daño también puede ser *presente* o *actual*, cuando el perjuicio se irroga al cometer el acto o inmediatamente después, o *futuro* cuando no se ha producido todavía, pero no cabe duda de que sobrevendrá; como, por ejemplo, si por causa del daño en época posterior al hecho y después de un largo tratamiento, deberá someterse a una operación quirúrgica ya programada; o cuando haya que comprar un elemento nuevo para la curación; o si reparado el defecto, la venta futura se realizara con una merma considerable a causa del daño (automóvil chocado y reparado).

Un daño material, presente o futuro directo, puede producir daños morales indirectos. Así, si a causa de la depresión que sobreviene a la pérdida del negocio por daños a la cosa con la que la empresa actúa, se provoca un perjuicio en la salud. A la inversa, un daño moral directo puede producir el daño material indirecto, por ejemplo, la tribulación por la fama u honor afectado, deriva en inactividad y pérdida de ganancias en el negocio.

§ 156. **LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.** — Así como en las ciencias físicas se habla de causas que producen efectos, en la ciencia jurídica también los hechos y los actos producen efectos, como un antecedente a la consecuencia. Ese nexo causal entre la conducta humana y los resultados es el tema de la teoría de la relación de causalidad, que tiene particular relevancia para establecer hasta dónde es posible atribuir esas consecuencias al autor del acto, es decir, la extensión de la responsabilidad de la persona por sus actos y, por consiguiente, la extensión o medida del resarcimiento. Los hechos se interfieren recíprocamente y uno es causa del otro, con derivaciones cada vez más alejadas de la primera causa. Se ha comparado este movimiento con la caída de una piedra en el agua, la cual produce ondas que van extendiéndose más y más hasta perderse en el infinito (Borda).

Es éste un problema complejo; porque, por ejemplo, una venta a pierda puede producir la imposibilidad de realizar un negocio de compra, lo cual a su vez impide agrandar o perfeccionar una industria, lo que puede importar caer en estado de cesación de pagos a los acreedores, etcétera. Un delito de daño puede producir ingentes gastos de curación, la suspensión, mientras tanto, de la actividad y hasta su pérdida, la ruina por esa causa de una familia, la quiebra y suicidio de uno de sus miembros, y, así, encadenadamente, sin término.

Dicho panorama muestra que el derecho debe establecer hasta qué consecuencias es dable atribuir responsabilidad y, entonces, por cuáles corresponde resarcir. Son variadas las doctrinas que tratan de resolver este dilema. La teoría de la *equivalencia de las condiciones* o "*condicio sine qua non*" hace responsable al sujeto por todas y cada una de las consecuencias sobrevenidas, bastando que hubiera alguna vinculación con la causa originaria.

En el orden lógico para establecer la responsabilidad, debe empezarse por la relación de causalidad, que es el aspecto material físico acerca de si el hecho o la omisión produjeron un resultado dañoso. Después vendrá el análisis de la autoría y del factor de atribución al autor del hecho. Ver para la distinción CNCiv, Sala F, 23/10/69, *J.L.*, 139-731; SC Mendoza, 30/9/64, *JA*, 1965-IV-548.

Nuestra ley ha optado por poner límites a esa responsabilidad que de aquella forma podría tener una extensión ilimitada, y se adhirió a la teoría de la *causalidad adecuada*. Esta teoría establece que sólo es causa idónea la que, haciendo un juicio de probabilidad, normalmente y según la experiencia de la vida produce un resultado de daño que debe atribuirse al hecho. Este juicio de probabilidad debe hacerse en abstracto, y sin juzgar lo que en concreto aconteció. Es decir que se aplica la idea de la regularidad, pues hay una pluralidad de casos iguales, de los cuales se obtienen idénticos resultados. Es un juicio *a posteriori*. Producido un resultado, se compara con lo que suele suceder según el curso ordinario de las cosas, teniendo en cuenta además el grado de previsibilidad de una persona normal (Goldenberg, Cifuentes). Ver CNCiv, Sala C, 30/8/61, *FD*, 106-348.

§ 157. **IMPUTABILIDAD Y AUTORÍA.** — No hay que confundir la relación de causalidad con la imputabilidad, que se vincula con la culpa o bien con el factor de atribución objetivo (art. 1113, Cód. Civil), y con la autoría, que se vincula con el elemento voluntario.

Hay imputabilidad cuando se ha obrado con culpa o dolo o se responde por ser dueño, guardián de la cosa o principal del dependiente culpable. Aquí debe atenderse a un juicio de valor concreto, no por lo que según las personas normales suele suceder, sino estableciendo si en el caso específico hubo esa atribución a la persona en particular. La relación de causalidad es elemento físico o material entre la causa y el efecto: la imputabilidad trata de determinar si la conducta es reproachable psíquicamente o por otros factores al sujeto.

Corresponde también establecer si ese sujeto tenía voluntad (discernimiento, intención y libertad) para actuar, lo cual significa que se lo considera autor del hecho.

Los tres elementos se deben dar en este orden: a) establecer el nexo causal entre el hecho y el daño; b) determinar la condición de autor del acto por haber obrado con una voluntad jurídica sin vicios, y c) adjudicadas las consecuencias al autor, indagar si además le es atribuible subjetiva u objetivamente la responsabilidad. En síntesis: relación de causalidad, autoría e imputabilidad.

Con lo expuesto hasta aquí se ha considerado la noción de relación de causalidad, que se vincula con las consecuencias, lo que examinaremos en el párrafo siguiente; también la noción de autoría que se refiere al obrar voluntario. Falta dar cuenta de los elementos de la imputabilidad (de segundo grado) o culpabilidad: la culpa y el dolo.

La *culpa* es un obrar voluntario pero negligente, imprudente o con impericia. Para establecerla, dado que se estudia en concreto, hay que tener en cuenta las circunstancias propias del acto o hecho: modo, tiempo y lugar. La definición del art. 512 es aplicable como concepto general de culpa y dispone: *"La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar"*.

El *dolo* en este sector del *hecho ilícito*, significa un obrar intencional para producir el daño, o sea, es el propósito deliberado de causar un detrimento en la persona, cosa o derechos de otro. A diferencia del dolo, en la culpa no se quiere dañar, pero se daña.

Cabe destacar que en algunos casos, como en la responsabilidad objetiva o por riesgo o vicio de la cosa, se hace responsable al sujeto sin probarse si fue imputable, y hasta no siendo autor por falta del elemento voluntad. Es una solución de la ley en favor de las víctimas de hechos dañosos.

Por ejemplo, la caída sobre un transeúnte de una cornisa hace responsable al propietario, aunque hubiera estado en buen estado de conservación; quien realiza una actividad riesgosa en sociedad debe hacerse cargo de los daños que ella cause, a menos que pruebe las eximentes legales: culpa de la víctima, de un tercero ajeno o caso fortuito; o las consecuencias del acto involuntario que más adelante se estudiarán (art. 907).

§ 158. **IMPUTACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DEL ACTO VOLUNTARIO.** El Código, en los arts. 901 y 906, prevé cuatro clases de consecuencias, a fin de solucionar el problema de la relación de causalidad y, por medio de esas normas, es dable aplicar la teoría expuesta de la causa adecuada. Esas consecuencias, son las siguientes:

a) **INMEDIATAS.** Siguen el curso ordinario y natural de las cosas. No confundir con el concepto de lo muy cercano en el tiempo, instantáneo o sin intermediario, pues lo que interesa es que ante estímulos iguales se producen habitualmente iguales efectos, y ello podría acontecer lejanamente en el tiempo o muy cerca de la causa o hecho.

La habitualidad objetiva del suceso implica su normalidad y a la vez su previsibilidad. No puede dejar de ser previsible lo que por experiencia se sabe que deriva en un resultado conocido. Por ejemplo, suministrado el veneno a un ser viviente, se produce la muerte o la enfermedad; construir mal una obra, lleva a su derrumbe; la herida a un transeúnte es probable, si se arroja una piedra donde hay muchas personas, etcétera. Ver como casos de consecuencias inmediatas: CNCiv, Sala B, 23/10/79, JA, 1979-IV-659; íd., Sala C, 18/6/79, JA, 1979-IV-348.

b) **MEDIATAS.** Resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, pero que son previsibles.

Es la conjunción de los dos acontecimientos la que produce el resultado, el cual, además, debe ser previsto anticipadamente por una persona de previsión normal. Por ejemplo, abierta la tranquera, salen los animales y se dispersan (inmediata), pero a la vez entran a otra propiedad que tiene portón abierto y producen daño (mediata); la venta de un animal enfermo deriva en su muerte (inmediata), pero a su vez contagia a otros con los cuales fue puesto

(mediata); los daños a un automóvil producido por el choque de otros dos y el desplazamiento como causa de ese choque (mediata). Ver como caso CCivCom San Martín, Sala I, 28/9/79, LL, 1980-A-413, con nota de Bustamante Alsina.

c) CASUALES. Es una consecuencia mediata no previsible, pues haciendo un juicio de probabilidad no es de suponer que una persona normal advierta que por la conexión de un hecho con otro se producirá un daño.

Es decir, no habría ninguna razón especial para pensar que el resultado dañoso se produciría por la conjunción de un hecho con un acontecimiento distinto. Por ejemplo, abrir la tranquera dispersa animales (inmediata) que fueron a una vía donde los arrolla el tren, o se ahogan en un río (casuales); si, además de morir el vacuno que se vendió enfermo (inmediata) contagia a otros (mediata), por esa razón el dueño del campo no puede recolectar una cosecha y va a la quiebra (casual); si, a causa del accidente automovilístico, la víctima se interna en un hospital y muere debido a un incendio que allí se produce, esa muerte sería casual para el automovilista responsable, pues no habría razones para estimar que previera el incendio. Ver como caso de consecuencia casual, CNEspCivCom, Sala V, 30/12/80, ED, 93-981.

d) REMOTAS. Porque no hay nexo adecuado de causalidad. El art. 906 fue sustituido por la ley 17.711 y creó esta cuarta categoría de consecuencias, que serían las que no tienen ninguna vinculación con el hecho originario: no habría posibilidad de previsibilidad, sino una ruptura total del nexo de causalidad.

Es causa independiente no ligada, en fin, remota. Por ejemplo, el automóvil que fue embestido por otro y como masa impulsada dejó desprender una batería, con cuyo ácido se lesionó a un transeúnte, es acontecimiento extraño al dueño de la batería (CN Civ, Sala E, 13/7/75, ED, 16-144); uno de los animales dispersos, al ser abierta la tranquera, es alcanzado por un rayo.

Estudiado el orden de las consecuencias que contempla la ley, estamos en condiciones de concretar su imputación, cuando el acto ha sido voluntario. Aquí, la palabra imputación significa atribución, no culpabilidad.

Las consecuencias *inmediatas* son siempre imputables al autor del acto, pues el autor debe tener conciencia clara de su producción cuando obra; si no la tuviera, obraría con completa negligencia.

Las *mediatas* también son imputables al autor del acto, ~~pues son~~ previsibles o las ha previsto.

Las consecuencias *casuales*, en principio, no son imputables, pues no son previsibles. Sin embargo, si las tuvo en cuenta, lo que es una forma de dolo, sí son imputables.

En decir, el sujeto se representa *in mente* la consecuencia dañosa aunque no sea previsible, descontando el azar. Así, una persona tira piedras en un lugar donde no hay gente, con la esperanza de que ~~pase~~ alguien y sea herido; si ocurre así es porque por azar pasa la persona y aunque no fuera previsible *in abstracto* tuvo en miras la posibilidad de que sobreviniera el daño. Una persona, presumiendo que el alambre está electrificado accidentalmente, y aunque nadie lo sabía ni era previsible que estuviera en esas condiciones; invita a otra a que lo toque y ella muere o sufre la descarga. Un militar manda a una persona a lo peor de la batalla con la esperanza de que muera y poder casarse con la mujer viuda.

Las consecuencias remotas nunca son imputables al autor del hecho. Por ejemplo, se lo manda a la batalla y muere por un rayo.

Finalmente, hay una norma que establece el grado de responsabilidad: el art. 902, que estatuye que cuando mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias. No es igual la responsabilidad del médico que la del especialista en la materia; la del estudiante que la del abogado que da un consejo.

§ 159. **IMPUTACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DEL ACTO INVOLUNTARIO (ARTÍCULO 907, CÓDIGO CIVIL).** — Al no existir en el obrar del agente autoría, por no ser acto voluntario debido a una falla en el discernimiento, en la intención o en la libertad, no es atribuible al sujeto en orden a las consecuencias. El art. 900 del Cód. Civil dice que ese acto no produce por sí obligación alguna. Sin embargo, si sólo ocurre un vicio en alguno de esos elementos de la voluntad, excepcionalmente el Código contempla dos posibilidades de imputar algunas consecuencias y la ley 17.711 agregó otra.

El principio, pues, de la inimputabilidad sufre excepciones. Distinto sería si el agente del acto obró impulsado por una fuerza irresistible como masa o mero elemento mecánico del obrar de otra, pues entonces sería ese otro sujeto el responsable, y, probablemente, el art. 900 ha tenido en cuenta esta situación.

La *primera excepción* al mencionado principio de la no atribución de responsabilidad al sujeto que obró sin voluntad, se encuentra en la posibilidad de hacer responsable por *enriquecimiento sin causa*. Es decir, si el sujeto que produjo un daño con su obrar obtiene ventaja patrimonial, no obstante la ausencia de voluntad jurídica y hasta la medida de ese enriquecimiento debe responder.

Por ejemplo, si a causa del hecho involuntario el sujeto se apropia de una cosa que da abundantes frutos y con ello se enriquece y a la vez se empobrece la víctima del hecho. Tendrá responsabilidad por la devolución de la cosa y por lo que entró en su patrimonio debido a las ventajas obtenidas con los frutos.

La *segunda excepción* es la atribución de responsabilidad a los *guardadores y representantes* de la persona que no tiene discernimiento para actuar. El representante del demente o del menor, que permitió o facilitó la acción dañosa del inimputable, asume una culpa de vigilancia o *in vigilando* (art. 908, Cód. Civil).

La *tercera excepción* la estableció la ley 17.711 con la posibilidad de que los jueces establezcan una *indemnización por equidad*. Dispone el art. 907 en su párr. 2º: "*Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima*".

Esta indemnización de daños queda librada al arbitrio del juez, en el sentido de que tanto su aceptación como su extensión dependen de la apreciación de aquél, cuya pauta es dada por la *comparación del patrimonio del autor del hecho y la situación de la víctima*. Es una causa objetiva de responder, ya que se desentiende de la culpa del autor del daño y no lo hace responsable del acto ilícito, sino de una deuda resarcitoria por equidad, aunque requiere siempre que el acto haya sido antijurídico. El art. 907 no comprende la responsabilidad por acto del dependiente, en cuyo caso el principal demente o menor responde por todos los daños.

§ 160. **CUADRO SINÓPTICO DEL ACTO ILÍCITO EN DERECHO PRIVADO.** – Lo hasta aquí dicho se puede resumir sinópticamente en la forma que se indica en el siguiente cuadro.

Elementos	1) Reprobado por la ley (ley en sentido amplio o material)		
	2) Dano	{ material (art. 1069) { presente futuro directo indirecto }	
	3) Relación de causalidad. Teoría de la causa adecuada	{ Consecuencias { inmediatas: imputables (art. 901) (art. 903) mediatas: imputables (art. 901) (art. 904) casuales (art. 901): no imputables salvo dolo (art. 905) remotas: no imputables (art. 906) (art. 906) }	
	4) Autoría	{ acto voluntario { discernimiento (arts. 897 y 921) intención (arts. 897 y 922) libertad (arts. 897 y 922) }	} imputable
		{ Acto involuntario - no imputable - excepciones { enriquecimiento sin causa (art. 907) guardador (art. 908) equidad (art. 907) }	
	5) Factores de atribución subjetivos y objetivos	{ dolo (art. 1072) culpa (art. 512) responsabilidad objetiva (arts. 1113 y 907) }	

C) EL ACTO O NEGOCIO

§ 161. **TERMINOLOGÍA DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA DOCTRINA.** — En la doctrina moderna, especialmente alemana, italiana y española, se menciona el “*negocio jurídico*”, que comprende lo que en nuestra ley, inspirada en Freitas y en la doctrina france-

sa, se llama el “*acto jurídico*”. En cambio, cuando en aquellos países se habla de “*acto jurídico*”, se entiende por ello lo que entre nosotros en la ley es el simple acto voluntario lícito (ver sobre su ubicación en las distintas clases de hechos jurídicos, el cuadro sinóptico del § 154).

Esa doctrina moderna ha empleado, además del nombre “negocio jurídico”, el de “*declaración de voluntad*”.

Esta terminología comprende tanto los negocios lucrativos como los extrapatrimoniales. Así, los contractuales, los familiares, el matrimonio, la adopción, los de última voluntad, el testamento, etcétera.

Por otro lado, en esa doctrina moderna los actos jurídicos (entre nosotros, simples actos voluntarios lícitos), se subdividen en “actos semejantes a negocios” y “actos reales o materiales” que se estudiarán más adelante.

§ 162. **DEFINICIÓN DEL ARTÍCULO 944 DEL CÓDIGO CIVIL.** – El concepto que da el art. 944 del acto jurídico (para la doctrina moderna “negocio”), ha sido muy ponderado por los comentaristas y tiene como fuente el art. 437 del *Esboço* de Freitas.

Este concepto se inscribe dentro de una línea general que pone en el primer plano la libertad y la autonomía de la voluntad, pues es la voluntad de la persona lo que prevalece en ese concepto, dándole un gran marco de posibilidades para establecer las relaciones jurídicas que le atañen, según sus propias aspiraciones. Los efectos jurídicos se producen principalmente porque el sujeto quiere producirlos y, en los países occidentales, éste es un instrumento muy importante, casi decisivo, del respeto a la libertad del hombre.

El citado art. 944 dispone: “*Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos*”. De dicha definición pueden destacarse los siguientes caracteres:

- a) **ACTO.** Se alude al hecho jurídico humano.
- b) **VOLUNTARIO.** Por ser realizado con discernimiento, intención y libertad.
- c) **LÍCITO.** Es decir, conforme con el derecho normativo.
- d) **FIN INMEDIATO.** Propósito o intención de conseguir efectos jurídicos.

De los caracteres expuestos, la voluntariedad y la licitud demuestran la validez, pues sería inválido un acto o negocio voluntario (ver § 154), así como otro que fuera ilícito. No se concebiría que la norma tutelara actos contrarios a la norma misma y, por tanto, la voluntad del sujeto en ese sentido debe subordinarse a la norma.

El *fin inmediato* es característica diferenciadora del acto o negocio jurídico frente al simple acto voluntario lícito. Esa intención o propósito de obtener ciertas consecuencias jurídicas es importante, porque la ley le da todo su relieve para caracterizar el acto jurídico, prescindiendo de lo que psicológicamente piense el sujeto. Si la norma se atiene a la intención o querer de la persona, la comprende y la tutela, admitiendo los efectos queridos, habrá acto o negocio jurídico. Si la ley se desentiende de la intención y no la considera como la principal fuente de los efectos, no habrá acto o negocio jurídico, cualquiera que fuera la verdadera intención psicológica del sujeto.

También hay que comprender que el fin inmediato o propósito del agente de establecer relaciones jurídicas, lo que generalmente desconocen en su significado científico las personas no letradas o neófitas en el saber del derecho, es en realidad una intención empírica, socioeconómica.

Las personas suelen pretender satisfacer sus necesidades. Por ejemplo, se entra en un restaurante para saciar el hambre, pero sin advertir la formulación de un contrato complejo de servicios y expendio de comidas por un precio; se compra un atado de cigarrillos para gozar fumando, pero sin pensar en la compraventa; se pacta un transporte para obtener el traslado, no asumiendo psicológicamente todos los elementos y los efectos técnico-jurídicos del contrato de transportes. Sin embargo, la persona que lo hace sabe que se obliga y adquiere un derecho; sabe que tiene que pagar; tiene por experiencia el preconcepto de que puede pretender el cumplimiento de la entrega o del transporte. Luego, es un fin inmediato empírico socioeconómico que tiene trasfondo jurídico, teniendo el sujeto por sobreentendidos esas obligaciones y derechos, a los cuales se dirige el acto y que nacen de ese acto.

§ 163. **COMPARACIÓN, EJEMPLOS Y DIFERENCIAS CON EL SIMPLE ACTO VOLUNTARIO LÍCITO.** – Como se ha visto, el carácter de fin inmediato separa el concepto del acto o negocio jurídico del simple acto voluntario lícito. En el simple acto voluntario lí-

cito no existe ese propósito o intención de efectos socioeconómicos los que llevan sobreentendidos las obligaciones y derechos que nacen con él, o si existen, para la ley son irrelevantes y encerrados en una mera noción psicológica del sujeto. Sin embargo, los efectos se producen, no por la intención o querer del sujeto, pues la ley no la secunda, sino por disposición de la ley misma; son efectos *ex lege*, no *ex voluntate*.

En cambio, en el acto o negocio jurídico, dicho fin inmediato o propósito de la parte o partes que asume el ordenamiento normativo y al cual le da su apoyo si se ha exteriorizado, liga al acto o negocio los principales efectos jurídicos idóneos para conseguirlos. El art. 899 da cuenta del simple acto voluntario lícito; el art. 944, del acto o negocio jurídico.

En ambos hay efectos jurídicos, pues los dos son especies del género hechos jurídicos (art. 896), pero en el acto o negocio en virtud de esa intención, recaída sobre los efectos, puesta de relieve y secundada por la ley, en el simple acto, cualquiera que sea la intención de la parte, los efectos se producen por disposición de la ley. Estas diferencias son muy importantes, pues todo lo que después se estudiará sobre los vicios del acto, elementos del acto e ineficacia del acto, no se refiere a los simples actos voluntarios lícitos, sino sólo a los actos o negocios jurídicos. La razón es simple: como el propósito de la voluntad es lo relevante en el acto o negocio, ese propósito debe ser sano, completo y libre; si no lo es, cae por nulidad y carece de efectos o eficacia. En el simple acto, en cambio, al ser la ley la que produce los efectos, dicho aspecto del propósito o del sujeto es irrelevante.

Tales son las diferencias que surgen de la comparación. Ejemplos de negocios, podrían ser: la compraventa, el matrimonio, la adopción, el testamento, el reconocimiento de una obligación, etcétera.

En cambio, alambra un campo es simple acto que, al margen del objetivo práctico del alambrado, puede ser interpretado por disposición de la ley como acto posesorio. Pintar un cuadro, hacer una poesía, componer una música, o hacer un programa de computación, significa satisfacer fines estéticos e intelectuales. Sin embargo, la ley, al margen de cuál fuera la verdadera voluntad del acreedor, da a esos hechos suma relevancia para considerar por ellos mismos la adquisición del derecho intelectual sobre la obra o paternidad legalmente protegida (ley 11.723). Pescar deportivamente,

por el mero placer o para competir en una justa, no tiene otro fin que el de divertirse, pasar el rato, pero el pescador que toma el pescado, se apropia y accede al dominio por el acto llamado de apropiación que contempla la ley (art. 2547, Cód. Civil).

§ 164. **ACTOS SEMEJANTES A NEGOCIOS Y ACTOS MATERIALES O REALES.** – Dentro de la muy extensa y variada gama de actos voluntarios lícitos, la doctrina moderna ha hecho esta subdivisión.

Los *actos semejantes a negocios* son los que, si bien para esa teoría no llegan a ser verdaderos negocios jurídicos, serían declaraciones de voluntad o declaraciones de representación, en las cuales el agente persigue ciertos efectos jurídicos, pero las consecuencias derivan de la ley.

Ejemplos de ellos son: la intimación del acreedor al deudor que lo constituye en mora; la emisión de una oferta para la venta de una mercadería; la oposición de un interesado legítimo a que se realice un matrimonio; la autorización de vender a un menor emancipado, etcétera.

Por su parte, los *actos materiales o reales* son aquellos por los cuales sólo se busca un fin práctico, sin comprender ninguna consecuencia jurídica en el propósito y la ley la enlaza para ese acto.

Además de los ejemplos expuestos en el párrafo que antecede (la pesca, la caza, la composición, etc.), están las declaraciones de sentimiento, como el perdón al cónyuge ofensor, que según la ley puede conllevar una reconciliación.

Entre nosotros, la distinción no está muy aceptada, porque no sólo ella no surge del sistema del Código, sino que en realidad los actos semejantes a negocios son verdaderos negocios y se rigen por las normas que regulan estos actos jurídicos, mientras que los actos materiales o reales son los simples actos voluntarios lícitos ya estudiados, y a cuyos ejemplos nos remitimos.

Además, algunos autores omiten la clasificación (Borda, Llam-bías, Salvat); otros, siguiendo la línea italiana de Messineo, Betti o Barbero, y la alemana de Enneccerus y Nipperdey, admiten esta clasificación y la consideran aplicable a nuestro derecho (Spota, Belluscio, Brebbia, Orgaz con reservas). Parece más exacto sostener que no es así y que dentro de los actos jurídicos propiamente dichos, ca-

ben los llamados actos semejantes a negocios, los cuales, además del contrato y del testamento, abarcan los negocios unilaterales recepticios, como las autorizaciones, aprobaciones, las intimaciones (p.ej., del curador, del inhabilitado) (Cifuentes).

§ 165. *SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO JURÍDICO.* — Los elementos generales de todo acto o negocio jurídico, según la doctrina clásica, son el sujeto, el objeto, la forma y la causa. Son esenciales, pues no pueden faltar y responden a la estructura misma del acto o negocio. Existen, además, otros elementos esenciales en cada acto particular (el precio en la compraventa; la diversidad de sexos en el matrimonio; la escritura de puño y letra en el testamento ológrafo, etcétera).

Inclusive, cuando hay un elemento accidental, que puede o no incorporarse al acto, si se lo incorpora se convierte en esencial para ese acto. Así, un cargo o plazo, que puede o no existir para un contrato, pero que admitido por las partes, al ser voluntad común de ellas incorporarlo, su existencia en concreto se vuelve esencial. Como cuando, por ejemplo, se conviene que el acto debe hacerse en una forma especial y exclusiva (escritura pública), es un pacto que convierte esa escritura en elemento esencial, no obstante que para esa clase de acto no era una formalidad exigible en general.

Uno de dichos elementos generales esenciales, que en realidad es un requisito o presupuesto del acto (doctrina moderna), es el sujeto. No se concibe un acto o negocio sin los sujetos a los cuales se les pueda atribuir las consecuencias jurídicas. Pero, hay que distinguir las partes, que son los verdaderos sujetos del acto y a los cuales se atribuyen las consecuencias, de otras personas que intervienen, pero no son partes.

§ 166. *LAS PARTES.* — Son los sujetos o personas interesadas en el acto, esto es, a quienes se imputan las relaciones jurídicas que el acto tiene por fin establecer; las personas cuyos derechos se crean, modifican, transfieren, conservan o aniquilan por causa del acto o negocio (Araúz Castex). Aquel cuyo interés o esfera jurídica queda regulada por el acto tiene, entonces, calidad de parte.

§ 167. *LOS OTORGANTES.* — Son quienes disponen, estipulan o prometen por medio del acto, en fin, los que otorgan ese

acto. Pero, tanto lo hacen las partes (sujetos del interés comprometido por el acto), como otras personas que no son partes y que obran para las partes. Otorgantes es el género y partes la especie.

§ 168. **REPRESENTANTES.** – Son otorgantes del acto, pero no partes. Sustituyen a la parte y actúan en reemplazo de ella, comprometiéndola con el acto. Actúan a nombre de otro u otros, emitiendo una declaración de voluntad que no se les atribuye, sino que es de interés del representado.

No es igual representación que *mandato*. Puede haber representación sin mandato (la legal o judicial) y mandato sin representación (mandato oculto: actúa el mandatario sin decir que representa a alguien y como si actuara para él).

Tampoco es igual representación que *emisario* o “*nuncius*”. El representante declara la voluntad del representado, actuando dentro de una esfera de responsabilidad y libertad; sigue instrucciones del representado, pero decide él la celebración del acto y tiene un margen de impulso y deliberación propios. El mensajero o nuncio es un mero portavoz material; no celebra el negocio y es mero vehículo de transmisión de la declaración de voluntad de otro. Por ende, el nuncio no necesita tener capacidad de obrar.

En las personas jurídicas o de existencia ideal, según la teoría realista, no existe representación, sino órganos o personas autorizadas a manifestar la voluntad del ente, que tienen un vínculo interno con dicho ente. Ello no impide que los órganos den mandato y representación a terceros, celebrando un contrato de mandato para que un mandatario represente a la entidad según instrucciones de los órganos.

a) LEGALES O VOLUNTARIOS. Legales porque el poder de representación lo establece la ley. Por ejemplo, los padres lo ejercen con su patria potestad sobre sus hijos menores; los tutores que se les hayan nombrado en ausencia de los padres; el ministerio pupilar en ciertos casos ya estudiados; los curadores de los dementes, etcétera. En cambio, en el representante voluntario, que se establece por contrato de mandato, el representado nombra voluntariamente al representante y lo elige, dándole sus poderes y poniéndole límites.

b) DE REPRESENTACIÓN ACTIVA O PASIVA. Lo primero si actúa por otro; lo segundo, si recibe para otro. Es activa en la emisión de voluntad; es pasiva en la recepción por el represen-

tado de la declaración de voluntad. El que tiene representación activa está generalmente facultado para ejercer la pasiva, pero no a la inversa.

c) DE REPRESENTACIÓN DIRECTA O INDIRECTA. Directa si el representante obra en nombre y por cuenta del representado. Indirecta si obra en nombre propio, pero por cuenta del representado.

Así, por ejemplo, A encarga a B sin darle poder, que le compre inmuebles; B, sin declarar que no lo hace para sí, le compra una casa a C, pero con destino a A. Queda oculto que B actuó para A y, ante C, pasa como si B obrara para sí.

§ 169. SUCESORES. Pueden ser sucesores universales o sucesores particulares. Son sucesores quienes reemplazan a una persona en una relación jurídica y se colocan en lugar de ella, tanto para las obligaciones como para los derechos que han provenido de esa relación jurídica.

Los sucesores universales sustituyen a la parte cuando ésta muere y se coloca en igual situación que la que tenía la parte a la que suceden. Se les transmiten todos los derechos y las obligaciones (el activo y el pasivo) del causante de la sucesión. Por ello, el art. 1195 del Cód. Civil dispone que los efectos del contrato (aplicable a todo negocio jurídico transmisible) se extienden activa y pasivamente a los herederos o sucesores universales.

Hay, sin embargo, derechos no transmisibles a los sucesores universales: a) los inherentes a la persona, como los personalísimos y los llamados *intuitu personae* (p.ej., un pintor de cuadros que tiene cualidades especiales, al morir no puede transmitir las obligaciones ligadas a sus habilidades); b) cuando la ley expresamente veda la transmisión (p.ej., el derecho a alimentos; el usufructo), y c) si las partes convinieron en que ese contrato no se transmite.

El caso de los sucesores singulares o particulares se estudiará a continuación.

§ 170. TERCEROS. – Son terceros todos los que no son partes en el acto o negocio jurídico. Son personas extrañas al acto porque no se les atribuyen las relaciones jurídicas con sus derechos y obligaciones que el negocio tiene por finalidad crear, modificar o extinguir. Sin embargo, como los sucesos

res universales, según se ha visto, se asimilan a las partes, ya que reciben el activo y pasivo de la relación y en la medida en que sean transmisibles los derechos, no deben ser considerados terceros. Luego, puede decirse que son terceros todos los que no son partes o sucesores universales de las partes del acto o negocio.

Los terceros tienen diferente categoría, acorde con los efectos y la intervención que les cupo en el acto o negocio. Se reconocen cuatro clases principales: los sucesores a título singular; los acreedores; los absolutamente extraños o *penitus extranei*, y los que son terceros, pero que alguna intervención tuvieron en la concreción del acto o negocio.

a) *SUCESORES A TÍTULO SINGULAR*. A diferencia del sucesor universal, que recibe todo o una parte alícuota del patrimonio del causante, a ellos se les transmiten uno o más bienes en particular.

Por ejemplo, el comprador de una cosa mueble o inmueble; el donatario de un bien; el cesionario de un crédito o el legatario de una cosa cierta por disposición puesta en el testamento. Naturalmente que estos sucesores singulares, si bien son terceros, pues no fueron parte en el acto o negocio por el cual quien después les transmitió el bien se hizo dueño de ese bien, lo arrendó o lo hipotecó (acto antecedente a la transmisión a favor del sucesor), están colocados en una posición expectante y pueden verse afectados.

b) *ACREEDORES*. También son terceros, pero tienen una especial situación frente a los actos de su deudor, que pueden comprometer la posibilidad de cobrar el crédito. Pueden ser *quirografarios* o *privilegiados*. Los quirografarios, comunes o simples, no tienen privilegio y su crédito se cobra del patrimonio del deudor, sin preferencia, y distribuyéndose a prorrata (a partes iguales), lo que quede una vez pagados los privilegiados. Éstos, en cambio, tienen por ley derecho a hacerse pagar con preferencia a los otros acreedores, como los que gozan de una garantía real: hipotecarios, prendarios o anticresistas.

c) *"PENITUS EXTRANEI"*. Son todos los sujetos que no tienen con respecto al acto o negocio ninguna relación. O sea, carecen de un interés directo o indirecto, vinculado con el acto o negocio y sus consecuencias.

d) *LOS INTERVINIENTES NO PARTES*. En ese caso están el escribano del acto o negocio, los testigos y los representantes de una de las partes. Estos terceros, porque no han comprometido directamente su interés en la realización del negocio, colaboraron, sin embargo, para su concreción en favor de las partes y, de esta colaboración, pueden nacer diferentes y paralelas consecuencias, que no son las del acto o negocio mismo, pero que están relacionadas con él. Así, por ejemplo, los honorarios del escribano; la rendición de cuentas del representante; la veracidad testimonial, etc., derivados del acto.

§ 171. *REQUISITOS DE CAPACIDAD Y DE DETERMINACIÓN DEL SUJETO DEL ACTO*.— Como ya se ha estudiado, la capacidad es la aptitud para otorgar por sí mismo actos jurídicos. Desde el punto de vista del acto o negocio jurídico no se estudia como atributo de la persona, sino como requisito de idoneidad del sujeto, presupuesto necesario para tener por válido el acto. Este, para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho (art. 1040, Cód. Civil). En realidad, la capacidad de la parte sólo se exige si ella interviene personalmente en la realización del negocio, pero, si lo hacen sus representantes, basta la capacidad de éstos.

Así como es nulo el negocio celebrado por un incapaz de hecho para concretar ese negocio, también lo es la declaración emitida en relación a una persona incapaz, pues para recibir la declaración se exige el requisito de la idoneidad del sujeto y sólo sería válida la recepción por un representante en nombre del incapaz. Por ejemplo, si se declara el arrepentimiento o la resolución de un contrato que tiene por contraparte a un incapaz, esa declaración no podría ser recibida por éste, sino por su representante. Si la recibe el incapaz, carecerá de eficacia el acto o negocio.

No hay que confundir *capacidad* con *poder*. El poder se relaciona con la llamada *legitimación* para el negocio, e implica el poder de obrar otorgado a otra persona, ya sea voluntariamente (mandato) o por ley (representación legal), casos en los cuales el representante concluye el negocio y los efectos del negocio se producen en la esfera jurídica del representado. Puede haber, entonces, defecto de legitimación, mejor dicho de *personalidad* para un acto singular, cuando la persona no tiene el poder suficiente para realizar el acto o negocio, aunque sí tenga capacidad o aptitud de hecho y de derecho.

Además de la capacidad y, en caso de los representantes, de la idoneidad del poder para obrar, es necesario el requisi-

to de la *determinación* del sujeto del acto. Todos los elementos constitutivos del negocio deben estar determinados, lo cual también se llama principio de especialidad. La determinación importa saber a quién se imputarán las consecuencias del acto, pero no es completamente necesario que exista una determinación específica (Juan, Pedro o Diego), sino que basta que el sujeto sea determinable.

De todos modos tiene que haber suficientes elementos de individualización del sujeto. Por ejemplo, si se vincula con quien en tiempo fijo es el propietario de un inmueble aunque en el momento de celebrar el negocio no se sepa quién es. O si se dispone a favor de una persona que debe elegir otra, etcétera.

§ 172. **EFFECTOS DEL ACTO JURÍDICO RESPECTO DE LAS PARTES Y DE LOS TERCEROS.** — Los actos o negocios sólo producen, en principio, efectos entre las partes. Es lo que se llama el *efecto relativo de los actos*. Esto quiere decir que sus consecuencias ventajosas o perjudiciales sólo atañen a las partes, no a los terceros. Esto se expresa con el siguiente aforismo: “*res inter alios acta aliis neque prodesse neque nocere potest*”, o sea “lo actuado entre unos, a los otros ni les perjudica ni les aprovecha”.

La aplicación del efecto relativo que está consagrado en los arts. 504, 1195 y 1199 del Cód. Civil, demuestra que los perjuicios y las ventajas del negocio no afectan a los terceros, así sean otorgantes, representantes sin interés directo; testigos del acto; escribano o funcionario ante quien ese acto se celebra; *penitus extranei*. En cambio, sí afecta a los sucesores universales.

Hay excepciones a ese principio, que son las siguientes: a) cuando el objeto principal del negocio es *beneficiar a un tercero* (el seguro de vida); b) en caso del sucesor singular, para el que pueden derivar algunas obligaciones y derechos, o sea las que están íntimamente vinculadas con el objeto del acto. Por ejemplo, si el propietario de un campo lo arrienda o hipoteca y tiempo más tarde lo vende, al comprador (sucesor singular frente a aquellos actos de arrendamiento o hipoteca) pasan las obligaciones del arriendo o hipoteca, aunque a diferencia del sucesor universal, no responde con todo su patrimonio por esos efectos, sino con la cosa transmitida únicamente, y c) los *acree-*

dores, que pueden ver modificado el patrimonio de su deudor con el acto o negocio y, en ciertas ocasiones, como más adelante se estudiará, pueden impugnar actos del deudor para preservar ese patrimonio del cual cobrarán su acreencia, por ser garantía general de su crédito.

§ 173. **EL OBJETO DEL ACTO JURÍDICO: BIENES, COSAS Y HECHOS.** Otro de los elementos del acto o negocio, que para la doctrina moderna es también, como el sujeto capaz, requisito o presupuesto de validez del negocio, es el *objeto* que hay que distinguir del contenido. El objeto *es la entidad material o inmaterial sobre la cual recae el interés implicado en la relación*; es mediato y constituye, por lo tanto, *la cosa, el hecho, la utilidad o el bien a que se refiere el acto o negocio*. En cambio, el contenido es la llamada prestación, o comportamiento inmediato para la satisfacción del interés de la persona sobre el objeto.

Así, la compraventa, la donación, la locación de una cosa, etc., demandan diferentes prestaciones sobre el objeto que en estos supuestos es una cosa; o sea, distintos comportamientos obligacionales para la consecución del objeto: hacerse dueño de la cosa; recibirla gratuitamente y a pura ventaja; utilizar la cosa. Aquí la cosa es el objeto, y los variables comportamientos prometidos que a ella se refieren, el contenido o prestación que nacen del acto.

Puede ser objeto todo lo que no se ha prohibido que lo sea. Se extiende esta noción a las cosas corpóreas, a las cosas incorpóreas, a los hechos positivos o negativos (hacer o no hacer), a los bienes inmateriales, a las otras personas (negocios del derecho de familia) y a la propia persona (sobre los derechos personalísimos).

Esta noción de libertad y amplitud, que cuadra en el sistema de autonomía de la voluntad, surge del art. 953, el cual estatuye lo que no puede ser objeto, dejando como principio general básico que puede serlo todo lo no prohibido expresamente. Dispone este artículo: *"El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto"*.

a) COSAS. Cuando la norma habla de *cosas*, toma en cuenta la noción amplia, es decir la idea general de bien (cosas materiales y cosas inmateriales). Están *fuera del comercio* las que son no enajenables o cuando para su enajenación se necesita una autorización especial previa (arts. 2336 a 2339, Cód. Civil).

Están fuera de comercio, por ejemplo, los alimentos futuros, el bien de familia; la herencia futura; las cosas del dominio público del Estado (una plaza, un camino); los bienes de la Iglesia destinados al culto; los bienes de un incapaz que requieren autorización para su enajenación, venta o disposición. Están *prohibidas en particular* las que la ley por disposición expresa veda su entrada en el comercio jurídico. Por ejemplo, los bienes muebles no pueden ser hipotecados; las cosas no fungibles no pueden ser objeto del contrato real de mutuo, etcétera.

b) HECHOS. Tampoco pueden ser objeto los *hechos imposibles*. Tanto si la imposibilidad es física (traer la Luna a la Tierra; vender el aire de la estratósfera), como si la imposibilidad es jurídica (el objeto que está prohibido por la ley). La imposibilidad debe ser *absoluta*, para todos y en general, y *objetiva*. Además, lo que importa es la imposibilidad al tiempo de la ejecución del acto y no al tiempo de su celebración, aunque pueden coincidir ambos tiempos. No es atendible la imposibilidad que proviene de la culpa del obligado, ni la que se origina en la ausencia de aptitudes de la persona, que se resuelven en el pago de daños y perjuicios (CNCiv, Sala D, 7/12/60, LL, 101-63).

No pueden serlo, asimismo, *hechos ilícitos*, que son los prohibidos por la ley, concepto que coincide con el de objeto imposible jurídicamente.

Ver diversos ejemplos que se han dado: constitución de sociedades para practicar el contrabando; la promesa de dinero para cometer delitos; estipular una comisión para obtener un permiso de establecimiento de una casa de tolerancia haciendo los trámites y utilizando influencia; el acto por el cual se somete a condiciones para eludir la obligación de votar o de cumplir con los deberes emergentes de la patria potestad, etcétera.

Tampoco pueden serlo los *hechos contrarios a las buenas costumbres*. Esta cláusula de la norma tiene mucha trascendencia, pues no sólo ha permitido a los jueces aplicar sus criterios moralizadores de los actos o negocios, sino que por medio

de ella se dieron soluciones que antes no estaban legalmente consagradas, como la lesión subjetiva; la imprevisión contractual; el abuso del derecho; la morigeración de las penas contractuales excesivas, etcétera. Se trata de atender a la moral media y predominante en la sociedad con un criterio especialmente sociológico, pero siguiendo el juez las tendencias mayoritarias y no a los datos que proporciona la conducta de grupos minoritarios (Bueres). Es norma dirigida al juez, que debe ser aplicada con moderación para preservar la seguridad jurídica. Se ha sostenido que es subordinante, pues cubre todas las instituciones y actos jurídicos, como base del ordenamiento legal que impone a todo acto satisfacer un objeto-fin social (Spota).

De los múltiples ejemplos de su aplicación pueden recordarse: la reducción de la tasa de intereses usurarios, no obstante la libertad que legalmente se ha establecido (art. 621, Cód. Civil), ver: CNCiv, Sala C, 13/12/77, *ED*, 76-360; *id.*, *id.*, 26/10/79, *ED*, 86-480; el pacto de honorarios del letrado que resulta confiscatorio al importar un verdadero despojo del deudor, 1ª InstCivCap, 20/4/69, *LL*, 139-397; CNCiv, Sala C, 28/5/81, *LL*, 1981-D-200; las donaciones al concubino para conseguir o fomentar la unión concubinaria o gratificar y facilitar la ruptura de esa unión, CNCiv, Sala C, 12/7/76, *LL*, 1976-D-415; la venta de humo o influencia para obtener éxito en tramitaciones en entidades por los vínculos amistosos del que lo promete, o en una repartición pública y conseguir ventajas, concesiones, etc., ver: CNCiv, Sala F, 26/5/80, *JA*, 1980-IV-461; CCiv1ªCap, 2/3/50, *LL*, 58-363, con nota de Orgaz, *La venta de influencia o de humo*.

Al igual que el sujeto, el objeto del acto o negocio debe ser *determinado* o *determinable*. Por ejemplo, no lo sería la compra de animales sin especificar su especie. Es decir, tienen que ser cosas o hechos individualizados o que pueden serlo con cierta precisión. Según su naturaleza hay objetos que se cuentan, pesan o miden. Éstos quedan determinados una vez contados, pesados o medidos. Otros tienen unidad individualizadora y basta señalarlos por sus características.

§ 174. **CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS.** – Diversos sentidos permiten desentrañar la variada gama de actos jurídicos posibles. Dentro del derecho privado, se destacan las clases siguientes.

a) SEGÚN EL NÚMERO DE PARTES: UNILATERALES Y BILATERALES. En los unilaterales actúa una sola parte, aun cuando

haya varias personas que compongan esa parte por representar un solo centro de intereses (como la renuncia de los copropietarios). Cuando hay dos o más partes, por haber dos o más centros de intereses, el acto es bilateral (compraventa, locación, constitución de sociedad).

Hay que distinguir actos unilaterales y bilaterales de contratos unilaterales y bilaterales. Estos últimos, los contratos, siempre son actos bilaterales, pero cuando sólo se obliga una de las partes son contratos unilaterales (la donación, el mutuo, el comodato). En cambio, cuando en el contrato aparecen las dos partes obligadas, recíprocamente, son bilaterales (la compraventa, la permuta, la cesión onerosa de créditos).

b) SEGÚN EL MOMENTO DE EFICACIA DEL ACTO: ENTRE VIVOS Y DE ÚLTIMA VOLUNTAD. Cuando los efectos se prevén a cumplir en vida de las personas, son actos entre vivos; cuando esos efectos se programan para después de la muerte de la persona y esa muerte funciona como una condición jurídica de la vigencia del acto, son de última voluntad (el testamento).

Sin embargo, es entre vivos el seguro de vida, porque algunos de sus efectos más importantes se producen en vida del asegurado como el pago de la prima, aunque se lo haya concluido en previsión de la muerte del asegurado. Cuando muere una de las partes y es un acto entre vivos, serán los herederos a quienes se transmitirán las obligaciones de cumplimiento y los derechos consiguientes.

c) SEGÚN EL MODO DE EXTERIORIZACIÓN DEL ACTO: POSITIVOS Y NEGATIVOS. Se suele sostener que los positivos se caracterizan por la realización directa y efectiva de una acción para que nazca, se modifique, transfiera, adquiera o extinga un derecho, mientras los negativos por una abstención.

Pero, no hay que confundir prestaciones positivas con prestaciones negativas, pues en algunos ejemplos de las negativas, así la obligación de no establecer otro comercio en la zona de igual ramo al de la operación de venta, el acto es positivo y la prestación negativa, puesto que ese contrato le dio nacimiento a la obligación de no hacer. En cambio, un ejemplo preciso de acto negativo es el silencio, cuando hay obligación de explicarse por lo dispuesto en el art. 919 del Cód. Civil.

d) SEGÚN LA EXIGENCIA DE LA FORMA: FORMALES Y NO FORMALES. Merecen una explicación acorde con la importancia que tienen en la normativa jurídica (ver § 184 y siguientes).

e) SEGÚN EL CONTENIDO POR EL CARÁCTER DE LAS RELACIONES: PATRIMONIALES O EXTRAPATRIMONIALES. Los primeros tienen un contenido económico apreciable en dinero; los segundos producen obligaciones no susceptibles de apreciación pecuniaria.

Los actos jurídico-familiares, en general, son extrapatrimoniales, pero en algunos casos tienen contenido patrimonial, como todo lo que se refiere a la formación de la sociedad conyugal o el convenio de alimentos. De ahí que no se confunden y pueden participar de las dos naturalezas.

f) SEGÚN LOS EFECTOS SOBRE EL PATRIMONIO: DE DISPOSICIÓN O DE ADMINISTRACIÓN. Los actos patrimoniales contienen esta muy importante subclasificación. No se debe identificar acto de disposición con acto de enajenación, pues aunque generalmente la enajenación puede ser de disposición, muchas veces no pasa de ser un acto de administración.

Son de disposición los que modifican o disminuyen sustancialmente los elementos que componen el capital del patrimonio, o bien comprometen su porvenir por largo tiempo (Orgaz). Son de administración los que se vinculan con el rendimiento, conservación y goce del patrimonio que forma el capital. O sea que éstos tienden a mantener la integridad del patrimonio o de aumentarlo por medio de la explotación normal de bienes que lo componen, y aquéllos importan un egreso anormal de bienes, ya sea porque conlleven un emprobrecimiento del patrimonio o un intercambio de sus elementos de capital.

Como ejemplos de actos de disposición pueden darse la hipoteca de un bien del capital; la venta de las vacas madres de la hacienda en la explotación pecuaria; o también el alquiler de un bien del capital por tan largo plazo que disminuye su fuerza patrimonial. Actos de administración pueden ser el alquiler normal por plazo no muy largo; la mejora y remodelación de una casa; la venta de los terneros producidos en la explotación pecuaria; los gastos para conservar el patrimonio; el pago de créditos y cobro de deudas.

g) SEGÚN LAS ASIGNACIONES QUE CONTIENEN: ONEROSOS Y GRATUITOS. A título oneroso son los que en su contenido, frente a la obligación de una de las partes, la contraprestación de la otra importa un contravalor. A título gratuito cuando en el contenido del negocio falta una contraprestación de la otra parte.

h) *SEGÚN EL CONTENIDO Y EL MOMENTO DE SUS EFECTOS: CONSTITUTIVOS Y DECLARATIVOS.* Los negocios que tienden a crear relaciones jurídicas, constituyendo nuevas situaciones y vinculaciones son constitutivos. Los que, en cambio, presuponen la existencia de una relación anterior, que con el acto se reconoce, son los declarativos.

Ejemplos de estos últimos son las transacciones (art. 836, Cód. Civil), las ratificaciones de mandato (art. 1936), el reconocimiento de una deuda (art. 718).

i) *SEGÚN SU INTERDEPENDENCIA: PRINCIPALES Y ACCESORIOS.* Los actos complejos suponen una pluralidad de declaraciones que convergen a un solo negocio, o bien pueden ser una combinación de negocios. En este último caso, unos son principales porque pueden existir por sí solos, y otros accesorios, porque dependen de los principales y por ellos se justifican. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de modo que inválido lo principal cae lo accesorio, lo que no sucede a la inversa.

§ 175. *INTERPRETACIÓN DEL ACTO JURÍDICO. DIFERENCIAS CON LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY Y DE LA SENTENCIA.* — Muchas veces el acto o negocio se presenta confuso, contradictorio, con vacíos. Pero aun suponiendo que así no fuera, siempre es necesario hacer un esfuerzo por entender lo que la parte o las partes (por sí o por representantes) han querido, para no desviarse del fin inmediato tenido en miras, que es de la esencia del acto jurídico. Dicho esfuerzo del intérprete para entender el acto o negocio, el que puede ser realizado por las propias partes, los abogados que las asesoran o los jueces que deben resolver los conflictos que se presentan, va dirigido a encontrar el significado y a fijar el alcance del acto o negocio.

En la ciencia del derecho, la interpretación o búsqueda del sentido, alcance o significación se aplica en muy vastas y variadas esferas, pues todas las fuentes o expresiones del derecho contienen metas y valoraciones que es necesario comprender correctamente. En tal sentido puede observarse que existe la interpretación de la ley, de los actos unilaterales de soberanía, también llamados actos heteronormativos o provisiones, o sea, las sentencias de los jueces y las resoluciones de la Administración pública (son las que toman los otros poderes del Estado: p.ej., de impositiva, de aduanas, de policía, de reglamentos internos, etc.), y de los actos o negocios jurídicos, que son actos privados que tienen su propia autonomía.

Cada una de esas interpretaciones —de la ley, del acto y de la sentencia— tienen aspectos específicos que las diferencian unas de otras. En tal sentido, se puede destacar:

a) *INTERPRETACIÓN DE LA LEY.* Se extiende a todo el derecho normativo (ley, costumbre). Atiende al aspecto principal del objeto interpretado, que tiene como características la generalidad y la abstracción. La ley es el orden jurídico, dentro de cuya esfera se celebra el acto o negocio. En la interpretación de la ley, los hechos anteriores o motivos que inspiraron al legislador pierden relevancia. Además, la ley debe ser interpretada con criterio técnico y científico de las palabras empleadas, pues el legislador es un órgano preparado especialmente para sancionarla. En cuanto a la analogía o interpretación integradora, aquí juega un papel relevante, pues frente a una laguna de la ley es dable acudir a otras leyes análogas a fin de resolver la cuestión (art. 16, Cód. Civil).

b) *INTERPRETACIÓN DEL ACTO O NEGOCIO.* Emplea, en cambio, con mucha eficacia y frecuencia los signos que surgen de los hechos anteriores y posteriores que le sirvieron de marco o motivo. Asimismo difiere porque aquí no es aceptable interpretar las palabras con criterio técnico o científico de la ciencia del derecho, pues las partes suelen ser desconocedoras de ese sentido. Tampoco parece posible emplear la analogía o interpretación integradora, ya que frente a una laguna o vacío, habrá que pensar que las partes no quisieron obligarse.

c) *INTERPRETACIÓN DE LA SENTENCIA.* Tiene mucha similitud con la del acto o negocio, pero se parte de una consideración diferente, la sentencia del juez completa lo que la norma jurídica dispone, nexo de complementariedad que no existe en el acto o negocio. Éste no complementa nada, sino que establece un *quid* nuevo, que antes no existía. La sentencia, pues, con un punto de vista diferente del negocio privado, está dirigida a verificar y explicar el derecho normativo existente, aplicándolo a un caso particular, cuestión distinta de la del negocio, que viene a expresar un querer que se asienta en la autonomía privada de la voluntad, para reglar los intereses de las partes, produciéndose un aumento del orden preexistente (*quid novi*), y no sólo su recreación y análisis del ya sancionado.

§ 176. **REGLAS DE LA INTERPRETACIÓN.** – Se discute si los diversos preceptos normativos que establecen pautas de interpretación de los actos o negocios, son meros consejos del legislador a las partes y al juez, o si son verdaderos preceptos que los obligan. Pero es indudable que, si hay que buscar certeza y puntos de apoyo a la labor interpretativa, no se podrá sostener que esos preceptos puedan dejarse de lado, sino que corresponde admitir que son verdaderas reglas que establecen cómo ha de realizarse la búsqueda del sentido del acto, las que tienen carácter imperativo u obligatorio para el intérprete.

La obligación del intérprete de acatar esas reglas no impide que las partes, haciendo lo que se llama una interpretación auténtica, las puedan dejar de lado, porque en realidad aquí estamos ante un nuevo acuerdo de voluntades, que gira en el campo de la libertad y autonomía de la voluntad. La interpretación auténtica es la que hace el órgano que ha construido o creado el acto (p.ej., la legislativa es la del órgano que ha legislado), pero, en este caso de la interpretación del negocio, al desaparecer la divergencia entre las partes al formalizar un nuevo acuerdo, se diluye la necesidad de interpretar el acto antiguo, pero puede surgir la necesidad de interpretar el acto nuevo, para el cual aplicarán los órganos de la interpretación las mencionadas reglas imperativas.

Nuestro Código Civil no contiene un régimen sistemático al respecto, sino que aparecen en él normas aisladas de interpretación, como para los contratos el art. 1198. En el Código de Comercio se han estatuido reglas que por analogía suelen aplicarse en las relaciones civiles.

§ 177. **LA BUENA FE Y OTROS PRINCIPIOS (ARTÍCULO 1198, CÓDIGO CIVIL, Y ARTÍCULOS 217 A 219, CÓDIGO DE COMERCIO).** – El principio más general e importante de las reglas de interpretación es el de la buena fe, llamada también la regla de oro de la interpretación de los negocios jurídicos. Esta regla está consagrada para los contratos, en el citado art. 1198 del Cód. Civil que dispone: “*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión*”.

En realidad, todas las otras reglas que establecen dispersas normas, como las del Código de Comercio, no son más que aplicaciones de este principio de la buena fe. Significa que el intérprete debe considerar la confianza, la lealtad a la palabra empeñada. Conforme con este cartabón, el intérprete no debe apanar el artilugio, la sorpresa o el aprovechamiento, sino ponerse frente a la hipótesis del obrar de las personas normales, según término medio, y lo que éstos entienden con sinceridad y llaneza cuando expresan su voluntad, sacando de esta predisposición la regla para hallar el sentido del acto. Evitar el doble sentido, la confusión y las actitudes poco claras, y tomar partido por lo que es un comportamiento corriente frente a situaciones dadas. Lo que las partes verosímilmente consideraron al hacer el negocio, sin tapujos ni ocultamientos o soluciones no expresadas ni comprendidas.

Éstas son las reglas que tienen que aplicarse, según lo que disponen los arts. 217 a 219 del Cód. de Comercio:

a) Atender a la *intención real de las partes*, más que a lo literal de las expresiones empleadas en el negocio.

b) Considerar los *hechos posteriores* al acto o negocio, que pueden suministrar una buena explicación de ese acto. También, aunque menos importantes, son los hechos anteriores al acto, pero éstos como suelen ser los tratos preliminares o los que se desarrollaron antes que las partes convergieran en una común voluntad, no tienen igual importancia que los posteriores al acto, es decir los que se realizan en el tiempo de su ejecución.

c) Cuando una cláusula lleva a la invalidez y otra apuntala la validez del acto, hay que dar preeminencia a la segunda, aplicando así el *principio de conservación* de los actos o negocios.

d) Debe atenderse al *texto íntegro*, no a palabras aisladas de la declaración de voluntad. Entre una expresión clara y otra ambigua, hay que elegir la primera. Las cláusulas manuscritas prevalecen sobre las impresas que las contradigan.

e) Tiene que buscarse un *significado razonable*. Prevalence el sentido común, el propósito de las partes y no las palabras técnicas literales. Más que la calificación jurídica expresada o el nombre puesto, es dable atender a la naturaleza y contenido del acto.

f) Los *finés económicos* y la naturaleza del acto son buena guía, así como los *usos y costumbres* del lugar.

g) El *favor debitoris*, es decir, en la duda inclinarse por la liberación de la deuda, es regla que tiene carácter subsidiario y que no resulta siempre aceptable en los contratos onerosos, en donde la obligación de una parte deriva de la contraprestación de la otra, y ambos son deudores y acreedores a la vez, por lo cual en estos contratos onerosos, es prioritario atender a la equivalencia o equidad en las prestaciones.

h) En los actos o negocios llamados *por adhesión* (cláusulas generales impresas, generalmente en *tetra chica*, y en los cuales no se advierte la deliberación de las partes, sino que una adhiere a lo que otra le propone con mucha minuciosidad), suele darse preeminencia al adherente, por considerarlo la parte débil, y aquí sí suele admitirse el *favor debitoris*.

§ 178. **DISTINCIONES EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS ACTOS ENTRE VIVOS Y DE ÚLTIMA VOLUNTAD.** — Las reglas anteriormente explicadas tienen su ámbito de aplicación en los actos entre vivos, en los cuales, cuando son bilaterales, aparece la figura principal de la *intención común* de las partes, como elemento sustancial para entender el acto. En esta área de los actos o negocios, se trata de establecer el significado de declaraciones de voluntad recepticias, dirigidas a alguna persona en particular y para que sea recibida por ella.

Pero hay declaraciones de voluntad entre vivos no recepticias, como las dirigidas a un conjunto o círculo de personas no determinadas, pero que lo serán más adelante.

Por ejemplo, la oferta pública de recompensa (si encuentra y devuelve alguien un objeto perdido, habiéndose comprometido el dueño públicamente a dar un premio); o los estatutos de una asociación, los cuales no están dirigidos a una persona concreta sino indeterminadamente a todo asociado. En uno u otro caso los destinatarios no están de antemano establecidos o prefijados, por lo cual el intérprete debe apartarse de lo subjetivo —lo querido en concreto por las partes— y atender objetivamente a un destinatario futuro, término medio, según lo que toda persona normal pueda pretender.

Las declaraciones de voluntad no recepticias además, para después de la muerte o *de última voluntad*, presentan también diferencias para el intérprete. La primera y principal es la de que se desentiende del tema de la voluntad o intención común y se concentra la tarea en desentrañar la sola voluntad del de-

clarante (testador). En esta interpretación no es dable, en principio, apartarse del texto literal del testamento, salvo en muy contadas ocasiones, por lo cual pierden eficacia los hechos exteriores, tanto previos como posteriores, y hasta la buena fe entendida como una relación de confianza y lealtad entre partes, para cobrar, en cambio, todo su relieve el testamento como instrumento autosuficiente o autónomo y la real voluntad del testador determinada por medio de ese instrumento. Pero, también, en el caso dudoso acerca de su validez o nulidad rige el principio *favor testamenti*, para evitar su declaración de nulidad y, de esa manera, asegurar el cumplimiento de dicha real voluntad testamentaria.

Sólo es posible la prueba ajena o extraña al texto del testamento, en contados casos de duda en los cuales no pueda resolverse cómodamente por el testamento mismo. Pero, en general, la jurisprudencia se limita a una investigación gramatical y a analizar todo el texto, lo que facilita comprender las palabras empleadas en las partes o en los detalles.

TRABAJOS PRÁCTICOS

a) Para elaborar consecuencias prácticas de las reglas de interpretación, pueden considerarse, en lo que concierne a los actos *bilaterales recepticios*, algunos de los siguientes fallos, los cuales deben ser examinados según los hechos, el texto y las ideas que expuso el tribunal para resolver las cuestiones:

- 1) CNCiv, Sala D, 26/9/66, *LL*, 124-154.
- 2) CNCiv, Sala A, 18/6/82, *LL*, 1983-C-270, con comentario de Rezzónico, Juan C., *La buena fe como norma abierta para interpretación de los contratos y límites de la interpretación*. Desarrollar el pensamiento del autor.
- 3) CNCiv, Sala F, 29/12/83, *LL*, 1984-C-434.
- 4) Sobre el tema de los *negocios por adhesión*: CNCiv, Sala E, 9/9/76, *LL*, 1977-A-461.
- 5) Sobre la interpretación del *testamento*: CNCiv, Sala C, 19/3/81, *ED*, 93-669; *id.*, *id.*, 1/4/80, *ED*, 88-476; *id.*, Sala F, 26/7/73, *LL*, 154-660, n° 41.
- 6) Para distinguir actos de disposición y de administración: CNCiv, Sala E, 31/5/85, *LL*, 1985-D-385.
- 7) Para distinguir los actos entre vivos y de última voluntad: CNCiv, Sala G, 7/10/88, *LL*, 1989-B-261.

8) Para el estudio de la constitución en mora como acto jurídico complejo: CNCiv, Sala C, 10/3/80, LL, 1980-B-349; íd., Sala D, 7/12/81, LL, 1982-C-134.

b) Analizar los siguientes casos. En un negocio de compraventa se estipula el pago de la deuda del precio, fijándose la cantidad, pero no estableciendo el tiempo en que debe abonársela. El deudor –comprador–, no obstante, paga en cuotas mensuales que recibe el vendedor. Un buen día el acreedor –vendedor– exige la totalidad. ¿Tiene derecho el acreedor a ese saldo completo sin más esperas? ¿Podría exigir intereses e indexación a pesar de que antes no lo hiciera?

Variar la hipótesis: en ese negocio se fija el pago completo a un día expresamente señalado. Transcurre el plazo y el acreedor recibe pagos parciales sin protesta. ¿Puede después exigir el total, intereses e indexación? ¿Esa tolerancia tiene alguna fuerza para impedirle el cobro total?

Discutir las posibles soluciones en clase y buscar jurisprudencia que pueda ayudar a la solución de estos casos.

D) LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

§ 179. **CLASES DE MANIFESTACIONES: POSITIVA, TÁCITA Y PRESUMIDA POR LA LEY.** – El cuarto elemento exigible para considerar voluntario el acto es el que establece el art. 913 del Cód. Civil, que dispone: “*Ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste*”.

La manifestación, exteriorización o declaración de la voluntad se materializa en tres formas, que están previstas en el art. 914 y ss. del Cód. Civil, que son la *positiva*, la *tácita* y la *presumida por la ley*.

Sin embargo, como surge de los arts. 915 y 919, con esas tres clases de manifestación no se agota la subdivisión, porque todavía es posible encontrar las manifestaciones *formales* y *no formales* y el *silencio* cuando excepcionalmente importa una manifestación de voluntad. Estas dos últimas subdivisiones se estudiarán en los párrafos siguientes.

a) *POSITIVA*. También llamada expresa de la voluntad, es la que se da a conocer por medio de un signo sensible emitido por el declarante con el único objeto de dar a conocer su voluntad. Es una exteriorización que la persona emplea a conciencia y con el propósito de dar a conocer su voluntad concre-

ta. Para ello es posible emplear cualquiera de los siguientes tres medios:

1) ORAL O VERBAL. Expresa muy acabadamente el pensamiento, pero como depende de la memoria o del recuerdo de las palabras empleadas, es poco segura y frágil prueba de la manifestación. El autor puede después negarla y se hace muy difícil admitir su existencia, pero, si la reconoce, adquiere valor y eficacia.

2) ESCRITA O INSTRUMENTAL. Se traduce en la suscripción de un instrumento público o privado, en el que normalmente se asienta, en forma mucho menos perecedera, el pensamiento acerca del acto que se ha celebrado. La firma (que más adelante se estudiará) es esencial para dar a conocer el pensamiento y la voluntad del sujeto.

3) SIGNOS INEQUÍVOCOS O HECHOS MATERIALES. Como los gestos indicativos con un significado propio e inconfundible.

No deben ser signos ambiguos y tienen que estar dirigidos a otro u otros respecto de determinados objetos. Por ejemplo, sin pronunciar palabra, pagar el boleto para el transporte en colectivo; levantar la mano en un remate público para hacer una postura en la determinación del precio de la cosa que se remata; los movimientos de cabeza; levantar la mano en la votación de una asamblea, etcétera.

b) TÁCITA. No está especialmente dirigida a dar cuenta de una voluntad, sino a otro objeto, pero sirve como interpretación de dicha voluntad. Se puede conocer o reconocer esa voluntad aunque la persona haya actuado sin el propósito de manifestarla. Por ello, el art. 918 del Cód. Civil, estatuye: *"La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria"*.

Son comportamientos de hecho *-facta concludentia-* que indirectamente dan cuenta de la voluntad si quien juzga el acto, atiende a sus características y a su relación con las circunstancias que lo rodean. Esto es lo que diferencia la manifestación tácita o implícita de la expresa, que se hace por signos inequívocos con directa intención de manifestar la voluntad. En la tácita, no sólo se debe

hacer un juicio de valor y tener certidumbre por las características del acto y sus circunstancias, sino que no debe haber exigencia legal de que para ese negocio sólo sea posible la manifestación expresa por lo cual habría quedado excluida por ley la *tácita* (p.ej.: si se exige la declaración escrita o por instrumento público) y tampoco que quien realice el acto no prevenga a los demás que ese acto no es una manifestación de voluntad. Así, por ejemplo, si el acreedor devuelve al deudor el pagaré sin protesta o reserva, habrá que entender que hace remisión de su deuda, o que se presume su pago; el acreedor que recibe intereses por anticipado durante un término (trimestre), salvo reserva contraria, implica no reclamar el capital durante ese término; la persona que recibe una mercadería que un comerciante le ofrece y la consume quiere significar que la ha adquirido. En todos estos casos indirecta e implícitamente, según juicio de las circunstancias, ha habido declaración de voluntad.

c) *PRESUMIDA POR LA LEY.* Es la que la norma da por declarada aunque la parte realmente no haya tenido esa intención. Aquí la manifestación es ficticia, no hay signo alguno de la voluntad real, pero la ley establece un resultado por sí misma.

Es una presunción de la ley y no del juez, pues éste puede servirse de la prueba de las llamadas presunciones *hominis* en los juicios, lo que no es presunción legal. Las presunciones de la ley pueden ser *iuris tantum*, o sea que admiten prueba en contrario, o *iuris et de iure*, que no admiten esa prueba. Por ejemplo, es declaración presumida por la ley el recibo del capital, que según el art. 624 del Cód. Civil hace presumir que se extingue la deuda de los intereses; la prohibición en el contrato de locación de ceder el arrendamiento, importa prohibir el subarriendo (art. 1597). El mandatario que recibe en silencio el poder del mandante, da prueba de que aceptó el mandato (art. 1877).

§ 180. *EL SILENCIO COMO MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD.* — Según Demogue: “hay silencio en el sentido jurídico, cuando una persona, en el curso de esta actividad permanente que es la vida, no manifiesta su voluntad con relación a un acto jurídico, ni por una acción especial destinada a este efecto (voluntad expresa) ni por una acción de la que puede inferirse su voluntad (voluntad tácita)”. Esta definición significa, pues, que frente a un acto o una interrogación la parte nada dice, se abstiene, omite pronunciarse, calla. A diferencia del adagio del derecho canónico, de que “el que calla otorga”, en nuestro derecho el silencio no importa ni sí ni no: no es aceptación o consenti-

miento, pero tampoco rechazo o negación. Nuestro Código sigue esa línea y establece el principio de que el silencio no puede valer como consentimiento, pero contempla excepciones a ese principio.

El art. 919, que estatuye el principio y tres excepciones, está redactado de la siguiente manera: *"El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes"*.

La primera excepción, que se refiere a quien calla pero tiene obligación de expresarse por orden legal, significa un silencio que importa declaración de voluntad presumida por la ley.

Así, por ejemplo, cuando la persona es citada al juicio a reconocer un documento privado, y no comparece, la ley considera que lo ha reconocido (art. 1031); al igual que la persona que debe comparecer a una audiencia para la prueba de confesión y no se hace presente o se niega a contestar, se le dan por ciertas las posiciones, que están redactadas así: "para que jure como es cierto que..." (ocurrió tal o cual cosa). Y esto lo establece así el art. 417 del Cód. Proc. Civil y Comercial.

La segunda excepción, cuando hay obligación de expresarse por las relaciones de familia, tiene la misma proyección, y es declaración presumida por la ley.

En cambio, la tercera excepción, que es cuando el juez interpreta que el silencio actual, comparado con declaraciones anteriores, significa consentimiento o aceptación, se lo considera como una inferencia propia de la manifestación tácita de la voluntad.

Si, por ejemplo, un comerciante minorista escribe a su proveedor mayorista con el que ha tratado habitualmente durante años, que como siempre para Carnaval le envíe mercaderías destinadas a esa fiesta (disfraces, máscaras, pirotecnia, etc.) y el proveedor mayorista guarda silencio, ello equivale a la aceptación del pedido, pues es lo que anteriormente ocurría. En el contrato de trabajo, si la parte empleadora guardó silencio ante la intimación del trabajador para que lo considere despedido y lo indemnice, se considera que ha reconocido tácitamente la pretensión, pues se debe atender a la relación anterior de trabajo y a lo que establece la ley sobre los derechos del trabajador.

Finalmente, puede el silencio ser manifestación expresa o positiva.

Así, por ejemplo, si se convino expresamente por acuerdo de ambas partes que si una guarda silencio frente a la interrogación o pedido de la otra, queda aceptada esa solicitud. Se trata en estos casos de un callar o no actuar como signo negativo, que tiene un significado o alcance conocido de antemano por las partes, y por ende directamente dirigido a declarar la voluntad.

§ 181. **LAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD, DE CONOCIMIENTO Y DE SENTIMIENTO.** – Esta división responde al contenido de la declaración o manifestación.

Cuando, según ese contenido, se declara un querer negocial (comprar, vender, contraer matrimonio, adoptar un menor), son declaraciones de voluntad, también llamadas declaraciones positivas.

Las declaraciones de conocimiento solamente expresan un saber o una enunciación, con el convencimiento o creencia de que se produjo un hecho.

Por ejemplo, la confesión, en un juicio, que sucedió un hecho; el reconocimiento ante el juez de que se debe un precio; la confección del inventario y balance en una sociedad.

Las declaraciones de sentimiento se relacionan con el perdón y significan que la ofensa de la otra parte ya no existe.

Entre otras, la reconciliación matrimonial que borra las ofensas entre los cónyuges; el perdón del donante ante la ofensa del donatario que borra la *injuria e impide la revocación* de la donación. No hay aquí declaración de voluntad ni de conocimiento, sino un comportamiento que borra la ofensa y al cual la ley le da efectos especiales.

§ 182. **DECLARACIONES RECEPTICIAS Y NO RECEPTICIAS.** – Se llama declaración recepticia a la que se emite ante otra persona que es destinataria de esa declaración y los efectos de ella empiezan cuando la recibe. Es necesario que el destinatario de la declaración esté determinado o sea determinable, debiendo tomar conocimiento, pues la finalidad de la declaración es que llegue al otro y la conozca.

Hay muchos ejemplos de declaraciones recepticias especialmente si son bilaterales, pero es de observar que en algunas el destina-

rio se determina cuando llega la declaración a su destino. La eficacia dependerá de este hecho. Así, la oferta en un contrato entre ausentes que se convierte en consentimiento una vez aceptada por el destinatario (art. 1144, Cód. Civil). O bien, cuando hay una estipulación a favor de un tercero y éste acepta esa ventaja (art. 504). También la emisión de un pagaré al portador, caso en el cual el destinatario no está determinado al emitirse, pero ello ocurre después, al ser presentado al cobro por el tenedor.

Las declaraciones no recepticias, a la inversa, no se dirigen a una persona determinada o determinable. Esas declaraciones entran simplemente en la esfera personal del declarante, o se dirigen al público en general, o a personas indeterminadas. Su eficacia opera inmediatamente de emitida la declaración o tan pronto como se exterioriza la voluntad del declarante.

Por ejemplo, la redacción o la revocación de un testamento; la aceptación de una herencia; la confirmación de un acto que adolece de nulidad.

§ 183. **FORMA DEL ACTO JURÍDICO.** – Es éste el tercer elemento del acto o negocio (§ 165). No se debe confundir la forma como elemento externo del acto o manifestación, que hemos venido estudiando hasta ahora, con las formalidades que la ley puede o no exigir en casos específicos. Toda declaración requiere una forma para entrar en el mundo sensible y darse a conocer, pero hay casos en que se exige una clase concreta de forma por orden legal, o por disposición voluntaria de los sujetos. Este segundo sentido estricto o técnico de la palabra forma es aplicable a ciertos y determinados actos y se la suele llamar forma impuesta. No se habla ya de “forma de la manifestación”, sino de “formalidades” exigibles, dividiéndose los actos en “formales” y “no formales”.

Al respecto dispone el art. 916 del Cód. Civil: “*Las declaraciones formales son aquellas cuya eficacia depende de la observancia de las formalidades exclusivamente admitidas como expresión de la voluntad*”.

O sea que en los actos no formales las formas se dejan a elección de las partes (Savigny).

§ 184. **ACTOS FORMALES Y NO FORMALES.** – Los actos formales son aquellos cuyas formalidades están predeterminadas en

la ley. Los actos no formales, o de forma libre, son los que pueden realizarse en cualquiera de las formas que el uso social utiliza como modo de hacer reconocible el acto o negocio: la palabra, el escrito, el teléfono, la radio, los signos o señales, los actos o comportamientos concluyentes, etcétera

El art. 973 da también una definición de acto formal, cuando establece: "La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar".

Aquí se advierte, una vez más, como vimos al comentar el art. 896 (§ 153), que el legislador se ha referido al *factum* jurídico (*Tatbestand* alemán o *fattispecie* italiana), pues se refiere a la forma-tipo legal, o las prescripciones en sí mismas de la ley que contienen esas formas-tipo, las cuales tendrán después que concordar con la manifestación real de la voluntad en un acto concreto. Además, no habla esta norma de las formalidades impuestas voluntariamente, como cuando las partes convienen un tipo específico de formalidad para un acto determinado, caso en el cual también impone una forma vinculada, tasada u obligatoria, como puede surgir de los arts. 975 (cuando dice forma "ordenada o convenida") y 1186.

La enunciación del artículo sobre ejemplos de formalidades es enunciativa, pues hay otras, como los comportamientos de hecho o declaraciones tácitas (contratos reales: art. 1141; la donación manual: art. 1815).

§ 185. **CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS FORMALES.** — En la doctrina clásica (Borda, Salvat, Llambías), los actos formales han sido clasificados en dos: los solemnnes o ad solemnitatem, y los meramente formales no solemnnes, o ad probationem.

Los primeros requieren una forma bajo pena de nulidad, pues la formalidad es de la esencia estructural del acto o negocio. Los segundos requieren una forma como medio de asegurar la prueba del acto o negocio, pero si no se respeta el requisito no por ello será inválido, pudiendo probárselo por otros medios.

Hoy se ha acogido en doctrina y jurisprudencia la idea de que la clasificación es triple (Guastavino, Belluscio, Cobas).

a) ACTOS FORMALES SOLEMNES DE FORMALIDAD ABSOLUTA. En éstos la forma es de la esencia o sustancia del acto y si no se la cumplió el acto es nulo.

Por ejemplo, la donación de un inmueble (art. 1810, Cód. Civil); el matrimonio; la emancipación dativa de edad; la constitución de hipoteca (arts. 131 y 3115, Cód. Civil).

b) ACTOS FORMALES SOLEMNES DE FORMALIDAD RELATIVA. La formalidad no se exige para la esencia estructural del acto, como en los de solemnidad absoluta, sino que son actos o negocios en los cuales se impone por la ley la formalidad para que produzcan la generalidad de sus efectos propios. Puede sostenerse que no hay nulidad del acto si no se cumple con la formalidad, sino que sirve como acto, al cual, para darle cumplimiento o ejecución, se exige esa formalidad, produciéndose lo que se llama la conversión (Cifuentes).

Por ejemplo, el boleto de compraventa de un bien inmueble, que tiene la naturaleza del contrato de compraventa, pero, para lograr la transmisión del inmueble a la que se ha obligado el vendedor, se requiere que se extienda la escritura pública. En general, todos los actos enunciados por el art. 1184 del Cód. Civil están en ese caso, y el art. 1185 establece la consecuencia expuesta.

Tenemos que aclarar que siempre que la ley exige una formalidad como “*exclusiva*”, es solemnidad absoluta y no relativa, por eso su incumplimiento se traduce en invalidez del acto, el cual no puede cumplirse más que atendiendo a esa formalidad exclusiva exigida (arts. 975 a 977 y 1183, Cód. Civil).

La omisión o defecto en las solemnidades relativas no producen, por tanto, la nulidad, sino que se proyectan otras consecuencias. El fin inmediato del negocio (art. 944) no podrá realizarse sin cumplir la formalidad, pero las obligaciones han quedado eficazmente establecidas entre las partes, y una de esas obligaciones, para proyectar los efectos del acto inclusive frente a terceros, es cumplir la formalidad exigida.

c) ACTOS FORMALES NO SOLEMNES “AD PROBATIONEM”. En éstos, los actos valen cualquiera que sea la forma en que se exteriorice la declaración de voluntad, pero no se los puede probar si no se cumple una formalidad o instrumento específico.

Por ejemplo, la prueba por escrito de los contratos que sobrepasan cierta suma de dinero; o la fianza que, cuando es controvertida

en juicio, sólo puede probarse por escrito (arts. 1193 y 2006, Cód. Civil).

d) *FORMA Y PRUEBA.* La prueba es el conjunto de elementos para demostrar la existencia de un acto (escritos, testimoniales, presuncionales, periciales, etcétera). Es ajena y externa al acto. Puede ser contemporánea o posterior, mientras que la forma es un elemento del acto y, por tanto, siempre contemporánea con él. Muchas veces la forma se confunde con la prueba, como cuando se exige una formalidad y basta su presentación (testimonio de escritura pública). Puede existir el acto sin lograr probárselo. Todo acto debe ser probado pero no todos están supeditados a una formalidad, aunque sí a una exteriorización (forma esencial; art. 913, Cód. Civil). Cuando por orden legal se impone una clase específica de prueba, ésta en realidad se convierte en la forma *ad probationem* ya estudiada. Pero en términos generales, cuando no es así, la prueba no es un elemento constitutivo del acto.

e) *FORMA Y PUBLICIDAD.* La publicidad está dirigida al conocimiento del acto por los terceros. No es en verdad forma, aunque se utiliza una forma para lograrla, sino un procedimiento para dar a conocer el acto y sus efectos a otras personas que no son las partes, a menos que por disposición legal se establezca que ella es constitutiva del acto, en cuyo caso es forma y publicidad a la vez (registración de los automotores). En el negocio “formal” ya se ha cumplido con la forma impuesta (escrito, instrumento público, consentimiento matrimonial), exigiéndose después, en tiempo posterior, para que puedan enterarse los terceros, ciertos tipos de publicidad como la inscripción en registros públicos, los carteles anunciadores, edictos, la tradición posesoria de la cosa, la inscripción en los registros de estado civil, etcétera.

TRABAJOS PRÁCTICOS

La recepción jurisprudencial de la clasificación tripartita de los actos formales: CNCiv, Sala C, 17/9/86, JA, 1987-IV-141, con disidencia del doctor Alterini. Para la formalidad de la cesión de herencia, ver recepción en el fallo plenario “Rivera de Vignati, M. s/sucesión”, 24/2/86, ED, 117-311.

§ 186. **HISTORIA Y EVOLUCIÓN DEL FORMALISMO EN EL DERECHO.**

Las sociedades primitivas estaban apegadas a un formalismo riguroso. La gran mayoría de los negocios tenían forma vinculada y obligatoria o exclusiva, y eran, por tanto, actos formales, que solamente se podían producir mediante formalidades específicas. Bastaba que el negocio se hubiera cumplido según ciertos ritos y ya se daba vida al contrato (*forma dat esse rei*). Era más importante la forma que el espíritu o la intención en el acto. Como en aquellas sociedades no se tenían los medios tan difundidos que después aparecieron con la escritura y más tarde con la imprenta para asentar los negocios, se los rodeaba de signos, palabras, fórmulas o gestos, para impresionar los sentidos y que se guardara memoria del acto.

En la Edad Moderna se alteró aquella modalidad negocial, que culminó en el derecho romano, y la exigencia de las formalidades fue perdiendo rigidez. Por un lado, la difusión de la escritura y de la impresión tipográfica facilitó el cambio; por otro, la aceleración del comercio, que es enemiga de la exigencia de ritos y fórmulas. Ello llevó al desuso de las palabras y gestos sacramentales y a la necesidad de interpretar lo realmente querido por las partes, más allá de las cláusulas verbales.

En los últimos tiempos, sin embargo, se observa un retorno al formalismo, aunque más atemperado que el que existía en tiempos antiguos. Esta evolución, admitiéndose la necesidad de algunas formalidades, exigiéndose, por ejemplo, la escritura pública o actos fehacientes y auténticos, se impone para dar mayor certeza a los negocios, una mayor determinación de las circunstancias de su concreción y también para que las partes tengan posibilidad de reflexionar más detenidamente sobre ciertos actos que la ley considera sumamente importantes (el matrimonio, la adopción, el testamento, ciertos contratos).

Las *ventajas*, son:

- a) Facilitar la prueba del acto.
- b) Posibilitar la reflexión de las partes.
- c) Asegurar la conclusión del acto.
- d) Publicidad mayor y protección a terceros.
- e) Facilitar la percepción de los impuestos.

Los *inconvenientes* del formalismo, son:

- a) La demora y pesadez en los negocios.
- b) La posible invalidez, si no se cumple al pie de la letra con la forma impuesta.
- c) La incomodidad para las partes en la circulación de la riqueza.
- d) La mayor onerosidad al tener que dar intervención a escribanos, fedatarios, determinados tipos de instrumentos, etcétera.

§ 187. **PRINCIPIO DE LIBERTAD DE LAS FORMAS.** – Después de haber estudiado qué son las formas, la clasificación de los actos según las formas y la evolución histórica de las legislaciones sobre las formalidades, conviene poner de relieve un principio que en nuestro derecho es, en esta materia, muy importante: *el principio de libertad de las formas*.

Ya se ha visto que los otros elementos del acto (sujeto-objeto) están influidos por el mismo principio y lo consagran, pues el Código sigue el sistema de la autonomía privada de la voluntad como expresión de libertad humana. De igual modo, se considera que la exigencia de ciertas formalidades son excepción al principio que prevalece básicamente: la libertad.

En tal sentido estatuye el art. 974 del Cód. Civil: *“Cuando por este Código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes”*.

Las partes, por tanto, son libres para expresar sus propósitos negociales, eligiendo la manifestación de voluntad que más se acomode a sus deseos (verbal, por signos, escrita, tácita, por el silencio). Basta que esa declaración sea idónea. Sólo cuando la ley exige una forma exclusiva, hay que ajustarse a ella. Así ocurre según el art. 975 y siguientes.

Pero es dable volver a señalar que las partes mismas pueden convenir una forma específica para el acto, lo cual la convierte en formalidad voluntaria impuesta y tiene la misma fuerza que la impuesta legalmente. Es claro que la convención de las partes sobre este punto no podría dejar sin efecto la forma legal impuesta, sino que se lo puede hacer cuando la ley nada estatuye sobre la formalidad del acto, o bien si las partes deciden reforzar o aumentar los recaudos de forma, agregándole otros, lo cual tiene valor y vincula a las partes obligatoriamente.

§ 188. **EFFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS FORMALIDADES. EL ARTÍCULO 1185 DEL CÓDIGO CIVIL.** – Ya se ha adelantado que cuando se trata de la imposición legal de una solemnidad for-

mal absoluta, el incumplimiento determina la nulidad del acto o negocio. En cambio, si se prevé en la ley una solemnidad relativa, exigida por la ley para ciertos efectos, pero no como parte sustancial del acto o negocio mismo, se puede sostener que la violación a ese requisito no determina la nulidad del acto, sino que este acto tiene vigencia como tal, pero se incorpora una obligación formal, cual es la de cumplir lo programado en el acto acatando la formalidad establecida en el orden jurídico. Esto puede surgir claramente de lo que para los contratos estatuye el art. 1185, redactado de la siguiente manera: *“Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes, o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública”*.

Muchos autores han pensado que el acto o contrato que no ha cumplido la formalidad legal relativa, no es el que las partes quisieron, sino otro, que obliga a concretar la formalidad, y que aquel acto en realidad también es ineficaz como tal y no produce sus efectos propios (Guastavino, Carranza). En realidad esta argumentación es contradictoria y asemeja las solemnidades absolutas a las relativas, pues en ambos casos el acto no tendría sus efectos propios, que es la consecuencia natural de toda nulidad. En cambio, es dable sostener que el acto es válido como tal en el caso de solemnidad relativa no cumplida —compraventa de inmuebles, cesión de derechos hereditarios, etc.: casos del art. 1184—, pero sólo podrá ejecutarse en sus efectos queridos (p.ej., la transmisión de la propiedad; el traspaso de la cuota hereditaria), por medio de la formalidad impuesta legalmente: la escritura pública en esos ejemplos (Cifuentes).

La nulidad de los actos que no acataron la solemnidad absoluta, tiene el doble carácter de acto nulo y de nulidad absoluta, conceptos ambos que se estudiarán más adelante. Esto porque generalmente el legislador impone una formalidad “exclusiva” y, por tanto, absoluta, por razones que atañen al resguardo de intereses generales o públicos.

Como ya hemos visto, cuando la formalidad sólo se impone como medio de prueba (tercera clase), el acto siempre es en sí válido, pero puede ser ineficaz por no ser posible probarlo sino con la forma impuesta para la prueba.

§ 189. **DOCUMENTO E INSTRUMENTO. CONCEPTOS.** — Muchos autores, especialmente al hablar de los instrumentos públicos, han considerado que los vocablos “documento” e “instrumento” son sinónimos. Sin embargo, siguiendo otra teoría, podría aceptarse la idea de que “documento” es el género e “instrumento” es la especie. Esto quiere decir que todo instrumento es un documento, pero hay documentos que no son propiamente instrumentos.

Desde el punto de vista del derecho privado y con relación a los actos de los particulares, puede admitirse que el instrumento es *“la declaración escrita de la voluntad y que ha sido suscripto con el fin de hacer constar un acto o negocio que interesa al derecho”*. De ahí que, para todo instrumento, la firma de los declarantes sea un elemento esencial, pues esa firma da pie a considerar la existencia de una voluntad o aceptación del contenido escrito.

El documento en general puede ser un instrumento que por su forma y contenido (declaración escrita de la voluntad y, por ende, firmada) sea instrumento, pero puede ser también una exteriorización no instrumental, sino meramente documental, que pruebe ciertos hechos.

Esa exteriorización del documento no instrumento, carece del fin voluntario de expresar la intención o propósito en la realización de un acto o negocio, pero es una manifestación estampada en el papel o en materiales similares que se hace exterior, porque es un fin voluntario de expresar la intención o propósito en la realización de un acto o negocio, pero es una manifestación estampada en el papel o en materiales similares que se hace exterior, porque es un objeto que muestra algo en el mundo circundante. Ejemplos de documentos no instrumentos son las fotografías, los planos, los dibujos, un impreso, recortes de diarios, el microfilme de un documento, un programa de computación (*software*), la representación en pantalla de un escrito o de un programa, una grabación en casete, un cospel, etcétera.

Esta distinción entre documento en general e instrumento en especie, también es posible examinarla frente al instrumento público, pues hay autores que consideran que ciertos documentos públicos no son instrumentos públicos, como las meras actuaciones administrativas (Fiorini, Cassagne). Ni qué decir de los documentos históricos que están en los archivos nacionales o provinciales, las actas de sesiones propinatorias de las cámaras del Congreso, etcétera.

§ 190. **CLASIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS.** — Acorde en lo expuesto sobre las dos clases de instrumentos, estatuye el art. 978 del Cód. Civil: “*La expresión por escrito puede tener lugar, o por instrumento público o por instrumentos particulares, salvo los casos en que la forma de instrumento público fuere exclusivamente dispuesta*” (instrumento “particular” es sinónimo de instrumento “privado”).

§ 191. **AUTONOMÍA DEL INSTRUMENTO FRENTE AL ACTO JURÍDICO.** — El problema estriba en diferenciar el contenido del instrumento del continente, que es el instrumento mismo. Algunos autores los identifican, pero en realidad un estudio teórico de la cuestión y práctico de sus consecuencias demuestra que deben separarse, lo cual no es más que la separación que sufre en todo hecho jurídico de su exterioridad. Este punto se relaciona con el problema de la diferencia entre la declaración y la intención de las partes declarar, tema que se estudia más adelante (ver § 212).

El instrumento es la representación del acto, su fotocopia, el cual traduce declaraciones de voluntad, de conocimiento, y en algunas ocasiones, de sentimiento. Se ha hecho la distinción entre negocio causal y negocio de ayuda, siendo el primero el acto y el segundo el instrumento que lo contiene. La causa y voluntad de las partes, como acto de contenido, se encierra en un negocio auxiliar o de ayuda, que es la forma instrumental o continente.

Quiere decir que el instrumento, por ser la expresión de la declaración de voluntad del acto o negocio, es el manto formal que cubre el contenido de ese acto. Para demostrar que no hay que confundir este acto o negocio con la forma instrumental que lo contiene, se advierte que puede darse el caso que el negocio sea inválido, pero no el instrumento, y, viceversa, que el instrumento padezca de nulidad, pero el acto puede probarse por otros medios y ser válido.

Ello ha permitido sostener que el instrumento tiene autonomía con respecto al contenido o acto. Muchas veces, al producirse la nulidad del instrumento, cae también el acto, ya porque éste depende por sustancia o esencialmente de la forma instrumental (es, por tanto, de solemnidad absoluta), o porque al ser inválido el instrumento, no es posible acreditar por otros medios al acto. Pero

hay casos en que el instrumento no es formalidad esencial o sustancial del acto (forma libre o solemnidad relativa) y tiene irregularidades que lo hacen inválido, por lo que cae el instrumento pero no el acto, y es posible que lo reconozcan así las partes o que se pruebe por otros medios el negocio mal instrumentado.

Un ejemplo de lo expuesto lo da el art. 987 del Cód. Civil, el cual admite que si bien puede ser nulo el instrumento público por incompetencia del oficial o por ausencia de las formas debidas, vale como instrumento privado, y en tal caso, se mantiene el acto o negocio entre las partes.

§ 192. **INSTRUMENTOS PÚBLICOS. CONCEPTO.** – Casi todos los autores consideran que la definición del instrumento público debe contener la actuación del oficial o funcionario público que lo refrenda y le da fuerza probatoria y autenticidad (Salvat, Llambías, Boffi Boggero).

En tal sentido se ha sostenido que es instrumento público “*el que autoriza un oficial público o quien, sin serlo propiamente, se halle autorizado en derecho para actuar como tal*” (Boffi Boggero). Teniendo en cuenta que en la enumeración del art. 979 del Cód. Civil hay instrumentos públicos en los cuales no aparece la autorización del oficial público (incs. 3º, 8º y 9º), algún autor ha considerado que lo que caracteriza al instrumento, más que esa intervención, es la *autenticidad* (Borda).

Podría depurarse esta última idea, sosteniendo que *el instrumento público es el que secundado por una disposición normativa tiene fuerza probatoria auténtica, sea que esa disposición normativa requiera a ese efecto de la actuación de un oficial público, de un autorizado a actuar como tal u otros elementos en ella previstos* (Cifuentes). De tal modo no es la autenticidad, como elemento caracterizante o calidad lo que da el concepto, sino la norma tomada en sentido amplio o material, la cual con sus recaudos y elementos establece la condición de instrumento público y, por ello, éste tiene autenticidad.

La enumeración del citado art. 979 es meramente ejemplificativa, como lo demuestra el inc. 2º, que da cabida en su seno a otros instrumentos públicos además de los contemplados en esa disposición. Ese artículo estatuye:

“Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos:

1º) *Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley.*

2º) *Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado.*

3º) *Los asientos en los libros de los corredores, en los casos y en la forma que determine el Código de Comercio.*

4º) *Las actas judiciales, hechas en los expedientes por los respectivos escribanos, y firmadas por las partes, en los casos y en las formas que determinen las leyes de procedimientos; y las copias que de esas actas se sacasen por orden del juez ante quien pasaron.*

5º) *Las letras aceptadas por el gobierno o sus delegados, los billetes o cualquier título de crédito emitido por el Tesoro público, las cuentas sacadas de los libros fiscales, autorizadas por el encargado de llevarlas.*

6º) *Las letras de particulares, dadas en pago de derechos de aduana con expresión o con la anotación correspondiente de que pertenecen al Tesoro público.*

7º) *Las inscripciones de la deuda pública, tanto nacionales como provinciales.*

8º) *Las acciones de las compañías autorizadas especialmente, emitidas en conformidad a sus estatutos.*

9º) *Los billetes, libretas, y toda cédula emitida por los bancos, autorizados para tales emisiones.*

10) *Los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales, o en los registros municipales, y las copias sacadas de esos libros o registros”.*

Como se ve, el inc. 2º comprende una variada cantidad de instrumentos, emanados de autoridades integrantes de cualquiera de los tres poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo, Judicial), agregándose los que provienen de los escribanos o documentos notariales, aunque no sean escrituras públicas y sus copias del otro inciso.

Se extienden a los certificados de firmas e impresiones digitales autorizados por escribanos; a los inventarios que practiquen los notarios; redacción de actas de asambleas y de actas de notoriedad o protesta; en fin, a los actos que la ley del notariado especifica (art. 12, ley 12.990, modificada por ley 22.171). En la jurisprudencia además, aplicando dicho inc. 2º, se ha considerado que son instrumentos públicos las actuaciones administrativas; las actas policiales; las cédulas de identidad; patentes de automóvil; certificados de transferencia de automotores; los telegramas colacionados; las expediciones de correo, en que interviene un funcionario (p.ej., cartas documentos -ley 712½-, etcétera. En cambio, se ha desechado el carácter de instrumentos públicos a los certificados de buena con-

ducta otorgados por la policía; a las versiones taquigráficas de testigos; las copias simples sin estar autorizadas, etcétera.

También se ha desechado que sean instrumentos públicos los libros de los corredores, no obstante el inc. 3º del art. 979, pues el Código de Comercio no los reglamenta como instrumentos públicos, sino solamente como un modo de justificar los contratos comerciales (art. 91 y ss., Cód. de Comercio).

El inc. 8º tiene repercusión sobre las acciones de las sociedades anónimas y en comandita por acciones (Llambías, Aráuz Castex, Borda).

El inc. 10 se refiere a los libros parroquiales anteriores a las primeras leyes de Registro Civil. Además, aunque menciona sólo las actas de matrimonio, hoy están comprendidos todos los asientos en los libros del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, sus copias, testimonios y certificados, incluida la libreta de familia (art. 24, decr. ley 8204/63).

§ 193. **LA FE PÚBLICA Y LA AUTENTICIDAD.** — Puede decirse que la fe pública alude a la autoridad del oficial que interviene en el instrumento, lo cual se refleja en el acatamiento y aceptación por el público en general, ya que es en principio obligatorio admitir sus constancias; hace a la potestad instrumental. La autenticidad se refiere a la existencia, legitimidad o veracidad en el significado de que lo que contiene el instrumento es verídico y prueba por sí mismo. Este segundo aspecto, muy relacionado por cierto con el primero, pero distinto porque de él proviene (Bardallo), es calidad sustancial del instrumento público, pues alude a su fuerza probatoria o plena fe a que se refiere el art. 993 del Cód. Civil. Por eso se dice que el instrumento público prueba por sí mismo la verdad de su contenido, tanto con relación a las partes como con relación a los sucesores y a los terceros. Esto es lo que se llama autenticidad. ✓

En el área de la fe pública (autoridad frente a todos del instrumento público), no hay que olvidar que se extiende a toda la Nación de acuerdo con el art. 7º de la Const. nacional, que establece: “*Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán*”.

§ 194. **REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS.** La ley establece los requisitos a que están sometidos los instru-

mentos públicos y sin el cumplimiento de los cuales se puede, aunque no en todos los casos, impugnar su validez. Estos requisitos son de carácter subjetivo los que se refieren al oficial público, cuando tiene intervención sustancial, y requisitos objetivos los que atañen al instrumento en sí mismo.

a) *REQUISITOS SUBJETIVOS*. Entre éstos se pueden reseñar los siguientes:

1) *CAPACIDAD DEL OFICIAL PÚBLICO*. Su aptitud para expedir y autorizar estos instrumentos deriva del título que inviste al ser designado, o sea de la potestad que se le ha conferido al respecto. Si no hubo designación y actúa de hecho, no puede conferir validez al instrumento. En cambio, si hubo designación extrínsecamente válida, pero no se han respetado el conjunto de condiciones y exigencias en cuanto a la persona del oficial (edad, nacionalidad, título profesional habilitante, etc.), intrínsecamente es impugnabile la designación. Sin embargo, el instrumento público que otorgue ese oficial, no pierde su carácter de tal y tiene validez (art. 982), lo cual se basa en la necesidad de dar seguridad a los particulares administrados, ya que aparentemente el oficial ejercía su investidura legítima.

De igual modo, si fue el oficial público suspendido, destituido o reemplazado, los actos otorgados antes de hacersele saber esas medidas que le quitan temporal o definitivamente la investidura, son válidos, pero no lo son los que otorgue después que se le hicieran saber (art. 983).

2) *COMPATIBILIDAD DEL OFICIAL PÚBLICO*. El Código hace incompatible la actuación del oficial público en actos en los cuales hay interés directo suyo o de parientes hasta el cuarto grado. Se cuida aquí la seriedad de los asuntos encomendados al oficial y la imparcialidad que tiene éste que mostrar. El art. 985, que lo establece, no distingue entre parientes consanguíneos o afines, ni entre parientes matrimoniales o extramatrimoniales. La doctrina agrega, por iguales condiciones, a los asuntos en que tiene interés directo el cónyuge del oficial.

La excepción a ese principio lo da la norma, en el sentido de que si el interés del oficial es por tener parte en una sociedad anónima, o ser gerente o director de ella, no es incompatible y puede extender el instrumento. No se olvide aquí la

personalidad independiente de esas sociedades, lo cual justifica la excepción, que se extiende a otras sociedades por analogía.

3) *COMPETENCIA DEL OFICIAL PÚBLICO.* El art. 980 dispone: “Para la validez del acto, como instrumento público, es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto, y que éste se extienda dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones”.

Dos tipos de competencia comprende esta disposición: la *ratione materiae*, que es la materia para la cual está investido; y la *ratione loci*, que es el territorio (jurisdicción territorial), que el cargo comprende.

Para la primera, por ejemplo, un jefe del Registro Civil no tiene competencia para extender escrituras, y un escribano para autorizar partidas de matrimonio o nacimiento; un secretario de juzgado no está autorizado para pronunciar sentencias definitivas ni un juez para expedir testimonios del expediente. En la segunda (territorial), se atiende al lugar asignado, por lo cual un oficial de la Capital Federal no podría actuar válidamente en una de las provincias.

Sin embargo, en este último caso, cuando el territorio en que actúa el oficial comúnmente es tenido por perteneciente a su jurisdicción o distrito de su investidura, la ley conserva la validez del acto (art. 981), haciendo efectivo el principio que dice: *error communis facit ius*.

b) *REQUISITOS OBJETIVOS.* En este aspecto reconocemos los siguientes:

1) *FORMAS EXIGIDAS POR LAS LEYES EN CASOS ESPECIALES BAJO PENA DE NULIDAD (ARTÍCULO 986).* En cada clase de instrumentos la ley puede disponer que se los extienda con ciertas solemnidades, las que el oficial debe tener cuidado de respetar, pues, en caso contrario, podría decretarse la nulidad del instrumento (p.ej., las escrituras públicas; los testamentos por acto público; las partidas).

Una de estas formalidades suele ser la de que intervengan testigos (dos o tres), que tienen por función garantizar la imparcialidad del oficial y dar mayor apoyo a la fe pública del instrumento. Sin embargo, este requisito de forma hoy día es criticado y tiende a suprimirse en la mayor parte de los casos posibles. El Código tiene normas generales sobre la habilidad para ser testigo de los instrumentos públicos (arts. 990 a 992).

2) *REQUISITOS GENÉRICOS PARA TODO TIPO DE INSTRUMENTO PÚBLICO.* La *firma* (de las partes, del oficial, de los testigos); la *fecha* en que se otorga el instrumento; el *sitio* donde se lo otorga. Estos tres requisitos son esenciales en general para todo instrumento, bajo pena de su nulidad si no se cumplieren.

Además de esos recaudos formales genéricos, no deben tener enmendaduras, raspaduras o interlineados de partes esenciales no salvadas al final, bajo pena de ser anulables (art. 989).

§ 195. *FUERZA PROBATORIA DEL INSTRUMENTO PÚBLICO ENTRE LAS PARTES Y RESPECTO DE TERCEROS.* – Ya se ha visto que la ley confiere autenticidad a los instrumentos públicos de acuerdo con las condiciones en ella previstas. Éstos son por tanto un medio de prueba de los hechos y de las declaraciones sumamente significativo y necesario en la sociedad, para evitar que los actos o negocios cada vez que se tengan que hacer valer, haya que someterlos a reconocimientos o pruebas de su existencia y veracidad. Se facilita de ese modo la prueba, otorgándose a los instrumentos plena fe de su contenido.

Dicha fuerza probatoria, que no requiere elementos externos al instrumento para tener vigencia, no sólo se extiende a las partes y sus sucesores, sino también a todos los terceros, incluidos los *penitus extranei*, según lo que anteriormente hemos explicado (§ 170).

Es el elemento o calidad caracterizante del instrumento público, y que lo distingue del instrumento privado, que no tiene similar carácter. Sin embargo, no todas las partes del instrumento y de su contenido tienen igual valor probatorio.

a) *DECLARACIONES FORMALMENTE ESENCIALES DEL INSTRUMENTO.* Las cuales representan hechos que han ocurrido en presencia del oficial público, se han cumplido por él mismo o las ha manifestado ese oficial en el acto. En tales casos, la fuerza probatoria alcanza su nivel más alto.

Por ejemplo, que el oficial se ha constituido en un domicilio; la fecha y el lugar que puso; que ha dado lectura al documento; ha hecho entrega de algo; han comparecido personas a su presencia que identifica; se ha entregado dinero en su presencia, o se han exhibido títulos; se han hecho manifestaciones delante de él.

b) *DECLARACIONES DE CONTENIDO O DISPOSITIVAS DE LAS PARTES.* Son las que el oficial recibe sin comprobar personalmente su veracidad.

Tal el caso de haber hecho antes un pago o ejecutado un acto; que se ha celebrado un acuerdo entre esas partes; que se ha hecho un reconocimiento; que se ha reclamado algo.

c) *ENUNCIACIONES DIRECTAS*. No son necesarias para el acto y podrían suprimirse, pero al hacérselas y aceptárselas por todas las partes, tienen valor de cláusulas dispositivas.

Por ejemplo, que los intereses habían sido pagados hasta una fecha determinada; que se ha hecho un acto posesorio sobre la cosa en un día fijo; que se ha aprovechado de los frutos de la cosa; que hubo una persona presente al suceder el hecho.

d) *ENUNCIACIONES INDIRECTAS O SIMPLEMENTE ENUNCIATIVAS*. Son manifestaciones unilaterales (de una sola parte) sobre hechos o circunstancias que no tienen relación con el acto.

Por ejemplo, que la compra se paga con dinero prestado por un banco; que el dinero se obtuvo del trabajo personal; que un pariente se manifestó interesado en el acto; que cuando se produjo la vinculación jurídica hacía mal tiempo.

Tanto las cláusulas esenciales dispositivas, como las enunciativas directas incorporadas al instrumento, tienen fuerza probatoria, pero con distinto alcance unas de otras, como se verá en el párrafo siguiente. En cambio, las meramente enunciativas o indirectas, no tienen ninguna trascendencia, pues las declara una parte y no interesan a la otra. No tienen, por tanto, estas últimas fuerza probatoria instrumental, pero podrían servir como principio de prueba por escrito para demostrar alguna circunstancia.

§ 196. *IMPUGNABILIDAD DEL CONTENIDO DE UN INSTRUMENTO PÚBLICO: DISTINCIONES QUE CORRESPONDE EFECTUAR*. — Directamente relacionado con la fuerza probatoria de las cláusulas explicadas, está la de la posible impugnabilidad del contenido de cada una de ellas. Es natural que, no obstante esa autenticidad y prueba por sí, no se puede descartar la posibilidad de hacer declarar falso el documento. Tal en el supuesto de que no fue firmado por los intervinientes o fue adulterado, falsificado o tiene supresiones (falsedad material); sea porque su contenido no es el verdadero (falsedad ideológica), al hacerse afirmaciones de hechos no reales (caso de simulación).

Tratándose de cláusulas *esenciales*, por haberlas realizado el oficial público, u ocurrido en su presencia, no es suficiente aportar pruebas de la falsedad de esas declaraciones, sino que además hay que canalizar la cuestión por medio de un proceso especial de querrela de falsedad que puede ser civil o criminal.

En este sentido el art. 993 del Cód. Civil lo dispone: “*El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia*”.

El proceso o juicio de “redargución” de falsedad puede ser también criminal, pues la falsedad tiende a desembocar en un delito penal. Queda involucrado un oficial público, y hay delito cuando, además de la falsedad, se produce un daño (art. 293, Cód. Penal).

En cambio, tratándose de cláusulas *dispositivas* o *enunciativas directas* equiparables a las dispositivas, si bien tiene plena fe respecto de las partes y terceros, para impugnar su contenido basta la prueba en contra, que será apreciada por el juez de la causa.

No es necesario en este caso la formación de un juicio especial de redargución de falsedad, bastando que en el juicio en que se invoca el instrumento público, la parte impugnante traiga pruebas de la inexactitud de las declaraciones.

Las enunciativas indirectas nada prueban por sí, como se dijo precedentemente.

§ 197. **ESCRITURAS PÚBLICAS.** – Es una de las clases de instrumentos públicos más importantes, pues no sólo permiten dar plena fuerza probatoria a gran número de actos, sino que la ley en diversas disposiciones exige dichas escrituras como formalidad exclusiva o simplemente como formalidad relativa.

Normalmente las escrituras públicas se otorgan ante los escribanos de registro, que se nombran para que sean depositarios de la fe pública y den autenticidad a los instrumentos otorgados ante ellos y redactados en los protocolos. Por excepción y en casos muy especiales, se los reemplaza y se cubre su misión por otros funcionarios que ejercen atribuciones notariales (v.gr., comandantes de buque; jueces de paz del lugar; funcionarios del servicio exterior de la Nación).

a) *EL PROTOCOLO*. La escritura pública está reglamentada paso a paso en la ley, pues es especialmente ritual. El escribano debe sujetarse a las normas formales que dan base a la fe pública de sus actos. El protocolo es el documento notarial original, en el que los escribanos asientan las escrituras. Estos protocolos quedan después encuadernados en libros, que son los registros notariales de las escrituras. Las hojas sueltas o folios serán, por tanto, encuadernados hasta constituir volúmenes y tomos. Pero no son, en nuestro sistema, protocolos esos libros así formados, sino las hojas o folios sueltos, que después formarán el volumen o tomo, ya que al tiempo de formalizar la escritura existe sólo el folio u hoja, en donde se asienta la declaración escrita.

En nuestra jurisdicción (Capital Federal) se utiliza el sistema de protocolo abierto, es decir, hojas o pliegos movibles, que después serán encuadernados (Pelosi, Orelle).

b) *LA ESCRITURA MATRIZ*. Es la asentada en el protocolo. Mientras que las copias autenticadas de esos protocolos, sus testimonios y las certificaciones derivadas de él no son escrituras matrices, aunque también tengan el valor de instrumentos públicos (art. 1010).

En casos de que hubiere diferencias conceptuales o formales entre la escritura matriz (el protocolo) y sus copias o testimonios, prevalecen las primeras sobre las segundas y a ellas hay que atenerse (art. 1009).

La conservación o custodia de los protocolos y posteriores libros encuadernados, corresponde a los escribanos, haciéndose responsables por daños y perjuicios en casos de pérdidas, adulteraciones o destrucción de los documentos registrados en su notaría.

Esa conservación en la Capital Federal es por 5 años, variando el tiempo en las diferentes provincias. A partir de entonces el escribano se desprende de los protocolos encuadernados y éstos se *archivan* en lugares que están bajo la custodia del Colegio de Escribanos. Las leyes 1893 y 12.990 establecen las reglas concernientes a los protocolos y las funciones del notariado. La ley 19.016 regula el archivo de protocolos notariales.

c) *PARTES QUE CONSTITUYEN LAS ESCRITURAS PÚBLICAS*. Las hojas o pliegos movibles que forman los protocolos son sumi-

nistrados por el Colegio de Escribanos y deben estar rubricados por esa entidad.

El escribano va formando cuadernos de 10 folios numerados o foliados correlativamente por año en la parte del margen superior. Es posible de sanción el escribano que no respeta la numeración corrida del sello fiscal.

En la escritura hay que hacer las siguientes enunciaciones: deben figurar la fecha y el lugar del otorgamiento; la naturaleza y el objeto del acto o negocio; los nombres y apellidos de las partes, que no pueden ser reemplazados por seudónimos ni por sobrenombres (sobre seudónimos hay opiniones contrarias: Spota, Piñón); la capacidad de los otorgantes, pero si no consta la mayoría de edad, no es ello causa de nulidad (art. 1004); el estado de familia de los otorgantes (casado, soltero, viudo o divorciado), su omisión tampoco es causa de nulidad (art. 1004); el domicilio de las partes y la vecindad en el lugar de otorgamiento; la *fe de conocimiento*, es decir, el conocimiento del escribano acerca de la identidad de las personas que intervienen; deben expresarse las condiciones, cláusulas y plazos del acto, así como las cantidades (figurarán en letras); debe constar que se dio lectura al instrumento; la firma de las partes o la firma a ruego de otro, sustituyendo a la parte que no sabe firmar o que no lo puede hacer en ese momento (la impresión digital no reemplaza a la firma a ruego); la autorización de la escritura por el escribano; los testigos presenciales del acto.

Estructurando todas esas enunciaciones, puede decirse que la escritura tiene encabezamiento, texto y cierre. Asimismo, es de señalar que la falta de alguno de esos requisitos o constancias, salvo las excepciones indicadas, producen la invalidez de la escritura.

El acto escriturario debe tener unidad de acción (sin interrupciones), de tiempo (sin lapsos) y de personas (sin intervenciones de otras distintas de las enunciadas).

d) *PROCURACIONES Y DOCUMENTOS HABILITANTES*. Cuando intervienen representantes de las partes, deben éstos exhibir los poderes o documentos habilitantes (v.gr., discernimiento de tutela), que quedan anexados al protocolo. Pero, si son poderes generales o se pueden necesitar para otros actos, se hace constar ello y se agrega solamente una copia autenticada al protocolo reteniendo el apoderado el original. Si esos poderes hubieran sido otorgados ante el mismo escribano del acto o negocio, como constan en sus protocolos, bastará que se dé cuenta del folio y año respectivos.

e) *COPIAS Y SEGUNDAS COPIAS.* El escribano debe dar a las partes que lo pidan copias autorizadas de la escritura, las que también se llaman testimonios. Deben ser completas y estar autorizadas por el escribano competente en ejercicio de sus funciones. Cada parte puede exigirla (ver concepto de parte, § 166).

Si se pidieren otras copias por haberse perdido las primeras, se aplican los arts. 1007 y 1008. Estas disposiciones permiten sacar segundas copias a pedido de las partes, pero cuando hay obligaciones pendientes, deben ser autorizadas por el juez previa audiencia o citación de quienes participaron en la escritura. Sin embargo, no es necesaria la intervención del juez, si las obligaciones no son exigibles o si ya se las ha cumplido y están extinguidas.

§ 198. *PROTOCOLIZACIÓN.* – Consiste en incorporar un documento al protocolo. Generalmente se trata de incorporar instrumentos privados.

Ahora bien, esa incorporación, para que surta efectos de convertir el instrumento privado particular protocolizado en instrumento público, debe ser ordenada por juez competente. El solo pedido de la parte al escribano sin orden del juez, confiere al instrumento privado fecha cierta, pero no lo convierte en instrumento público ni le otorga autenticidad.

§ 199. *ORGANIZACIÓN DEL NOTARIADO.* – El notariado está constituido por el conjunto de escribanos que actúan en cada jurisdicción. Hay diversas clases de escribanos; pero, en general, los que tienen fe pública para autorizar escrituras, son los llamados escribanos de *registro*, es decir, quienes –por examen en nuestra Capital Federal– son designados como titulares. Son nombrados por el Poder Ejecutivo previo concurso de oposiciones en el cual intervienen como miembros del jurado el presidente del Tribunal de Superintendencia, un profesor designado por la Facultad de Derecho y un escribano en ejercicio nombrado por el Colegio de Escribanos.

Además, pueden actuar los llamados escribanos *adscriptos* al registro, propuestos por el titular de ese registro y nombrados por el Poder Ejecutivo.

Los demás escribanos que no son de registro ni adscriptos, aunque se hayan graduado como escribanos, no están habilitados para extender escrituras públicas en las cuales consten actos y contratos de los particulares. Pueden únicamente hacer diligencias fuera del protocolo, como inventarios, referencias de títulos (investigación y búsqueda en los archivos del dominio y sus antecedentes, etcétera).

La ley 12.990 establece los derechos y deberes de los escribanos y la organización del notariado. El gobierno y la disciplina del notariado, según dicha ley, están compuestos en primer término, por el *Tribunal de Superintendencia*, que se integra con tres miembros de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal (el presidente y los vicepresidentes primero y segundo) y tres camaristas que son suplentes de aquéllos. En segundo lugar, por el *Colegio de Escribanos*, integrado por todos los escribanos con matrícula y con un Consejo que lo gobierna, que dura dos años en sus funciones y se renueva por mitades aplicándose el sistema electoral.

El Colegio, entre otras funciones, vigila el cumplimiento por los escribanos de sus deberes legales; inspecciona sus registros notariales; lleva el registro y matrícula de los inscriptos; toma intervención en todo juicio en que sea parte un escribano, para dar cuenta de sus antecedentes y responsabilidades. Pero, además, forma sumarios, y en ese aspecto recibe denuncias contra los escribanos, pudiendo hacerles un juicio de carácter administrativo y aplicarles penas menores (desde prevención hasta suspensión por tres meses). Sus resoluciones son apeladas y revisadas ante el Tribunal de Superintendencia, frente al cual después dictamina como fiscal. En los casos de penas mayores que la expuesta (inclusive hasta exclusión de la matrícula) sólo juzga el Tribunal de Superintendencia, pero la instrucción sumarial corresponde al Colegio. Éste tiene otras funciones, como velar por el decoro profesional; llevar el control del protocolo de los escribanos y administrarlo, proporcionando los pliegos; ser árbitro de las cuestiones que se susciten entre aquéllos; proponer reformas a las leyes notariales; ocuparse del archivo notarial, etcétera.

El Tribunal de Superintendencia concurre en sus funciones con el Colegio al controlar también el ejercicio profesional de los escribanos. Pero, además, vigila el buen cumplimiento de las funciones del Colegio y es, como se ha visto, tribunal de apelación de sus resoluciones, hasta la pena de suspensión por tres meses, pero interviene como juez directamente y en única instancia cuando se trata de faltas que pueden derivar en una sanción superior a los tres meses de suspensión.

Los escribanos de registro tienen *responsabilidad* de cuatro clases: *administrativa*, si no cumplen las funciones fiscales que se les adjudica por ley (agentes de retención de los impuestos); *civil*, por daños y perjuicios si su actuación irregular causa daños; *penal*, si asientan una falsedad en los documentos, violan un secreto profesional o contribuyen a engañar a un cliente; *profesional*, si no observan las normas de ética.

Se discute si los escribanos son o no *funcionarios públicos*. Por un lado, no tienen vinculación dependiente con el Estado en la gestión de gobierno ni están remunerados por él, sino que cobran honorarios que la ley 12.990 establece arancelariamente y están a cargo de las partes en las escrituras. No representan al Estado ni lo hacen responsable por sus faltas; como en el caso de los funcionarios de los poderes del gobierno. Pero, por otro lado, y con argumentos que llevan a considerarlos funcionarios públicos (Machado, Salvat, Borda), se advierte que la función que cumplen es de carácter público, pues tienen la autoridad o potestad que importa dar fe pública a sus actos, de la cual proviene la autenticidad de los instrumentos que autorizan y pasan ante ellos. Además, se ven sujetos a la disciplina y gobierno de órganos estatales como el Tribunal de Superintendencia. Por ello, el art. 10 de la ley 12.990 los llama funcionarios públicos. No obstante, en teoría ecléctica, se ha considerado (Alterini, Orelle), que son como concesionarios de un servicio público, en una tesis intermedia, la cual parece ser la más ajustada a la realidad, y ha recibido últimamente la adhesión de la jurisprudencia.

§ 200. **LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS.** — Todo instrumento que se ajusta al concepto explicado en el § 189, pero que no goce de autenticidad ni de fe pública, es instrumento privado. Es decir que es una declaración escrita de la voluntad que ha sido suscripta con el fin de hacer constar un acto o negocio que interesa al derecho, pero que no tiene fuerza probatoria por sí mismo. Afinando ese concepto, se advierte que el instrumento privado en sí mismo es también un *hecho jurídico*, porque es un acontecimiento con relevancia jurídica (Boffi Boggero), en el sentido de que produce efectos o consecuencias en derecho.

En sus relaciones con el instrumento público se advierte que:

- a) Puede ser la base para obligar a las partes a otorgar un instrumento público (art. 1185, Cód. Civil).
- b) Puede ser protocolizado, según se explicó (ver § 198), elevándose a instrumento público si la protocolización fue ordenada por el juez (art. 984).
- c) Puede ser reconocido, por transcripción o por admisión en un instrumento público, pasando a integrarlo.

d) Puede que en su origen haya sido un instrumento público, pero por conversión en virtud de su nulidad valga como instrumento privado (art. 987).

La función principal del instrumento privado es la prueba de los actos o negocios, que contiene, pero también tiene función de forma el exteriorizar la voluntad allí declarada (art. 913). Y, asimismo, se advierte que es dable considerar su carácter de prueba exclusiva y formal en ciertos casos (art. 1193), o cuando las partes lo imponen como formalidad exclusiva es elevado a formalidad absoluta o *ad solemnitatem* (art. 974), según lo ya explicado (ver § 185).

§ 201. **FÓRMALIDADES DEL INSTRUMENTO PRIVADO Y PRINCIPIO DE LIBERTAD.** – A diferencia del instrumento público (heterógrafo, con intervención del oficial) que es ritual por excelencia, el privado o autógrafo (sola intervención de las partes) está liberado de formalidades y rige sustancialmente el principio de libertad de las formas, sólo restringida en dos aspectos: la firma y el doble ejemplar.

Al respecto el art. 1020 del Cód. Civil establece: “*Para los actos bajo firma privada no hay forma alguna especial. Las partes pueden formarlos en el idioma y con las solemnidades que juzguen más convenientes*”.

Por ello es que no se exige como en el instrumento público, que se redacte en idioma nacional; puede extenderse en cualquier día, aunque sea feriado o domingo; se lo escribe manuscrito, a máquina o impreso; puede no dar constancia de fecha ni de lugar, y, como después se verá, hasta puede firmarse en blanco. En fin, las partes tienen la facultad de imponer ciertas formalidades en el instrumento privado, o al contrario, redactarlo sin ninguna solemnidad o requisito especial.

§ 202. **LA FIRMA.** – Por excepción a lo expuesto sobre la libertad de formas, la firma es elemento vital de su ser y existencia.

Así lo establece la preceptiva del Código, que en el art. 1012 estatuye: “*La firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada. Ella no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos*”.

La firma es el modo habitual que tiene una persona de dar a conocer su individualidad escribiendo su nombre y apellido.

Aunque con el tiempo se haya modificado la firma y hasta resulte ilegible, basta que signifique ese modo de estampar los nombres que individualizan a la persona, la cual grafológicamente resulta difícil de copiar o imitar completamente. Es fundamental, por consiguiente, que la persona, por costumbre o hábito, rubrique los documentos siempre de modo similar, aunque con el transcurso del tiempo modifique algunos rasgos, modificaciones muchas veces derivadas de cambio de la personalidad, otras del carácter y también de la práctica constante.

Lo importante es que la ley no admite reemplazar la firma por signos, y esto lo vuelve a repetir el art. 1014, cuando dispone que ninguna persona puede ser obligada a reconocer un instrumento que sólo esté firmado por dichas iniciales o signos.

En el área del testamento, este concepto resalta en el art. 3633, que impone escribir con todas las letras del alfabeto el nombre y apellido del testador, y que ese documento no se tendrá por firmado sólo con el apellido o con iniciales, pero, advirtiendo al final: "*Sin embargo, una firma irregular e incompleta se considerará suficiente cuando la persona estuviere acostumbrada a firmar de esa manera los actos públicos y privados*".

La firma debe ser puesta al terminar el acto, al pie y abarcando, por tanto, las expresiones o declaraciones estampadas en él. No son válidas las adiciones posteriores y lo escrito debajo de la firma, pues ésta no las encierra. Tampoco es válido firmar al margen sin cubrir lo escrito; sin embargo, si ya no cabe en el último renglón, puede ponerse al margen como sustitución y significando que está al final del acto.

§ 203. **LA IMPRESIÓN DIGITAL Y LA FIRMA A RUEGO.** — Así como la ley no da validez a los signos, letras o iniciales que no sean firmas de las partes, se plantea el problema de si es aceptable y confiere carácter de instrumento privado la colocación estampada al pie de la *impresión digital*. Ésta es una invención para identificar a las personas, de tiempo posterior a la redacción de nuestro Código, la cual, por medio de la técnica dactiloscópica, representa un sistema eficaz y aplicable desde antes del nacimiento hasta después de la muerte de la persona.

Tres opiniones se han expuesto. Por una, manejando la idea de que el Código fue sancionado antes de conocerse ese

sistema, el cual representa un sensible avance en la identificación, considera que es admisible reemplazar la firma (caso en que no se sabe o no se puede firmar), por la impresión digital (Spota, Tobal).

Otra teoría intermedia, en primera instancia, no la admite, pero estima que el documento así signado, sirve como principio de prueba por escrito, pues sería de los instrumentos particulares no firmados a los que hace referencia el art. 1190, inc. 2º, del Cód. Civil (Spota). Hay jurisprudencia que admite este criterio.

Finalmente, la mayor parte de los autores (Orgaz, Borda, Orelle, Salvat), sostiene que la impresión digital es uno de los signos que están excluidos en el art. 1012. En realidad, dicha impresión es prueba cabal de la identidad, pero no de la *voluntariedad* de la declaración, porque quien no sabe firmar (analfabeto), tampoco puede leer esa declaración y tener pleno conocimiento de ella. Por otra parte, sería posible estampar la impresión digital de una persona en estado de inconsciencia y hasta la de un muerto.

Alguna doctrina enrolada en esta teoría negativa (Borda, Acuña Anzorena), por excepción, da cabida a la sustitución de la firma por la impresión digital, cuando se trata de la persona que siendo alfabeto y sabiendo firmar, debido a un estado accidental no puede hacerlo. En realidad, esta última cuestión reafirma la teoría negativa que excluye, en principio, la impresión digital, pues la persona que la ha estampado o su contraparte, estarían necesitados de probar la circunstancia expuesta, siendo insuficiente solicitar que la persona reconozca que se trata de un acto voluntario con lo que se cae en la teoría del principio de prueba por escrito, al requerirse otros elementos.

Se presenta el problema del analfabeto que sí sabe firmar. Hay autores que niegan la validez del instrumento, pero si se considera que al haber firmado expresó la voluntad porque conoce el acto o le fue leído y con sus rasgos dibujó la firma, debe aceptarse. Es un caso menos grave que el de la firma dada en blanco (Sambrizzi).

En cuanto a la *firma a ruego*, en iguales circunstancias en que una de las partes no puede o no sabe firmar, tampoco es posible darle validez, tratándose de instrumentos privados —a diferencia de los públicos— en los cuales no interviene un oficial público que dé autenticidad al instrumento, y a la forma como se celebró.

Sin embargo, las opiniones tampoco son pacíficas en este punto. Hay autores que consideran que la firma a ruego es admisible, pues se trata de un mandato verbal o tácito, por el cual el mandante que no sabe firmar ruega a un tercero que lo haga por él (Llambias, Orelle, Llerena).

La jurisprudencia, en general, frente a instrumentos privados, no ha dado validez a la firma a ruego. No se olvide la condición esencial de la firma para configurar el instrumento y la necesidad de las seguridades del tráfico y de la veracidad de los actos. Si bien en los instrumentos públicos interviene el oficial que da fe de que una persona rogó a otra para que firmara por ella, esto se puede poner en duda en el instrumento privado o particular, y revertir el problema en la necesidad de probar la rogación. Es que el reconocimiento de su firma por el firmante, no podría obligar a la parte que no ha podido firmar, y resulta además dudoso que se pueda hablar de un verdadero y estricto mandato (el mandato es contrato para realizar actos o negocios), pues la firma no es un acto jurídico en sí misma, sino el medio de hacer efectivo el acto o declaración de voluntad (Belluscio, Salvat, Borda).

Es dable señalar, finalmente, que la impresión digital ha sido admitida legalmente en el contrato de trabajo (leyes 20.744 y 21.297), y que la firma a ruego se admite también por ley en los contratos comerciales (art. 208, inc. 3º, Cód. de Comercio).

§ 204. DOBLE EJEMPLAR. CASOS EN QUE SE EXIGE Y DISPENSA DE ESTA FORMALIDAD. – La otra formalidad que en los instrumentos privados se exige además de la firma, es el *doble ejemplar* para cierta clase de actos. Se llama doble ejemplar a tantos ejemplares como partes interesadas participan en el acto que se instrumenta, por lo que pueden ser más de dos. Cada uno de esos ejemplares debe estar firmado por la parte obligada, pero esa exigencia solamente rige para los actos que producen obligaciones recíprocas entre las partes, es decir, los que contienen una prestación como causa de la contraprestación de la otra parte.

En este sentido establece el art. 1021: “*Los actos, sin embargo, que contengan convenciones perfectamente bilaterales deben ser redactados en tantos originales, como partes haya con un interés distinto*”.

Esta formalidad es un requisito para facilitar la prueba a cada parte acerca de sus derechos y de las obligaciones de la otra. Como estatuye el art. 1013, no es necesaria la firma de las partes en todos los originales, bastando que cada uno de los que estén en poder de una de las partes lleve la firma de la otra.

Debe quedar bien en claro que cuando se trata de actos que no son creadores de obligaciones recíprocas, el requisito de tantos ejemplares como partes interesadas no es exigible. Además, partes interesadas son las que se obligan y adquieren derechos por medio del acto instrumentado, no así otros no interesados como los representantes, testigos, personas que deben dar su conformidad (p.ej., el cónyuge, art. 1277 o el curador del inhabilitado –art. 152 *bis*–), el fiador de una sola de las partes, porque asume una obligación, pero ningún derecho frente a la otra.

No se exige que en el instrumento figure la declaración de si se ha firmado en varios ejemplares o tantos como son las partes interesadas. Esta leyenda, sin embargo, es de práctica ponerla para dar cuenta del cumplimiento del recaudo. Si fuera falsa dicha declaración, la parte a quien se oponga el instrumento puede probar esa falsedad, y, consecuentemente, dejar sin acreditar en principio, la celebración del acto o negocio.

Por lo mismo que la exigencia del doble ejemplar sólo tiende a facilitar la prueba del acto, si éste se puede probar por otros medios, conserva su validez. Ello significa que la *falta de doble ejemplar* no perjudica el negocio y las convenciones pactadas, ni lleva a decretar su nulidad (art. 1023).

Pero, claro está que es muy difícil acreditar el acto o las convenciones por otros medios cuando falta el doble ejemplar. La solución legal es una prueba más de la autonomía del acto con relación al instrumento, pues éste puede ser ineficaz por falta del doble ejemplar, pero el acto se mantiene si es posible probarlo fehacientemente por cualquiera de los medios admisibles de prueba de los hechos y las convenciones.

Tres excepciones contempla el Código a la exigencia del doble ejemplar en los actos bilaterales.

a) Cuando antes de la redacción del instrumento o simultáneamente con su redacción, una de las partes da cumplimiento o ejecución total a las obligaciones que el acto le impone (art. 1022). En este caso, como sólo se conserva la obligación de la otra parte, basta el ejemplar único en manos de quien conserva derechos y que ya ha dado ejecución a sus prestaciones.

b) Cuando después de extendido el instrumento único, la parte que no firmó el otro ejemplar cumple íntegramente sus prestaciones, dado que con la ejecución de ellas subsana el vicio (art. 1024).

c) Cuando se redacta un solo ejemplar, pero se lo deposita en una escribanía o en poder de otra persona, encargada de conservarlo, y ese depósito se hace por acuerdo de todas las partes interesadas. Es claro que si sólo lo hace *motu proprio* (por sí mismo), sin conformidad de la otra u otras partes, no queda subsanado el vicio del doble ejemplar (art. 1025).

§ 205. **LA FECHA CIERTA. RESPECTO DE QUIÉN SE LA EXIGE Y CÓMO SE ADQUIERE.** — Se llama fecha cierta a la fecha que tiene autenticidad, o sea que se la reputa verídica por sí misma, al estar escrita en los instrumentos.

Quando se otorga un instrumento público, uno de los requisitos que debe cumplir el oficial público que lo autoriza, es el de consignar la fecha del otorgamiento, y esta fecha, que es una declaración del oficial público, tiene la autenticidad propia de esa clase de documentos, debiendo ser respetada y admitida por todos, incluidos los terceros. Sólo sería posible desconocerla por acción o querella de falsedad civil y criminal (art. 993).

En cambio, los instrumentos particulares no tienen por sí mismos fecha cierta o auténtica, lo cual tiene significado *frente a los terceros*, pero no frente a las partes del acto. Éstos pueden reconocer el instrumento y en ese reconocimiento entra la fecha que estamparon en él, pero no tiene fuerza probatoria frente a terceros. La razón es porque las partes pueden ponerse de acuerdo para hacer creer que extendieron el documento con una fecha que no es la verdadera; pues en realidad lo antedataron o lo posdataron según su conveniencia (acto simulado).

Así, por ejemplo, si quieren simular que no tenía una de ellas un bien porque lo habían transmitido antes de obtener de un tercero un crédito, cuando en realidad la transmisión de ese bien fue posterior y se pretende sustraerlo de la masa patrimonial, que es garantía de los acreedores. O, también, en el caso contrario, si un cónyuge divorciado se pone de acuerdo con la otra parte para poner una fecha posterior a la sentencia de divorcio, a fin de hacer creer que el bien ingresó al patrimonio con posterioridad a la disolución del matrimonio y no tener ~~que~~ compartirlo por su carácter de ganancial con el otro cónyuge.

En el art. 1035 la ley enumera *cuatro* supuestos en que los instrumentos particulares *adquieren fecha cierta frente a terce-*

ros. Esta enumeración, según la mayoría de la doctrina (en contra, Salvat, Machado) y de la jurisprudencia, tiene carácter sólo ejemplificativo (Borda, Llambías, Aráuz Castex), por lo cual podría considerarse la existencia de otros medios de adquisición de la fecha cierta, además de los previstos en esa norma.

Éstos son los supuestos legales:

a) El primer caso en que queda admitida la verdad de la fecha es cuando el instrumento privado fue exhibido en juicio o en una repartición pública y allí quedó archivado. Pero, sería suficiente exhibirlo en la actuación judicial o en la repartición y después archivar en ella una fotocopia, en la cual conste que se tuvo el original y desarchivar este original necesario para otros usos, adquiriendo la fecha del día del archivo, no la que se estampó en el documento.

b) El segundo caso es cuando el instrumento es reconocido por un escribano y dos testigos que lo firmaren. Puede ser escribano de registro o no, y basta que conste en el propio instrumento la certificación notarial acompañada por los testigos (Llambías, Aráuz Castex, Orelle). Pero no es necesario, como exigen otros autores (Borda, Salvat), que se labre un acta por escritura pública con escribano de registro. La fecha es la de la certificación.

c) Asimismo, cuando sea transcripto en cualquier registro público, el día de la transcripción literal del documento es la verídica.

d) En cuarto lugar, la fecha del fallecimiento de la parte que lo firmó, del que lo escribió o de quien firmó como testigo, adquiere carácter de fecha cierta.

Hay casos no enunciados en esos supuestos legales, pero que la jurisprudencia ha admitido que dan fecha cierta, como el del sello de la oficina recaudadora del impuesto de sellado cuando este impuesto se exigía; el otorgamiento de un poder posterior al instrumento privado para escriturar lo que se comprometió en ese instrumento; cuando el poder fue dado por documento público; la fecha del fallecimiento presunto declarado tal; la fecha de la pérdida de las manos del firmante, etcétera.

§ 206. **INSTRUMENTOS FIRMADOS EN BLANCO. FUERZA PROBATORIA E IMPUGNACIÓN DEL CONTENIDO.** — Ya hemos visto que, en

virtud del principio de la libertad de las formas que impera en todo el sistema del instrumento privado, puede éste haber sido firmado en blanco, es decir, sin el contenido de la declaración de voluntad del firmante.

Lo normal es que previamente se escriba la declaración y al pie se suscriba, pero puede ocurrir que por una relación de confianza se firme un papel en blanco y se entregue para que lo llene su depositario (p.ej., un cheque o un pagaré, sin las cantidades ni su texto; un acuerdo de voluntades o un poder escrito, sin expresarlo en el papel).

El art. 1016 dispone: "*La firma puede ser dada en blanco antes de la redacción por escrito. Después de llenado el acto por la parte a la cual se ha confiado, hace fe siendo reconocida la firma*".

Es decir que una vez reconocida la firma, le da valor al texto escrito después por otro, como si hubiera sido firmado cuando ya estaba escrita la declaración de voluntad.

Se considera que hubo un mandato del firmante para que lo llene el mandatario, según lo estipulado entre ellos. Por lo cual, si muere el firmante que a su vez es el mandante, no podría después ser llenado por el mandatario, ya que la muerte extingue el mandato (art. 1963). Tampoco podría ser llenado por otros (herederos) si muere el mandatario, pues también entonces se extingue el mandato.

§ 207. **REQUISITOS.** – A pesar de la fuerza probatoria entre las partes, una vez reconocida la firma del instrumento dado en blanco, se admite por ley que la parte que lo firmó (el mandante), pruebe que no son las declaraciones de su contenido ni las obligaciones que se estamparon las previstas y convenidas. Es decir que no fue intención de las partes ese contenido. Pero para evitar la debilitación instrumental del documento, se exige que esa prueba *no se haga por medio de testigos* (art. 1017). Tendría que producirse la prueba que se opone al contenido por otros medios (documentos, confesiones, presunciones).

Por otro lado, aun admitidas y producidas con éxito en el juicio esas otras pruebas y demostrado que el documento fue llenado en forma diferente de la querida por el firmante, la nulidad que resulta de las declaraciones no puede oponerse a terceros que, de buena fe y atendiendo al documento tal como fue llenado, contrataron con la otra parte (art. 1018).

Se trata de evitar toda clase de confabulaciones, como la de hacer creer a ciertos terceros que el documento era inválido, una vez que, en virtud de su contenido (p.ej., donde aparece la transmisión de un bien), contrató dicho tercero con la parte beneficiada o adquirente, según ese instrumento que tiene en su poder.

Estos dos requisitos de la impugnación del contenido del instrumento firmado en blanco (prueba que no sea de testigos, inoponibilidad de la invalidez a terceros), no se aplican cuando el documento fue *sustraído fraudulentamente* a la parte a quien se encomendó su custodia y fue llenado por el tercero que se apropió o por otros contra la voluntad del firmante (art. 1019).

Esto significa que si el instrumento se firmó en blanco y se dio a la otra parte para que, por ejemplo, pusiera los elementos, como las cantidades del cheque o del pagaré y el día de pago, y un tercero lo apropió por medio del fraude o también (interpretación extensiva) por robo o hurto (en este último caso, sin violencia en las cosas), dolosamente y contra la voluntad del tenedor, y lo llenó a fin de hacerlo valer contra el firmante, no está limitada la prueba, pero, además, los terceros de esos actos, aun de buena fe, no podrían prevalerse del documento que por esas causas fue declarado inválido.

Ambos aspectos de hecho: la prueba de la sustracción y del abuso de firma en blanco (contenido contrario a la intención de las partes), pueden acreditarse por testigos y, naturalmente, por todos los otros medios de prueba.

§ 208. **CARTAS MISIVAS.** – Cartas o misivas –pues ambas son palabras de igual significado–, *son comunicaciones escritas unilaterales y recepticias, pues están dirigidas a otra persona para que las reciba* –destinatario–.

En esas comunicaciones escritas interviene en la generalidad de los casos el Correo, entidad administrada por el Estado para transportar la correspondencia por un precio que suele pagarse con el estampillado o con un sello. Puede haber esquelas o cartas remitidas sin intervención del Correo, por medio de un mensajero.

Las misivas contienen pensamientos, noticias y hasta declaraciones de voluntad destinadas a crear derechos y obligaciones. Generalmente esas comunicaciones tienen carácter reservado y se relacionan con la intimidad.

Se discute quién es el *propietario* de una carta que ha sido recibida por el destinatario. Es aceptable la teoría que entiende que,

una vez en manos del destinatario, tratándose de una cosa mueble, éste es el propietario, pero, durante el trayecto, dado que el remitente puede recuperarla, es el propietario dicho remitente (Borda, Llambías). Otro problema también controvertido es si puede la carta ser utilizada como medio de prueba de los hechos, o de los actos o negocios, es decir, de los acontecimientos que pueden modificar esos actos y hasta del estado de familia.

Acerca de este último interrogante y como paso previo a responderlo, tenemos que señalar que las cartas no requieren la "firma" del que la escribió, bastando un signo o una inicial. Tampoco es exigible el doble ejemplar. En cambio, sí se exige que la parte que pretenda hacer valer una carta, la tenga en su poder por medios lícitos y no por robo, hurto o por dolo. De acuerdo con el art. 18 de la Const. nacional, la correspondencia epistolar es inviolable y, en consecuencia, admitir la posesión clandestina o fraudulenta de una misiva, importaría aceptar la violación de la correspondencia. Ello, además de que el apoderamiento de las cartas es penado en la ley de la materia (art. 153, Cód. Penal). En algunos casos muy especiales y en donde están en juego otros principios superiores, se ha admitido dicho apoderamiento clandestino, cuando el padre intercepte correspondencia de un hijo menor o un cónyuge del otro (Colombo, Llambías). Es ésta, sin embargo, una materia sumamente delicada, que debe tener apoyo en circunstancias particulares, las cuales hacen necesaria esa acción, que, en principio, no es legítima ni moral.

El destinatario que está en poder lícito de la carta, en principio, tiene derecho a exhibirla para probar los hechos que son materia de debate en un juicio contra el que la escribió. Entre los corresponsales, se dice, no puede haber materia reservada o secretos (Borda).

Sin embargo, si por medio de la exhibición se revela un secreto profesional, no podría admitírsele; tal por ejemplo la nota o esquila remitida a un médico para explicarle circunstancias propias de la enfermedad; o la mandada a un abogado para instruirlo en la cuestión. En estos casos hay que admitir que prevalece la prohibición de revelar el secreto profesional.

Puede suceder que se pretenda exhibir por el destinatario no la carta del que la escribió, sino la carta de un tercero. Al respecto estatuye el art. 1036 del Cód. Civil: "*Las cartas misivas dirigidas a terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento*".

La doctrina, en la interpretación del artículo, ha hecho la siguiente distinción: tratándose de cartas *confidenciales* está ve-

El caso especial de los herederos del firmante está resuelto en el art. 1032. Establece esta norma que los herederos no tienen obligación de expedirse sobre si la firma fue o no del causante, bastando que digan que no la conocen, o sea, que no saben si la firma que se les muestra es o no del muerto y, en este caso, no se la tiene por reconocida.

La fuerza probatoria del reconocimiento es indivisible, y tiene tanta importancia respecto del firmante como de la parte que invoca y muestra el documento (art. 1029).

CAPÍTULO VII

LOS DEFECTOS DEL ACTO JURÍDICO Y LA INEFICACIA

A) IRREGULARIDADES DEL ACTO

1) CONSIDERACIONES GENERALES

§ 210. **IRREGULARIDADES EN EL SUJETO, OBJETO, FORMA Y CAUSA.** – Los cuatro elementos de la doctrina clásica enunciados en el párrafo, y que para la moderna concepción son requisitos o presupuestos del negocio jurídico, pueden presentar anomalías, vicios o defectos, que perjudiquen la validez del acto o negocio.

Así, por ejemplo, si el sujeto que es parte del acto es incapaz de hecho y lo ha celebrado sin intervención de su representante, o si es inhabilitado y no ha recabado la autorización del asistente; si el objeto del acto está fuera del comercio, es prohibido o contrario a las buenas costumbres; si la formalidad no es cumplida tal como lo exige la ley, o si ella no se ajusta a los elementos o requisitos que la ley establece; si la causa es ilícita, errónea o contraria a las buenas costumbres.

Acerca del sujeto, del objeto y de las formas o formalidades, ver lo expuesto en el § 166 y siguientes.

La causa tiene tres sentidos:

a) **CAUSA FUENTE O EFICIENTE.** Se ha sostenido que es el hecho generador de una obligación y responde al porqué de dicha obligación. Ya se ha visto que en un sentido más apropiado y amplio, los hechos son causa jurídica o fuente de derechos y obligaciones, pues éstos no existen *a priori* sino que son siempre producidos por un hecho que los genera.

b) CAUSA FIN DETERMINANTE. Es la dirección de la voluntad (propósito o intención) en la obtención de ciertos efectos jurídicos o el fin inmediato que las partes se propusieron al hacer el acto o negocio, tal como vimos al estudiar el art. 944.

c) CAUSA IMPULSIVA O MÓVIL. Atiende a los fines mediatos, ocasionales o que en último término indujeron a las partes a realizar ese acto o negocio, movidas por un querer individual y concreto.

En una compraventa, por ejemplo, el contrato que hace nacer las obligaciones de comprador y vendedor es la causa fuente (acto o negocio creador de relaciones jurídicas y sus efectos), obtener el dinero es la causa fin determinante del vendedor y obtener la cosa en propiedad es la causa fin determinante del comprador, revenderla a mayor precio, donarla a un pariente o utilizarla hasta que se pierda o desgaste, es la causa móvil variable y concreta que impulsó a comprarla. Asimismo, adoptar un hijo con intervención del juez que concede la adopción por sentencia es la causa fuente de los derechos y obligaciones que nacen de ese vínculo adoptivo; el propósito de tener un hijo por imposibilidad natural de tener hijos de sangre y en virtud de un anhelo paternal, es la causa fin determinante; que ese hijo ayude en la vejez al adoptante, o bien para sacar al niño de la miseria y de la falta de familia, o bien por amor, vendrían a ser las causas móviles o motivos mediatos. Nadie adopta sin crear un cúmulo de efectos jurídicos y si no es para tener un hijo adoptivo. Pero muchos pueden ser los móviles de querer tenerlo.

La causa fin y la causa móvil que por alguna circunstancia se incorpora al acto o negocio, deben ser sanas, no defectuosas. Estas causas forman un elemento objetivo-subjetivo relevante del acto o negocio y son integrantes de su concepción y, por tanto, son un presupuesto necesario para su eficacia y validez. Pero si el móvil concreto, variable y subjetivo, no se incorpora al acto o negocio, sólo queda el objetivo propio del acto o sea su fin inmediato determinante como única causa relevante.

Por ejemplo, para que en adelante viva su madre junto a ella, y así poder atenderla mejor en su vejez, la hija compra un departamento vecino al suyo, conociendo el vendedor esas circunstancias, y la compradora paga un sobreprecio a fin de asegurarse el negocio y obtener la propiedad contigua. Pero cuando se concreta ese negocio las partes no sabían que la madre de la compradora había muerto antes de celebrar el acto. Aunque la causa fin es la adquisición de la propiedad del departamento y que el móvil era la compañía programada de la madre, el negocio carece de causa, ya que en ese acto la causa no es sólo el cambio de propiedad, sino también

el cambio para que la madre viva junto a la hija y puedan comunicarse. Es claro que si ese antecedente de la madre no hubiera sido una circunstancia exteriorizada y sobreentendida entre las partes, la muerte de ella no dejaría sin causa al negocio, pues el móvil hubiera estado oculto y no habría influido en la celebración del negocio (Albaladejo, Cifuentes).

Luego, para que los actos o negocios sean válidos, la intención y el motivo deben existir, darse en la realidad y ser lícitos. Pero el motivo o móvil tiene que haberse manifestado en alguna forma y tiene que ser el único móvil que haya determinado la realización del acto o negocio (Barbero).

§ 211. **DIVERGENCIAS ENTRE LA VOLUNTAD Y LA DECLARACIÓN.** –

La manifestación o los hechos exteriores por los cuales se manifiesta la voluntad, generalmente coinciden con los elementos internos de esa voluntad. Suele haber correspondencia entre esa declaración y lo real querido o la voluntad concreta de las partes. Sin embargo, se presenta el problema de una divergencia o falta de coincidencia entre la declaración y dicha voluntad real, es decir, cuando la declaración no aparece revelando la voluntad real. Este problema no es de fácil solución, pues los autores no se han puesto de acuerdo en las doctrinas aplicables. Algunos hacen prevalecer la declaración sobre la voluntad interna, o real. Otros, en un acto de sinceramiento, dan preferencia o más valor a dicha voluntad real que a la declaración. Es natural que si ambas coinciden ningún problema habrá que resolver, pero si se produce la divergencia según se siga una u otra teoría, será distinta la solución a que se llegue, haciendo valer lo real querido o lo aparente declarado.

§ 212. **TEORÍAS DE LA VOLUNTAD Y DE LA DECLARACIÓN.** – Históricamente, fue primero en Francia donde se estableció la preeminencia de la voluntad sobre la declaración (teoría de la voluntad).

Quiere decir que se daba preferencia al querer de las partes sin atender a la declaración que no había respetado aquel querer o que tenía variaciones respecto de aquella intención. La voluntad verdadera o interna, cualquiera que hubiera sido el resultado de la declaración, se consideraba prioritaria. La dificultad estaba en demostrar aquella voluntad oculta, interna, que no coincidía con la manifestación o exteriorización del acto o hecho.

En cambio, en Alemania, la teoría de la declaración que fue desarrollada más tarde, considerando la necesidad de proteger el tráfico jurídico y evitar las sorpresas de voluntades no conocidas, dio valor primero a la manifestación dando preferencia al valor seguridad por encima del valor justicia.

La teoría de la voluntad protege al autor o sujeto que ha hecho la declaración, pero sacrifica al destinatario de esa declaración, que no puede estar seguro de ella, pues puede modificarse según lo real querido.

Frente a esas dos teorías extremas, se han elaborado teorías intermedias. Así, la teoría de la *responsabilidad*, según la cual si el que hace la declaración de voluntad tiene culpa en la forma como se la expresó y por esa causa hay divergencia con la intención real, tiene que sufrir las consecuencias de ese desencuentro. La teoría de la *confianza*, que da preeminencia a la declaración sobre la voluntad real, cuando esa declaración ha producido objetivas y serias expectativas en el destinatario; pero si éste ha obrado negligentemente, sin poner la debida atención para advertir la divergencia, prevalece la voluntad real en su contra. La teoría de la confianza transfiere al destinatario el elemento de la culpa (habrá que probar que él fue culpable en no darse cuenta). La teoría de la responsabilidad hace esa transferencia del elemento de la culpa en el declarante (debe probarse que el declarante fue el culpable de la diferencia al no hacer apropiada manifestación).

El Código Civil, en la generalidad de las soluciones, se inclina por la teoría de la voluntad real (Llambías, Cifuentes; en contra, Borda). No obstante, en ningún sistema positivo, tampoco en el nuestro, es única o exclusiva la solución, pues generalmente acentuando una u otra teoría (declaración o voluntad real), hacen en casos particulares concesiones a ambas doctrinas, dando así el legislador respuesta pragmática al problema. El Código, por ejemplo, hace concesiones a la teoría de la declaración. Siguiendo la teoría de la voluntad, da relieve prioritario a la manifestación de la voluntad por encima del querer interno de las partes en casos particulares en que hace prevalecer la buena fe (así, en los arts. 474, 996, 1051, etcétera). Pero en general apoya lo que internamente pretendieron hacer las partes.

§ 213. **DECLARACIONES DE VOLUNTAD NO SERIAS** (“*IOCANDI CAUSA*”, *TEATRALES Y DE FANTASÍA*). – Hay que distinguir las decla-

raciones que no se hacen con verdadera voluntad de producir efectos jurídicos, de las que se realizan para producir ciertos efectos jurídicos, pero, por mala expresión o vicios en los elementos internos del acto, existe la ya estudiada divergencia entre la declaración de voluntad y la voluntad real. En estas segundas se ha querido hacer un determinado acto o negocio jurídico. En las primeras no se ha querido hacer un acto o negocio, sino una declaración no seria y ambas partes, el declarante y el destinatario, están contestes en que esa declaración no tiene un contenido verdadero, sino simulado y de mera apariencia.

Las declaraciones no serias no tienen efectos vinculantes, pues revelan una divergencia consciente y hasta querida entre la declaración y la voluntad. Aquí se aplica el criterio de "recognoscibilidad", en el sentido de que el destinatario tiene conciencia del carácter no obligatorio de esas declaraciones. Así, por ejemplo, si el supuesto deudor se compromete a pagar el 31 de febrero, día inexistente en el calendario que se aplica al tiempo del contrato. Ésta sería una declaración no seria y hecha en broma o *iocandi causa*. Para establecer ese carácter, hay que estudiar el conjunto de circunstancias que rodean a la declaración y a la luz de ellas y de otros elementos, establecer el propósito que guió al ofertante para hacer la manifestación.

Tampoco es seria la declaración en la escena teatral. Por ejemplo, si el actor principal declara haber recibido una suma de dinero y que tiene que devolver, no podrá considerarse un reconocimiento de deuda, pues tanto los espectadores como la persona que recibe en las tablas la declaración, tienen elementos para "recognocer" que el hecho no pasa de una ficción histriónica.

En cambio, otra cosa es el problema de la *reserva mental*. En ella el declarante internamente oculta una intención distinta o contraria a la declaración. El hecho interior del declarante, en resguardo de la buena fe y de la seguridad, no impide producir sus efectos a la declaración. En este caso se quiere la declaración y no el contenido, y al no ser "recognoscible" el carácter no serio de la declaración, es jurídicamente vinculante esa declaración: es decir, es obligatoria a pesar de la reserva mental. Los autores, en general, consideran que si la reserva mental fuere "recognoscible", o sea, conocida a conciencia por el destinatario, la declaración no sería obligatoria o vinculante, sino lo reservado (Barbero, Messineo; en contra, Brebbia). Esta última apreciación que resulta correcta entre las partes,

no significa que se desampare a los terceros que no tienen conocimiento de la reserva mental, pues para ellos sería inoponible (Cifuentes).

§ 214. **ERROR EN EL CONTENIDO DEL ACTO Y EN LA DECLARACIÓN.** Aparte de los casos hasta aquí estudiados sobre la divergencia entre la voluntad real y la declaración, existe la cuestión de las declaraciones de voluntad falsas o adulteradas, o sea, falsificadas después de emitidas.

Si la declaración aparece como emitida por una persona que no la manifestó, no hay que atribuírsela y vincular a esa persona con sus consecuencias. Aquí, en vez de una falta de coincidencia, hay directamente inexistencia, pues la declaración no ha sido de la persona a la cual se la atribuye, sino una pura apariencia de que le pertenece a ella, y bastará probar los hechos de la falsedad.

De este modo, si haciéndose pasar por otra, una persona se presenta al escribano y declara vender un bien que pertenece a esa otra persona, lo que es falso porque no es el propietario. O el nuncio que se presenta como tal y comunica una inexistente declaración de voluntad de otro. Prevalece en estos casos la voluntad real, pues a nadie se puede considerar autor de una declaración que no ha emitido ni ha autorizado a manifestar en esos términos, siendo irrelevante el hecho de que una persona haya recibido la declaración.

En la adulteración se altera una declaración en todo o en parte después de emitida. Por lo tanto, compromete en la medida no alterada, pero no en los términos cambiados y falsificados.

Ahora bien, en el supuesto de que la declaración no sea falsamente atribuida a otro y tampoco adulterada; se puede presentar el problema de que el declarante haya sufrido un desencuentro con la realidad, cuando se forma la voluntad interna, de modo que la representación de los datos de hecho es errónea, y por esa causa hay un falso conocimiento intelectual de los elementos que rodean esa declaración. En este caso hay *error en los motivos o en el contenido del acto*. El desencuentro está radicado en la elaboración intelectual de la declaración.

En sentido diverso hay *error en la declaración* cuando ya no es la voluntad interna la equivocada, sino que se expresa

una declaración ajena a lo que quería la parte. Aquí no coincide la voluntad que se pretende expresar, con lo que se ha expresado. En el caso anterior –error en el contenido– coinciden la declaración y la voluntad de expresar, pero el declarante no conocía bien y tenía error sobre los datos o los elementos de su declaración.

Hay tres casos de error en la declaración: a) el declarante quiere emitir una declaración igual a la que manifiesta, pero yerra sobre el contenido de esa declaración, pues dice una cosa distinta de la que quería decir (pone 1.000 chelines en circunstancias en que hay que entender 1.000 chelines ingleses, cuando quería referirse a 1.000 chelines austríacos); b) el declarante emite una declaración que él no quería expresar en esa forma. Se equivoca al escribir y dice 1.000, cuando quería poner 2.000 (error de pluma), y c) la declaración es transmitida en forma inexacta por la persona (el nuncio, la oficina de correos), que debía ser la transmitente, por ejemplo, en el despacho telegráfico se pone “venda usted”, pero el telégrafo transmite al destinatario “compre usted” (Enneccerus - Nipperdey, Messineo).

TRABAJOS PRÁCTICOS

Analizar alguno de los siguientes casos y las soluciones que en ellos ha dado la jurisprudencia: CNCiv, Sala F, 13/3/79, LL, 1979-C-489; íd., íd., 19/7/62, ED, 3-654; íd., Sala C, 30/9/74, ED, 61-454.

2) ERROR

§ 215. **IGNORANCIA Y ERROR.** – La ignorancia es una completa ausencia de conocimientos sobre la materia de que se trata. El error es un conocimiento equivocado. En la primera hay *falta de noción de los datos o elementos que determinan a la parte a realizar el acto*; en el error hay *falsa noción de esos datos o elementos*. La apreciación jurídica de estos dos estados del alma es absolutamente la misma, por lo cual es indiferente emplear una u otra expresión (Savigny).

Todo lo que se dice, pues, sobre el error es aplicable a la ignorancia.

§ 216. **ERROR DE HECHO. CONCEPTO. CLASIFICACIÓN.** – El error de hecho tiene lugar cuando el falso conocimiento recae sobre los datos de hecho, o bien sobre el contenido o los presupuestos del acto. En el acto que se debe realizar prevalece un inexacto conocimiento del estado de cosas, de los datos que aporta la realidad, o sea de lo que existe o no existe y de lo que puede o no suceder.

En la clasificación del error de hecho, se tiene que puede ser:

a) **ESPONTÁNEO O PROVOCADO.** Según que la falsa noción sea propia de la parte que celebra el acto, o derivada de omisiones o engaños de otro u otros que lo inducen a equivocarse, y aquí hay dolo.

b) **ESENCIAL O ACCIDENTAL.** Según que recaiga sobre elementos sustanciales del acto, o sobre los elementos que se han tenido en mira cuando se expresó la voluntad, o bien si la equivocación es por un elemento secundario, ínfimo o accesorio y no principal del acto.

c) **EXCUSABLE O INEXCUSABLE.** O sea, si ha mediado o no culpa de la parte equivocada, o si poniendo la debida atención, pudo, antes de realizar el acto, haber advertido la falsa noción que torcía su discernimiento.

El error de hecho cuando tiene las condiciones que exige la norma, es un vicio de la voluntad que incide sobre el elemento interno “intención”, pues la natural facultad de discernir en ese caso particular se aplica mal y no se distingue bien el acto de que se trata. Este vicio de la intención produce la invalidez del acto, pudiendo adelantarse que el negocio es anulable, de nulidad relativa.

§ 217. **LA TEORÍA DEL ERROR OBSTATIVO.** – A la clasificación precedente (ver § 216), una teoría que proviene del derecho francés y que entre nosotros adoptan varios autores (Llambías, Brebbia, De Gásperi), pero que se considera inaplicable por otros (Salvat, Borda, Aráuz Castex, Bustamante Alsina, Cifuentes), agrega una subclase de error de hecho.

Antiguamente se la llamaba error propio, opuesto al impropio. Desde el ángulo del derecho italiano y alemán a ella nos hemos referido como error en la declaración, opuesto a error en el contenido o motivos del acto.

Para esa teoría francesa, hay tres clases de error: *a)* el obstativo u obstáculo; *b)* el esencial, y *c)* el accidental. El primero vendría a ser un error que se opone al acuerdo de voluntades; es decir, hay tal divergencia entre las voluntades de los sujetos del acto, que ellas no se corresponden. Esto significa ausencia de consentimiento cuando el acto es un contrato, pues se considera que el error en estos casos destruye el consentimiento de las partes. Se colocan en este trance de desencuentro de voluntades, el error en la naturaleza del acto (una parte da en donación pensando en compraventa y está convencida de que es compraventa); el error en el objeto del acto (una parte cree que vende una cosa determinada y vende otra de mucho mayor valor); y el error en la causa (una parte creyendo que la madre vivía, se decidió a comprar el inmueble contiguo para cuidarla y ya había muerto —ver § 210—).

Es verdad que aquí se observa en los actos bilaterales un desencuentro de voluntades a causa del error y que, por ende, el consentimiento está viciado, pero nada indica que por ello sea diferente ese vicio del error esencial que recae sobre la persona o sobre la sustancia principal del acto. El Código francés no contiene la clasificación, pero, al no tratar tampoco los errores sobre la naturaleza de la operación, el objeto y la causa principal, dio pie a la elaboración de la teoría del error obstativo, con la cual se llega por la doctrina a la inexistencia de esos actos. En cambio, nuestra ley contempla todos esos casos y los ubica dentro del error esencial. Luego, para nosotros sólo existe la división doble en error esencial y error accidental. Además, nuestro Código no se ha limitado a reglar la anulabilidad que produce el vicio de error en los contratos o actos bilaterales, sino que se aplican sus disposiciones también a los actos unilaterales, en los que el considerado desencuentro de voluntades y de falta de consentimiento no puede darse, porque en los unilaterales no hay intervención más que de una sola voluntad.

§ 218. **ERROR ESENCIAL Y ERROR ACCIDENTAL.** — Ya hemos visto que error esencial es el que recae sobre lo sustancial del acto o los datos principales que las partes han tenido en mira al hacer la declaración, mientras que el accidental recae sobre datos o elementos secundarios. Para la ley son errores esenciales los que versan sobre la naturaleza del acto; el objeto del acto, la persona, la causa principal del acto y la sustancia que se ha tenido en mira. En cambio, es error accidental, o también llamado indiferente, el que recae sobre la sustancia o calidad no esencial o no considerada tal para ese acto.

El error esencial puede ser atendido según un criterio subjetivo o según un criterio objetivo. Para el punto de vista subjetivo se trata de establecer si el elemento de hecho viciado, es decir los datos de la experiencia, fueron tenidos en cuenta como muy importantes por las partes, elevándose a punto principal de juzgamiento la decisión interna de la voluntad, o sea lo que ella quiso.

Según el punto de vista objetivo, hay que desentenderse de la elaboración interna de la voluntad y colocarse en la importancia objetiva del elemento viciado. Si la propiedad o calidad de la cosa por sí misma es sustancial y hay error en el sujeto respecto de ella, el error será esencial.

También se han amalgamado ambas nociones, diciendo que si bien se considera lo que las partes tuvieron especialmente en mira, ello se analizará según un punto de vista objetivo, pues dependerá de lo que en la práctica de los negocios y ordinariamente se considera esencial (Borda).

Nuestra ley no establece en general cómo se tiene que juzgar el error, si subjetiva u objetivamente, pero, en principio por las soluciones que ha dado, se pronuncia por el punto de vista objetivo, aunque en algún caso atiende a lo que las partes tuvieron en mira. La falsa noción se asienta, por tanto, en un elemento muy importante, sustancial y esa importancia que no cubre lo que las partes habían previsto y tenían en cuenta según sus expectativas, se estudia y considera haciendo un juicio de valor concreto en cada clase de error.

El error esencial produce la *nulidad* del acto. En cambio, el error accidental, como sólo cubre elementos no decisivos para el acto, sino secundarios, no produce la nulidad de dicho acto, pero puede acarrear otros efectos, como el resarcimiento.

§ 219. **ERROR EXCUSABLE E INEXCUSABLE.** – Es excusable el error cuando está justificado y, por tanto, puede invocarse porque ha habido razón para errar. En cambio, es inexcusable cuando no está justificado porque el sujeto, poniendo la debida atención, estaba en condiciones de advertir que era falsa su noción sobre los datos de hecho que le presentaban las cosas.

En el derecho francés no se hace la distinción, pero alguna doctrina de ese país la aplica, sosteniendo que no se puede invocar el error inexcusable, porque implica de parte del sujeto equivocado ligereza o negligencia al firmar el contrato (Ripert y Boulanger). Nuestro Código sigue en esto la teoría clásica y toma en cuenta la culpa en el error. Cuando alguien obra sin informarse debidamente, pudiéndolo hacer, no puede invocar el vicio de la voluntad, y la sanción por esa falta de diligencia es precisamente mantener el acto

y considerarlo a él obligado por ese acto. En el derecho italiano se adopta otro punto de vista y prevalece la idea del error *recognovibile*, o sea, cuando la parte que ha contratado con la persona equivocada, pudo advertir que la otra estaba en el error y tuvo la posibilidad de denunciar aquella equivocación; si no lo hace, se reconoce la nulidad, pues actúa de mala fe.

El art. 929 del Cód. Civil sobre este tema estatuye que *“el error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable”*.

Para juzgar el requisito de la excusabilidad, los jueces tienen que atender a las circunstancias y los hechos, a fin de establecer si el agente ha procedido con la debida diligencia para informarse de aquello que ignoraba e hizo esfuerzos para verificar si era exacta la noción que tenía de los datos de la realidad.

Los autores que siguen la teoría del error obstáculo u obstativo, consideran que en los casos de esa clase de error no rige la exigencia de la excusabilidad, pues de todos modos al haber un pleno desencuentro de las voluntades y faltar el consentimiento, no puede haber acto o negocio. Pero, como esa teoría es extraña al sistema del Código, en todos los casos de error hay que estudiar si éste ha sido excusable o inexcusable.

No se aplica el requisito de la excusabilidad del error cuando éste pudo ser advertido por el destinatario o aceptante (*recognoscibilidad*), pues en este caso se considera que él ha obrado con culpa, y al haber concurrencia de culpas del declarante que no puso la debida atención y del destinatario que tampoco hizo la advertencia de un error “recognoscible”, no se puede proteger a ninguno de los dos (Orgaz, Spota, Bustamante Alsina, Cifuentes; en contra, Brebbia).

Acreditado el error, *la carga de la prueba* de que no es eficiente para anular el acto por ser inexcusable, corresponde a la parte que pretende mantener la validez del acto (Cifuentes; en contra, Brebbia). Es que el error hace presumir la razón para errar, por lo cual, la negligencia incurrida por la parte que se equivocó, debe ser probada por la otra parte, que pretende mantener la validez del acto. En suma, la cuestión de la prueba en todas sus facetas es la siguiente: a) la persona que obró con la intención viciada por error de hecho esencial, tiene que probar esa falsa noción que tenía de los datos y elementos del

acto; b) la otra parte que se opone a la anulación debe, a su vez, probar que dicho falso conocimiento fue producido por imprudencia o negligencia del equivocado –inexcusabilidad–, y c) éste, igualmente, puede demostrar que si bien no era excusable su error, el destinatario o aceptante sabía o debía saber que aquél actuaba por error y no le advirtió sobre la falsedad de la noción que lo inducía a celebrar el acto, logrando así colocar el caso en la esfera del dolo por omisión.

Si el error ha sido excusable, el acto por ende involuntario y no culpable, no es admisible reclamar la indemnización por su ineficacia o nulidad.

§ 220. **ERROR SOBRE LA NATURALEZA DEL ACTO.** – Es el que recae sobre la especie jurídica del acto o contrato que se celebra; así, cuando una de las partes piensa que celebra un empréstito y la otra una donación.

Otro ejemplo clásico es el de la persona que cree venderme alguna cosa y yo la recibo a título de préstamo o como un presente que se me hace; no habrá ni venta, ni préstamo, ni donación (Pothier).

Para los autores que siguen la teoría del error obstáculo (Llam-bías), es éste un caso de tal clase, en el que falta consentimiento y, más que nulidad, es acto inexistente. Pero, como se dijo, éste no es el sistema de la ley, que no sólo contempla el error para actos que no son contratos, sino que habla expresamente de la nulidad del acto, considerándolo un error esencial (art. 924). Como el caso del testador que quiere hacer un legado e instituye como heredero al beneficiario.

Hay que distinguir el error en la naturaleza jurídica del acto, del error en la denominación. En este segundo caso se celebró el acto que se quería realizar, pero se le dio un nombre equivocado, lo cual no puede ser causa de invalidez.

§ 221. **SOBRE EL OBJETO.** – En Roma se lo llamó error *in corpore*. La falsa noción recae sobre el objeto en sí del acto, tomándose uno por otro. El caso es distinto de cuando recae sobre las propiedades del objeto, que hace referencia al error en la sustancia.

El art. 927, que se refiere a esta clase de error esencial, comprende los casos siguientes:

a) Conviniendo sobre una cosa *individualmente diversa* de aquella sobre la cual se quería contratar, como cuando se ofrece la venta de un inmueble sito en Flores y la otra parte cree que se le ofrece otro de Belgrano y por esto cierra el trato.

b) Contrato en el que el error es sobre una cosa de *diversa especie*: por ejemplo, se acepta la entrega de bolsas de trigo y se trata de bolsas de cebada.

c) Cuando la equivocación se refiere a *diversa cantidad, extensión o peso*.

Algunos autores consideran que si el error ha incidido sobre una cantidad mayor (creía que era mayor a la convenida en realidad), siempre hay contrato sobre la cantidad menor, es decir, se creyó que debía darse una cantidad mayor, luego el contrato vale por la cantidad menor real (Machado). Sin embargo, no es éste el sistema legal nuestro. Hay que considerar que si la designación de la cantidad constituye una individualización de la cosa, el error en la cantidad se convierte en error en la identidad del objeto, y se aplica la solución a (Messineo, Cifuentes). Entendió vender por \$ 81.000 lo que resultó vendido por \$ 8.100, caso en el cual la suma del precio es un aspecto que se identifica con la individualización de ese precio, en cuyo caso, como es error esencial, es análogo a la invalidez del error sobre la cosa cierta individualizada.

§ 222. **ERROR EN LA CAUSA.** – Para estudiar el tema del error en la causa, es presupuesto reafirmar la existencia del elemento causa en los actos o negocios.

Por ello los autores anticausalistas (Llambías) consideran que dicho error no está legalmente consagrado y que, cuando el art. 926 se refiere a la causa principal del acto, no hace otra cosa que desarrollar el otro tipo de error que esa norma reconoce, el error en la sustancia. Es mayoritaria en doctrina y jurisprudencia la teoría que dentro del art. 926 independiza los dos supuestos: error en la causa y error en la sustancia o cualidad (Salvat, Machado, Bustamante Alsina, Cifuentes). No sólo la letra de ese artículo lo muestra, sino que es fructífera su aplicación y tiene vigencia real.

Refutando a los autores que han pretendido confundir el error en la causa con el error en la cualidad de la cosa, es de recordar que este último atiende al elemento material, la cosa misma y las propiedades que la distinguen en su naturaleza –propiedades de la cosa–, mientras que el error sobre la causa principal es el elemento moral, el motivo interno, el que nos ha decidido a ejecutar el acto (Machado, Barraquero).

Es necesario repetir que nuestro Código no tiene una definición de lo que es error esencial, sino que enumera los casos que corresponden a dicha categoría, y entre los errores esenciales incorpora el error en la causa en forma autónoma, lo que está demostrado por la letra del artículo y por la nota que puso al pie de él. Esta visión del codificador, que se apartó de Freitas, concuerda con la corriente moderna mayoritaria, la cual define la causa como el motivo determinante del negocio, cuando figura expresa o tácitamente en la intención común de las partes. Ejemplo de esta clase de error: el de una persona que conviene una pensión con su hermano, convencido de que éste estaba en precario estado de salud, lo que le impedía ganarse la vida, cuando en realidad estaba sano y en condiciones de trabajar. Esa equivocación en el móvil determinante, pero que se hizo conocer a la otra parte, es lo que se llama error en la causa principal del acto, pues sin la falsa noción sobre la salud del hermano, no hubiera el otro otorgado la pensión.

Hay que eliminar del vicio de error en la causa la equivocación por simple motivo cuando no constituye un motivo fin o resultado futuro determinante, como el clásico ejemplo del que compró un caballo porque creía que el suyo estaba muerto, pero aún estaba vivo y podía servirle. En este caso, no sólo no se exterioriza para el otro contratante (el vendedor) el móvil del reemplazo del caballo, sino que no puede ese móvil ser objetivamente determinante del acto.

§ 223. **ERROR EN LA SUSTANCIA.** – Para explicar el error en la sustancia o cualidad de la cosa, dos corrientes disputan la cuestión. Una considera que hay que atender a elementos *objetivos* del error, para lo cual se toman en cuenta las ideas admitidas en la sociedad a fin de establecer si esa cualidad de la cosa es esencial y la cualidad falsamente supuesta la coloca en otra clase de objetos (p.ej., compra de una cosa de bronce que se tomó como de oro; vinagre que se cree vino). Basta para esta doctrina, por tanto, que en el comercio se considere esa sustancia o cualidad de la cosa como esencial (Borda, Aráuz Castex).

En sentido diferente, apegándose a la letra del art. 926 que habla de la “calidad de la cosa que se ha tenido en mira”, otros autores consideran que el punto de vista debe ser *subjetivo*, es decir, que el error debe recaer sobre la sustancia que indujo a la parte a realizar el negocio y en ese encuadre considerar que ésa es la sustancia esencial (Llambías, De Gásperi, Spota).

Como ejemplos de jurisprudencia al respecto, puede citarse el caso de la adquisición de un tractor cuyas cualidades de potencia y

modelo requeridas para un uso determinado en realidad no existían en el efectivamente adquirido; y que por eso no pudo ser utilizado para el destino previsto (CApel BBlanca, 24/7/53, JA, 1954-II-101); asimismo, la compra de un cuadro que no era del pintor original, sino de un copista de ese pintor famoso (CNCiv, Sala D, 29/7/77, ED, 78-259).

De adoptarse el punto de vista objetivo, deben probarse las circunstancias que rodean el acto, de modo que ellas revelen si, de no existir esas cualidades esenciales, no se habría celebrado el acto. Para la posición subjetiva la persona que alega el error *in substantiam* tiene que probar que la cualidad ha sido tomada en cuenta por ella para realizar el acto.

Lo decisivo en una u otra doctrina, es que el acto no se habría celebrado de haber tenido la cosa la cualidad errónea.

El error en la sustancia esencial de la cosa, se contrapone al error en la cualidades *accidentales* o *indiferentes*.

Por ejemplo, si compro un libro que creo que está excelentemente escrito y me resulta de lectura mediocre. Ello, porque el libro es el que he querido comprar y del autor elegido, luego el error no recae sobre la sustancia misma de la cosa.

Siempre que la cualidad supuesta sea accidental o accesorio en la cosa, no es error esencial y, por ello, tampoco comporta un vicio que invalide el acto, aunque haya sido el motivo determinante del acto (art. 928).

Así, la compra de un inmueble de menor rentabilidad que la que creía el comprador, pues la menor rentabilidad no altera la especie adquirida: inmueble que produce rentas.

En el mismo caso se encuentran los que se llaman *errores de pluma*, el "*lapsus*", el *mal cálculo aritmético*. Vendo por \$ 1.300 y pongo \$ 130. Ambas partes están contestes en la compraventa y en la cantidad, pero se pone otra accidentalmente, lo cual en consecuencia siempre puede corregirse y salvarse, y en cualquier época puede pedirse la enmienda o corrección. Luego no es vicio que anule el convenio.

A pesar de ser error accidental o indiferente, en algunos casos sí anula el convenio, como cuando la calidad secundaria o accesorio erróneamente atribuida a la cosa, fue expresamente garantizada por la otra parte, o cuando tuviese el carácter expreso de una condición.

Caso del vendedor de caballos que ha garantizado la velocidad por segundo en un trecho determinado y se probase después que no tenía esa velocidad. Si no se hubiera garantizado aquella velocidad del caballo de carrera, sería error no invalidante del acto, pero al haberlo hecho puede producir la nulidad.

Tratándose de un error en la sustancia accidental o indiferente, no permite invocar la nulidad, pero la víctima del error podrá pedir una reparación de los daños que por causa del error ha soportado. Si se trata de un *lapsus* o error de pluma en la cantidad, bastará con que el juez disponga la rectificación.

§ 224. **ERROR SOBRE LA PERSONA.** — Es otro error esencial, que recae sobre alguno de los sujetos o partes del negocio. Dos problemas deben dilucidarse en esta clase de error: *a*) si es necesario que la persona sea *causa principal* del negocio y, por tanto, se limitaría el error *in personam* a las convenciones en que el sujeto parte tiene cualidades insustituibles (*intuitu personae*), o si no es necesario que la persona sea la causa principal del acto (*causam dans* o causa determinante del acto), bastando que haya error sobre ella, y *b*) si el error que puede invalidar el negocio, comprende sólo *la identidad* de la persona o también *las cualidades* de la persona.

Para resolver el primer problema, en el Código francés es clara la letra que limita la nulidad al caso en que el sujeto del acto es su causa principal, por lo cual sólo podrá invocarse el error *in personam* en los contratos *intuitu personae*.

Este Código fue seguido por la mayoría de las legislaciones, no obstante que la fuente (Pothier) tenía un alcance más amplio. Bastaba para ese tratadista que la persona del negocio fuera tenida en cuenta por cualquier motivo, y ponía estos ejemplos: *a*) si queriendo dar o prestar alguna cosa a Pedro, la doy o presto a Pablo, a quien tomo por Pedro, porque no quise dar o prestar la cosa a Pablo, sino a Pedro, entrando en la donación o préstamo la consideración del donatario o mutuario, y *b*) si queriendo hacer autorizar una escritura por notario, convengo con Jaime, a quien tomo por tal, pero no era notario. No era necesario, entonces, que la persona fuera causa determinante, sino que bastaba que por cualquier motivo se la tuviera en consideración. Ello ni siquiera puede ocurrir en ciertos negocios en que la persona no cumple ninguna función especial, siendo indiferente una u otra; así, por ejemplo, si un librero vende un libro, lo mismo da que el comprador sea uno u otro (Pedro o Pablo), en el caso de que la compraventa fuera al contado.

Nuestro Código, apartándose del *Code* Napoleón e inclusive del *Esboço* de Freitas, que entre otros muchos lo siguió, tiene mayor amplitud. El art. 925 dispone: “*Es también error esencial y anula el acto jurídico, el relativo a la persona, con la cual se forma la relación de derecho*”. En la nota demuestra que se ha inspirado en Savigny.

Tres teorías han tratado de explicar la cuestión en nuestro medio. Una, que sigue la construcción del derecho francés y sus autores, limita la aceptación del error en la persona al caso en que ésta sea la causa principal del acto (Machado, Lafaille, Brebbia). La segunda, en todo caso de error en la persona, considera que hay vicio invalidante del negocio (Llerena). La tercera, con criterio intermedio, sostiene que no es necesario que la persona sea la causa principal del acto, pero sí que esa persona no sea completamente indiferente (Salvat, Llambías, De Gásperi, Goldstein, Cifuentes).

La teoría intermedia, que no restringe el error en la persona al caso de las donaciones, el patrimonio y las convenciones *intuitu personae*, sino que lo admite en otros muchos negocios, tiene en cuenta, por ejemplo, la solvencia del comprador si el contrato no es al contado, sino a crédito; o los vicios morales de un médico jefe; la condición digna de un arrendador en una convención de arriendo, que es de larga duración, etcétera. Si bien el art. 925 habla del error esencial, se observa que el Código no define qué es error esencial y menos lo identifica con la causa determinante del acto. Atendiendo, por lo tanto, a la letra de la ley, la nota, la fuente (Savigny) y las conveniencias del tráfico, basta que la persona represente un interés legítimo y objetivamente tutelable para la otra parte y es admisible sostener que esa persona tiene carácter esencial.

El segundo problema también queda resuelto en la letra amplia del art. 925, por lo cual debe interpretarse que el error en la persona abarca tanto la identidad de la persona como las cualidades. En el supuesto de la *identidad*, se trata de la civil o física: contratar con Pedro creyendo que es Pablo. Pero no cuando siendo la misma persona con la que se quería contratar, el error ha versado únicamente sobre el nombre o apellido, pues en este último caso siendo idéntica la persona a quien se refiere, no es error esencial.

En cuanto al caso de error en las *cualidades* de la persona, tiene que tratarse de cualidades que, en este caso sí, sean causa

determinante del acto. Esto quiere decir que la persona, por sus condiciones, no es indiferente y que no se hubiera contratado de haberse conocido la verdadera cualidad personal del otro contratante.

Por ejemplo, tomar en servicio una cocinera o un cochero y en realidad haber empleado una criada o un camarero; contratar un actor para teatro creyendo que es un cantante. En cambio, las cualidades distintas dentro de la misma profesión, no es caso de error esencial. Es admisible invocar el error cuando se ha creído en una solvencia inexistente en el otro contratante, pues el patrimonio que sustenta el crédito es cualidad sustancial de la persona del deudor.

En el *matrimonio* se admiten también los dos aspectos del error en la persona, tanto si recae sobre la identidad civil del otro contratante, como si la falsa noción se refiere a las relevantes condiciones de alguno de ellos, ya por su formación espiritual, o por su condición puramente física.

§ 225. **ERROR DE DERECHO.** — Tradicionalmente, a partir del derecho romano, se ha considerado que no es admisible invocar el error cuando proviene de una negligencia de la parte que se ve perjudicada por la falsa noción determinante del acto. El error inexcusable no es, por tanto, un vicio de la voluntad atendible. Como, por otra parte, se consideraba que las leyes son conocidas, claras y ciertas, tampoco podía invocarse el error de derecho, dado que era inexcusable, y que esa falsa noción de la ley vigente provenía de una culpa o gran negligencia.

Esta teoría se ha expandido en la mayor parte de las legislaciones que tratan el error de derecho, con la conclusión de que no sirve de excusa alegar la ignorancia o error de la ley. En muy raras circunstancias, sin embargo, hay excepciones al principio. En el derecho romano a favor de las llamadas *rusticitas*, o personas de baja cultura intelectual, que vivían aisladamente en el campo, podían invocar esa ignorancia en algunos pocos casos; también los soldados por la vida que llevaban, y los menores que tenían el derecho de restitución frente a transacciones lícitas y omisiones perjudiciales.

Sin embargo, algunos códigos antiguos (Louisiana, Bulgaria, Código italiano de 1865), y también en la corriente predominante de los últimos tiempos, se ha admitido que se invoque el error de derecho, equiparándolo al error de hecho, cuando aquel error o ignorancia de la ley ha sido la causa determinante del acto, es decir, que sin la falsa creencia la parte no habría realizado el negocio.

Se puede definir el error de derecho como el *desconocimiento de la existencia o contenido de una norma jurídica, o*

interpretar su significado de manera distinta de la real, o hacer con ella una aplicación inexacta a una situación que no regula y, por tanto, también atribuir a un hecho o a una relación una calificación jurídica distinta de la que le es propia o, finalmente, suponer en vigor una norma inexistente. Esto quiere decir, en síntesis, que este *error iuris* recae sobre el alcance, la existencia o permanencia en vigor de las normas jurídicas, y sobre la aplicación de la norma a una situación que no cae bajo su disciplina (Betti).

Comprende, no sólo las normas legales, sino también las normas consuetudinarias o costumbres obligatorias. En cambio no es dable extenderlo a la jurisprudencia y sus modificaciones, que no tienen carácter de ley. El fallo plenario aleja toda duda sobre el alcance del derecho, y si después hubo un cambio de orientación con otro plenario, no se podrá invocar error de derecho por haberse ajustado el acto al primero (CNCiv, en pleno, 5/11/43, LL, 32-498).

No comprende las leyes extranjeras, pues la obligación de conocer el derecho se limita al régimen normativo propio; ni los casos de jurisprudencia con diferente solución.

Los arts. 20 y 923 del Cód. Civil descartan la alegación del error de derecho, basados en dos principios: *a)* se presume la inexcusabilidad o negligencia culpable del que dice no conocer las normas del derecho vigente, y *b)* dadas a publicidad nadie puede ignorar las leyes, lo cual es un principio ajeno al conocimiento real que cada uno tenga de las leyes, sino como sistema de orden asentado en una necesidad lógica para la salud general y la seguridad social.

Sin embargo, los citados artículos del Código dejan a salvo, como excepción, los casos en que la misma ley admite invocar el error de derecho, y en estos casos, en que es posible alegarlo para dejar sin efecto los negocios y sus consecuencias, se requiere, de todos modos, que el error sea esencial y excusable, debiendo probar la situación de ignorancia o error quien lo invoque.

Las excepciones legales de nuestro Código son las siguientes: *a)* caso del pago de lo no debido, ya que el art. 784 establece que la persona que por un error de hecho o de derecho se creyera deudor, tiene derecho a repetir lo que ha pagado; *b)* el

caso de la transacción cuando se llega a ella por error de hecho o de derecho, al creer que el título era válido, cuando en realidad era nulo (art. 858), y c) para determinar la buena fe del poseedor de la herencia, estableciendo que es de buena fe cuando por error de derecho se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tiene (art. 3428).

Se han agregado otros supuestos legales por los autores, sosteniéndose por alguno, inclusive, que es tan larga la lista de normas que admite el error de derecho, que prácticamente se invierte el principio (López Olaciregui). Pero estas tendencias ampliatorias, que comprenden supuestos no establecidos expresamente en la ley, provocan lo que el codificador trató de desarraigar, es decir, el peligro de la inseguridad en las relaciones jurídicas y el apuntalamiento de la obligatoriedad de las leyes (Cifuentes). Por ello, la jurisprudencia en la mayor parte de los fallos evita extender las excepciones más allá de los casos expresamente enunciados por la norma.

TRABAJOS PRÁCTICOS

Para distinguir entre error de hecho y de derecho: CNCiv, Sala A, 25/6/52, *LL*, 67-271; íd., Sala F, 9/8/73, *ED*, 53-246.

Analizar la diferencia entre error esencial y accidental: CNCiv, Sala A, 29/9/58, *LL*, 93-543.

Acerca de la excusabilidad e inexcusabilidad del error: CNCiv, Sala D, 20/12/83, *LL*, 1984-C-3; SCBA, 19/9/72, *LL*, 149-498; C4ªCivCom Córdoba, 17/6/77, *JA*, 1978-II-117; CNCiv, Sala G, 4/12/80, *ED*, 93-278.

Para el caso en que ambas partes procedieron con culpa: CCivCom SFe, 12/8/69, *JA*, 1970-V-687, con nota de Mosset Iturraspe, Jorge, *Excusabilidad o reconocibilidad del error. La presunción de explotación en la lesión subjetiva-objetiva*.

En el supuesto de error en el objeto, por la ubicación del terreno materia del contrato: CNCiv, Sala D, 20/12/83, *LL*, 1984-C-3.

Para el error sobre la cantidad, estudiar las distintas soluciones: CComCap, 31/8/36, *JA*, 56-606; CNCiv, Sala A, 29/9/58, *LL*, 93-543.

El error en la persona, respecto a sus cualidades: CNCiv, Sala A, 12/9/61, *LL*, 104-717. Negativa del vicio cuando se trata del nombre: CNCiv, Sala C, 9/8/74, *ED*, 60-313. El error en la persona del cónyuge sobre sus relevantes condiciones, para considerar el vicio del acto matrimonial: CNCiv, Sala B, 21/10/74, *ED*, 59-405, con nota de Cichero, Néstor, *El error y el dolo como vicios del consentimiento matrimonial*.

Para la consideración y admisión del error en la causa: CCiv1ªCap, 20/4/32, *JA*, 37-1352, con estudio de las posiciones de los doctores Tobal y Barraquero; íd., 25/10/46, *LL*, 44-548; íd., 31/12/43, *LL*, 33-154.

Ver la prevalencia del criterio subjetivo en el error sobre la cualidad de la cosa: CNCiv, Sala A, 12/3/80, *LL*, 1980-C-502; íd., Sala D, 15/

6/82, *ED*, 102-254; íd., íd., 29/7/77, *ED*, 78-259; íd., Sala E, 26/2/81, *ED*, 94-303, con nota de Llambías, *El error "in substantia"*.

Para el error de derecho y su desestimación: CNCiv, Sala D, 30/12/68, *ED*, 27-450; íd., Sala C, 14/5/76, *LL*, 1976-C-240; íd., íd., 13/8/81, *LL*, 1981-D-261. Excepciones que permiten invocarlo: SC Mendoza, 5/5/78, *JA*, 1979-I-584.

3) DOLO

§ 226. **CONCEPTO DE DOLO COMO VICIO DE LOS ACTOS JURÍDICOS, COMO ELEMENTO INTENCIONAL DEL DELITO CIVIL Y DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.** – Literalmente la palabra dolo significa engaño, fraude, simulación, mentira, superchería, pero jurídicamente tiene tres acepciones de diferente alcance y para distintos supuestos, a saber:

a) El dolo referido a los actos lícitos como uno de los vicios de la voluntad, para lograr la anulación del acto o negocio. Éste es el sentido que expondremos en adelante, debiéndose recordar la definición que da el Código en el art. 931, el cual dispone: "*Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin*".

Al decir la norma "*que se emplee con ese fin*", se refiere al objetivo del acto doloso, que es determinar a la otra parte a que caiga en el error a fin de que realice el acto o negocio. Es el dolo, en consecuencia, un error provocado, no espontáneo, porque significa inducir a error a alguien a fin de conseguir la ejecución de un acto.

Al respecto, el error puede ser provocado mediante la *calliditatem* o disimulación artificiosa, callarse engañosamente; mediante la *fallatio*, o lenguaje embustero, la palabra, mentirosa, y la *machinatio*, o la intriga urdida para conseguir dicho objeto. Éstas son las tres maniobras que contiene el transcripto art. 931.

b) El dolo como elemento de los actos ilícitos y un modo subjetivo de su ejecución, es efectuar a sabiendas el acto contrario a la ley y con la intención de causar un daño a la persona o bienes de otro. Este dolo no se refiere al vicio de la voluntad y a la anulación de un acto lícito, sino a la comisión del he-

cho ilícito que se llama delito en la ley (cometido con dolo) y que lleva al resarcimiento de los perjuicios ocasionados (art. 1072). Ver § 157.

c) El dolo empleado para no cumplir las obligaciones, es la deliberada intención de no cumplirlas, no obstante que el deudor está en condiciones de hacerlo. Aquí, la inejecución de una obligación en el tiempo debido es actitud consciente del incumplidor y que, además, no está materialmente impedido de ejecutar sus deberes porque cuenta con medios para hacerlo. El incumplimiento se traduce en una acentuación de la responsabilidad cuando es por dolo y no por culpa (arts. 506 y 521).

Volviendo al dolo como vicio del acto jurídico, es dable recordar su *clasificación*, atendiendo a los siguientes tipos de dolo:

a) *PRINCIPAL O ACCIDENTAL*. Se estudiará más adelante (ver § 227).

b) *DIRECTO O INDIRECTO*. Según que la parte que se beneficia con el acto conseguido por medio de dolo sea o no la misma persona que realiza la maniobra dolosa. En el indirecto, el engaño lo elabora un tercero ajeno a las partes y para que se beneficie una de ellas (ver § 229).

c) *POSITIVO O NEGATIVO. LA OMISIÓN DOLOSA*. Según que el sujeto emplee como maniobra engañosa una acción positiva o una omisión. En el positivo empleará tanto la aserción de lo que es falso, el artificio, la astucia y la maquinación, como la disimulación positiva de lo verdadero, o sea, en este último supuesto (*calliditatem*) maniobras o ardidés para ocultar lo real del estado de las cosas. En el negativo o por omisión, aprovechará un engaño en el que cae la otra parte por las apariencias que él no ha creado, y es un ocultamiento sin maniobras o ardidés para engañar.

En este segundo caso de dolo negativo o por omisión, no hay más que una actitud reticente, un abstenerse por parte del autor del dolo, dado que no informa a la víctima y aprovecha el error en que ella ha caído.

Algunos autores consideran que al respecto sólo hay dolo por omisión cuando existe un especial deber o carga de informar y es la

norma la que establece esa carga, como en el caso del seguro, en que la ley 17.418 sanciona las reticencias del asegurado, por ejemplo, al no denunciar una enfermedad (López Olaciregui, Brebbia, De Gásperi). Sin embargo, parece más razonable no limitar a ese solo aspecto la omisión dolosa y considerar que, cuando hay deber legal de información y comunicación, más que dolo se comprueba una declaración culpable por incompleta o inexacta. Es dable, por tanto, sostener que basta en cualquier situación haber mantenido un silencio doloso que indujo a la otra parte a error. Se trata únicamente de ver la influencia de la actitud negativa sobre la determinación que tomó la otra parte para negociar. Por ejemplo, la del vendedor de una cosa al que le consta que el comprador comete yerro sobre cualidades importantes de la cosa y no se las aclara o manifiesta (Barbero, von Tuhr, Cifuentes). Pero, al igual que el dolo positivo, tienen que darse los requisitos que más adelante se estudiarán, es decir: ocultamiento grave; causa determinante del acto, porque sin ese ocultamiento no hubiera negociado; producir un daño importante, y no haber ocultamientos recíprocos. El art. 933 regula este tipo de dolo negativo.

d) *PERSONAL O "EX RE IPSA"*. Según que el engaño provenga de una persona, o que la víctima del error se engañe por causa de la cosa misma, sin ocultamiento de la otra. En el personal aparece la acción u omisión dolosa del victimario. En el *ex re ipsa* o dolo real, no hay culpa de partes.

Por ejemplo es real o *ex re ipsa* si el comprador saliere muy perjudicado por un vicio oculto que tenía la cosa que compró y el vendedor tampoco lo sabía. Este dolo no produce la nulidad del acto, dado que falta el vicio de voluntad, pues hoy no se le reconoce carácter doloso (Salvat, Boffi Boggero). Es posible admitir, sin embargo, que en muchos casos de engaño por la cosa misma, puede llegarse a error en la sustancia o cualidad invalidante por esta causa (Cifuentes).

e) *BUENO O MALO*. Según que los engaños que una parte emplee no sean más que afirmaciones muy corrientes en el comercio y estén admitidos en las costumbres o prácticas mercantiles. Este dolo bueno no invalida el acto, tratándose meramente de una sagaz precaución negocial, de exageraciones y pequeños engaños u omisiones propias de las negociaciones comerciales.

Aquí no puede decirse que la otra parte ha sido engañada, pues debe saber el *modus operandi* en el lugar de que se trata, y tiene medios para conocer la verdad. No hay por ello dolo, como por ejemplo, el comerciante que declara superiores sus productos y no lo son,

o el del médico que oculta la verdad al paciente que se opera para no asustarlo, aunque este ejemplo último no debe ser aceptado, pues importa la pretensión ilegítima de conducir las acciones de los otros (Llambías, Cifuentes). En el *dolus malus*, el engaño no es de uso corriente, tiene grave repercusión, no tiene buena intención el engañador y se dirige a violar el justo derecho de la parte engañada.

§ 227. **CONDICIONES PARA QUE EL DOLO DETERMINE LA ANULACIÓN DEL ACTO.** — En la caracterización del *dolo principal* (ver la clasificación precedentemente hecha), se requieren cuatro condiciones que deben existir en cada acto. Queda descalificado el dolo causante de la invalidez si falta alguna de esas condiciones, pues dolo sería sólo dolo incidental o bien dolo descartable cuando es recíproco. Éstas están enunciadas en el art. 932, norma que no incluyó la quinta condición de la fuente inspiradora (Chardon), en la cual no se admitía el dolo de un tercero. Esas cuatro condiciones son:

a) *QUE HAYA SIDO DOLO GRAVE.* La maniobra debe ser apta para producir el engaño en la víctima. La gravedad del dolo no es más que la idoneidad del ardid, mientras que el dolo bueno o tolerado no es vicio de voluntad precisamente porque la maniobra en sí es insuficiente para engañar.

Para establecer la gravedad del dolo hay que considerar las cualidades y circunstancias que atañen a la persona engañada, ya que no es igual la impresión que causa un artificio en persona inculta que el que se dirige a persona inteligente y con mucha experiencia. Por ejemplo, no es igual vender un banco de una plaza a un analfabeto recién llegado del campo, que a un sujeto avezado de la ciudad.

No es correlativo este requisito con el de la excusabilidad del error, pues aun tratándose de un error inexcusable, cuando es provocado por dolo, el acto es anulable. Es que la gravedad del dolo al obrar sobre la víctima de modo que le obstaculiza toda advertencia sobre el verdadero estado de las cosas, le dificulta y hasta impide tomar medidas para cerciorarse de la verdad de la situación, por lo cual, aunque no tome esas medidas de verificación, no es por causa de negligencia sino por efecto del engaño (Segovia, Llambías, von Tuhr, Cifuentes).

Por ejemplo, la persona que no hace las habituales y exigidas averiguaciones del estado de dominio en el Registro de la Propiedad, y se confía en los certificados falsos que le presenta la parte

vendedora, quedando persuadida de la no necesidad de esas averiguaciones. En un caso así, el autoerror sería inexcusable, pero frente a esa maniobra de engaño, el error provocado tendría mérito suficiente para la invalidación por causa de dolo.

b) *QUE HAYA SIDO CAUSA DETERMINANTE DEL ACTO.* Es el dolo que indujo a la persona a realizar el acto, pues de otro modo, conociendo la verdad, no lo hubiera concluido. Cuando la víctima de todos modos y por cualquier causa que fuere se hubiera decidido a realizar el acto, no sería determinante o el llamado *dolus causam dans*, sino dolo incidental o *dolus incidens*, que es insuficiente para anular el negocio, pero que abre la acción de resarcimiento del daño.

c) *QUE HAYA OCASIONADO UN DAÑO IMPORTANTE.* El daño debe tener entidad considerable para proteger a la víctima, pues si es insignificante, no se puede justificar la anulación del acto. Es una condición objetiva, que habrá de ponderar el juez en cada caso. Cuando el daño es insignificante también es dolo incidental.

En las legislaciones como el Código alemán, esta condición no existe, pues basta que la voluntad esté viciada, haya o no daño. No protegen el patrimonio, sino la libertad de decisión, lo que es muy justo.

d) *QUE NO HAYA HABIDO DOLO RECÍPROCO.* El que obró con dolo no podría invocar que la otra parte a su vez lo engañó. Esta exigencia negativa es aplicación del principio de que la ley no protege al que obra torpemente. Frente a dos tramposos, el derecho se desinteresa y no protege a ninguno.

El dolo recíproco debe estar cometido con la gravedad que el art. 932 exige, no sólo por parte de uno, sino por parte de ambos. No hay que confundir el dolo recíproco con el dolo combinado por las dos partes para engañar a un tercero.

§ 228. **DOLO RECÍPROCO.** – Al respecto, remitimos a lo expuesto en el § 227, d.

§ 229. **DOLO DE UN TERCERO.** – Ya se ha visto (§ 226) en la clasificación, que el dolo puede ser directo o indirecto. En el primer caso, el engaño es hecho por la parte beneficiada, que

provoca el error en la víctima, para inducirlo a realizar el acto. El indirecto es el dolo que comete un tercero sobre una de las partes del acto para beneficiar a la otra parte.

Muchos antecedentes legislativos no invalidaban el acto o negocio cuando el dolo era de un tercero, pero nuestro codificador, inspirado en Freitas, sancionó con la invalidez a los actos en esas circunstancias de dolo de un tercero, y ello aun cuando el beneficiado con el engaño urdido por el tercero hubiera sido de buena fe, es decir, ajeno a la maniobra del tercero.

El art. 935, que así lo establece, se remite para las soluciones a los arts. 941 a 943, que encaran el similar problema cuando el vicio de la voluntad es por fuerza e intimidación. Queda establecido, pues, que es anulable el acto si emplea el ardid o engaño un tercero que en él no interviene, lo cual ocurre tanto si una de las partes (la beneficiada) lo sabía como si lo ignoraban las dos. Como, por otro lado, el dolo produce, además de la nulidad, la posibilidad de reclamar el resarcimiento, si la parte beneficiada con la maniobra engañosa sabía que el tercero empleaba esa maniobra a su favor, la obligación es solidaria en reparar a la víctima los daños y perjuicios, es decir, la víctima podrá dirigirla tanto contra la otra parte por la totalidad como contra el tercero, o contra los dos: parte y tercero. En cambio, si las partes del acto o negocio no eran conocedores del dolo empleado por un tercero, sólo éste habrá de indemnizar a la víctima del dolo.

Se aplican de todos modos a este caso del dolo cometido por un tercero, las demás condiciones estudiadas para que *sea dolo principal*, es decir, los cuatro recaudos expuestos: gravedad, causa determinante, daño importante y dolo no recíproco. Caso contrario, siendo dolo incidental, no sería posible hacer lugar a la anulación del acto, pero siempre progresaría la acción de indemnización de daños producidos, a cargo sólo del tercero, o de la parte y el tercero si estaban en combinación.

Los fundamentos de la solución legal expuestos en la nota del art. 935, se fundan principalmente en la idea de que, sea o no de buena fe la parte beneficiada con el dolo, es un acto en el cual está viciada la voluntad.

TRABAJOS PRÁCTICOS

Para la aplicación del distingo entre dolo principal e incidental con motivo de la falta de una línea telefónica como accesorio del inmueble transmitido: CNCiv, Sala C, 23/6/81, *ED*, 95-165.

Para omisión dolosa, C1ªCivCom LaPlata, Sala III, 26/7/66, JA, 1966-V-537; CNCiv, Sala D, 21/2/74, ED, 56-385.

Sobre la gravedad del dolo con relación a la persona, CNCiv, Sala A, 26/11/62, LL, 110-498.

Acerca del elemento "causa determinante", CNCiv, Sala F, 12/9/79, JA, 1979-IV-178.

4) VIOLENCIA

§ 230. **FUERZA E INTIMIDACIÓN.** – La fuerza viene a ser la coacción material o física sobre el sujeto pasivo, el cual queda reducido a un elemento instrumental del sujeto activo, como cuando la mano del que escribe ha sido llevada por la mano de otro. La intimidación es la violencia moral, que consiste en inspirar un temor o miedo de amenazas, suprimiendo psíquicamente la libertad de obrar.

En el derecho romano, la fuerza se denominaba *vis absoluta* y la intimidación *vis compulsiva* o *metus*. Sin embargo, en el derecho posterior se relega a la fuerza y se tiende a considerar solamente el *metus* o intimidación, como en el Código francés y en los códigos que lo siguieron. Inclusive ese olvido de la fuerza se produce en el derecho italiano y el alemán. Se piensa en estas corrientes legislativas, que es innecesario considerar la fuerza física o material, pues ninguna obligación podrá nacer de una falta tan completa de libertad, dado que en este caso el agente no es sujeto, sino medio utilizado por otro sujeto para lograr sus fines.

En cambio, nuestro Código, siguiendo a Freitas, incluyó ambas formas de violencia y, para las dos estableció la consecuencia de la nulidad del acto, con la conclusión de que, sea física o moral, queda suprimida la "libertad" como elemento interno de la voluntad del sujeto. En ambos casos, el efecto es la anulabilidad del acto, que produce una nulidad relativa y por lo tanto confirmable, sin perjuicio de admitirse la posibilidad de la reparación de los daños si éstos se han producido. Es de tener en cuenta en este aspecto, que tratándose de privación de la libertad, siempre es posible invocar el daño moral que tanto la fuerza como la intimidación producen, pues esa coacción implica el ataque a un derecho personalísimo, siendo muy excepcional, se diría inexistente, el supuesto de violencia que carezca de efectos dañosos.

a) *FUERZA O VIOLENCIA MATERIAL.* Según Freitas “*habrá fuerza cuando alguien hubiere inmediatamente empleado contra el agente un constreñimiento corporal, por el cual lo reduzca a instrumento pasivo del acto*”.

El sometimiento debe ser *irresistible*, en el sentido de que la víctima de la violencia material o *vis absoluta* no tenga medios para oponerse o resistir la coacción que sufre. Pero, además de irresistible, debe ser esa fuerza determinante del acto o negocio, por haber influido en el sujeto pasivo en la realización de ese acto, atendiendo a sus condiciones personales.

Refutando la crítica que se ha hecho por haber incluido la fuerza física (Borda, Llambías), se recuerda que ésta puede ser positiva o pasiva. Así, además de llevar por la fuerza la mano para que otro escriba, o mediante presión física hacerle apretar el gatillo del revólver, o empujarlo para que entre en el lugar y hacerle levantar la mano con el sentido de un voto en una asamblea, está la fuerza negativa. Este último supuesto se produce cuando a alguien se lo encierra para que no pueda actuar, o se lo maniatra, impidiéndole de ese modo realizar un pago o cumplir una obligación, o concurrir a celebrar un acto jurídico. Estos últimos casos demuestran que la fuerza irresistible tiene amplio campo, distinto de la violencia moral o intimidación (Brebba, Cifuentes).

b) *INTIMIDACIÓN O VIOLENCIA MORAL.* Puede producirse el temor por medio de: 1) castigos sobre el agente o encerramientos que lo atemoricen, o 2) por último, con amenazas de castigos u otros males a él, sus bienes, o a sus allegados. En ambos supuestos, el agente obra por sí mismo para evitar el mal mayor (continuidad del encierro, castigo o cumplimiento de la amenaza), mientras que en la fuerza irresistible obra el otro convirtiendo a la víctima en elemento pasivo.

La definición del art. 937 sólo contiene la variación de la amenaza o intimidación, pero los autores consideran que están comprendidos en él los dos aspectos o variedades explicados. Dispone esta norma: “*Habrá intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos*”.

Se produce en este caso la elección del mal menor por parte del sujeto que sufre el temor, lo cual significa que siempre hay una decisión tomada por el amenazado y no se excluye por completo su voluntad, puesto que puede elegir el daño que lo atemoriza o hacer la declaración que el amenazante le exige.

Las siguientes son las cualidades que debe tener la intimidación:

1) *AMENAZAS INJUSTAS*. No lo es la amenaza justa, o sea cuando se intimida al otro con el ejercicio correcto de un derecho (art. 939). La amenaza es injusta y antijurídica cuando es ilícito el medio empleado (un arma, castigos corporales, atribuirle delitos al amenazado), pero también es injusta cuando se emplea un medio lícito pero el propósito es ilícito, inmoral o contrario a las buenas costumbres.

Por ejemplo, si el acreedor amenaza a su deudor con iniciarle un juicio para cobrar la deuda es amenaza justa. Pero si el acreedor se aprovecha haciendo un verdadero chantaje al deudor, exigiéndole intereses usurarios bajo presión de embargarle la casa habitación; o, si la mujer amenaza al marido con el divorcio para que le dé una propiedad. En estos últimos casos, no obstante la legalidad del medio que sirve de amenaza, ésta es injusta.

2) *MAL INMINENTE*. El mal que produce el temor y con el que se amenaza para coartar la libertad del agente, debe ser relativamente próximo, de tal modo que no puede evitarse a tiempo ni reclamarse el auxilio de la autoridad pública, o que este auxilio no fuera eficaz.

Aunque no fuera un mal próximo, bastaría que se suscite un temor porque el mal es imposible de evitar; por ejemplo, las amenazas de las asociaciones de delincuentes, exigiendo un precio a la libertad o a la vida de las futuras víctimas, cuando la propia autoridad es en cierto modo impotente para evitar el cumplimiento de la amenaza—caso de las mafias—(Orgaz). Hay que agregar los casos de abuso de autoridad, cuando es el propio régimen de poder el que amenaza, el cual no se contiene ni se limita cumpliendo las exigencias legales y permite toda forma de excesos a los agentes militares y policiales, so pretexto de perseguir bandas terroristas. Aquí la violencia es más clara, porque la víctima carece de posibilidades de protección, ya que es quien ejerce el poder gubernamental el que emplea la presión e intimida a la víctima, o permite la intimidación de sus agentes (Cifuentes).

3) *MAL GRAVE*. Queda descartado el mal leve y la amenaza que implique un mal imposible de producirse o meramente eventual, situaciones en que no se puede admitir que una persona razonable sea influenciada como para que ceda a la intimidación. Todo depende de las circunstancias de hecho, pero el mal grave hay que medirlo según las condiciones personales del amenazado.

Se le representa a la víctima un gran dolor físico o moral frente a la imagen de otro dolor menos intenso que le puede producir la realización del negocio que se le exige. Y es más susceptible de intimidación el débil, tímido o inmaduro, que el fuerte, recio y experimentado, de modo que en uno u otro la amenaza tendrá diferente repercusión, lo cual se relaciona con el temor.

4) *TEMOR FUNDADO*. Debe ser un temor racionalmente fundado, que proviene de aspectos objetivo-subjetivos. Pero basta que el amenazado se haya convencido de la efectividad de la amenaza, lo cual le produce un temor real y actual.

Esto ocurre inclusive con un medio no idóneo, como, por ejemplo, el que cierra el negocio bajo la presión de un revólver sin saber que el arma era de madera o de juguete.

No se requiere que la violencia sea tal, que impresione a una persona de espíritu fuerte, como antiguamente se exigía. Sino que, como se ha visto, hoy hay que proteger especialmente a los débiles, ameritándose el carácter, hábitos y sexo (art. 938). Basta que razonablemente la amenaza haya causado una fuerte impresión, y bajo esa impresión, se produce la declaración de voluntad anulable.

5) *QUE HAYA SIDO CAUSA DETERMINANTE DEL ACTO*. Si los actos se ejecutaron con ocasión de una amenaza como las expuestas, pero no causados por esa amenaza, porque igual se hubieran producido sin ella, no hay nexo de causalidad entre la amenaza y el acto realizado (art. 901). El sujeto debe tener frente a sí este dilema: la falta de declaración o acto determinará el mal; la declaración o negocio lo evitará. No hay otros motivos de la efectivización de ese negocio, sino uno solo: evitar el mal.

Por ejemplo, se compra, se da en préstamo o se regala únicamente para evitar la amenaza. La prueba de esa relación de causalidad está a cargo del amenazado que pretende anular el acto, pero siempre podría el amenazante demostrar, para evitar la nulidad, que, a pesar de las amenazas, el sujeto igualmente hubiera realizado el negocio por otras razones (porque quería beneficiar al causante; porque le interesaba el bien que adquiriría para ciertas necesidades suyas, etcétera).

6) *BIENES AMENAZADOS*. Según el art. 937, que hemos transcrito anteriormente, se contempla a la persona misma que sufre la amenaza y constreñida por ella ejecuta el acto, desde el punto de vista de su integridad física, libertad, honra

o bienes que le pertenecen. Pero también se incluye en la enunciación a ciertos parientes: cónyuge, descendientes o ascendientes.

El problema estriba en determinar si la amenaza a un pariente o amigo que no es de los enunciados, produce intimidación capaz de ser invocada para anular el acto. La conclusión general y que se funda en la nota de la norma, es que esa enunciación no es limitativa, sino que es posible tomar en cuenta la amenaza dirigida a otras personas.

No obstante, la diferencia es la siguiente: si el amenazado (por muerte, lesión, pérdida de libertad, etc.) es el cónyuge o un descendiente (hijo) o ascendiente (padre), basta la amenaza para presumir el temor fundado. Mientras que si la amenaza recae sobre un hermano o pariente colateral, o hasta un amigo, y aun una persona no pariente y extraña, el acto se puede anular, pero se debe probar que la presión produjo efecto en el ánimo, pues en estos casos ya no se presume ese temor fundado.

§ 231. **VIOLENCIA EJERCIDA POR UN TERCERO.** – La anulabilidad del acto o negocio tanto se produce cuando la violencia física o moral proviene de la otra parte como si proviene de un tercero. La palabra tercero está tomada en un sentido comprensivo de toda persona que no tenga un interés comprometido con el acto; luego pueden ser los testigos, el escribano, los representantes, el nuncio o agente, los acreedores o los *penitus extranei* (ver § 170).

La parte que tiene conocimiento de la violencia ejercida por ese tercero es cómplice y, por ello, la ley crea la solidaridad entre el tercero y la parte cómplice, debiendo indemnizar los daños irrogados cualquiera de ellos. Basta que tenga ese conocimiento antes, al tiempo o después de haber realizado el acto y se aproveche de sus efectos.

En cambio, si la parte no sabía que un tercero ejercía violencia sobre la otra, sólo el tercero responderá por los daños y perjuicios.

En todos los casos, sabiéndolo o no la parte, el acto es anulable, por estar viciada la voluntad en el elemento interno de la libertad.

§ 232. **TEMOR REVERENCIAL.** – Hay temor reverencial cuando la parte actúa por respeto y consideración hacia una persona, a la cual le debe moralmente cierta sumisión en virtud de un vínculo superior. No es miedo ni intimidación, sino que se obra atado por ese respeto y, por tanto, el acto no es anulable. Este acto es libre y espontáneo, pero no querido, pues fue ejecutado únicamente para cumplir con el deber de obedecer los impulsos derivados de esa vinculación moral, es decir, de no desagradar, ni mostrarse desagradecido, de evitar, en fin, un reproche o una desaprobación.

El art. 940 hace la siguiente enunciación: “*El temor reverencial, o el de los descendientes para con los ascendientes, el de la mujer para con el marido, o el de los subordinados para con su superior, no es causa suficiente para anular los actos*”.

Por ejemplo, la venta de un bien efectuada por el hijo bajo la influencia del carácter autoritario del padre, quien, no obstante, no ha obrado con amenaza o restringiendo la libertad de aquél (ver CNCiv, Sala D, 9/4/73, ED, 43-701). También el temor reverencial al maestro por el alumno, al militar por el soldado, al patrón por el dependiente empleado, que cumplen un autoritario pedido sin que haya intimidación del superior.

En cambio, si además del temor reverencial, utiliza el superior un verdadero acto de intimidación, hay causal de violencia, que, inclusive, es más grave y debe juzgarse con mayor severidad, pues el agente se ha prevalido de su condición superior y de ese temor para amenazar.

§ 233. **ESTADO DE NECESIDAD.** – Hay dos alcances de diverso encuadre jurídico en el estado de necesidad. En general, en ambos puede decirse que responde a una situación de peligro inminente e inevitable, que pone en movimiento el sentido de la conservación, por lo cual el sujeto, para salvarse, realiza un acto no querido. El primer alcance es el que se refiere a la comisión de un acto antijurídico para evitar un mal mayor, aquí el estado de necesidad viene a ser una especie de causa de justificación o irresponsabilidad por la comisión de hechos que en otras circunstancias debían ser sancionados. El otro alcance es la comisión de un acto lícito, pero no libre, por haber mediado una situación como la descripta. Este segundo sentido es el que se tratará ahora.

La plenitud del acto voluntario, cuando hay estado de necesidad, se relaciona con su validez o nulidad, ya que fue celebrado por presión grave de circunstancias exteriores, pero que no se vinculan con la coacción o amenaza de una persona en particular (violencia), sino con el aprovechamiento que una persona obtiene de la acción de otra, la cual obra para evitar un mal mayor.

De ahí que, aunque no se trata del tema de la fuerza o intimidación, se relaciona también con un estado en que la libertad padece al formarse el acto o al hacerse la declaración. Un aspecto de ese estado de necesidad explotado por otro es el de la lesión subjetiva que estudiaremos más adelante. Pero hay otras declaraciones de voluntad ajenas al tema de la lesión, ya que no se produce desproporción en las prestaciones, o tampoco verdadera explotación de un tercero, elementos que deben ser considerados en la lesión.

No sólo se distingue el estado de necesidad como género de una de sus especies, que es la lesión subjetiva, sino que se lo diferencia de la pérdida de voluntad por violencia, ya estudiada, y del llamado "terror ambiental", o estado de peligro genérico. En este último caso es el estado general de riesgo en que vive la persona inmersa lo que la lleva a realizar ciertos actos (en guerra; tiranía de un gobierno; las revoluciones; depresiones generales, etcétera). Estos casos no llevan a la declaración de nulidad de los actos realizados en esas circunstancias. Es claro que si un sujeto se aprovecha de la situación general de peligro e intimida a otro, por ejemplo, con denunciarlo ante el dictador, puede provocar un terror que podría ser invocado.

El estado de necesidad, en cambio, se concreta en forma específica, no general, para la situación que atraviesa el sujeto. Éstas son las condiciones del estado de necesidad propio: a) un mal inminente, no superable por medio de la defensa propia o de la autoridad; b) la proposición de otro de que se acepte un mal menor como elección salvadora, y c) que la causa que produce el mal mayor sea completamente ajena a quien propone el mal menor.

Por ejemplo, el viajero que fue hecho cautivo por unos bandidos y que ofrece a una persona gran parte de sus bienes para que lo libere; el salvataje marítimo, en el cual el comandante del barco en peligro se compromete a pagar una importante suma a quien lo saque de aquella situación; el marido que al ver a su mujer en un incendio o en un naufragio, ofrece a un tercero una gran suma de dinero que éste exige para salvarla.

Además de las condiciones expuestas, es necesario el conocimiento de la parte que ofrece la salvación y se aprovecha ante la alternativa del contrayente perjudicado. Esto es, la iniquidad de la propuesta salvadora.

Antes no se aceptaba la nulidad de los actos realizados en esas circunstancias (derecho romano). Hoy, no se duda de que es inválida el acto, sosteniendo algunos autores que hay falla en el consentimiento por vicio de la libertad, y considerando otros que se ha procedido con abuso o contra la moral y buenas costumbres.

Sea que se aplique analógicamente el art. 941, porque es un caso muy asimilable a la amenaza de un tercero, o bien el art. 1071 combinado con el art. 953, hay que concluir que aun sin haber lesión subjetiva, el acto debe ser anulado por esas causas.

TRABAJOS PRÁCTICOS

Análisis y crítica de las razones que llevaron a rechazar el pedido de nulidad de renuncia y cesión de cuotas sociales, por presión de una banda que intervino en una sociedad: CNCom, Sala D, 15/5/84, *LL*, 1984-C-465.

Sobre la condición de mal grave: CS SFe, 26/6/81, *ED*, 95-625.

Análisis y crítica de soluciones dadas al supuesto de amenazas de funcionarios en un régimen de tiranía: CSJN, 28/10/63, *ED*, 8-387; CNCiv, Sala A, 15/11/59, *LL*, 98-347.

Sobre el temor determinante: CNCiv, Sala D, 29/12/59, *LL*, 99-317; *id.*, Sala A, 29/11/64, *LL*, 118-331.

5) LESIÓN

§ 234. **LESIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA.** – En la evolución histórica de la lesión, primero fue la lesión objetiva, que se llamó lesión enorme o enormísima.

Es el caso en que un acto o negocio de prestaciones recíprocas se había concertado con una gran desproporción entre las prestaciones entregándose mucho menos de lo que valía la cosa. Al principio atendiendo a ciertos negocios en particular, así en el derecho romano justinianeo, estaba referida al contrato de compraventa y por ventajas del comprador, cuando el precio era inferior a la mitad del justo precio. Igualmente, en el derecho canónico y más tarde en el Código Napoleón, en el cual se estableció la lesión para la com-

praventa de bienes inmuebles y en favor del vendedor lesionado en 7/12 partes del precio, el cual podía solicitar en ese caso la rescisión del contrato.

Algunas legislaciones posteriores, como el Código alemán, ya avanzan más allá de la llamada lesión enormísima (objetiva), para considerar elementos subjetivos, que son los que provienen del aprovechamiento de una situación precaria por la que pasa el contratante lesionado, víctima de la desproporción.

Este último es el rumbo de mayor difusión actual, pero muchas veces combinándose el aspecto objetivo, o sea, la inequivalencia grave de las prestaciones, sumada al aspecto subjetivo, es decir, el aprovechamiento de un particular estado de debilidad e inferioridad en la víctima perjudicada por el acto, estado que es la causa de su consentimiento en la realización de un negocio desproporcionado.

§ 235. *DOCTRINAS NEGATIVAS Y AFIRMATIVAS.* – A pesar de la extendida admisión de esta causal de ineficacia de los actos, no siempre la doctrina ha acompañado su consagración legislativa.

Los contrarios a admitir un elemento de juzgamiento de los actos que permita valorar la equivalencia o inequivalencia de las prestaciones, sin que en el acto haya habido uno de los vicios de la voluntad clásicos, dan como fundamento la necesidad de asegurar el cumplimiento de los negocios y la certeza del comercio jurídico, pues consideran que se produciría inseguridad si los jueces pudieran hacer mérito de las prestaciones libremente asumidas por las partes. Con una orientación particularmente individualista y elevando a soberana la voluntad de las personas, consideran los contrarios a la lesión, que no es admisible que puedan los jueces entrometerse en las ventajas o beneficios convenidos entre personas capaces y libres, y que si en esas circunstancias una de ellas realiza un mal negocio, será de su exclusiva incumbencia, debiendo soportarlo. La libertad, el principio de autonomía de la voluntad y la seguridad negocial, son los principales argumentos para considerar inaceptable que se anule una convención por ser desproporcionadas sus prestaciones.

En sentido contrario, los autores que se adhieren a esa revisión de los actos, consideran que el valor justicia debe preva-

lecer sobre el valor seguridad, pues los jueces no podrían admitir pacíficamente un acto o negocio realizado de tal modo, que produjera la ruina de una persona y el aprovechamiento de la otra, producto de circunstancias ajenas a la primera. Esta doctrina afirmativa tiene matices que subordinan aspectos individualistas agudos a una tendencia de solidaridad social, preocupándose por no desamparar al lesionado. En cuanto a la intromisión del juez que debe sopesar las conveniencias del negocio, contestan que los jueces suelen ser prudentes y cautos, resolviendo la anulación del acto siempre que fuera de toda evidencia la lesión. Y es esta cualidad de la actuación judicial la que refuta la idea de inseguridad, pues en la práctica tienen que ser muy graves las razones para que un juez deje sin efecto un acto por lesión.

En general, puede decirse que hoy día es mayoritaria la teoría que sostiene la conveniencia de esta causal de revisión de los actos o negocios, como uno de los tantos medios de que se vale la ley para conservar la equivalencia de las prestaciones, principio éste de una importancia social, y para no desamparar a la parte débil.

§ 236. **NATURALEZA JURÍDICA DE LA LESIÓN SUBJETIVA.** — Separada la lesión de los tradicionales vicios de la voluntad ya estudiados (error, dolo, violencia) y de los vicios del acto jurídico (fraude, simulación), se presenta el problema de su ubicación jurídica. Una doctrina aceptable es la que sin identificar la lesión con aquellas fallas de la voluntad, pues el acto del lesionado se ha realizado con los elementos internos sanos (discernimiento, intención, libertad), considera no obstante que en la lesión se observa *una falla en la formación de la voluntad*. Hay autores, sin embargo, que sin advertir un defecto de formación de la voluntad, ven simplemente una anomalía del negocio, consistente en el perjuicio patrimonial que se irroga por la desproporción evidente de las prestaciones (Zannoni).

Se puede contestar a esta opinión, que no explica cuál es la anomalía del negocio a la que se refiere. De manera que si se atiende a la faz subjetiva de la lesión en donde prevalece la explotación de la inferioridad de otro, la anomalía está radicada, precisamente, en una falla de formación del consentimiento. En otras palabras, es un tipo de vicio de la voluntad aunque diferente de los ya estudia-

dos y calificados de clásicos o tradicionales. La situación del sujeto pasivo que padece un estado de inferioridad que el sujeto activo aprovecha para obtener la evidente ventaja patrimonial, revela un consentimiento no libre en toda su dimensión, situación que sin llegar a la intimidación o violencia es defecto de la libertad si se trata de estado de necesidad, de la intención si se trata de inexperiencia (cuasi ignorancia), del discernimiento si fue ligereza.

Es un vicio del consentimiento autónomo e independiente inclusive del dolo, pero que tiene muy parecidas características con él, pues sin el *aprovechamiento* de un estado deficitario de la víctima, no se hubiera producido la lesión (Zago, Molina, Cifuentes).

§ 237. *EL CÓDIGO CIVIL ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DE LA LEY 17.711 (NOTA A LOS ARTÍCULOS 943 Y 954).* – Vélez Sársfield era contrario al reconocimiento legislativo de la lesión. De ahí que el Código no contenga normas expresas que reglamenten el caso de lesión enorme ni de lesión subjetiva.

En la nota al art. 943, el codificador dio las razones que a su criterio hacían inconveniente incorporarla a la ley. Reconocía Vélez Sársfield que en la mayor parte de los códigos y escritos de derecho de su época, se admitía que la lesión enorme o enormísima (se refería sólo a la objetiva) vicia los actos jurídicos, pero limitándose en casi todos al contrato de compraventa. Para demostrar su opinión y abstenerse de proyectar disposiciones al respecto, hizo en esa nota una larga comparación de las diversas legislaciones y puso al tanto de las diferencias que en ellas podían observarse. De esta manera sostuvo que no había un principio uniforme, pues unas amparaban al comprador, otras al vendedor; algunas por la mitad del justo precio, otras por diferencias distintas; algunas permitían que en los contratos se renunciara a invocar la lesión, en otras estaba vedada esa renuncia; había leyes que la admitían sólo para bienes muebles, otras sólo para bienes raíces. Con todos estos datos sostenía el codificador que había falta de uniformidad reveladora de la inconsistencia del instituto, y terminaba diciendo: “Finalmente, dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnida-

des requeridas por las leyes, deben hacer irrevocables los contratos”.

Tampoco acogió la lesión Bibiloni en su Anteproyecto de 1926, pues consideraba suficiente la interpretación amplia del art. 953 sobre el objeto del acto o negocio. En cambio, el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954, expresamente la incorporaron en el articulado de esos códigos.

La reforma de 1968, por ley 17.711, siguió esta última corriente positiva e introdujo la lesión con un carácter subjetivo-objetivo, en el art. 954. La metodología empleada demuestra que la emparentó con los vicios del consentimiento, al agregar un párrafo a dicho artículo que los trata.

Dispone el actual art. 954: “*Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación.*”

También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto.

El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda”.

§ 238. JURISPRUDENCIA ANTERIOR Y POSTERIOR A LA REFORMA. —

El repudio a la lesión que había manifestado Vélez Sársfield en la nota ya estudiada al art. 943, y la ausencia, consecuente con ese repudio, de una norma que la recogiera consagrándola, fue la barrera que impidió durante mucho tiempo que la jurisprudencia tratara de rectificar negocios en los que surgiera la falla de la acentuada desproporción entre las obligaciones. No sólo era una causal no aducida por los interesados y que,

por lo tanto, rara vez llegaba a los estrados judiciales, sino que recibía el rechazo de una jurisprudencia apegada a la letra de la ley y a la indiscutida intención del legislador.

Ya a partir de mediados de este siglo y tiempo después hasta la reforma de 1968, algunos fallos admitieron la lesión para invalidar derechamente las convenciones en las que había una desproporción muy aguda o grosera entre las prestaciones de una parte con relación a las de la otra. Es de advertir, sin embargo, que aquella jurisprudencia en general atendía al aspecto objetivo de la lesión y que para sustentar las soluciones de anulabilidad de los actos por este vicio, se aplicaba el art. 953 del Cód. Civil, en cuanto prohíbe los hechos que sean contrarios a las buenas costumbres.

Se sostenía que en un negocio celebrado en esas condiciones, el objeto era prohibido, pues semejante desequivalencia entre las prestaciones atentaba contra la moral y las buenas costumbres. No obstante la sutil disquisición a contrapelo de la ley y su aceptación en algunos casos de importancia, lo cierto es que la mayoría de los fallos continuaban negando la introducción del vicio de lesión en el orden jurídico argentino.

Esta situación fue modificada con la reforma que estudiamos precedentemente y, a partir de aquella, en muchos casos, la jurisprudencia revisó convenciones injustas. Pueden, pues, reconocerse tres etapas: a) hasta 1946, en que no se admitía la lesión; b) a partir de entonces hasta 1968, en que algunos precedentes la aplicaron por medio del art. 953, y c) después de 1968, en que por medio del nuevo art. 954, no hubo ya inconvenientes, salvo algunas diferencias de interpretación de la norma, según se tienda a restringirla en su ámbito de aplicación o a aplicarla sin retaceos.

TRABAJOS PRÁCTICOS

a) De la segunda época en que jurisprudencialmente se fue admitiendo al vicio invalidante de la lesión, atender los siguientes fallos, analizando los hechos y los argumentos aducidos para aplicarla: CCiv²Cap. 13/4/46, *LL*, 43-263; CNCiv, Sala A, 13/9/60, *LL*, 101-209; *id.*, *id.*, 28/9/58, *LL*, 93-543 (voto del doctor Borda); *id.*, Sala D, 29/12/59, *LL*, 99-315, y *JA*, 1960-II-465; ST SFe, Sala I CivCom, 23/9/60, *LL*, 101-776.

b) De la tercera época en que quedó establecida en el art. 954, analizar alguno de los siguientes casos: CNCiv, Sala B, 14/3/75, *ED*, 62-243; *id.*, Sala E, 20/12/76, *ED*, 73-688; *id.*, Sala F, 6/7/77, *ED*, 79-215; *id.*, Sala C, 8/10/81, *LL*, 1982-D-30; CApelCivCom Mercedes, Sala II, 23/3/82, *ED*, 99-253.

§ 239. **ELEMENTOS DE LA LESIÓN. SUBJETIVOS Y OBJETIVOS.** —

El carácter ambivalente, subjetivo-objetivo de la lesión, surge con claridad de los términos empleados en el artículo transcrito (§ 237). Por un lado, se habla allí de la explotación de uno de los tres estados de inferioridad del sujeto lesionado; por el otro, de la necesidad de una evidente desproporción entre las prestaciones. Siguiendo el orden de la norma, se observa que es necesario:

a) Un sujeto que explote o aproveche las condiciones anormales de la otra parte; que las conoce, se hace dueño de la situación y cierra el negocio a plena ganancia.

b) Un sujeto pasivo que pasa por un estado anormal, caracterizado por la inexperiencia, la necesidad o la ligereza, lo cual permite el aprovechamiento del otro.

c) La consecuencia objetiva de esa captación de la inferioridad, definida como la obtención de una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Surge de lo expuesto que son dos los elementos subjetivos (aprovechamiento e inferioridad) y uno el objetivo (inequivalencia). Esos tres elementos se estudiarán seguidamente.

§ 240. **CONCEPTO DE LOS ELEMENTOS DE LA LESIÓN.** — Enunciados los elementos en cuestión, brindaremos una breve descripción de ellos.

a) **APROVECHAMIENTO O EXPLOTACIÓN.** Es el primer elemento subjetivo. Se diferencia del dolo en que el sujeto no maquina activa o negativamente para hacer caer en el error al otro, sino que capta y aprovecha, para su solo beneficio, una situación no creada por él en que se encuentra la otra parte. En todo caso, sabiendo esa situación, apresura el negocio; exige ventajas para sí; deprime lo que se le ofrece, en fin, maneja las negociaciones propias de toda convención enterado de que la otra parte carece de las condiciones o cualidades normales que lo puedan proteger para no caer en desventaja.

Sin aprovechamiento no hay lesión, aunque el perjudicado pase por un estado de inferioridad. Puede suponerse, para demostrar esta afirmación, el caso de una oferta a distancia en que uno de los contratantes manda una carta proponiendo algo evidentemente des-

proporcionado en su contra, que el otro, sin conocer la inferioridad del ofertante, acepta para lograr ventajas que en esas condiciones son legítimas. El conocimiento y la malicia en la captación del estado deficitario, es condición, por tanto, indispensable para la lesión, y en ese caso de contratos a distancia no podría considerarse producido.

b) *ESTADO DE INFERIORIDAD DEL LESIONADO*. Se divide en tres posibles situaciones: *inexperiencia*, *necesidad* o *ligereza*. Ninguna de las tres debe tener causa torpe, es decir, provenir de culpa de la parte que las sufre. Pero están ellas a la vista y surgen de una comparación con el común de las gentes en el fluir normal de los negocios.

1) *NECESIDAD*. Se ha dicho que es una situación carential, comprensiva del orden tanto material como espiritual (Zago). Ya se ha visto (§ 206) que el sujeto obra presionado por circunstancias ilevantables que le presentan dos males, el de esas circunstancias o el mal menor de la realización del acto desventajoso.

En la necesidad, la característica es que tiene que haber verdadera coacción material o moral, la cual se manifiesta cuando el lesionado tiene ante sí la posibilidad de perder un bien inestimable o sufrir un mal grave para sí o para su familia a menos que ceda y concrete el negocio (necesidad alimenticia, de vivienda, peligro por enfermedad de un ser querido, pérdida completa de la fuente de ingresos, etcétera).

2) *LIGEREZA*. Muchos autores han considerado que la ligereza no debe entenderse como una irreflexión o como un momento inconsciente de falta de cuidado por ánimo liviano o inmaduro, sino que, para considerar la ligereza, debe atenderse si el sujeto ha pasado por un estado de debilidad mental, de falta de razonamiento debido a la flaqueza en el discernimiento en virtud de la disminución de facultades, lo cual tendría concomitancias con los supuestos de inhabilitación, ya estudiados, del art. 152 *bis*. No habría incapacidad, pero sí enfermedad o salud patológica que impide ser todo lo fuerte y lúcido que el tráfico jurídico requiere (Zago, Zannoni). Otros autores, criticando esta orientación rígida y que limita la cuestión a las deficiencias psíquicas (borrachera, drogadicción, debilidad mental, etc.), entienden que es ligereza también la irreflexión al tiempo de cerrar el negocio (Borda, Carranza). La juris-

§ 239. **ELEMENTOS DE LA LESIÓN. SUBJETIVOS Y OBJETIVOS.** –

El carácter ambivalente, subjetivo-objetivo de la lesión, surge con claridad de los términos empleados en el artículo transcrito (§ 237). Por un lado, se habla allí de la explotación de uno de los tres estados de inferioridad del sujeto lesionado; por el otro, de la necesidad de una evidente desproporción entre las prestaciones. Siguiendo el orden de la norma, se observa que es necesario:

a) Un sujeto que explote o aproveche las condiciones anormales de la otra parte; que las conoce, se hace dueño de la situación y cierra el negocio a plena ganancia.

b) Un sujeto pasivo que pasa por un estado anormal, caracterizado por la inexperiencia, la necesidad o la ligereza, lo cual permite el aprovechamiento del otro.

c) La consecuencia objetiva de esa captación de la inferioridad, definida como la obtención de una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Surge de lo expuesto que son dos los elementos subjetivos (aprovechamiento e inferioridad) y uno el objetivo (inequivalencia). Esos tres elementos se estudiarán seguidamente.

§ 240. **CONCEPTO DE LOS ELEMENTOS DE LA LESIÓN.** – Enunciados los elementos en cuestión, brindaremos una breve descripción de ellos.

a) **APROVECHAMIENTO O EXPLOTACIÓN.** Es el primer elemento subjetivo. Se diferencia del dolo en que el sujeto no maquina activa o negativamente para hacer caer en el error al otro, sino que capta y aprovecha, para su solo beneficio, una situación no creada por él en que se encuentra la otra parte. En todo caso, sabiendo esa situación, apresura el negocio; exige ventajas para sí; deprime lo que se le ofrece, en fin, maneja las negociaciones propias de toda convención enterado de que la otra parte carece de las condiciones o cualidades normales que lo puedan proteger para no caer en desventaja.

Sin aprovechamiento no hay lesión, aunque el perjudicado pase por un estado de inferioridad. Puede suponerse, para demostrar esta afirmación, el caso de una oferta a distancia en que uno de los contratantes manda una carta proponiendo algo evidentemente des-

proporcionado en su contra, que el otro, sin conocer la inferioridad del ofertante, acepta para lograr ventajas que en esas condiciones son legítimas. El conocimiento y la malicia en la captación del estado deficitario, es condición, por tanto, indispensable para la lesión, y en ese caso de contratos a distancia no podría considerarse producido.

b) *ESTADO DE INFERIORIDAD DEL LESIONADO.* Se divide en tres posibles situaciones: *inexperiencia*, *necesidad* o *ligereza*. Ninguna de las tres debe tener causa torpe, es decir, provenir de culpa de la parte que las sufre. Pero están ellas a la vista y surgen de una comparación con el común de las gentes en el fluir normal de los negocios.

1) *NECESIDAD.* Se ha dicho que es una situación carencial, comprensiva del orden tanto material como espiritual (Zago). Ya se ha visto (§ 206) que el sujeto obra presionado por circunstancias ilevantables que le presentan dos males, el de esas circunstancias o el mal menor de la realización del acto desventajoso.

En la necesidad, la característica es que tiene que haber verdadera coacción material o moral, la cual se manifiesta cuando el lesionado tiene ante sí la posibilidad de perder un bien inestimable o sufrir un mal grave para sí o para su familia a menos que ceda y concrete el negocio (necesidad alimenticia, de vivienda, peligro por enfermedad de un ser querido, pérdida completa de la fuente de ingresos, etcétera).

2) *LIGEREZA.* Muchos autores han considerado que la ligereza no debe entenderse como una irreflexión o como un momento inconsciente de falta de cuidado por ánimo liviano o inmaduro, sino que, para considerar la ligereza, debe atenderse si el sujeto ha pasado por un estado de debilidad mental, de falta de razonamiento debido a la flaqueza en el discernimiento en virtud de la disminución de facultades, lo cual tendría concomitancias con los supuestos de inhabilitación, ya estudiados, del art. 152 bis. No habría incapacidad, pero sí enfermedad o salud patológica que impide ser todo lo fuerte y lúcido que el tráfico jurídico requiere (Zago, Zannoni). Otros autores, criticando esta orientación rígida y que limita la cuestión a las deficiencias psíquicas (borrachera, drogadicción, debilidad mental, etc.), entienden que es ligereza también la irreflexión al tiempo de cerrar el negocio (Borda, Carranza). La juris-

prudencia, en general, ha seguido la primera opinión. Es razonable, sin embargo, la segunda, pues si la irreflexión no es culpable sino producto de condiciones objetivas del agitado mundo de los negocios que impide la normal meditación, podría ser causa justificada de lesión.

3) *INEXPERIENCIA*. Es falta de conocimiento acabado del acto de que se trata, de los elementos que le corresponden y efectos que pueden producirse. Hay conocimiento general, pero falla, para ese negocio, por ausencia de condiciones en el sujeto, ya porque es analfabeto o por completa incultura y ausencia de prenaciones que permiten advertir y precaver los contratiempos. Sin llegar a ser caso de ignorancia o error, hay una frontera muy cercana a ese vicio de la voluntad.

c) *ELEMENTO OBJETIVO*. Está estrechamente relacionado con una ecuación cuantitativa, pues se refiere a una operación en que una de las partes logra sobre la otra ventajas evidentes y que no están justificadas.

La evidencia es lo que por medio de una apreciación común muestra la gran diferencia. Hay evidencia aunque se requiera prueba para comprobarla, y aun un razonamiento que la demuestre. La ley no pone cantidades ni porcentajes mínimos, dejando librado el tema a que el juez valore si entre una prestación y la otra se ha producido una distancia cuantitativa muy perjudicial para una de las partes, la lesionada. En otras legislaciones se han considerado esos porcentuales (como la diferencia de menos del 50%), lo cual entre nosotros pasa por una solución de equidad librada a la ponderación del juez, y según las circunstancias del caso.

Pero además de ser una desproporción que no admite duda (evidente), se requiere *que no tenga justificación*. Esto quiere decir que no haya un motivo valedero para que una de las partes haya negociado con semejante pérdida.

Estaría justificado el pronunciado desnivel entre una prestación y la otra si, por ejemplo, la parte perjudicada quería regalar, quería hacer una liberalidad. También lo estaría si se trata de una cosa de gran valor afectivo que la parte desea adquirir por esa causa, valga lo que valga. De lo que se deduce que la parte demandada por lesión puede probar algún motivo justificante del acuerdo de voluntades tal como se celebró, y de esa forma impedir los efectos de la lesión.

§ 241. **REQUISITOS PARA INVOCAR LA LESIÓN.** — Además de los elementos expuestos, se requiere que la desproporción se mantenga hasta el tiempo de la demanda misma.

Es decir, suponiendo que la gran inequivalencia producto de la explotación de la inferioridad de una de las partes, haya aparecido al tiempo de realizar el acto, es necesario que siga estando hasta la demanda, pues entre el acto y la acción judicial pueden pasar varios años. Si por causas ajenas a las partes o por cualquier circunstancia, con el tiempo y antes de la demanda se emparejaron las prestaciones, ya no sería viable dicha demanda, pues faltaría el requisito de la desproporción. También se ha pensado que la desventaja debe subsistir inclusive hasta la sentencia (Zago).

Otro requisito es que se trate de un acto o negocio en el que se comprometan ambas partes, cada una con una prestación, es decir, actos jurídicos *onerosos*.

Estos otorgan ventajas recíprocas, de tal modo que la ventaja para una de las partes sea consecuencia de la ventaja que recibe la otra, y viceversa. Son negocios que se caracterizan por lo que se llama la conmutatividad, o sea, la equivalencia de una prestación con la contraprestación. Por esa circunstancia la enorme desigualdad es un elemento desnaturalizador que advierte al juez sobre la situación de perjuicio para uno de los contratantes.

Se discute si en algún caso de contratos aleatorios —lo que significa que una de las partes corre voluntariamente un albur en cuanto a la posibilidad de su ventaja, lo cual se llama un álea aceptada desde el principio—, tal la convención de renta vitalicia, es permitido invocar la lesión si el álea, por inexperiencia, necesidad o ligereza es mucho mayor de lo que normalmente suele ocurrir en esos actos. La jurisprudencia ha considerado esta situación y admitido la lesión en algún caso.

§ 242. **PRUEBA.** — Cubiertos esos dos requisitos, o sea que se trate, en principio, de contratos onerosos (ventajas recíprocas) y que la distancia entre el valor de una prestación con relación a la otra se inicie al crearse el acto y se mantenga hasta la demanda o hasta la sentencia, la parte que la invoca por ser la perjudicada es la que tiene que probar los dos elementos subjetivos y el elemento objetivo. Al respecto es válido todo medio de prueba.

La parte que, a su vez, sostiene la inexistencia de la lesión, debe acreditar que desconocía el estado de inferioridad del perjudicado; o bien que no existía ese estado o que era justificada la desproporción; o bien, que las prestaciones que empeizaron desiguales se equilibraron antes de la demanda.

Desde ya que no es válida la *renuncia* a invocar la lesión. En el caso de que en el contrato se hubiera puesto una cláusula renunciando a demandar por esta causa, habrá que entender que fue producto de la explotación del estado de inferioridad del lesionado y, por tanto, cae esa renuncia como el acto en sí mismo por lesión.

§ 243. **PRESUNCIÓN DE LA EXISTENCIA DE LESIÓN SUBJETIVA.** — Estatuye el art. 954 que cuando la desproporción entre las prestaciones es *notable*, se presume la explotación. *Notable* aquí significa que salta a la vista, se ve inmediatamente, que se presenta sin necesidad de una evaluación complicada y dudosa. Es más que evidente, pues no requiere una comprobación y razonamiento que explique la presencia de la desproporción.

La ley, en este caso, ha querido facilitar la prueba, de manera que establece que cuando haya una desventaja a simple vista verificable y muy importante, se producirá la presunción *iuris tantum* de la existencia de la explotación. Luego, a la otra parte, la que saca ventaja con el acto, le corresponderá probar que no hubo explotación suya del estado de inferioridad.

Algunos autores, con el ánimo de retacear la aplicación de esta causal de invalidez de los actos, consideraron que la notable desproporción hace presumir la explotación, pero no la inferioridad. De donde siempre el perjudicado habrá de demostrar que pasaba por necesidad, inexperiencia o ligereza (Moisset de Espanés, Zago, Rivera). La jurisprudencia, en bastantes casos, ha aceptado esta doctrina. Pero algunos otros fallos no la admiten.

Con razón se contesta que no es aceptable sostener que se presume la explotación, pero no el contenido de la explotación o estado de inferioridad. De ahí que otros autores consideran que la desproporción notable hace presumir la explotación de algo, que es en concreto el estado de inferioridad. No se puede sacar provecho de la nada, de modo que si uno se aprovecha, es de algo, y en este caso de la víctima por su condición inferior. De ahí que presumir sólo “tal explotación”, es presumir las dos cosas (Borda, Zannoni, Bustamante Alsina, Fleitas, Cifuentes). Por otra parte, se modificaría con la doctrina restringida el fin de la ley, que es invertir la carga de la prueba en favor de la parte débil. Acaso con la diferencia hecha

entre lo “evidente” y lo “notable”, se puede comprender la fuerza completa de la presunción, que abarcaría todo el aspecto subjetivo de la lesión. Así, por ejemplo, puede ser evidente la desventaja por causa de una hipoteca; o el larguísimo plazo de pago, lo cual requiere estudio de las circunstancias. Es notable la diferencia muy grosera entre el valor de la cosa y el precio, lo que se advierte sin más explicación.

TRABAJOS PRÁCTICOS

Las razones vertidas para diferenciar las palabras “evidente” y “notable” del art. 954 del Cód. Civil: CNCiv, Sala C, 22/3/88, *ED*, 131-555, votos de los doctores Cifuentes y Durañona y Vedia.

§ 244. **EFFECTOS DE LA SENTENCIA.** – Producida la lesión, dos cosas puede pedir el perjudicado: la nulidad del acto o el reajuste de las prestaciones.

A su vez, el que sacó ventaja puede, ante la demanda, ofrecer el reajuste de esas prestaciones.

Por la nulidad, tratándose de un acto anulable de nulidad relativa, se llega a la invalidación del negocio y a la devolución de las cosas hasta colocarse las partes en la situación que estaban antes de que se celebrara el acto.

Por el reajuste, la parte ofrece dar un *plus* para equilibrar las prestaciones, o bien, ofrece equilibrarlas en la medida en que el juez lo disponga según la equidad.

Una cuestión que ha suscitado dificultades es la de establecer si el que se aprovechó y sacó ventajas, al contestar la demanda de nulidad, puede pedir el rechazo de esa demanda y a la vez ofrecer el reajuste de las prestaciones. En principio, ésa sería una conducta antitética: por un lado aseverar que el acto es válido e intachable y disponerse a defenderlo tal como se lo realizó, y, por el otro, ofrecer el reajuste. La jurisprudencia ha admitido, sin embargo, que así ocurre, siempre que el reajuste no sea más que un ofrecimiento subsidiario, es decir, para el caso en que progresara la demanda de la otra parte. De lo contrario, se podría producir una situación no querida por la ley: si el actor damnificado con la desproporción sólo demanda la nulidad y se le impidiera a la otra parte desplegar la defensa de mantener a toda costa el negocio ofreciendo subsidiariamente el reajuste, se lo obligaría siempre a allanarse a la demanda o a perder el posible reajuste si la sentencia le fuera adversa.

6) SIMULACIÓN

§ 245. **CONCEPTO. COMPARACIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS.** – Hay actos o negocios en que la voluntad es plena y no está viciada por alguna de las anomalías hasta aquí estudiadas, pero que se realizan con el propósito de aparentar una situación o relación que no es verdadera. Es decir, las partes, ambas, tienen discernimiento, intención y libertad, no hay ausencia de condiciones para discernir, error, dolo ni violencia, tampoco lesión subjetiva; el objeto del acto es lícito y no prohibido; se cumplen las formalidades que exige para ese acto la ley. Sin embargo, el negocio no es sincero. La simulación, entonces, puede ser una engañosa declaración y no un vicio de la voluntad, la cual, repetimos, es sana, pero el defecto o vicio es del consentimiento, no de la voluntad. Se refiere al negocio o acto jurídico en sí, pues se hace contrariando la buena fe para aparentar algo frente a los terceros engañados. Es un vicio de la buena fe del acto jurídico.

La apariencia es lo destacable en la simulación y puede ser un *simular*, o representar o hacer aparecer algo fingido o imitado, que en verdad no es. O un *disimular*, que significa hacer caer en el engaño a los demás ocultando lo que verdaderamente es. La simulación no es reserva mental, pues en ésta una sola de las partes piensa distinto de como manifiesta pensar y proceder (ver § 213). Mientras que la simulación es un *acuerdo entre dos* y la declaración aparente se origina en una común intención o propósito de aparentar ante los demás. En la reserva mental se pretende engañar al otro sujeto del acto o negocio; en la simulación se ponen los dos sujetos parte de acuerdo para engañar a terceros.

Por lo expuesto, la simulación es propia de los negocios bilaterales o de los unilaterales pero recepticios (ver § 182). En cambio, no entran los unilaterales no recepticios, como el testamento o la confirmación de un acto nulo.

Cuando una sola de las partes simula, no hay simulación sino dolo; por ello siempre se requiere la convención de las dos partes para simular.

También hay que diferenciar la simulación de las declaraciones no serias, *iocandi causa*, teatrales o de fantasía, pues en éstas nadie se engaña y no hay intención de aparentar, sino un

juego intrascendente, en el cual la declaración se sabe desde el principio que no vale (ver § 213).

Hay otras formas de negocios muy parecidos a la simulación, pero que no lo son. En este sentido están los *indirectos*, *fiduciarios* y *fraudulentos*.

Los *indirectos* son reales no simulados, pero están rodeados de apariencia. No son más que un medio técnico para obtener un resultado; no hay propósito de hacer creer a terceros sobre una apariencia, sino utilización de un modo negocial para satisfacer una necesidad de las partes.

Por ejemplo, el deudor *A* que da al acreedor *B* un mandato irrevocable, para que cobre a un tercero *C* lo que ese tercero debe al deudor *A* y, de tal modo, se asegura el acreedor *B* su propio crédito cobrándose lo que el tercero *C* le paga creyendo que era mandatario del deudor *A*. Ésta es una forma indirecta sin *animus simulandi*, de satisfacer al acreedor que suele ser muy utilizada.

En ese orden de ideas es indirecto el negocio *fiduciario*: se transmite un derecho por el *fiduciante* a otra persona, que es la *fiduciaria*, la cual a su vez tiene que darlo a otro (tercero). Como se ve, no hay simulación o acto aparente, sino una transferencia destinada a ser transferida a otro, como un acto de confianza del *fiduciante* al *fiduciario*.

El negocio *fraudulento* es el que se realiza cometiendo fraude contra los acreedores, pero real y querido, o sea, traspasar un bien para que los acreedores se perjudiquen y no puedan cobrar. A este mismo resultado se puede llegar con la simulación ilícita, pero en ésta el traspaso no es real, sino aparente, para que los acreedores se engañen y no puedan cobrar.

Se puede dar, con las nociones hasta aquí expuestas, la siguiente definición de la simulación: “*es el acto o negocio jurídico que por acuerdo de las partes se celebra exteriorizando una declaración recepticia no verdadera, para engañar a terceros, sea que ésta carezca de todo contenido, o bien que esconda uno verdadero diferente al declarado*” (Cifuentes).

Nuestro Código en los arts. 955 y 956, contiene dos conceptos separados de simulación, mientras que el que se ha dado es comprensivo de las dos variantes más importantes (relativa o absoluta). La definición expuesta destaca los siguientes elementos en la simulación:

a) Existencia de un *acto o negocio jurídico*, según las pautas estatuidas por el art. 944.

b) Existencia de un *acuerdo simulatorio* entre las partes, es decir, que éstas se han concertado para aparentar un negocio que no es o que es otro distinto. El acuerdo es de rigor, aunque algunos autores no lo consideran necesario (Borda, Ripert - Boulanger), pero, en realidad, éstos confunden ciertos planos, pues sin acuerdo se llega al dolo o al contrato prestanombre o testafierro, que es distinto (Cámara, Mosset Iturraspe, Rivera, Zannoni, Ferrara, Cifuentes).

En este *contrato prestanombre*, una parte adquiere aparentemente para sí, pero en realidad lo hace para otro, y cuando el que le enajena la cosa no sabe que es para otro se trata de un mandato oculto o prestanombre o testafierro, y no de simulación. En cambio, si todos se ponen de acuerdo para aparentar esa adquisición: el que adquiere manifestando que lo hace para sí; el que le enajena la cosa sabiendo la verdad, y el tercero para quien en verdad la cosa fue adquirida, sí habría interposición ficticia de persona y simulación.

c) Que se trate de un *acto o declaración recepticia*, o emitida hacia una persona que fatalmente la recibe y participa en ella, sea bilateral o unilateral (sobre esto último no están todos los autores de acuerdo).

d) Que el *fin perseguido por las partes sea engañar a terceros*, aunque no se produzcan perjuicios a esos terceros.

En cuanto al *objeto* de la simulación, hay que señalar que cualquier acto o negocio puede ser simulado, salvo algunos en que no es admisible.

En este caso excepcional de actos no simulables están los actos públicos o de *derecho público*, pues interviene en ellos una autoridad administrativa y no cabe la apariencia y el engaño. La *simulación procesal*, cuando, por ejemplo, se elabora un litigio ficticio: una parte declara que es acreedora de otra y la demanda; el demandado se allana a pesar de que no es verdad que fuera deudor y se obtiene una sentencia del juez que condena al pago; aquí el juez no es parte —ni puede serlo— en el acuerdo simulatorio y en realidad es un acto fraudulento. Tampoco en el *matrimonio* es posible la simulación ni, en general, en los actos del derecho de familia (adopción, reconocimiento de hijos, divorcio, etc.), pues es exigencia de estos actos la seriedad, seguridad y orden. Finalmente, no pueden ser simulados, según hemos visto, los actos de declaración no recepticia (el testamento; la aceptación de la herencia; la revocación del testamento; la confirmación de un acto nulo, etcétera).

§ 246. **CLASIFICACIÓN. ABSOLUTA Y RELATIVA. LÍCITA E ILÍCITA.** – La subdivisión entre simulación *absoluta* y *relativa* esta reflejada en los conceptos del art. 956, que estatuye: “*La simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter*”.

En la absoluta las partes no tienen intención de celebrar el acto o negocio, pero aparentan celebrar uno. Tras de la apariencia no hay negocio. Es una ilusión sin ningún contenido real. Por ejemplo, se simula pasar los bienes a otro, pero quedan ocultamente convenidos en que no se traspasan esos bienes.

En la relativa hay un negocio aparente, que esconde otra realidad negocial verdadera distinta. Está definida y descripta en el art. 955, que dispone: “*La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten*”.

No hay que confundir esa subdivisión de absoluta y relativa con la de *completa* o *total* y *parcial*. Completa o total es la que abarca todo el negocio, pero a la vez de completa puede ser relativa, ocultando otro negocio distinto real.

Por ejemplo, se aparenta hacer una compraventa y es una donación o viceversa. La parcial es cuando una parte o cláusula del negocio es aparente o simulada y hay una realidad distinta en esa cláusula o parte: por ejemplo, si las fechas no son sinceras (se pone 20 de agosto, pero el negocio se celebró el 20 de septiembre); se pone menos precio que el estipulado (compró aparentemente por \$ 500, pero en realidad pagó \$ 1.000). El negocio en sus otras partes es real. Sólo en un sector es aparente. Esta simulación parcial nunca puede ser absoluta; siempre es relativa.

La subdivisión en simulación *lícita* e *ilícita*, depende de los móviles que tuvieron las partes (*causa simulandi*). El negocio simulado puede servir para fines honestos o deshonestos. Simulación ilícita es cuando el negocio aparente o artificial se celebra para engañar a terceros, violando la ley, o para perjudicar a esos terceros. Es lícita en sentido contrario cuando no se contraría el mandato legal ni se causa perjuicio a nadie (simulación incolora).

Ejemplos de simulación ilícita podrían ser: aparentar un acto para eludir el pago de impuestos (poner menos precio al real, en la

relativa; hacer el traspaso ficticio del bien a alguien que se beneficia con una exención impositiva); o para impedir el cobro de los acreedores (transmisión a otra parte, para evitar que los acreedores cobren; aparentar la formación de una sociedad con aporte de bienes para el mismo propósito). Son ejemplos de simulación lícita, el engañar a un pariente pedigüeno acerca del cual no hay ninguna obligación alimentaria, simulando un déficit patrimonial, para que deje de hacer pedidos, o a fin de dar un mandato muy firme y amplio, aparentar que se vende el bien al mandatario, permitiendo así que lo administre sin cortapisas como si fuera propio. Por jactancia, modestia, comodidad o discreción, puede llegarse a una simulación que a nadie perjudique ni tenga fin ilícito contrario a la ley.

§ 247. *ACCIÓN DE SIMULACIÓN.* – La acción judicial de simulación es la que se inicia para destruir lo ficticio y hacer aparecer la realidad. Cuando la simulación fue absoluta, se procura que el juez declare que no hubo ningún acto. Cuando la simulación fue relativa, la demanda persigue que se deje sin efecto el acto aparente y que valga y se haga efectivo el acto oculto real, o real distinto del aparente.

A esta demanda para volver a obtener la realidad pueden llegar las mismas partes que crearon el acto simulado aparente, o bien un tercero que no creó ese acto, pero que puede tener un interés comprometido en que se conozca la realidad. Cuando la simulación es lícita, una de las partes puede querer que se reconozca esa apariencia como tal y se la deje sin efecto, y la otra pretender que la apariencia es un acto real, por lo cual hay motivos para que la primera inicie la demanda de simulación. Si es ilícita, los motivos serán obvios respecto de los terceros, para evitar daños o violaciones de la ley.

Se admite la *acción* (demanda pretendiendo que se declare la nulidad del acto aparente), como la *excepción* (ante la demanda que pretende hacer efectivos los derechos del negocio, oponer la defensa de que el acto fue aparente para evitar su ejecución). Anteriormente se controvertía esta última posibilidad de la excepción, que hoy es claramente aceptada con la reforma de la ley 17.711, al incorporar el art. 1058 *bis* del Cód. Civil.

La acción es *declarativa*, no constitutiva, pues no busca crear un derecho nuevo o una situación jurídica que nazca a partir de la sentencia, sino que se reconozca una realidad escondida y que ya había nacido y estaba vigente antes de la demanda.

Sin perjuicio de ello, una vez declarada la simulación del acto, se puede iniciar otra acción de condena que surge del acto real descubierto o de la anulación del acto aparente que decreta la sentencia. Esta acción de condena, que sí es constitutiva (restitución, reivindicación de la cosa transferida a terceros, liquidación de un bien de la sociedad conyugal, colación, etc.), también se puede pedir acumuladamente a la acción declarativa de simulación, para que el mismo juez que declare inválido el acto simulado, disponga la condena pertinente. Además, se puede acumular a la de simulación la acción revocatoria o pauliana, que se estudiará más adelante, pero solamente como subsidiaria, es decir, pedir que se declare simulado el acto que se denuncia como aparente, pero, para el caso de que no fuera aparente, se revoque por fraude a los acreedores.

Es, además, acción *universal*, pues deben intervenir todos los sujetos que participaron en la creación del negocio simulado. Es acción indivisible o *erga omnes*, porque se dirige a desmantelar el acto aparente con efectos hacia todos, no limitándose esos efectos a las partes que intervinieron en el proceso, sino extendiéndose a terceros del proceso, como a los acreedores que no lo iniciaron, los cuales se benefician con la declaración de simulación.

§ 248. **EFFECTOS DE LA SENTENCIA DECLARATIVA DE LA SIMULACIÓN.** – Se discute si la acción declarativa de simulación va dirigida a obtener una sentencia que establezca la *inexistencia* del acto o negocio simulado, o sólo la *nulidad* de ese negocio.

Por la primera teoría se han pronunciado varios autores (Llambías, Acuña Anzorena, De Gásperi, Colmo), pues consideran que las partes no han realizado un negocio ni lo han deseado, sino sólo que han querido aparentarlo. Por ejemplo –dicen–, el vendedor aparente no se desprendió del dominio y el comprador nunca lo compró, pese a que así lo hubieran declarado. Luego, el negocio para esta teoría no existía. Ello lleva a la conclusión de que es una acción imprescriptible y no susceptible de confirmación, pudiendo, además, el juez declarar su inexistencia de oficio.

La segunda teoría sostiene que se trata de una nulidad caracterizada como acto anulable, de nulidad relativa, si no va contra los intereses públicos. La mayor parte de los autores sigue esta teoría que es la correcta (Segovia, Machado, Llerena, Salvat, Borda, Mosset Iturraspe, Zannoni, Cifuentes). Opinan que la ley, al respecto, es clara cuando establece que se trata de un acto anulable (arts. 954, 958, 959, entre otros).

relativa; hacer el traspaso ficticio del bien a alguien que se beneficia con una exención impositiva); o para impedir el cobro de los acreedores (transmisión a otra parte, para evitar que los acreedores cobren; aparentar la formación de una sociedad con aporte de bienes para el mismo propósito). Son ejemplos de simulación lícita, el engañar a un pariente pedigrüeno acerca del cual no hay ninguna obligación alimentaria, simulando un déficit patrimonial, para que deje de hacer pedidos, o a fin de dar un mandato muy firme y amplio, aparentar que se vende el bien al mandatario, permitiendo así que lo administre sin cortapisas como si fuera propio. Por jactancia, modestia, comodidad o discreción, puede llegarse a una simulación que a nadie perjudique ni tenga fin ilícito contrario a la ley.

§ 247. **ACCIÓN DE SIMULACIÓN.** – La acción judicial de simulación es la que se inicia para destruir lo ficticio y hacer aparecer la realidad. Cuando la simulación fue absoluta, se procura que el juez declare que no hubo ningún acto. Cuando la simulación fue relativa, la demanda persigue que se deje sin efecto el acto aparente y que valga y se haga efectivo el acto oculto real, o real distinto del aparente.

A esta demanda para volver a obtener la realidad pueden llegar las mismas partes que crearon el acto simulado aparente, o bien un tercero que no creó ese acto, pero que puede tener un interés comprometido en que se conozca la realidad. Cuando la simulación es lícita, una de las partes puede querer que se reconozca esa apariencia como tal y se la deje sin efecto, y la otra pretender que la apariencia es un acto real, por lo cual hay motivos para que la primera inicie la demanda de simulación. Si es ilícita, los motivos serán obvios respecto de los terceros, para evitar daños o violaciones de la ley.

Se admite la *acción* (demanda pretendiendo que se declare la nulidad del acto aparente), como la *excepción* (ante la demanda que pretende hacer efectivos los derechos del negocio, oponer la defensa de que el acto fue aparente para evitar su ejecución). Anteriormente se controvertía esta última posibilidad de la excepción, que hoy es claramente aceptada con la reforma de la ley 17.711, al incorporar el art. 1058 *bis* del Cód. Civil.

La acción es *declarativa*, no constitutiva, pues no busca crear un derecho nuevo o una situación jurídica que nazca a partir de la sentencia, sino que se reconozca una realidad escondida y que ya había nacido y estaba vigente antes de la demanda.

Sin perjuicio de ello, una vez declarada la simulación del acto, se puede iniciar otra acción de condena que surge del acto real descubierto o de la anulación del acto aparente que decreta la sentencia. Esta acción de condena, que sí es constitutiva (restitución, revindicación de la cosa transferida a terceros, liquidación de un bien de la sociedad conyugal, colación, etc.), también se puede pedir acumuladamente a la acción declarativa de simulación, para que el mismo juez que declare inválido el acto simulado, disponga la condena pertinente. Además, se puede acumular a la de simulación la acción revocatoria o pauliana, que se estudiará más adelante, pero solamente como subsidiaria, es decir, pedir que se declare simulado el acto que se denuncia como aparente, pero, para el caso de que no fuera aparente, se revoque por fraude a los acreedores.

Es, además, acción *universal*, pues deben intervenir todos los sujetos que participaron en la creación del negocio simulado. Es acción indivisible o *erga omnes*, porque se dirige a desmantelar el acto aparente con efectos hacia todos, no limitándose esos efectos a las partes que intervinieron en el proceso, sino extendiéndose a terceros del proceso, como a los acreedores que no lo iniciaron, los cuales se benefician con la declaración de simulación.

§ 248. **EFFECTOS DE LA SENTENCIA DECLARATIVA DE LA SIMULACIÓN.** – Se discute si la acción declarativa de simulación va dirigida a obtener una sentencia que establezca la *inexistencia* del acto o negocio simulado, o sólo la *nulidad* de ese negocio.

Por la primera teoría se han pronunciado varios autores (Llam-bías, Acuña Anzorena, De Gásperi, Colmo), pues consideran que las partes no han realizado un negocio ni lo han deseado, sino sólo que han querido aparentarlo. Por ejemplo –dicen–, el vendedor aparente no se desprendió del dominio y el comprador nunca lo compró, pese a que así lo hubieran declarado. Luego, el negocio para esta teoría no existía. Ello lleva a la conclusión de que es una acción imprescriptible y no susceptible de confirmación, pudiendo, además, el juez declarar su inexistencia de oficio.

La segunda teoría sostiene que se trata de una nulidad caracterizada como acto anulable, de nulidad relativa, si no va contra los intereses públicos. La mayor parte de los autores sigue esta teoría que es la correcta (Segovia, Machado, Llerena, Salvat, Borda, Mosset Iturraspe, Zannoni, Cifuentes). Opinan que la ley, al respecto, es clara cuando establece que se trata de un acto anulable (arts. 954, 958, 959, entre otros).

Las partes han realizado y querido un negocio, habiendo un verdadero acuerdo para simular, que es el fin perseguido. Ese convenio para aparentar, mientras no sea ilícito, produce todos los efectos queridos: hacer creer que hubo compra, donación, mandato, etcétera. Si es ilícito, será inválido, pero no es un acto inexistente porque las partes saben lo que hacen y hacen lo que quieren. Por eso a veces el acto aparente produce efectos frente a terceros de buena fe –art. 996– (ver § 255). Luego es acción prescriptible, de nulidad confirmable y no puede ser declarada de oficio por el juez, sino a petición de parte interesada.

§ 249. **ACCIÓN ENTRE PARTES. PRUEBA. EL CONTRADOCUMENTO.** – Ya se ha visto que cuando la simulación es lícita porque a nadie daña ni va contra la ley, puede suceder que una de las partes que hizo el acuerdo simulatorio pretenda sostener que fue un negocio real, que de esa manera las consecuencias del acto aparente se consoliden y se conviertan en efectivas. En este caso, la otra parte puede iniciar la acción de simulación para evitar que prospere la apariencia.

Ahora bien, generalmente las partes se cubren con la prueba anticipada de la realidad, suscribiendo dos documentos o instrumentos: uno en el que aparece la declaración de voluntad simulada; otro, que se mantiene oculto, en el cual las partes dejan constancia de la realidad, ya declarando que tras el acto simulado no existe nada o cuál es el verdadero acto que han realizado. Este segundo instrumento se llama *contradocumento*. Éste puede redactarse en instrumento privado o en instrumento público.

Se llama, pues, contradocumento: *a un escrito generalmente secreto, que comprueba o reconoce la simulación total o parcial de un acto aparente, al cual se refiere* (Ferrara).

En el contradocumento deben cumplirse todas las exigencias de los instrumentos anteriormente estudiadas (ver § 194 y 201), y ser expedido por persona capaz y sin vicios de la voluntad. La declaración y contradecларación (documento y contradocumento) no es necesario que se hayan redactado al mismo tiempo (que sean simultáneas), pero sí que tengan coincidencia intelectual, o sea, que sean fiel reflejo de la intención común de probar la apariencia de un negocio concreto.

El contradocumento es prueba del carácter ficticio del negocio simulado, y, como es la prueba preconstituida por las partes para evitar que se desconozca el día de mañana el carácter aparente de ese negocio y surja sin problema la verdad, en principio es el medio de prueba infaltable de la acción entre las partes.

Por esa razón antiguamente se pensó que en la acción de una parte contra la otra para declarar la simulación, el actor debía presentar al juez como prueba legal exclusiva y necesaria el contradocumento. Más tarde, los autores y la jurisprudencia fueron estableciendo excepciones a esa regla, ya porque se había perdido el contradocumento, o porque por circunstancias especiales no había sido firmado.

La ley 17.711 hizo un agregado al art. 960 del Cód. Civil que recogió la interpretación más amplia y fijó la pauta legal al respecto cuando dice que: *“Sólo podrá prescindirse del contradocumento para admitir la acción, si mediaran circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación”*.

La interpretación de esta norma determina que el contradocumento no es una prueba única u obligada, pero sí principal y de la que excepcionalmente es dable prescindir. Pero, en este caso de excepción, las otras pruebas que muestren la simulación deben ser insospechables y reveladoras de: a) la simulación, y b) la imposibilidad de procurarse el contradocumento. Si hay dudas, habrá que admitir que el acto fue real, solución que se ha extendido en beneficio de la seguridad jurídica y en virtud de la fuerza vinculante de la declaración de voluntad que se manifiesta.

§ 250. **CASOS EN QUE NO ES EXIGIDO EL CONTRADOCUMENTO.** — Esa contradecларación no se exige cuando la acción la inician los terceros de la simulación, porque ellos no tienen la posibilidad de obtener un contradocumento que se mantiene oculto entre las partes.

Tampoco se la exige en la acción de una parte contra la otra, en diversas circunstancias: a) si una confesó que el acto era ficticio; b) si hay imposibilidad física de presentar el contradocumento y hasta si hay imposibilidad moral de confeccionarlo por las relaciones en que se encuentran las partes (parentesco cercano, íntima amistad, imprevista ausencia, etc.);

c) también si una de las partes cumplió el acto real y la otra pretende no cumplir sus obligaciones, apoyándose en el acto aparente; d) si se trata de una simulación presumida por la ley; e) si hubo dolo de una de las partes para que no se extendiera el contradocumento, etcétera. En todos estos casos, la simulación puede quedar acreditada con los otros medios de prueba lícitos como ser: testigos, presunciones, peritaciones, otros documentos, etcétera. Siempre que el juez tenga la certeza moral de que hubo negocio simulado, son admisibles esos medios y puede producirse la declaración de nulidad del acto simulado.

§ 251. **SUPUESTO DE SIMULACIÓN ILÍCITA.** — Cuando el negocio simulado se ha creado por las partes a fin de dañar a terceros o de violar la ley —fin ilícito—, se plantea el problema de la viabilidad de la acción entre las partes.

Ya se ha visto que toda simulación es un acuerdo de voluntades para simular, de donde en la que es ilícita, las partes también se han puesto de acuerdo al crear un acto artificioso para engañar a terceros con dichos fines ilícitos. Quiere decir que la acción declarativa se iniciaría por una contra la otra alegando una causa torpe y, en tal caso, habría que aplicar el aforismo de que nadie puede invocar su propia torpeza (*nemo auditur suam turpitudinem allegans*).

Sin embargo, la aplicación rígida del principio de la causa torpe en la simulación, podría producir consecuencias que no convienen al derecho ni a la justicia, al impedir dismantelar la apariencia y que se logre con ello precisamente la producción de los daños a terceros o la violación de la ley. Por ello, para este problema se han propuesto tres soluciones: a) la negativa absoluta a la admisión de la acción de una parte contra la otra; b) la negativa atemperada, permitiendo en ciertas situaciones la demanda entre las partes de la simulación ilícita, y c) la aceptación sin trabas de la acción entre las partes, como si se tratara de una simulación lícita.

Esta última solución se advierte en el derecho italiano (Santoro Passarelli, Stolfi, Betti). La primera, de negativa absoluta, es la que aparentemente adoptó nuestro codificador, siguiendo a Freitas, que fue su fuente. La segunda, de negativa atemperada, es la que fue recogiendo la jurisprudencia en la interpretación del Código y la que finalmente se estatuyó con la reforma de la ley 17.711.

Ésta hizo al respecto un agregado al art. 959 del Cód. Civil, el cual quedó redactado en la siguiente forma: *“Los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro, sobre la simulación, salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación”*.

Un ejemplo aclarará la aplicación del precepto: *A*, que es deudor de varios acreedores, debido a la insuficiencia de su patrimonio ve venir la cesación de pagos y la quiebra o concurso pedidos por sus acreedores. Con el fin de evitar la desaparición completa del activo que le queda, con los efectos del desapoderamiento y el remate de los bienes para que aquéllos puedan cobrarse, simula de acuerdo con *B* transmitirle los bienes más importantes. Producida la quiebra y liquidado el resto del patrimonio, *A* obtiene finalmente la carta de pago y la liberación, no obstante que los acreedores cobraron sólo una parte de sus créditos. Entonces, con la carta de pago a su favor o prescripta la acción de los derechos, demanda a *B* presentando el contradocumento firmado por ambos y que se mantenía oculto, para que se declare la simulación de la transmisión de los bienes que no entraron en la quiebra y obtener así su restitución. Esta acción no podría ser admitida y estaría dentro de la prohibición del art. 959. Aquí se habría consumado la maniobra fraudulenta.

Cambiando el supuesto, podría ser que la demanda de simulación se hubiera iniciado por *A* contra *B* antes de la carta de pago o antes de que hubiera prescripto la acción de los acreedores para cobrar sus créditos. En este caso, la acción de simulación no trataría de consumir el fraude, sino de beneficiar a los acreedores evitándolo, y *A* no obtendría ningún beneficio de la sentencia de simulación que anulara el acto simulado. Es un caso en que el simulador se ha arrepentido y quiere recuperar el bien para que los acreedores se cobren, por lo cual si ese arrepentimiento es sincero y está suficientemente comprobado, la acción es admisible.

La prueba de la acción de simulación ilícita entre las partes (en ese segundo caso del ejemplo) es amplia y no se exige el contradocumento si no se lo ha confeccionado, pues los simuladores tratan de no dejar rastros de su actuación ilícita.

§ 252. **ACCIÓN EJERCIDA POR TERCEROS.** – Naturalmente que los terceros que no participaron en el convenio simulatorio, suelen ser los sujetos pasivos del engaño, en el sentido de que el acto ficticio tendió a hacerles creer la existencia de un negocio que no fue real en el todo o en parte. Por ello esos terceros

no tienen, como las partes, la posibilidad de posesionarse del contradocumento, en el caso de que éste se hubiera redactado. Por otro lado, cuando la simulación es ilícita, no hay ningún impedimento para que inicien la demanda contra las partes, pues, precisamente, son los sujetos perjudicados o que tienen algún interés en que luzca la verdad. El daño debe ser cierto, pero puede ser actual o futuro. Basta, inclusive, la seria amenaza de daño y no es necesaria la insolvencia del deudor.

A la inversa, si la simulación es lícita, los terceros no pueden iniciar la acción, pues carecen de interés comprometido.

En el caso ya mencionado del prestanombre o testafierro, en el cual una persona aparece actuando para sí, pero ocultamente lo hace para otro (mandante oculto), no se trata en realidad de simulación, y el mandatario o prestanombre es un tercero, pues sólo representa al mandante oculto. En cambio, si se pusieron de acuerdo el mandante, el mandatario y la otra persona que contrata con el mandante, a fin de aparentar que lo hace con el mandatario y ocultar al verdadero destinatario del acto (mandante), habrá acuerdo simulatorio y el mandatario es parte de ese acuerdo.

§ 253. **PERSONAS QUE TIENEN CONDICIÓN DE TERCEROS.** – En el caso de simulación, no se aplican estrictamente los principios ya estudiados para establecer el carácter de tercero (ver § 171). Lo importante es que la persona dañada no haya entrado en el acuerdo simulatorio.

En tal sentido, los *sucesores universales* pueden ser terceros o también partes. Cuando esos herederos reciben el patrimonio del causante y la simulación que éste en vida había concertado no tiende a perjudicarlos en sus derechos hereditarios, heredan la condición de parte y como tales deben ser considerados frente a la otra parte o frente a terceros.

En cambio, si los herederos son el sujeto pasivo del daño, porque el causante concertó la simulación para perjudicarlos, tienen condición de terceros en el acto simulado.

Ocurre, por ejemplo, cuando el causante simuló la transmisión del bien para que los herederos no recogieran la legítima; o los donó a uno de los coherederos sin respetar la porción disponible, aparentando habérselos vendido por un precio. La consecuencia es que no hay que exigir a los herederos perjudicados el contradocumento y que es viable la acción sin cortapisa contra la parte que colaboró en la simulación.

§ 254. PRUEBA DE LA SIMULACIÓN DEMANDADA POR TERCEROS.

Ya se ha establecido que cuando la acción de simulación la inician los terceros, todo medio de prueba es admisible, no exigiéndose como principio el contradocumento.

En realidad los más importantes medios de prueba son los testigos y las presunciones, pues los simuladores tratan de no dejar rastros de su acuerdo ilícito y es difícil que existan documentos. Este principio de amplitud de la prueba se aplica tanto en el caso de daños a terceros, como en el de violación de la ley.

Se ha pensado que es muy importante demostrar la *causa simulandi*. Ésta es el conjunto de razones que indujo a las partes a celebrar el negocio ficticio, mostrando por qué tomaron aquella actitud y sus últimos propósitos.

A pesar de la importancia, pues es un elemento presuncional de primer orden en la explicación de la maniobra simulatoria, se ha llegado a la conclusión de que no es una exigencia ineludible, particularmente cuando la *causa simulandi* es de difícil prueba. No se olvide que los motivos que tuvieron las partes son muy variables. La prueba de la *causa simulandi* normalmente obliga a indagar motivos diferentes, íntimos y ocultos. De modo que basta que haya una razón general hipotética y, fundamentalmente, que no haya incoherencia de objetivos en el acuerdo simulatorio.

Las presunciones suelen ser la prueba más demostrativa y de más valor que pueden producir los terceros. Cuando la simulación tiene por objeto aparentar una disposición de bienes, la jurisprudencia ha elaborado una serie de presunciones que, cuando son varias, precisas y concordantes, son la mejor demostración de la maniobra simulatoria.

En este sentido cabe mencionar:

a) Relaciones de estrecho o íntimo parentesco entre las partes porque revelan el grado de confianza entre ellas, necesario a veces para hacer el acto ficticio.

b) La no ejecución del negocio, que no se mantiene en un simple acuerdo celebrado (falta de entrega de la posesión de la cosa; mantenimiento de la administración del enajenante, etcétera).

c) La incapacidad económica del adquirente; o la falta de fondos líquidos para pagar el precio. También la ignorancia del origen de los fondos declarados para pagar o desconocimiento del destino de esos fondos por quien aparenta recibirlos.

d) Que el enajenante se desprenda de todos los bienes o de los que le son imprescindibles para vivir. Es decir, la falta de razones lógicas para enajenarlos.

e) Ciertas peculiaridades del negocio, como la venta apresurada de ganancias antes del divorcio, o antes del embargo de los acreedores; las cláusulas no habituales y sorprendentes; el precio vil concertado.

f) La *causa simulandi* ya explicada.

g) La conducta de las partes, sus antecedentes (deshonesta; negligente, etcétera). También la conducta en el proceso, como la incuria en presentar pruebas de la realidad del negocio que se manifiesta, para convencer al juez y desentrañar la verdad.

Hay veces en que la simulación no depende de la prueba de las partes y la actividad probatoria del juez, sino que es una *presunción de la ley*, como en los casos de los arts. 3604 y 3476 del Cód. Civil; art. 105, inc. 3º, del Cód. de Comercio, etcétera.

§ 255. **INOPONIBILIDAD FRENTE A TERCEROS DE BUENA FE (ARTÍCULO 996, CÓDIGO CIVIL).** – Hay ocasiones en que los terceros están interesados en que se mantenga el acto aparente. Y si estos terceros son de buena fe porque no conocían lo ficticio del acto y sobre las bases de ese acto aparente se vincularon negocialmente con las partes simulantes, pueden estar interesados en que el acto real y el contradocumento que lo comprueba no sean eficaces. De modo que las partes no pueden hacer valer la simulación y el contradocumento contra esos terceros, quienes contrataron teniendo en cuenta la apariencia que las cosas presentaban. La simulación en este caso es inoponible.

En tal sentido dispone el art. 996: “*El contenido de un instrumento público puede ser modificado o quedar sin efecto alguno por un contra-instrumento público o privado que los interesados otorguen; pero el contradocumento privado no tendrá ningún efecto contra los sucesores a título singular, ni tampoco lo tendrá la contra-escritura pública, si su contenido no está anotado en la escritura matriz, y en la copia por la cual hubiese obrado el tercero*”.

Los *sucesores singulares* a que se refiere la norma, son los que vinieron a adquirir el bien después que las partes ficticiamente se lo habían transmitido la una a la otra. Pero la generalidad de la doctrina y jurisprudencia acata el principio y lo extiende a toda clase de terceros beneficiados con la apariencia, como también los acreedores. Además, incluso se aplica la inoponibilidad al caso en que no haya contradocumento, pero se pretenda probar la simulación por otros medios.

Terceros de buena fe que se benefician con la inoponibilidad, son los que desconocían el carácter simulado del negocio aparente, al tiempo en que ellos se relacionaron con las partes simulantes. También es necesario que el contradocumento no figure en la escritura matriz ni en la copia, por mérito de las cuales hubiera obrado el tercero, pues si estaba allí transcrito el contrainstrumento, ese tercero no podría invocar el desconocimiento y la buena fe. Pero, además, no debe tratarse de un acto a título gratuito entre la parte y el tercero, con ventaja solamente para el tercero, pues en este caso no cabría la inoponibilidad de la nulidad que implica la simulación (art. 1051, modificado por la ley 17.711).

Entre los acreedores y los sucesores singulares a título oneroso y de buena fe, son preferidos en la protección los sucesores singulares, manteniéndose a favor de éstos el acto aparente, no obstante la pretensión contraria de los acreedores de las partes simulantes.

Si hay acreedores del ficticio enajenante y acreedores del ficticio adquirente, se da preferencia a los del adquirente que se oponen a que se decrete la simulación y han contratado en virtud de la apariencia de la enajenación ficticia. Ello, naturalmente que cubiertos los recaudos de buena fe y título oneroso. Sin embargo, si los acreedores de uno y otro fueran anteriores al acto de enajenación simulado, habría que dar preferencia a los acreedores del enajenante y destruir la apariencia para que pudieran cobrarse al revelarse la realidad encubierta.

TRABAJOS PRÁCTICOS

Sobre los diversos temas estudiados pueden consultarse fallos de jurisprudencia, a fin de destacar las circunstancias de hecho y los razonamientos válidos o incorrectos del tribunal. En tal sentido, por ejemplo:

a) Sobre las diferencias de la simulación con el dolo y actos indirectos: CNCiv, Sala C, 14/5/81, *ED*, 94-318; íd., íd., 30/6/77, *ED*, 74-456; íd., Sala D, 11/10/82, *JA*, 1983-IV-59; CNCom, Sala C, 11/7/80, *ED*, 90-495.

b) Las diferencias con el contrato prestanombre o mandato oculto: CNCiv, Sala C, 22/4/59, *JA*, 1960-I-719; íd., íd., 18/12/74, *ED*, 62-145; íd., íd., 12/7/76, *LL*, 1976-D-414; íd., íd., 28/6/77, *ED*, 78-206; íd., Sala F, 30/11/81, *ED*, 98-583; íd., Sala A, 12/6/73, *LL*, 152-217; íd., íd., 5/4/74, *ED*, 54-443.

c) Sobre las teorías de la inexistencia y de la nulidad del acto simulado: CCiv1ªCap, 18/4/22, *JA*, 8-294; íd., 13/2/24, *JA*, 12-92; CNCiv, Sala F, 9/9/73, *JA*, 22-1974-227; íd., Sala A, 25/7/69, *ED*, 31-187.

d) Sobre la carga de la prueba y el contradocumento en el juicio de simulación: CNCiv, Sala D, 17/12/53, *LL*, 73-514; *id.*, Sala B, 31/7/52, *JA*, 1953-III-461; *id.*, Sala C, 9/11/81, *ED*, 98-348; *id.*, *id.*, 15/3/79, *ED*, 83-534; *id.*, *id.*, 6/5/82, *LL*, 1983-C-425; *id.*, *id.*, 6/5/82, *ED*, 100-214.

e) Sobre la acción de simulación ilícita entre partes: CNCiv, Sala F, 26/12/63, *ED*, 7-603; *id.*, Sala C, 20/12/77, *ED*, 77-532; *id.*, Sala B, 13/10/81, *LL*, 1982-B-378. Crítica y estudio del caso de la CNCiv, Sala E, 21/5/81, *ED*, 94-359, en donde habiendo prescripción contra los acreedores se permitió invocar la simulación como si se tratara de renuncia a la prescripción.

f) Sobre las presunciones para comprobar la simulación: 1) *causa simulandi*, CNCiv, Sala A, 24/12/58, *LL*, 94-170; *id.*, Sala C, 14/5/81, *ED*, 94-318; *id.*, *id.*, 28/6/77, *ED*, 78-206; 2) *otras presunciones*, CNCiv, Sala A, 25/4/67, *ED*, 31-106; *id.*, *id.*, 24/12/58, *LL*, 94-170; *id.*, Sala F, 11/4/77, *ED*, 75-511; *id.*, Sala C, 10/11/71, *ED*, 40-517; *id.*, Sala D, 17/12/53, *LL*, 73-514.

g) Sobre la protección de terceros de buena fe: CNComCap, 12/5/38, *LL*, 10-717; CNCiv, Sala A, 22/4/71, *LL*, 144-399; *id.*, Sala D, 3/7/52, *LL*, 67-555; SCBA, 16/9/38, *LL*, 12-275.

7) FRAUDE

§ 256. **CONCEPTO.** – El fraude es, al igual que la simulación, un acto o negocio de engaño, contrario a la verdad, pero en vez de ficticio es real, y tendiente a eludir obligaciones. En un sentido estricto, o sea referido al fraude a los acreedores, que es el ámbito que regula el Código Civil, el fraude también es un acto contrario a la buena fe, como vicio propio del acto jurídico, pero no como vicio de la voluntariedad del acto. Esto quiere decir que en el fraude la voluntad no padece vicios, pero, en cambio, implica un actuar de mala fe en perjuicio de los acreedores.

Es sabido que el patrimonio del deudor es la garantía común de los acreedores, en el sentido de que el deudor, cuando se obliga, lo hace respaldado en su patrimonio activo y suficiente, y el acreedor también adquiere su derecho creditorio, teniendo en cuenta ese patrimonio del deudor que el día del pago –obligación exigible– permitirá el cumplimiento o será la base para responder si aquél no cumple. La noción de fraude hace referencia a: *actos del deudor que disminuyen el patrimonio, provocando la insolvencia o agravándola, e impidiendo de*

tal modo la satisfacción de los créditos o las responsabilidades del deudor, con perjuicio para los acreedores.

En ese sentido dispone el art. 961 del Cód. Civil: “*Todo acreedor quirografario puede demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus derechos*”.

Se destaca en esta noción el perjuicio al acreedor que radica en la imposibilidad del deudor, por causa del negocio fraudulento, de pagar sus deudas total o parcialmente, debido al desbalance patrimonial en que se ha colocado con el acto de fraude (Cobas).

La acción para evitar el fraude se llama de revocatoria o pauliana (esto último porque habría sido creada por Paulo pretor o por Paulo jurisconsulto). Esta acción tiene claras diferencias con la acción de simulación, que será oportuno destacar para comprender el fraude:

a) Ambas acciones se dirigen a conservar la garantía patrimonial del deudor. En este orden, hay una tercera acción, que es la de “subrogación”, en la cual el acreedor sustituye al deudor inactivo, para hacer ingresar bienes en el patrimonio de ese deudor y poder después cobrarse (art. 1196).

b) Las tres acciones sólo operan si ese patrimonio, por alguna de las maniobras del deudor (simulación, fraude o inactividad frente a su propio deudor), disminuye de tal modo que se vuelve insuficiente. Luego, son acciones subsidiarias, pues si quedan otros bienes ejecutables, no podrían ser ejercidas.

c) La de simulación ataca actos aparentes del deudor que no quiere pagar y esconde la realidad de su patrimonio tras los negocios ficticios; el fraude ataca actos reales del deudor, que se desprende de bienes para no pagar en forma verdadera, no ficticia.

d) En la simulación se procura que se declare la nulidad del acto simulado y, por ello, que los bienes vuelvan al patrimonio del deudor; en la revocatoria o pauliana, se pretende desconocer esos actos fraudulentos, de modo que el acreedor puede ejecutar los bienes (inoponibilidad, no nulidad), y cobrarse, pero sin dejar sin efecto el negocio del deudor desconocido.

e) Por lo expuesto en d, la simulación, al anular el acto, beneficia a todos los acreedores, ya que se declara que ese acto es inválido por ficticio; en la pauliana, al ser meramente inoponible el acto al acreedor, sólo beneficia al que inició la acción y no a los demás acreedores. Como en la pauliana, el acto es válido, pero inoponible a los acreedores anteriores al fraude; ese acto tiene vigencia entre el deudor y el tercero que adquirió los bienes, en la medida en que el acreedor demandante haya quedado desinteresado de su crédito.

f) La acción de simulación prescribe a los dos años. La acción de fraude al año.

g) No se las puede iniciar en forma principal simultáneamente, pues un acto no puede ser ficticio y real al mismo tiempo ni pretender que sea anulable y válido al unísono, pero sí podría demandarse la simulación y subsidiariamente la revocatoria, para el caso de que no prosperara la de simulación.

§ 257. **REQUISITOS DE LA ACCIÓN DE FRAUDE.** — A fin de que la demanda tenga posibilidad de ser admitida, diversas son las exigencias que surgen de la ley, las cuales pueden enunciarse en el siguiente orden:

a) **PERJUICIO.** El perjuicio que sufre el acreedor es de interpretación amplia. Todo acto del deudor puede producirlo, sea de disposición o de administración; positivo o de renuncia al ingreso de bienes —art. 964— (como renuncia a la herencia; a una indemnización que se le deba; a una prescripción ganada, etcétera). En cambio, no son atacables por fraude los actos extrapatrimoniales y los inherentes a la persona.

Tampoco es necesario que haya intención de dañar por parte del deudor, pues basta que tenga conocimiento de la impotencia patrimonial que padece, lo cual hace presumir el aspecto subjetivo de esa intención (Cobas, Mosset Iturraspe).

b) **INSOLVENCIA.** No deriva el perjuicio del incumplimiento del deudor, sino de su insolvencia para cumplir, que es la impotencia patrimonial. Es decir, cuando el activo es inferior al pasivo de su patrimonio (art. 962).

La insolvencia se presume si el deudor se encuentra fallido cuando realiza el acto de enajenación al tercero. En caso contrario, el acreedor debe probar la insolvencia y su carácter permanente y no transitorio. Esta insolvencia debe mantenerse hasta el tiempo de la demanda por revocatoria, pues si el deudor equilibra antes su balance patrimonial en el activo y pasivo, cualquiera que sea la causa de ese nuevo equilibrio (incluso por entrada de bienes de fortuna debida al azar), no prosperará la acción de fraude.

c) **FECHA.** Sólo tienen acción revocatoria los acreedores de fecha anterior al acto de fraude que provocó o agravó la insolvencia del deudor. Es que esos acreedores son los verdaderamente perjudicados, ya que al contratar con el deudor tuvieron en cuenta la integridad y garantía de su patrimonio.

Por excepción no es necesario que el crédito sea anterior, cuando los actos de fraude se anticiparon a un delito que pensaba come-

ter el deudor y de ese modo se preparaba para no pagar a los futuros damnificados por el delito. El art. 963, que prevé esa excepción, fue interpretado literalmente (Salvat); pero otra teoría más amplia y aceptable lo aplica a todos los casos en que el deudor preordena un resultado fraudulento para eludir posteriores responsabilidades, aunque no pretenda cometer delitos (Borda, Mosset Iturraspe, Cobas).

d) *ACREEDORES*. Tienen acción de fraude los acreedores quirografarios. Son éstos los acreedores generales o comunes que no gozan de un privilegio.

Los privilegiados, con privilegio general o especial, en principio quedan excluidos de la facultad de iniciar el juicio, pues pueden hacer efectivos sus créditos sobre ciertos y determinados bienes, inclusive con carácter reipersecutorio si el privilegio proviene de una hipoteca o prenda (con registro). Es decir que en estos casos tienen preferencia a los demás acreedores y pueden ejecutar esos bienes estén en manos de quien sea. Sin embargo, una opinión compartible sostiene que aun en el caso de estos acreedores privilegiados, se admite la acción revocatoria en su beneficio si el bien sobre el cual recae el privilegio no es suficiente para cobrar la integridad del crédito y el acto fraudulento disminuye la garantía que representan los demás bienes del deudor (Borda, Mosset Iturraspe, Cobas; en contra, Salvat).

e) *ACTO*. Si el acto de fraude fue oneroso, es decir, que el bien del deudor se traspasó al tercero por un precio en dinero o por otra contraprestación, el acreedor que inicia la acción pauliana, tiene que probar que ese tercero fue cómplice del fraude, lo cual se presume si el adquirente tercero tenía conocimiento de la insolvencia del enajenante, deudor fraudulento (arts. 968 y 969). Si el acto de fraude fue a título gratuito (donación), no hace falta probar la complicidad del donatario adquirente, bastando que el acreedor acredite la insolvencia, que su crédito es anterior y el perjuicio causado por la donación.

§ 258. *INOPONIBILIDAD DEL ACTO FRAUDULENTO AL ACREEDOR*. — Ya se ha visto que a diferencia de la simulación que produce una nulidad, esta acción revocatoria plantea una inoponibilidad del acreedor respecto del acto fraudulento. Ello significa que el acto es válido, pero inoponible a ése o a otros acreedores que hayan reunido las condiciones y requisitos expuestos anteriormente.

Luego, entre el deudor fraudulento y el tercero con el cual realiza el acto, se mantiene la vigencia de éste en la medida en que el acreedor sea satisfecho. Ello puede ocurrir, ya porque el tercero que recibió el bien del deudor fraudulento lo abandona al acreedor; o que le pague con lo suyo para desinteresarlo y quedarse con el bien transmitido por el deudor. En este último caso debe pagarle el crédito y todos sus accesorios, como son los intereses, las costas del juicio, etcétera. También podría dar garantías suficientes de que será cubierto el crédito (art. 966).

§ 259. **EFFECTOS DE LA REVOCACIÓN.** – Si la acción prospera, el acreedor no toma posesión del bien, sino que solicita su venta para cobrarse y, una vez satisfecho su crédito y los accesorios, lo que resta es del adquirente del bien y no vuelve al enajenante fraudulento.

Por ejemplo, si es un inmueble que el deudor *A* le vendió a *B* para no pagarle al acreedor *C*, el cual tiene un valor de \$ 50.000, mientras que el crédito de *C* y sus accesorios no pasa de \$ 25.000, cuando se vende en aquella primera cantidad el saldo de \$ 25.000 vuelve al adquirente *B*, pero no se beneficia *A* con ese saldo, ni tampoco otros acreedores de *A* que no iniciaron la demanda de revocatoria.

Mientras se produce la ejecución del bien, una vez reconocido el derecho del acreedor al prosperar la acción pauliana, el tercero adquirente a título oneroso y cómplice es poseedor de mala fe, y responde por el deterioro de la cosa o su ruina (art. 2435). Si, además, transmitió a pesar de ello el bien a un tercero de buena fe y a título oneroso, debe reparar al acreedor el perjuicio causado a éste que no puede cobrar ejecutando el bien en manos de ese subadquirente (art. 972). Debe los frutos percibidos o que debió percibir.

En cambio, el adquirente a título gratuito, que no fue cómplice ni tuvo mala fe, es poseedor de buena fe hasta el tiempo de la sentencia.

§ 260. **FRAUDE A LA LEY Y FRAUDE PROCESAL.** – Si un acto es lícito, no contrario a la ley, pero se lo otorga al amparo de norma no prohibitiva, eludiendo así una obligación imperativa, se dice que hay fraude a la ley, o una norma defraudada, lográndose en apariencia un acto válido. Aquí el acto se ampara en la cobertura de una ley para eludir el cumplimiento de otra.

Se satisfacen de tal manera intereses concretos que no hubieran podido lograrse si se aplicaba la norma defraudada.

Un ejemplo muy particular de este tipo de fraude, es el *fraude procesal*. En éste se aprovecha la parte de la estructura del proceso en sus normas de protección general de derechos, para perjudicar a un tercero. O sea que se realiza el acto procesal a fin de obtener una sentencia, con autoridad de cosa juzgada, a fin de ejecutarla a su vez, no obstante que no tuvo ningún derecho o facultad sustancial para iniciar ese proceso.

Por ejemplo, si alguien fragua un instrumento privado y lo presenta en juicio atribuyendo la firma a una persona que sabe que está ausente y no comparecerá. Una vez obtenido el reconocimiento legal presunto por incomparecencia del demandado, se llega hasta una sentencia de condena contra esa persona que ignoraba todo. O bien, se ponen de acuerdo dos personas para que una demande a la otra y ésta se allane, a fin de obtener una sentencia de condena que permita al actor competir con otros acreedores que tiene el demandado que se allanó. En ambos casos se utiliza el proceso y la actuación del juez para defraudar, apoyándose en normas válidas, como la del reconocimiento por presunción de la ley de los instrumentos privados (ver § 209), y las de los efectos procesales del allanamiento.

En estos casos, esos actos no son inoponibles, sino que, probado el fraude, se produce la nulidad del procedimiento y de todos los actos derivados de ese fraude.

B) INEFICACIA DEL ACTO O NEGOCIO

§ 261. *DIFERENCIA ENTRE INEFICACIA, INVALIDEZ Y NULIDAD DEL ACTO.* – Por diversas circunstancias el acto o negocio pierde eficacia con relación a todos –partes y terceros– o respecto de personas determinadas; en forma total –todo el acto o negocio– o parcial –una de sus partes–. Es decir que siendo la causa fuente de efectos jurídicos al pertenecer al género de los hechos jurídicos (arts. 896 y 944 ya estudiados), desaparece la misión a la que respondía según el fin inmediato que inspiró a las partes, puesto que, por dichas circunstancias congénitas o sobrevinientes, decae sin tener la posibilidad de producir los efectos jurídicos que le daban razón de ser.

La pérdida de eficacia es esa falencia que significa no tener la cualidad principal de su existencia; la cualidad de producir los efectos

tos propuestos, los que conformaron la causa fin determinante de su creación. En otras palabras, por pérdida de vigencia y extinción del programa que los puso en marcha, se produce el decaimiento del acto o negocio. La etapa final del decaimiento puede ser *normal* por haber terminado el ciclo previsto por los sujetos, o *anormal* sin dar satisfacción al fin determinante.

La terminación o decaimiento *normal* responde a la trayectoria del ciclo vital del negocio: nacimiento, vida y muerte. Creación, producción de efectos y cumplimiento total de su objetivo por agotarse el fin determinante, o transcurrir el plazo previsto; son negocios extinguidos naturalmente. La terminación o decaimiento *anormal*, en cambio, impide el cumplimiento del ciclo vital y lo interrumpe sin que se lleve a cabo el programa establecido.

Ineficacia es, pues, dicha falta de eficiencia por pérdida anormal. De ahí que pueda sostenerse que es el concepto más amplio que indica todas las causas de extinción anormal. Abarca las variadas situaciones por las cuales los actos pierden vigor, fuerza o eficiencia. Es, por tanto, el género que comprende diversas especies como la nulidad o invalidez, la esterilidad, la caducidad, la revocación, rescisión o resolución (Cifuentes; en contra, Lloveras de Resk).

La *esterilidad* es una ineficacia que se produce por circunstancias de la naturaleza o por voluntad de las partes.

Proviene de la naturaleza, por ejemplo, la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor en la obligación de dar; la no producción de un acontecimiento de la naturaleza a la que estaba sometido el negocio como condición suspensiva (v.gr., la venta de cosa futura que no llega a existir). Por la voluntad: el pacto que subordina a la voluntad de una de las partes la vigencia del negocio (venta a satisfacción del comprador; pacto de arrepentimiento, etcétera).

La ineficacia por *caducidad del derecho* es una causa que sobreviene al nacimiento del negocio, pues el acto estaba sometido al transcurso de un cierto tiempo, cumplido el cual, si no se ejerció, decae el derecho y queda sin eficacia el acto, o bien por la muerte del legatario antes de la del testador, lo que hace caducar el legado.

La ineficacia por *revocación, rescisión o resolución*, son todas situaciones que suponen un acto válido pero que deja de ser eficaz por voluntad de las partes (revocación y rescisión), por determinación de la ley o incumplimiento de uno de los obligados (resolución). Son causas posteriores al nacimiento

del acto. La revocación es facultad conferida por la ley en los actos unilaterales de confianza, para que la parte pueda dejarlos sin efecto según su voluntad. Esta causa no opera retroactivamente, vale decir que sus consecuencias de ineficacia del negocio se producen a partir de la declaración de voluntad de revocar el acto (p.ej., revocación de un mandato, de un testamento; de una donación por supernacencia de hijos, etcétera).

La rescisión es un acuerdo de voluntad de las partes, posterior al acto, para desvincularse de ese acto, y también es irretroactiva (opera ex nunc), con proyección sólo hacia el futuro (art. 1200).

La resolución es causa de ineficacia de negocios bilaterales, por la cual ante la inejecución o mora de una de las partes en el cumplimiento de sus obligaciones, la otra puede optar por exigir judicialmente el cumplimiento o pedir que se deje sin efecto el acto. Tal el caso de pacto comisorio (arts. 1203 y 1204). Opera hacia el pasado, o sea, retroactivamente (*ex tunc*), produciendo sus consecuencias de ineficacia a partir del nacimiento del acto mismo.

La *nulidad* es sinónimo de invalidez. Significa que hay una falla congénita del acto o negocio, falla no sobreviniente, y depende de que la ley la contemple como causal de ineficacia del acto, por lo que no es ineficacia voluntaria. Sus efectos son retroactivos (*ex tunc*). Estos caracteres la diferencian de la esterilidad que no es de origen legal; de la caducidad que no es causal congénita u originaria, sino sobreviniente; de la revocación, rescisión o resolución que no provienen de la ley, sino de la voluntad, y no tienen como presupuesto un vicio ubicado en el nacimiento del acto.

§ 262. **CONCEPTO DE NULIDAD.** – Etimológicamente viene del latín *nullus*: *ne* o sea “no”, y *ullus*, o sea “alguno” (“no alguno”). Sin embargo, jurídicamente la significación es otra, y se aparta de la idea etimológica que revela inexistencia del acto.

Hay dos teorías que se han encontrado para definir a la nulidad. Una, la mayoritaria y más aceptable, considera que la nulidad tiene naturaleza de *sanción legal*. Sostiene que es “la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto ju-

rídico, en virtud de una causa originaria, es decir, existente en el momento de su celebración” (Borda, Llambías).

Tres aspectos se destacan de esa definición: *a)* debe provenir de la ley; *b)* deja sin sus efectos propios al acto jurídico, pero no lo priva de todo efecto, sino sólo de los que normalmente estaba destinado a producir, esto es, los que las partes se propusieron lograr cuando lo celebraron, y *c)* responde a causas anteriores o contemporáneas al nacimiento del acto, pues es un vicio congénito.

La idea de sanción está tomada en un sentido amplio, y no en el limitado o estrecho sentido propio de la represión de una conducta. Sanción porque produce una consecuencia de ineficacia como reproche a la imperfección; frente al vicio, que es ausencia en el negocio del cumplimiento de las condiciones exigidas por la ley para que sea eficaz, lo penaliza quitándole sus efectos, por haber contrariado el acto al derecho objetivo. Muchas de las normas del Código hablan de la pena de nulidad.

§ 263. **NULIDAD E INOPONIBILIDAD.** – Cuando la ineficacia del acto no se extiende *erga omnes*, o sea, a todas las personas (partes y terceros), sino que sólo puede ser invocada por uno o más terceros determinados, no es dable sostener la existencia de una nulidad. Aqueja en ese caso al acto un vicio que no le hace perder sus efectos respecto de todos y que no tiene necesariamente origen en el nacimiento del acto. En sentido inverso, ese negocio es en sí mismo eficaz y válido, pero no para ciertas y determinadas personas que lo pueden desconocer, y en tal caso se dice que no es oponible respecto de esas personas. Estos terceros pueden, por tanto, oponerse a que el acto sea eficiente o productor de efectos en contra suyo o referidos a ellos.

Esa diferencia principal entre la nulidad (ineficacia para todos y que proviene por un vicio congénito) y la inoponibilidad (ineficacia para uno o más terceros determinados y que puede sobrevenir al nacimiento del acto), tiene otras connotaciones. Así, la nulidad confiere acción y excepción para lograr la ineficacia del acto, mientras que la inoponibilidad, dado que el acto es válido para todos, pero inoponible para algunos, sólo se puede hacer valer por medio de excepción. La nulidad cuando es absoluta, no es confirmable ni prescribe la acción por medio de la cual se invoca; la inoponibilidad siempre es renunciable y prescribe la acción que la sustenta (para nulidad absoluta, ver § 270).

Si bien el Código no contiene un concepto expreso de inoponibilidad, ni normas generales que la regulen, en diversas situaciones la ha establecido, así en el caso ya estudiado de fraude (art. 965) en

que el acto es válido, pero puede ser ineficaz para ciertos acreedores que lo desconocen; el caso de falta de fecha cierta (art. 1034), que no impide la validez y eficacia del instrumento privado respecto de las partes, pero puede ser desconocido por los terceros a menos que adquiera fecha cierta en los modos establecidos; en la simulación, el contradocumento que no fue asentado en la escritura pública matriz ni en las copias en virtud de los cuales obró el tercero, no puede serle opuesto (art. 996); a los terceros de buena fe y a título oneroso les es inoponible la nulidad del acto (art. 1051; ver § 276), el efecto relativo de los actos o negocios (ver § 172), revela la inoponibilidad, pues según los arts. 1195, 1199 y 504, los negocios no benefician ni perjudican a los terceros, no pueden oponerse a éstos, extendiendo sus efectos sobre las partes y los sucesores universales, etcétera.

Con el conjunto de características estudiadas, puede darse la siguiente definición de inoponibilidad: *“es una ineficacia relativa, congénita o sobrevenida del negocio jurídico, en consideración a determinados sujetos a los cuales éste puede interesar, pero que mantiene su eficacia entre los que lo celebraron y también en algunos casos, respecto de otros terceros”* (Cifuentes).

Como última acotación, se debe tener en cuenta que cuando la ley sanciona expresamente la nulidad o lo hace implícitamente como en el art. 18 del Cód. Civil, para los actos prohibidos, no es dable determinar una inoponibilidad como en algunos casos erróneamente se ha hecho en doctrina y fallos de jurisprudencia.

§ 264. **NULIDAD E INEXISTENCIA DEL ACTO.** – No siempre se ha admitido como causal de ineficacia a la inexistencia, la cual es más extendida y acentuada que la de la nulidad. Hay quienes consideran que se confunde con la nulidad; que es inútil bastando la invalidez; que no se puede dividir el negocio adjudicándole una existencia material y otra jurídica, de modo de decir que no existe jurídicamente el hecho concreto o material de su realización; se sostiene por esos autores que la ley no ha consagrado a la inexistencia (Nieto Blanc, Aráuz Castex, Salvat, Zannoni).

Sin embargo, es de pensar que puede darse esa dualidad. La admisión de la validez, la nulidad y la inexistencia como tres variantes de la eficacia e ineficacia del negocio, está apoyada por serios argumentos.

Se inició la idea en Francia, particularmente ante el acto del matrimonio, cuando éste no era celebrado ante el jefe del Registro Civil, o fallaba el consentimiento por no haberse prestado o se pretendía haberlo contraído entre personas del mismo sexo (Zachariae, Aubry y Rau, Josserand). Después esa idea se extendió a los demás negocios. Se consideraba inexistente (*non avenu*) el acto matrimonial que no reunía los elementos de hecho que forzosamente surgen de su naturaleza o de su objeto, en ausencia de los cuales es imposible concebir su existencia, como en los casos de pretendidos matrimonios con las fallas expuestas. Diferente resulta si el acto matrimonial responde a su naturaleza pero tiene un vicio como el dolo, error, impedimento de ligamen, etcétera. La recepción de la teoría de la inexistencia jurídica del acto se ha hecho mayoritaria y tiene aplicaciones jurisprudenciales, con consecuencias distintas y más pronunciadas que la nulidad (Llambías, Borda, Belluscio, López Olaciregui, Cifuentes).

Esta teoría afirmativa responde a la idea de que se trata de una inexistencia jurídica, no de una inexistencia material o real del acto. No es lo mismo que no haya acto jurídico a que exista acto jurídico, pero viciado. Cuando dicho acto aparenta ser jurídico, pero le faltan los elementos esenciales referentes al sujeto, objeto y forma, en verdad no es. En ese primer caso, el ejemplo más claro es cuando una persona falsifica documentos y se hace pasar por el propietario vendiendo a otra la cosa; o bien, el propietario ha muerto y una persona viva lo sustituye para venderla, haciéndose pasar por el muerto. Todo hace pensar que en estos casos más que un vicio o defecto hay ausencia de sujeto propietario vendedor. Por eso, se ha dicho que el acto no responde a su definición como tal, ya que en la compraventa por definición es el propietario el que se compromete a transmitir la propiedad (art. 1323).

Las consecuencias del acogimiento de la teoría son que: a) puede pedirse la inexistencia por cualquier persona interesada y en cualquier estado del proceso, a diferencia de la nulidad; b) los jueces pueden verificarla y aplicar de oficio la ineficacia que de la inexistencia resulta, pues no hay acto, lo que no ocurre cuando la nulidad es relativa; c) no se aplican las regulaciones de la nulidad y, en este sentido, se puede accionar aun contra terceros de buena fe y a título oneroso que hubieran recibido los derechos, y d) tampoco es posible aplicar al acto jurídicamente inexistente la conversión del acto.

§ 265. **CLASIFICACIÓN DE LAS NULIDADES. SISTEMAS DIVERSOS.** – Las nulidades no tienen todas una sola comprensión, particularmente en lo que se relaciona con sus efectos hay diversas clases que permiten reagruparlas según diferentes puntos de vista.

Así, por ejemplo, según que la ineficacia recaiga sobre todo el acto o sobre una sola parte habrá nulidad completa o parcial; según el modo como está prevista en la ley, serán nulidades expresas o virtuales.

Dentro de esta variedad de subdivisiones, tiene mayor importancia la que se refiere al origen y valoración del vicio, y a los intereses que ese vicio afecta. Desde este punto de vista hay dos sistemas de clasificación en las legislaciones. Uno de ellos que es el actualmente más extendido, contiene una división en nulidades absolutas y relativas; como sinónimo de actos nulos las absolutas y anulables las relativas (sistema imperante en Francia, España, Italia, Colombia). El otro que es el seguido por nuestro Código, hace una clasificación cuádruple, distinguiendo en forma separada por un lado las nulidades absolutas y relativas, por el otro y diferenciadamente, las nulidades de actos nulos y las nulidades de actos anulables. Vale decir que no son sinónimos, sino que responden a distinto alcance. De ello se sigue que un acto puede ser nulo de nulidad absoluta o relativa, y anulable de nulidad absoluta o relativa.

Tomando en cuenta todas las variantes clasificatorias que ha establecido nuestra ley, la cual fue inspirada en Freitas, se puede hacer el siguiente recorrido de sus tipos: a) nulidades expresas e implícitas; b) nulidades manifiestas y no manifiestas; c) nulidades completas o totales y parciales; d) nulidades de actos nulos y de actos anulables, y e) nulidades absolutas y relativas.

§ 266. **RÉGIMEN GENERAL DEL CÓDIGO Y SU EXPANSIÓN EN OTRAS RAMAS DEL DERECHO.** – El Código ha establecido un régimen general de las nulidades, con el que cierra el conjunto de principios destinados a reglamentar los actos jurídicos. El problema de las nulidades tiene su radio de aplicación, dentro de la clasificación de los hechos jurídicos que ya hemos estudiado (ver § 155), sólo respecto de los actos jurídicos –incluyéndose a los llamados en el extranjero “actos semejantes a negocios”–, pero no abarca a los simples actos voluntarios lícitos, ni tampoco a los actos ilícitos.

La regulación de esas bases es completa y minuciosa, conteniendo todo el material necesario para evitar ausencias y lagunas. Tiene extensión principal o subsidiaria, según que exista o no una preceptiva especial para ciertos y determinados negocios. Además, si esa preceptiva especial existe y modifica sólo alguno de los principios, éstos siempre vienen a completar todos los aspectos relacionados con los conceptos, la clasificación, los efectos de la invalidez, etcétera. Los dos títulos dedicados a tratar el problema (Libro Segundo, Sección Segunda, títulos VI y VII, arts. 1037 a 1065), se aplican por remisión a esos principios en forma expresa o tácita de las diversas instituciones particulares.

Así, por ejemplo, ello ocurre para la venta de cosa ajena (art. 1329); la determinación del precio en la compraventa (art. 1355); las compras y ventas prohibidas (art. 1362); la cesión de derechos (arts. 1455 y 1456); la donación del inmueble (art. 1810) o las donaciones mutuas (art. 1820); la hipoteca (arts. 3126 y 3127), etcétera. Estos ejemplos, tomados al azar, demuestran que en el derecho civil es de constante aplicación el régimen general de las nulidades.

Pero, además, los principios sirven de base común a otras ramas del derecho, como la del derecho administrativo en la que hay una reglamentación particular aunque en gran medida basada en los conceptos del Código Civil; lo mismo en el derecho comercial, en el laboral, etcétera. De ahí la importancia del estudio del régimen general, dado que expande las soluciones a otras ramas del derecho que tienen su base en los preceptos generales del Código. La Corte Suprema ha hecho frecuente aplicación en sus fallos de las reglas básicas.

§ 267. *NULIDADES EXPRESAS E IMPLÍCITAS.* — Esta división se vincula con el modo como la ley establece la sanción de las nulidades. Sabido es que la fuente de esta sanción de invalidez es la ley, lo que significa que debe determinarse si es necesario que la norma diga expresamente que el no cumplimiento de sus condiciones en el acto acarrea una nulidad, o si basta que ello surja del contenido de la norma aunque no lo diga expresamente.

A raíz de la redacción del art. 1037, tomado de Freitas, se ha producido una controversia en este tema. Sin embargo, en la fuente se utilizó la palabra "expresamente", que nuestro codificador su-

primió. Algunos autores apegados a dicha fuente sostuvieron que esa palabra estaba sobreentendida en la norma y que, para que se aplique la sanción de nulidad, es imprescindible que la norma contenga la pena, como en el citado art. 1810 que emplea la frase "bajo pena de nulidad".

La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia se ha inclinado por una tesis más amplia, según la cual basta que surja tácitamente la sanción de nulidad del precepto que impone un requisito o establece una prohibición, si ese requisito no se cumple o la prohibición se viola.

No es que los jueces puedan crear nulidades en donde la ley no las establece, sino que ésta, única fuente de las nulidades, puede contener esa sanción en forma expresa e implícita. Pero es indudable que cuando lo dice expresamente se cierra toda discusión, mientras que cuando lo estatuye implícitamente tiene que acudir al estudio de su espíritu y de la posibilidad de que la nulidad esté sobreentendida. Un caso muy importante por su extensión es el del art. 18, para los actos prohibidos cuando no existe alguna otra sanción particular.

No obstante esa amplitud en la interpretación del régimen, debe ponerse de relieve que cuando es dudoso si un acto es válido o inválido, corresponde inclinarse por su validez, pues la nulidad es excepcional. Ello significa que se tiene que evitar una interpretación no sostenida firmemente en la ley, sea por su fuerza expresa o por su consagración implícita o virtual.

§ 268. **ACTOS NULOS Y ANULABLES. CRITERIO DE DISTINCIÓN.** — Muchos autores confundieron la clasificación de actos de nulidad manifiesta con los actos nulos, y actos de nulidad no manifiesta con los actos anulables. Ello parece consagrado por la redacción del art. 1038. Lo que significaría que el acto es nulo cuando el vicio que acarrea la nulidad surge patente, es ostensible o está a la vista. Mientras que sería acto anulable cuando el vicio está oculto y debe ser descubierto a través de una investigación de hecho, según la prueba producida para que el juez dicte sentencia.

Aun cuando en general suele producirse en los hechos y en los casos a juzgar la identificación, es decir que los actos nulos suelen tener manifiesto el vicio y los anulables lo tienen oculto, es dable advertir que muchas veces no hay coincidencia, pues

se produce un vicio oculto, que está disimulado y que, sin embargo, desemboca en un acto nulo.

Por ejemplo, nadie discute que los actos realizados por un incapaz de hecho son nulos, pero ese incapaz menor o demente puede engañar haciéndose pasar por mayor de edad o bien por persona mentalmente sana; lo mismo ocurre si el padre le compra un bien a un hijo que está bajo su patria potestad violando la prohibición de la ley (art. 1361), pero lo oculta haciendo la operación a través de un testaferro o prestanombre, el cual más tarde simula transmitirle el bien, cuando en realidad el negocio se hizo con el dinero del padre.

En esos ejemplos se advierte que el acto sigue siendo nulo no anulable, pero no puede decirse que el vicio esté manifiesto, sea ostensible.

Lo expuesto muestra la necesidad de diferenciar las nulidades manifiestas de las nulidades de acto nulo. A ese efecto corresponde ajustar el concepto y, en tal sentido, se tiene que considerar que el acto es nulo *cuando la ley misma, por sí y en virtud de una valoración ya contenida en ella, sin necesidad de ningún otro órgano o poder reduce a la nada el acto prohibido (invalides)*. Por ello, el defecto de ese negocio es *rígido*, determinado de antemano, perfilado por la norma y no sometido a graduación o apreciación judicial. Esto desemboca en la idea de que el acto es inválido *ipso iure* o por el derecho objetivo mismo, sea o no manifiesto el defecto. Si es manifiesto, no será necesario más que comprobarlo y dictar una sentencia declarativa de la nulidad; si no es manifiesto, habrá que descubrirlo a través de la prueba, pero, una vez descubierto, también la *sentencia es declarativa* de la nulidad, pues ya está invalidado por fuerza de la ley.

Tratándose de actos anulables, no es la ley sino el juez el que está encargado no sólo de investigar la existencia del defecto sino de valorarlo para saber si reúne las condiciones que determinan la invalidez. La labor del juez aquí es de juzgamiento, pues el vicio está simplemente enunciado en la ley, pero los elementos que lo concretan se supeditan a que el juez, según su ciencia y conciencia, considere aplicable la sanción de nulidad. La nulidad, por tanto, es graduable, no rígida, no está preestablecida y el juez tiene la misión de desarrollar, destacar, definir y ponderar las anormalidades denunciadas para establecer, según su criterio, si coincide con las exigencias de la

ley cuando ordena la nulidad. La sentencia ~~ya no es declarativa~~ *va sino constitutiva*, pues la nulidad no la determina la ley ~~sino~~ el juez aplicando la ley, y hasta tanto dicte la sentencia el acto será considerado válido, ya que la nulidad no depende de la ley sino de la sentencia.

Por ejemplo, si la nulidad proviene de una acción dolosa, el juez tiene que establecer la existencia de los requisitos del dolo ya explicados, juzgando si es o no dolo principal, engaño grave y produce daño importante. Lo mismo si es una simulación, debiera juzgar su carácter, clase y consecuencias.

Cuando el acto es nulo, desde un principio lo es. Cuando es anulable, a partir de la sentencia. Sin embargo, una vez dictada dicha sentencia constitutiva de la nulidad, que crea un nuevo estado de cosas, modificando el estado preexistente, las consecuencias de esa nulidad son retroactivas produciéndose a partir de la celebración del acto anulable.

La diferencia entre nulidad manifiesta y acto nulo, quedó claramente determinada por la reforma del art. 1051 de la ley 17.711, pues aun tratándose de acto nulo los terceros de buena fe y a título oneroso se benefician del estado aparente y no se producen los efectos de la nulidad contra ellos. Si se identificara el acto nulo con la nulidad manifiesta no podría hablarse de la buena fe del tercero cuando adquirió el derecho personal o real, dado que el vicio estaría a la vista y no podría ser ignorado por ese tercero.

§ 269. **ENUMERACIÓN LEGAL.** — A partir del art. 1041 el Código enuncia a los actos nulos. Las tres primeras hipótesis abarcan las incapacidades en cualquiera de sus clases: de hecho absolutas y relativas, y de derecho.

El art. 1044 comprende a los presupuestos o elementos del acto: causa, objeto y forma. La enunciación es ejemplificativa, pues bastaría que un negocio tuviera los defectos explicados (rígidos, estándar, juzgado por la ley) para considerarlo nulo.

El art. 1044 estatuye: *“Son nulos los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulación o fraude presumido por la ley, o cuando fuese prohibido el objeto principal del acto, o cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley, o cuando dependiese para su validez de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos”*.

Los actos anulables están enunciados también ejemplificativamente en el art. 1045. Al respecto puede hacerse la siguiente síntesis:

a) Actos otorgados con incapacidad accidental de la parte (en realidad es una falta de discernimiento transitoria).

b) Incapacidad de derecho desconocida, por haberse obrado contra una prohibición legal, pero ocultamente, de modo no ostensible. Sin embargo, esta hipótesis desemboca en realidad en un acto nulo no manifiesto, conforme a lo explicado.

c) El negocio con un objeto prohibido que se ignoraba que lo fuera. Esta hipótesis también es dudosa, por cuanto de acuerdo con el art. 1044; sea oculto o no el vicio, es acto nulo, según se ha explicado.

d) Vicios de la voluntad, es decir, haber obrado por error, dolo o violencia física o moral, y vicio del acto jurídico, por simulación. También el acto realizado con lesión subjetiva.

e) Cuando el instrumento con el que se realizó el acto es anulable. Por ejemplo, si es falso de falsedad física o material (falsificación de la firma) o ideológica; o si tiene imperfecciones (ver § 194, b, 2). En estos casos si la invalidez del instrumento se propaga al acto, éste es anulable.

§ 270. **NULIDADES ABSOLUTAS Y RELATIVAS: CRITERIO DE DISTINCIÓN.** – Paralelamente a los actos nulos y anulables, aparece la clasificación de las nulidades absolutas y relativas, la cual no se refiere a la valoración y juzgamiento de la nulidad, sino a su fundamento. Por eso, puede decirse que cuando el vicio que tiene el acto hiere o destruye intereses públicos la nulidad es absoluta; mientras que si están en juego sólo los intereses particulares de las partes del acto, la nulidad es relativa.

Es muy común la errada concepción que vincula la diferencia según que juegue en la norma un principio de orden público o no. Es más exacto atender a los intereses afectados, pues puede suceder que una ley como la que se refiere a la edad, la minoridad y sus prohibiciones, sea de orden público, no obstante lo cual la nulidad de los actos se ha instituido para proteger al incapaz y no para evitar la lesión de un interés general o público. Es decir que se trata de una nulidad relativa. Cuando, por tanto, la nulidad es una sanción que tutela a la sociedad en sí misma, a sus principios y a su estructura de orden y seguridad, protege intereses públicos y la nulidad es

absoluta. Mientras que si de lo que se trata es de tutelar a una persona en particular según sus privados intereses, como un menor, un demente, una persona que carece de discernimiento u otra que fue perjudicada por un engaño (dolo), es en lo inmediato indiferente para la sociedad el mantenimiento o la invalidez de ese acto, lo que no impide ver que mediatamente la sociedad está interesada en proteger a los perjudicados. De ahí que si inmediatamente se afecta a la sociedad la nulidad es absoluta; pero si inmediatamente lo afectado es un bien particular es relativa, aun cuando siempre la sociedad propende a evitar los daños provocados a incapaces de hecho o, por ejemplo, a evitar el dolo, etcétera.

§ 271. **CASOS DE UNA Y DE OTRA.** — A fin de comprender el sistema, daremos las combinaciones y los posibles casos.

a) **ACTOS NULOS DE NULIDAD ABSOLUTA.** Los de objeto prohibido u objeto inmoral (art. 953); la incapacidad de derecho cuando se ha establecido para resguardar una institución de la sociedad, como la honestidad del desempeño en la función pública. También la simulación o fraude presumidos por la ley si se afectan intereses públicos. La falta de una formalidad absoluta o solemnidad exclusiva ordenada por la ley.

b) **ACTOS ANULABLES DE NULIDAD ABSOLUTA.** Actos solemnes en que el instrumento es anulable, por falsedad o por defectos. El acto de objeto prohibido, pero que hace necesario no sólo investigar para revelar el vicio, sino que el juez aprecie el calibre e importancia de la inmoralidad o contravención a las buenas costumbres.

c) **ACTOS NULOS DE NULIDAD RELATIVA.** Incapacidad de hecho absoluta o relativa, pues es una nulidad cuyo objetivo inmediato es defender al incapaz. Actos del representante de un incapaz que no fue autorizado judicialmente para disponer. Actos contrarios a una incapacidad de derecho en la que sólo están en juego intereses privados de las partes.

d) **ACTOS ANULABLES DE NULIDAD RELATIVA.** Los realizados por personas sin discernimiento. Los que tienen vicios de error, dolo, violencia o lesión subjetiva, y el vicio de simulación no presumida por la ley.

§ 272. **ACTOS DE LOS INCAPACES DE HECHO Y DE DERECHO.** — Aunque la incapacidad sea absoluta, siempre la ineficacia de

los actos de incapaces de hecho tiene como principal meta proteger al incapaz, por lo que la nulidad es relativa y el acto nulo.

Sin embargo, una opinión bastante difundida ha sostenido que siendo absoluta la incapacidad, la nulidad también es absoluta. Sostiene este criterio que en ese caso ha habido falta completa de voluntad y que, por tanto, falla un elemento sustancial del acto (Orgaz, Salvat, Buteler).

Si se atiende al criterio de distinción ya estudiado, lo que decide la cuestión no es la ausencia de voluntad sino el interés protegido. La prueba de esa conclusión está en que, en esos casos, el acto puede ser confirmado y la acción prescribir, pues no está en juego de manera inmediata el interés social (Borda, Llambías, Aráuz Castex, Cifuentes).

Las incapacidades de derecho pueden acarrear una nulidad absoluta o una nulidad relativa, según el interés implicado en la nulidad.

Así, la compra prohibida al mandatario que se le encargó vender, cuando es el mandante el vendedor, sólo atañe a intereses privados, pero la compra por un juez de lo que ha ordenado vender en un expediente de su juzgado, atañe al resguardo de la honestidad y corrección del desempeño judicial, y por ello la nulidad es absoluta.

§ 273. EFECTOS DE LAS NULIDADES ABSOLUTAS Y RELATIVAS. — Cuando sólo están en juego intereses privados, depende de las partes involucradas demandar la nulidad y hacer efectivas las normas que establecen dicha sanción. No se ve ninguna razón para sacar este caso del principio que dice que el interés es la medida de la acción. Desde tal punto de vista, por tanto, se pueden producir todas las contingencias propias del querer de la parte, como invocar o renunciar a la nulidad, quedar inactiva o negociar alguna solución. Es por ello que estas nulidades relativas, sea el acto nulo o anulable, pueden ser confirmadas y la acción que protege a las partes prescribe si se completa el curso del plazo previsto para la prescripción.

Inversamente, si lo que fue afectado es el interés público y la nulidad es absoluta, cambia el sistema de invocación o demanda de la nulidad, y las partes ya no tienen el manejo de la cuestión, sino que, en defensa de la sociedad interesada, el negocio no es confirmable ni prescribe la acción de nulidad.

§ 274. **PERSONAS LEGITIMADAS PARA INICIAR LA ACCIÓN**

De acuerdo con el interés protegido, en la nulidad relativa sólo la parte perjudicada con el vicio está en condiciones para demandar la invalidez del acto. De igual modo tienen esa facultad los representantes del incapaz y el asesor de menores e incapaces cuando actúa en defensa de los intereses que a aquél le corresponden. Desde ya que la legitimación se transmite a los sucesores universales que asumen el carácter de parte. Pero no es posible que otros terceros, el juez o el ministerio fiscal, o la parte causante de la nulidad, tengan personalidad activa en este caso. En cambio, los acreedores podrían iniciar el juicio cuando les corresponde la acción subrogatoria u oblicua (art. 1196, Cód. Civil).

Si la nulidad es absoluta y además el acto es nulo, no sólo la parte está en condiciones de iniciar el proceso si desconocía el vicio, sino que el juez de oficio puede declarar esa nulidad; ella puede ser pedida por el ministerio fiscal en resguardo de la moral y el interés público; cualquier interesado puede requerir la sanción, siempre que demuestre el interés legítimo afectado. De acuerdo con el art. 1047 del Cód. Civil no puede en este caso solicitar la nulidad la parte que ha sabido o debido saber el vicio que invalidaba el acto, pues estaría alegando su propia torpeza.

Respecto de la actuación de oficio del juez, se exige que el vicio sea manifiesto (art. 1047). Esto indica que no le está permitido declarar una nulidad absoluta, pero de acto anulable en el cual el vicio está oculto y debe ser descubierto por la prueba.

En la anulabilidad, la iniciativa probatoria es de las partes y el juez no puede sustituirlas al respecto. Sin embargo, cuando a través de la prueba de las partes y antes de dictar sentencia se advierte la existencia de un vicio que afecta al interés público, hay autores y fallos que en demanda de una mayor protección de los intereses comunitarios admiten que en la sentencia el juez decrete la nulidad. Otros, en cambio, exigen que ella esté manifiesta al tiempo de promover la demanda (Belluscio). Pero esta solución desampara a los valores superiores sociales, lo que el juez no debe dejar de considerar evitando los actos que perjudican a la comunidad en general (Salerno, Cifuentes).

§ 275. **NULIDAD COMPLETA Y PARCIAL. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1039 A LOS ACTOS BILATERALES Y UNILATERALES.** — Cuando las consecuencias de la nulidad, así sea ella absoluta, relativa, de acto nulo o de acto anulable, destituye de efectos al negocio, se está en presencia de una nulidad completa o total. Ese negocio no puede producir ninguno de los efectos que se propusieron las partes al crearlo.

En cambio, si la nulidad sólo recae sobre una cláusula o un sector del negocio, la nulidad es parcial, pues se invalidan esas partes afectadas por el vicio, pero se mantienen válidas las otras partes del negocio. Para que esto último ocurra, es necesario que los sectores inválidos sean separables del acto, en el sentido de que tengan tal independencia que al quedar sin efecto el negocio no se vea afectado en su totalidad.

Lo expuesto lleva a pensar que en los negocios bilaterales, con obligaciones recíprocas, en los cuales la común intención se ha concluido atendiendo al todo y a cada una de las cláusulas y modalidades, no parece posible admitir la invalidación de un sector dejando subsistente lo demás. Es dable pensar que sin esa obligación o derecho, aunque sea accesoria y secundaria *in abstracto*, no se hubiera llegado al acuerdo de voluntades. Esto ha hecho decir a algunos autores que en estos negocios bilaterales no es aplicable el art. 1039 que regula la nulidad parcial (Bibiloni). Sin embargo, puede darse una solución demostrativa de que es factible la hipótesis, y es cuando surge que las partes aun sin la cláusula o parte separable inválida, igualmente hubieran llegado a un acuerdo de voluntades, de manera que esa parte inválida no ha interesado en realidad la común intención negocial (Borda).

De todos modos es cierto que las nulidades parciales son más frecuentes en los actos unilaterales. Si se trata de un testamento con un cargo o modo que es inválido, podría quedar en general en pie la voluntad testamentaria, dejando sin efecto ese cargo o modo que tiene condición separable, como obligación accesoria y excepcional del traspaso *mortis causa* de los bienes. O bien, si se anula un legado puede quedar todo lo demás de la última voluntad (arts. 3630 y 3715).

§ 276. **MODO DE INVOCAR LA NULIDAD. ACCIÓN Y EXCEPCIÓN.** — Antes de la reforma de la ley 17.711, el Código sólo preveía invocar la nulidad por acción. Esto quiere decir que para lograr la nulidad del acto, se requiere una demanda con todos los re-

caudos procesales de tal. La parte demandada podía, ante la acción de cumplimiento de la parte actora, reconvenir o contra demandar la nulidad, pero si no lo hacía y solamente oponía una defensa pretendiendo paralizar la demanda de su contra parte, no había opinión unánime acerca de la validez de este último procedimiento.

La citada ley creó el art. 1058 *bis*, que dispone: “*La nulidad o anulabilidad, sea absoluta o relativa, puede oponerse por vía de acción o de excepción*”.

Ahora se puede, entonces, sin discusión, demandar la nulidad u oponerse a que el acto tenga efectos judiciales paralizando la acción de la otra parte al invocársela por vía de excepción.

§ 277. **EFFECTOS DEL MODO DE INVOCAR LA NULIDAD SOBRE LA PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA.** – Ya se ha visto que cuando la nulidad es relativa la inactividad del interesado puede producir la prescripción liberatoria de la acción. Queda, por tanto, el derecho desprotegido al no poderse invocar judicialmente.

No ocurre lo mismo en lo que hace a la excepción. En este caso el acto inválido no ha llegado a ejecutarse y el causante de la nulidad pretende hacerlo cumplir dándole efectividad y validez. La excepción que es una defensa para evitarlo, no prescribe. En cambio, si el acto se ha ejecutado, sólo queda iniciar una demanda de nulidad para dejarlo sin efecto con las consecuencias que más adelante se estudiarán. La explicación de la diferencia es porque la parte que ha sido víctima, descansa en la idea de que el negocio no va a ser ejecutado por la otra en virtud del vicio que lo invalida, y en esa confianza se mantiene inactiva. ¿Para qué va a activar la acción si la contraparte no se dispone a hacer efectivo el derecho que nace del acto? Por eso, el arrepentimiento y la pretensión de cumplirlo reaviva el derecho de impedir la ejecución del acto oponiendo la excepción de nulidad (Santoro Passarelli).

C) EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

§ 278. **ENTRE PARTES.** – En principio, y de acuerdo con lo estatuido por el art. 1050 del Cód. Civil, la nulidad vuelve las

cosas al estado que tenían antes de la realización del acto anulado.

Quiere decir que este efecto de la declaración de nulidad se debe estudiar según que las partes, al cumplir el acto viciado, hayan entregado cosas, ejecutado hechos, pagado precios, etc., y corresponda la restitución respectiva; o bien, según que el acto viciado aún no se haya ejecutado, por lo que nada hay que restituir o compensar, sino en todo caso quitarle al negocio la fuerza vinculante para evitar que se pretenda ejecutarlo.

Una vez dictada la sentencia de nulidad, aunque sea anulable el acto de acuerdo con la distinción ya estudiada, se unifican las diferencias y ante esa sentencia con autoridad de cosa juzgada, queda como si se tratara de acto nulo o nulidad de pleno derecho. De ahí que las normas que regulan los efectos de las nulidades entre partes, se aplican a las dos categorías, pues se refieren siempre al acto anulado por sentencia.

Antes de la ejecución del acto, en el supuesto en que las partes celebraron el negocio pero no llegaron a cumplir las prestaciones que con ese negocio fueren creadas, se puede denunciar el vicio por las personas que tienen personalidad para ello (ver § 275) y el negocio queda desmantelado de los efectos previstos. Las partes en el futuro nada podrán reclamarse con relación a ese negocio. Esta denuncia puede hacerse, como ya se estudió, por acción o excepción.

§ 279. **RESTITUCIÓN.** – Cuando el negocio fue ejecutado y después se demanda su nulidad, en el caso en que ese acto se hubiera cumplido con prestaciones de dar, corresponde, una vez declarada la nulidad, ordenar la restitución de lo dado, a fin de volver las cosas al estado que tenían antes.

Sin embargo, en virtud de que puede haber otros motivos para impedir la restitución, no basta la sola sentencia declarativa o constitutiva de la nulidad para que se produzca dicha restitución.

Por ejemplo, si el acto estaba viciado y se declaró la nulidad, pero el que recibió la prestación puede invocar la posesión por otras causas, o el enriquecimiento sin causa para quedarse con la cosa recibida, o bien la cosa pereció sin su culpa siendo poseedor de buena fe, no cabría aplicar sin más el principio de la restitución. Por eso, la parte que triunfa en la nulidad tiene que pedir separadamente la restitución, sea en el mismo juicio con requerimiento expreso funda-



do, o en un juicio posterior de reivindicación en el que se examina rá si procede.

Además, si la nulidad es absoluta, la parte torpe, o sea la que sabía o debía saber el vicio que invalidaba el acto, no puede beneficiarse con la devolución de las cosas, ni, por tanto, pedir la restitución, por cuanto de lo contrario importaría desconocer el principio de que nadie puede invocar su propia torpeza.

§ 280. **FRUTOS, MEJORAS Y PRODUCTOS.** – El Código tiene una serie de normas que se aplican al sistema de restituciones y que abarcan tanto a los actos nulos como a los anulables en virtud de que al ser éstos anulados por la sentencia, las categorías, como se ha visto, se unifican en sus consecuencias.

Cuando por el negocio bilateral se dieron sumas de *dinero* o cosas que producen *frutos* (bienes que da la cosa sin que ella disminuya), y ambas prestaciones tienen estas cualidades productivas (los frutos del dinero son los intereses), los frutos e intereses se compensan entre sí hasta el día de la demanda de nulidad (art. 1053).

Pero, para aplicar este principio es necesario que las dos partes hayan sido de buena fe (caso del error), o que las dos partes hayan sido de mala fe. Si una sola ha tenido buena fe y la otra mala fe, esta última no podría pretender la compensación, pues se la trata igual que a un poseedor de mala fe. Por eso el autor del dolo, por ejemplo, o bien de la violencia o la simulación, debe ser considerado de mala fe y debe restituir los frutos que percibió o pudo percibir hasta la demanda de nulidad, sin que opere el sistema de compensaciones a su favor.

Cuando el contrato fue unilateral (obligación para una sola de las partes), tampoco se aplica el principio de compensación, pero sí las reglas de la buena o mala fe del poseedor. Éste debe todos los frutos percibidos; aquél no. Asimismo, si una sola de las cosas era productora de frutos y es un contrato bilateral (obligaciones recíprocas), no hay compensación de frutos e intereses o de frutos entre sí, y éstos se deben a partir del momento en que la cosa o el precio en dinero fueron entregados.

Los *productos*, que son los elementos que se extraen de la cosa y que la disminuyen hasta agotarla (ejemplo clásico es el de la cantera de piedra que se explota), deben ser restituidos

al devolverse al dueño la cosa productora, aunque la otra parte haya sido de buena fe.

Las *mejoras* incorporadas a la cosa antes de la restitución, cuando la parte es de buena fe porque ignoraba la causa de la nulidad, puede pedir las sin distinción, es decir, que se le paguen esas mejoras que interinamente hizo en la cosa que devuelve. El poseedor de mala fe, dado que sabía el vicio que invalidaba el acto en virtud del cual vino a poseer la cosa, no puede pretender el pago de las mejoras llamadas *voluptuarias*, o sea, las de puro lujo o adorno, pero puede pedir el pago de las mejoras útiles para la cosa y en la medida de esa utilidad.

En cuanto a los *gastos* de conservación, sólo puede pedirse el pago de los que fueron necesarios o útiles. Si el poseedor es de mala fe, los únicos gastos que tiene derecho de cobrar son los necesarios para la conservación.

§ 281. **INDEMNIZACIÓN.** – Aparte de los efectos de la nulidad ya explicados, en virtud de que el acto anulado produce los efectos de un acto ilícito (art. 1056), existe la posibilidad de demandar la indemnización de daños y perjuicios causados por la nulidad.

Los gastos provocados por el acto inválido no sólo para la conservación de la cosa, sino por cualquier otra causa, la utilidad perdida y los daños morales, pueden ser pedidos paralelamente a la reclamación judicial de nulidad. Ellos siempre y cuando se hayan producido daños y se hayan podido probar.

Inclusive si no es posible llegar a la declaración de la nulidad, pues el bien se ha transmitido a un tercero, a quien no le alcanza el efecto de la nulidad (ver § 282), siempre es dable requerir el resarcimiento de los daños a la parte causante de la nulidad.

§ 282. **EFFECTOS DE LA NULIDAD CON RELACIÓN A TERCEROS. EL ACTO APARENTE.** – Una vez ejecutado el acto que es inválido, puede suceder que la parte que se benefició con la cosa o un derecho real o personal, lo haya a su vez transmitido a un tercero antes de la demanda y de la sentencia de nulidad. El principio general es que como nadie puede transmitir un derecho mejor que el que tiene (art. 3270), la declaración de nulidad permite perseguir la cosa o el derecho para que ese tercero la devuelva o se produzcan las restituciones explicadas.

Luego, la sentencia de nulidad, en general, afecta también a los terceros y, al ser ineficaz el título de la persona que se los transmitió, aquéllos deben responder quedando sin efecto también la segunda transmisión.

Dicho principio general, sin embargo, tiene limitaciones que se han establecido para evitar la inseguridad y la precariedad en el tráfico jurídico, a fin de que no sea tan endeble la transmisión de los derechos al producirse un efecto encadenado de restituciones y reivindicaciones, cuando se declara la nulidad del acto originario.

Con ese objeto el art. 1051 del Cód. Civil, reformado por la ley 17.711, ha consagrado una limitación a tales efectos, protegiendo a los terceros de buena fe y a título oneroso. Dispone esta norma: *“Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable”*.

De este modo se consagró, considerándola apropiada y necesaria, la teoría de la apariencia del acto. Pues, cuando se cumplen las condiciones de la norma, los terceros han actuado con una base aparente de normalidad y legalidad, protegiéndoselos en virtud de esa apariencia. Al aparentarse un acto serio y válido, siendo el tercero desconocedor del origen inválido o espurio del acto, actúa sobre tal base y el derecho lo protege en miras a la conservación del tráfico y la seguridad jurídica.

§ 283. **ALCANCES DE LA PROTECCIÓN A TERCEROS.** – Antes de la reforma se discutía si podía protegerse a los terceros cuando el acto era nulo. No había mayor polémica si el acto era anulable, pues la nulidad oculta y no manifiesta permite adelantar la buena fe del tercero.

La reforma expresamente admitió esa protección del tercer adquirente de buena fe, aunque la nulidad fuera de acto nulo o de acto anulable.

La explicación es que hay veces que los actos son nulos, pero la nulidad no es manifiesta y el tercero puede ser engañado también por las apariencias. Tal el caso del incapaz que simula su incapacidad, falsifica sus documentos o actúa como si fuera apto; del inhabi-

litado que oculta la necesidad de la asistencia del curador; del que compra lo prohibido haciendo intervenir a un prestanombre o testafiero para eludir la prohibición, etcétera.

§ 284. **APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1051 DEL CÓDIGO CIVIL.** — Es indudable que la protección no se extiende a los casos en que el tercero adquirió el derecho o la cosa a título gratuito, pues, como ninguna prestación dio para adquirirlo, no se ve protegido por la apariencia aunque sea de buena fe. Prevalence en este caso el derecho del titular original.

Además, la solución de la ley sólo se admite cuando ese tercero era de buena fe, es decir, no conocía ni podía conocer obrando con cuidado y previsión, según lo hacen los hombres de negocios, los vicios originarios del derecho que se le transmitió. Si, no obstante su ignorancia, no hizo ninguna diligencia y actuó sin previsiones adecuadas, el negocio de que se trata tampoco puede ser protegido.

Por otra parte, esta norma se aplica a la transmisión subsiguiente a la del acto nulo o anulable. No puede amparar a las partes de ese acto, sino al tercero que, una vez ejecutado el acto, viene después a ser adquirente del bien. Entre las partes del acto anulado, aunque una de ellas haya sido de buena fe al adquirir el bien, prevalece la nulidad con sus efectos ya estudiados de restitución. En cambio, si la parte a su vez transmitió la cosa a otro que ignoraba el vicio del acto precedente, y lo hizo a título oneroso, es este tercero el que se ve beneficiado por la apariencia.

No está incluido en el beneficio de la apariencia el caso de acto inoponible. Tampoco el caso de acto jurídicamente inexistente. Para estas categorías de ineficacia es inaplicable el art. 1051 porque no las comprende. Luego, si el acto era inexistente, puede el propietario original perseguir la restitución o reivindicación inclusive de los terceros de buena fe y a título oneroso. Es muy importante resaltar esta última solución, pues una firme doctrina y jurisprudencia considera que la transmisión de la propiedad sin intervención del dueño o propietario, sea por falsificación de su firma o por falsificación de documentos para hacerse pasar por el dueño, es acto jurídicamente inexistente y el propietario se ve favorecido con la reipersecución en manos de quien esté la cosa.

Por último, corresponde señalar que se discute si esa norma que protege a los terceros se aplica también a los negocios viciados por nulidad absoluta. La mayoría de la doctrina lo sostiene afirmativamente (Mosset Iturraspe, Zannoni, Goldenberg). Otros autores consideran que de esa forma se vendría a convalidar el acto que daña a la sociedad y, por ello, debería considerarse inaplicable el art. 1051 cuando la nulidad es absoluta (Trigo Represas, Cortés, Cifuentes).

D) OTROS MODOS DE EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

§ 285. **PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD. CONCEPTO Y DIFERENCIAS.** – Dentro de los medios anormales en que los negocios pierden eficacia, es decir interrumpen su curso normal que es el origen, desarrollo y fin, para terminar antes del cumplimiento de sus objetivos, están la prescripción y la caducidad. Ambas son producto de la obra del legislador, pero la caducidad puede provenir también de la voluntad de los particulares. Se tiende con ellas a evitar la inseguridad y el alargamiento en demasía de las situaciones no definidas. Con tal fin la ley pone límites temporales a los derechos y a las acciones que los protegen.

Nuestro Código reglamenta la prescripción en forma general y orgánica en el Libro III, a partir del art. 3947, en la Sección Tercera, que se titula: “De la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo”. Fuera de esta sección hay otras normas dispersas que tratan aspectos particulares (como el caso de lesión subjetiva). En cambio, la caducidad no tiene una regulación sistemática, sino que proviene de diferentes normas particulares que la estatuyen en cada institución que así corresponda.

La caducidad tiene semejanzas con la prescripción liberatoria. Sin embargo, aparte de lo dicho sobre su reglamentación, pueden señalarse estas diferencias:

a) La prescripción no hace perder el derecho sino la acción judicial. El derecho queda sin protección jurisdiccional, pero subsiste como derecho natural (art. 515), de modo que cuando la parte obligada, no obstante el transcurso del plazo, cumple, ese cumplimiento es efectivo y no podría *a poste-*

riori pretender repetir alegando que había prescripto la acción (art. 516).

La caducidad, en cambio, hace perder el derecho. Es más radical y terminante, pues ya al decaer el derecho cualquier cumplimiento posterior, a menos que no hubiera intereses públicos comprometidos y pudiera probarse la voluntad de donar o hacer una liberalidad, no impide invocar la caducidad para retrotraer la situación y restituirse los beneficios del cumplimiento tardío.

b) La prescripción es una institución general que se aplica a todos los derechos menos a los que expresamente la ley, por excepción, dispone que no son prescriptibles (como el caso de nulidad absoluta o de los derechos de familia).

La caducidad, a la inversa, es particular y sólo caducan los derechos especialmente sometidos a un plazo de existencia. De modo que si nada se establece los derechos no caducan.

c) La prescripción sólo proviene de la ley.

La caducidad puede provenir de la ley o de la voluntad de las partes que acuerdan un plazo de existencia a los negocios.

d) La prescripción se interrumpe, suspende y dispensa en ciertas circunstancias.

La caducidad no se interrumpe, suspende ni dispensa, de modo que para evitarla hay que ejecutar el hecho o ejercer el derecho antes del transcurso del plazo.

e) Generalmente la caducidad creada por la ley ampara situaciones de orden público (familiares, de interés general). La prescripción se levanta como un plazo para todos los derechos personales, no reales, abarcando los que contienen intereses particulares.

f) Por último –aunque esta diferencia no es muy precisa–, la prescripción tiene plazos por lo general más prolongados que la caducidad.

Los términos de caducidad pueden ser civiles o procesales. Siempre que la ley pone un plazo para ejercer el derecho hay caducidad. Por ejemplo, para hacer efectivo el pacto de retroventa en el contrato de compraventa estatuye el plazo de 3 años (art. 1381), o para renunciar a la herencia establece 30 días (art. 3366). En lo procesal, los plazos para contestar la demanda, oponer excep-

ciones, alegar de bien probado, expresar agravios, etc., son de caducidad.

§ 286. **CLASES DE PRESCRIPCIÓN.** — La prescripción puede ser adquisitiva o usucapión, y liberatoria o extintiva.

La adquisitiva hace adquirir un derecho por el transcurso del tiempo durante el cual se lo ha poseído continua e ininterrumpidamente, sin que el titular propietario actuara para ejercer sus prerrogativas de tal ni interrumpiera la posesión del usucapiente. La liberatoria —que es la que se estudiará con más detenimiento—, es la pérdida de la acción judicial que tutela un derecho, por causa del transcurso del tiempo fijado por la ley frente a la inactividad del dueño del derecho.

Aparte de esa división, es de tener en cuenta que hay dos tipos de prescripción según el plazo. La liberatoria común u ordinaria y las prescripciones especiales de plazo más corto. La común u ordinaria, para toda clase de derechos personales, prescribe a los 10 años (art. 4023). En las especiales más cortas hay distintos términos, así de 5, 2, 1 año, 6 meses, etc., pero siempre que no exista disposición concreta y particular sobre una especial, queda enmarcado el caso en la común de 10 años.

• La adquisitiva o usucapión tiene un plazo general cuando hay buena fe y justo título en el poseedor usucapiente, que es de 10 años. Pero si es de mala fe o no tiene justo título, para usucapir se requieren 20 años (arts. 3999 y 4015). Como se ha señalado, en esta prescripción se requiere que la posesión sea continua y no interrumpida por 10 ó 20 años, según los casos. En esta prescripción, una persona que no es dueña del bien hace actos posesorios de ese bien durante el plazo señalado, sin que el dueño lo impida ejerciendo sus derechos de propietario. Esta usucapión puede invocarse por acción o excepción.

§ 287. **SUSPENSIÓN, DISPENSA E INTERRUPCIÓN DEL PLAZO EN LA PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA.** — La suspensión altera el curso del plazo de prescripción extintiva. Esta alteración consiste en que por una causa el curso se detiene y mientras dura esa causa no vuelve a seguir. Una vez levantada la causa que detiene el curso, se reinicia, es decir, se suma el período anterior de la causa suspensiva, al posterior hasta completar el plazo legal. Esa suspensión puede ser al tiempo de comenzar el plazo (con-

comitante con el derecho) o que aparece después, sobreviniente al nacimiento del derecho.

Las causas de suspensión son: *a*) la minoridad mientras el menor no tenga representantes legales que lo defiendan y puedan activar el derecho; *b*) la incapacidad que existía o sobrevino (demencia, sordomudez), mientras el incapaz no tuviere curador; *c*) la relación conyugal, pues no corre entre marido y mujer, de manera que si el acreedor y la deudora se casan se suspende la prescripción, hasta que el matrimonio sea disuelto por muerte de alguno de ellos o divorcio vincular; *d*) las acciones de los tutores o curadores contra sus representados y, a la inversa, de los pupilos o curados contra sus representantes, se suspenden mientras dura la tutela o curatela; *e*) cuando la víctima de un hecho ilícito inicia la acción criminal como querellante contra los responsables, se suspende la prescripción de la acción civil sobre daños y perjuicios hasta la terminación del proceso penal, y *f*) cuando el acreedor de una obligación civil manda una interpelación auténtica (p.ej., por telegrama colacionado), la constitución en mora que ello importa determina la suspensión por un año o el término menor del plazo de prescripción.

La *dispensa* es muy parecida a la suspensión, pero a diferencia de ella la otorgan los jueces en ciertas circunstancias. Así, si los jueces advierten que hubo dificultades o imposibilidad de hecho en promover la demanda por parte del acreedor ejerciendo la acción, pueden liberarlo del plazo y de la prescripción cumplida durante esas dificultades o impedimentos, siempre que después de cesados los hechos obstaculizantes, el acreedor haya hecho valer el derecho en el término de tres meses (art. 3980). Igualmente es posible la dispensa judicial, si el acreedor no pudo iniciar la acción por maniobras dolosas del deudor.

Esas dificultades o impedimentos de hecho deben tener las características de un caso fortuito o fuerza mayor, por ejemplo, si fue injustamente detenido en prisión durante un tiempo y después se demostró la inocencia, lo que le impidió al acreedor actuar para ejercer el derecho e interrumpir la prescripción; si debió ausentarse por una circunstancia impremeditada, imposible de superar y sin tener posibilidad de nombrar un mandatario, etcétera.

La *interrupción* es el modo como el acreedor por sí detiene el curso del plazo de prescripción, ejerciendo judicialmente el derecho antes de que transcurra ese plazo. Una vez producida la interrupción, si vuelve a quedar inactivo sin concretar el cumplimiento que pretende, el plazo tiene que contarse entero

para un nuevo curso de prescripción extintiva. Esto la diferencia de la suspensión en que, como se ha visto, el plazo anterior y el posterior al hecho suspensivo se suman.

Son causas de interrupción:

a) La *demanda judicial*, entendiéndose por tal todo reclamo de cumplimiento efectuado al juez, aun cuando se hubiera presentado por error en un juzgado no competente o el demandante no fuera capaz para interponer la demanda, o, inclusive, si procesalmente esa demanda fue defectuosa. Basta la interposición de la demanda, no haciendo falta que sea ella notificada a la parte deudora (Llambías; en contra, Colmo). La demanda pierde el efecto interruptivo si la acción caduca por perención de instancia, porque el acreedor abandona el proceso en el plazo que señala el Código Procesal (3 ó 6 meses sin impulsarlo, según que sea juicio sumario u ordinario). También se pierde el efecto interruptivo si el actor desiste de la instancia.

b) El *reconocimiento* expreso o tácito del deudor de su obligación al acreedor, admitiendo el derecho de este acreedor. Este reconocimiento puede ser escrito o verbal, o bien por hechos como el pago de parte del capital adeudado o de los intereses; el pedido de una prórroga para pagar, etcétera.

c) El *compromiso arbitral*, por el cual en escritura pública el acreedor y el deudor someten la diferencia entre ellos a una decisión de árbitros.

§ 288. **PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA EN LOS SUPUESTOS DE LESIÓN SUBJETIVA, SIMULACIÓN, FRAUDE Y NULIDAD.** — En estos casos, en virtud de que la ley establece plazos especiales más cortos, no se aplica la norma general del plazo decenal del art. 4023.

En la lesión subjetiva, el plazo es de 5 años, pero de acuerdo con lo dispuesto por el art. 954 del Cód. Civil, se tiene que contar a partir del acto de lesión. «La crítica que se ha hecho a la solución legal por considerar muy largo el plazo quinquenal, se atempera si se tiene en cuenta que durante un tiempo pueden subsistir las causas de la lesión (explotación de la inferioridad) y, sin embargo, ha comenzado el plazo con el acto lesivo.

La simulación tiene un plazo de 2 años y prescriben tanto la simulación absoluta como la relativa. Hay que distinguir la acción entre partes de la iniciada por terceros. Cuando es entre partes los 2 años empiezan a correr a partir del tiempo en que uno de los simulantes pretende sostener que el acto no era aparente sino real, o sea, desconozca el carácter simula-

do del acto. Cuando es acción de un tercero, el plazo biennial se cuenta desde que ese tercero conoció el carácter simulado del acto.

El plazo del fraude es de un año. Así lo dispone el art. 4033, pero en este caso se establece una alternativa en lo que hace al modo de contar ese término. Se plantea la posibilidad de que comience a partir del acto de fraude, siempre y cuando los acreedores hayan tenido conocimiento desde entonces de ese acto, o bien desde que ellos tuvieron noticia del hecho pero deben probar que no llegó a su conocimiento al realizar el acto. Se comprende que antes de ese conocimiento no podían intentar la acción pauliana.

En cuanto a la acción de nulidad, y si la nulidad es relativa, si se trata de vicios de la voluntad también el curso de la prescripción se completa a los 2 años. Este plazo debe contarse al cesar la violencia o la intimidación, si ésta fue la causa de la nulidad, o desde que el error o el dolo fueron conocidos por el damnificado, es decir, se advirtió el error espontáneo o cesó el engaño en que estaba la víctima del dolo (art. 4030). Los otros casos de nulidad, en general, tienen plazo de 10 años, como el caso del negocio realizado con falta de discernimiento o bien la compraventa ajena (art. 1429). En cambio, es de 2 años la acción de nulidad de los incapaces o los que están bajo curatela, término biennial que corre a partir de que los menores llegaron a la mayoría de edad o de que los que tienen curador salieron de la curatela.

TRABAJOS PRÁCTICOS

a) Sobre el problema de las nulidades implícitas, se puede analizar la opinión del codificador en la causa "Miguel Azcuénaga c/Da. Vicente Costa", en Vélez Sársfield, *Escritos jurídicos*, "Textos y documentos", p. 79, ed. de la Academia Nacional de Derecho. También el fallo CNCiv, Sala B, 9/11/81, LL, 1982-A-61.

b) Sobre nulidades totales y parciales, estudiar alguno de los siguientes fallos: CNCiv, Sala E, 9/12/63, ED, 8-860; íd., Sala A, 20/9/69, LL, 101-239.

c) Respecto del criterio de distinción entre actos nulos y anulables; nulidades absolutas y relativas, ver los fallos de la CNCiv, Sala C, 23/11/76, LL, 1977-B-380, con opiniones no coincidentes de todos sus miembros; íd., Sala F, 26/5/80, ED, 90-427; íd., Sala C, 28/2/83, ED, 104-259.

Comparación de soluciones distintas en CNCiv, Sala B, 1/4/54, *JA*, 1954 III-183; CComCap, 29/3/44, *LL*, 34-358, frente a las de CNCiv, Sala D, 4/9/64, *ED*, 8-844; *id.*, Sala A, 20/7/61, *LL*, 104-279.

d) Para la aplicación de los efectos de la nulidad sobre terceros, y las distinciones que corresponde efectuar, ver CNCiv, Sala F, 27/8/79, *I.L.*, 1980-D-292. Diferencias de encuadre en la venta de cosa ajena: CNCiv, Sala C, 26/3/85, *LL*, 1985-C-327.

§ 289. SINOPSIS SOBRE LA EXTINCIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS. -

Es útil a la exposición de este tema intentar un resumen sinóptico de lo hasta aquí dicho que brinde la necesaria idea de conjunto, partiendo de la subdivisión de los modos de extinción del negocio jurídico en *normales* y *anormales* o *ineficacia en general*.

Modos de extinción del negocio jurídico	Normales	{	1) Ejecución de las prestaciones
			2) Cumplimiento del plazo
			3) Agotamiento del objeto
			4) Muerte de la parte (negocios intransmisibles)
	Anormales o ineficacia en general	a) Nulidad o invalidez	1) Expresa o implícita (art. 1037)
			2) Total o parcial (art. 1039)
			3) Manifiesta o no manifiesta (art. 1038)
			4) Actos nulos o anulables (arts. 1041 a 1045)
			5) Absoluta o relativa (arts. 1047 a 1048)
		b) Inoponibilidad	1) Fraude (arts. 965 y 966)
			2) Falta de fecha cierta (arts. 1034 y 1035)
			3) Terceros protegidos (art. 1051)
		c) Inexistencia jurídica	1) Falta de sujeto
			2) Escritura falsa
			3) Instrumento sin firma
		d) Esterilidad	1) Por naturaleza (art. 514)
			2) Por voluntad (art. 1373)
		e) Otras causas	1) Revocación (art. 1200)
			2) Rescisión (art. 1200)
			3) Resolución (art. 1203)
			4) Prescripción liberatoria (art. 3947)
			5) Caducidad del derecho (arts. 1381 y 1366)

E) CONVALIDACIÓN DE LOS ACTOS

§ 290. *CONFIRMACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS.* — Los actos inválidos pueden ser convalidados o subsanados por voluntad de la parte interesada que no fue causante de la nulidad. Por lo mismo que el vicio puede afectar sus intereses, queda en manos de esta parte resolver las ulterioridades del acto, sea reclamar su invalidación o en vez de ello subsanarlo por medio de otro acto que se llama confirmación, o mantenerse inactivo hasta que transcurra el plazo de prescripción de la acción de nulidad, o bien ejecutar el acto viciado como si no lo fuera y de tal modo producir la confirmación tácita dándole nueva vida y fuerza.]

La confirmación es un medio, por tanto, para que la parte interesada renueve su voluntad de hacer eficaz el negocio, una vez desaparecido el vicio que lo hacía ineficaz o inválido. Pero no es el único medio por el cual se llega a ese resultado de subsanación o convalidación, pues como se ha visto el mismo resultado se obtiene a través de la renuncia tácita, que es dejar pasar el término de prescripción de la acción, llamada liberatoria o sanatoria.]

§ 291. *CONCEPTO.* — El art. 1059 del Cód. Civil, establece que *“la confirmación es el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto a una acción de nulidad”*.

Significa que importa otro acto o negocio jurídico (art. 944) destinado a hacer desaparecer los efectos invalidantes de la nulidad y a dar nueva fuerza y eficacia al acto viciado. De este modo se renuncia a ejercer la acción de nulidad. No es que se hagan desaparecer los vicios que invalidaban el acto, pues éstos ya se produjeron al nacer el acto, sino que se hacen desaparecer los efectos o consecuencias de la nulidad que lo afectaba.]

Así, por ejemplo, si el negocio fue celebrado por error o por causa de dolo, estos vicios subsisten, pues son congénitos, pero por medio de otro acto de confirmación puede convertírsele en tan

válido por inatacable como si se hubiera celebrado sin esos vicios. Pero no hay que confundir la confirmación con la preclusión expresa, en tanto y en cuanto ésta requiere la aceptación de la parte beneficiada y la confirmación es un acto unilateral que se produce sin intervención de dicha parte.

§ 292. **ACTOS SUSCEPTIBLES DE CONFIRMACIÓN.** En virtud de que la nulidad relativa tiene por fundamento la protección de los intereses particulares, puede ella ser subsanada por medio de la confirmación. Por el contrario, los actos afectados de nulidad absoluta no pueden ser revividos por ninguna de las vías de convalidación, ni la confirmación ni la prescripción de la acción. En la nulidad absoluta, al haberse afectado además de los intereses de las partes, los intereses de la comunidad, aquéllas no pueden tener facultad convalidante según su voluntad y dar vida o fuerza nueva a un negocio repudiado por los intereses generales.

Las demás clasificaciones estudiadas de la nulidad, no impiden la confirmación convalidante, pues sea el acto nulo o anulable, de nulidad completa o parcial, de nulidad manifiesta o no, basta que sea de carácter relativo para que se pueda confirmar.

Puede decirse aun que el acto ya anulado por sentencia, si no hay otros intereses en juego más que los de las partes que intervinieron en el proceso, pueden revivir en virtud de una manifestación común de ellas que deciden darle nueva vitalidad. Es claro que en este caso no hay confirmación sino un nuevo acuerdo de voluntades por el cual los únicos interesados en el acto deciden, con voluntad sana y cumplidos los recaudos legales, renunciar a las consecuencias del fallo judicial y reiterar el negocio invalidado. Por ello, no se debe confundir la confirmación con la *renovación*, que es ese nuevo negocio que se celebra como si el nulo no se hubiera realizado.

§ 293. **NATURALEZA DE LA CONFIRMACIÓN.** — Hemos visto que el acto de confirmación es un negocio voluntario, lícito y que tiene por fin inmediato restablecer la validez del negocio dando nueva vida a la relación jurídica entre las partes.

Dentro de la clasificación de los actos jurídicos, la confirmación es un acto *unilateral*.

Son unilaterales los actos en los que interviene una sola voluntad, a diferencia de los bilaterales en los que comparecen

dos o más partes para realizarlos. De manera que si el acto que tiene el vicio de nulidad es bilateral, una sola de las partes es la que la confirma, y tiene que ser precisamente la parte perjudicada por el vicio del acto bilateral

El acto unilateral de confirmación, a diferencia de la renuncia, no necesita la aceptación de la otra parte, ni requiere la intervención de nadie más que de la parte confirmante. Aunque algunos sostienen que es unilateral recepticio (Barbero), en realidad no es necesario que la confirmación se expida o emita teniendo por referencia una persona determinada y que a esa persona se la notifique para que opere todas sus consecuencias convalidantes. Es decir, que destruye de efectos a la nulidad al renovar el acto viciado sin que sea preciso darlo a conocimiento de la otra parte, por lo que es unilateral no recepticio (Spota, Cifuentes).

Es claro que si las dos partes pueden invocar la nulidad (caso muy difícil), la confirmación de una no impide el pedido de nulidad de la otra, y viceversa. El ejemplo podría ser el caso de un error común.

Lo expuesto revela que por la unilateral manifestación de voluntad confirmatoria, la parte queda obligada por el acto como si fuera válido y sin vicios, y ya no puede retractarse, pues asume definitivamente la eficacia del acto inválido como si fuera válido. Otra consecuencia es que el instrumento que contiene la confirmación, cuando ésta es expresa, no necesita del doble ejemplar.

§ 294. *CLASES.* — Puede ser *expresa* o *tácita*. La confirmación *expresa* es una declaración de voluntad escrita y debe cumplir los requisitos de fondo y forma que seguidamente se estudiarán.

La confirmación *tácita*, según el art. 1063, es la ejecución voluntaria, total o parcial del acto que padece nulidad. O sea, es el ejercicio del derecho que ese negocio viciado confiere, o el cumplimiento de las obligaciones que ha creado.

Luego, los actos que no importen el cumplimiento del acto nulo o anulable, tampoco importan confirmación tácita. Así lo es el pedido de prórroga para cumplirlo, la promesa de hacerlo o el ofrecimiento de cumplir. Sin embargo, esta regla se ha interpretado con mucha amplitud, pues lo que verdaderamente tiene relevancia es la intención de renunciar a la nulidad y confirmar el acto. Por ejemplo, si el comprador de un inmueble que padeció en el negocio dolo o violencia, una vez desaparecidas esas causas decide a su vez venderlo o edificar en el bien; o el menor que vendió un objeto y llegado a la mayoría pretende que se le pague parte del precio que aún

estaba pendiente. Estas conductas pueden también interpretarse como realizaciones que muestran la concluyente disposición voluntaria de darle vida al negocio y son incompatibles con la facultad de demandar la nulidad. Importaría esa demanda ir contra los propios actos.

§ 295. CONDICIONES DE FONDO Y FORMA PARA LA VALIDEZ DE LA CONFIRMACIÓN. – La primera de las *condiciones de fondo*, es la manifestación expresa o tácita de subsanar por parte del titular del derecho a reclamar la nulidad. Ésta es la única parte facultada para anularlo y para convalidarlo. La otra parte o los terceros a quienes se niega la acción o excepción de nulidad, tampoco pueden confirmar el negocio.

La segunda condición de fondo, es que haya cesado la causa que da lugar a la nulidad. Desvanecido el vicio, la parte afectada por él y titular de la acción está desde entonces en posibilidad de expresar la confirmación, pero mientras se mantengan las condiciones viciosas ello no podría admitirse.

Así, ejemplificativamente, si el acto lo llevó a cabo un menor y

(21 años, ver § 95), o si lo hizo un demente es necesario que haya sanado, a menos que el tutor, padre o curador peticionen esa confirmación al juez. Si el acto padece de dolo, es preciso que la parte engañada haya conocido la verdad y cesado el engaño; si de error, igual presupuesto. Si hubo simulación, que la parte pretenda quedarse con la cosa transformando la apariencia en realidad; si hubo lesión subjetiva, que no continúen las circunstancias de la explotación de la inferioridad.

Este requisito es muy importante, pues si no terminaron los vicios el acto de confirmación a su vez es inválido por padecer de iguales vicios.

La tercera condición de fondo es que el acto de confirmación a su vez no tenga un vicio de nulidad, pues no sería aceptable sustituir un vicio que se quiere borrar con otro nuevo. Por eso, el confirmante debe ser capaz de ese acto convalidatorio.

En cuanto a las condiciones de forma, solamente se requieren si se trata de una confirmación expresa, o sea una declaración de voluntad escrita de sanear el acto. En tal sentido, se exige:

a) Que en la declaración con toda claridad se haga una referencia sustancial al acto viciado que se quiere confirmar. Aunque no se emplee una fórmula especial o una denominación exacta, es necesario que la parte enuncie o individualice el acto inválido, a fin de que no pueda ser confundido con algún otro negocio.

b) Que se exponga el vicio que lo invalidaba a ese negocio. Ello demuestra que el vicio ha desaparecido y es conocido por el confirmante.

Debe constar, por ejemplo, que firmó cuando era menor; que lo hizo porque fue engañado o por error; que cuando lo hizo había una falsa causa; que el instrumento era anulable pues contenía tales o cuales defectos o irregularidades subsanables.

Si hay varios vicios en el mismo acto, la mención de uno no alcanza para confirmarlo, pues subsisten los otros.

Por ejemplo, si el sujeto era menor y además fue llevado a celebrar el acto por intimidación, la circunstancia de que mencione haber llegado a la mayoría y que la celebración fue anterior, no quita la existencia del temor invalidatorio. Ello significa que la parte puede querer reservarse la posibilidad de invocar el segundo vicio en mejor oportunidad, o porque no se tenía plena conciencia de ese vicio y más adelante es posible pedir la nulidad por causa de tal irregularidad. Este principio, sin embargo, dependerá de cada caso y de las circunstancias que rodean el negocio y la confirmación.

c) Debe manifestarse el propósito cierto y veraz de que no obstante ese defecto del acto, se desea repararlo o, mejor, se expresa no querer invocar la nulidad por vía de acción o de excepción.

d) Si el acto viciado y pasible de nulidad se expidió en instrumento público, el mismo tipo de instrumento exige la ley para confirmarlo. Es decir, el acto de confirmación debe ajustarse a las solemnidades que se siguieron en el acto que se confirma (art. 1062). La exigencia se refiere a las formalidades absolutas, antes llamadas *ad solemnitatem*. Pero no se requiere el doble ejemplar, pues el de confirmación es acto unilateral.

Si no se cumple con la condición formal y ésta no es absoluta, el acto de confirmación no es por ello inválido, pues se trata de poder probarlo. Así, si el acto viciado se hizo en escritura pública y el de confirmación en instrumento privado, éste no prueba por sí la confirmación, pero por otros medios podría comprobarse. Cuando la

solemnidad del primero es absoluta, en cambio, la falta de igual solemnidad invalida el acto de confirmación.

§ 296. **EFFECTOS ENTRE LAS PARTES Y RESPECTO DE TERCEROS.** — Entre las *partes* la confirmación produce efectos retroactivos. De modo que se subsana desde un principio el acto viciado, sin que tenga relevancia el tiempo que va entre la celebración del acto inválido y la celebración del acto de confirmación. Este principio no se aplica a los actos inválidos de última voluntad (el testamento), pues la confirmación posterior del testador, sólo tendrá efectos a partir de su muerte, que es cuando las disposiciones del testamento tienen eficacia.

En relación con los *terceros*, si se trata de *sucesores singulares* (ver § 169), no deben ser perjudicados por el acto de confirmación (art. 1065).

Por ejemplo, un propietario hizo dos ventas de un mismo bien: una cuando era menor a una persona y otra cuando era mayor a otra persona. Si después pretende confirmar la primera venta nula, no podría perjudicar a la persona compradora de la segunda venta válida y pretender dejarla sin efecto para dar nueva vida a la primera venta inválida.

Los terceros protegidos son, por tanto, los que adquirieron derechos antes de la confirmación, pero en el tiempo en que ya había cesado la causa de la nulidad, como los derechos de usufructo, hipoteca, servidumbre, propiedad por venta.

Acerca de los *acreedores*, este principio no se aplica y la confirmación efectuada en regla y según las formalidades indicadas, tiene todos sus efectos como si los actos hubieran sido normales o válidos. Ello a menos que los acreedores tengan acciones protectoras de sus créditos (de fraude, subrogatoria, etcétera).

Los *sucesores universales* no son terceros y deben respetar la confirmación del causante.

§ 297. **LA RATIFICACIÓN. CONCEPTO Y EFECTOS.** — Hay ratificación cuando una persona aprueba los actos emitidos por otra en su nombre, sin haber dado mandato o habiéndolo dado insuficiente.

Se diferencia de la confirmación, en que ésta se trata de un acto propio, mientras que la ratificación viene a cubrir un acto

realizado por otro a nombre del ratificante. Es la aprobación de un acto realizado por un tercero sin que este tercero tuviera poder al efecto. Esta ratificación tiene como antecedente un negocio válido en sí mismo (sin vicios). En cambio, la confirmación subsana uno inválido.

Ambas son declaraciones unilaterales y retroactivas. Es decir que en la ratificación (caso de los arts. 1930, 504, etc.), se da vigencia a un acto desde su celebración por causa de otro posterior ratificante que se retrotrae en ese efecto, pero no puede perjudicar derechos de terceros que se hubieran creado entre el acto del tercero, sin mandato o con mandato insuficiente, y el acto del dueño del negocio que lo ratifica.

§ 298. **RENUNCIA O ABDICACIÓN DE DERECHOS O ACCIONES.** — Ya se ha visto que la renuncia es un modo de ceder un derecho en favor de una persona. *Es un acto a título gratuito por el cual se declara que se abandona el derecho y las facultades que con ese derecho se tienen sobre un bien, en beneficio de una persona que lo acepta.*

Se renuncian los derechos y las acciones. El modo más común de renunciar a una acción judicial destinada a hacer valer el derecho se produce dejando transcurrir el plazo legal de prescripción. Ésta es una renuncia tácita. En este último caso basta el transcurso del plazo. Pero cuando se trata de una renuncia enajenante del derecho, para que tenga efectos de tal, no sólo se necesita tener capacidad de renunciar, sino que se requiere la aceptación de la otra parte. Hecha y aceptada la renuncia, el derecho y la obligación quedan extinguidos.

Se puede renunciar en cualquiera de las formas de declaración de la voluntad, y aun tácitamente. La confirmación expresa, en cambio, ya se ha visto que contiene recaudos formales y que, además, no precisa de la aceptación.

Ya que la renuncia sólo se vuelve perfecta cuando es aceptada (renuncia enajenante de un derecho), el renunciante puede retractarse hasta tanto no la haya aceptado el que se beneficia con ella (art. 875). Además, la intención de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que la producen debe ser estricta o limitativa (art. 874).

Claro está que es dable distinguir entre la “renuncia enajenante” y la “renuncia abdicativa”. En esta última no se ena-

jena un derecho en favor de alguien que debe aceptar esa renuncia, como el caso de remisión de una deuda, es decir, de la declaración expresa o tácita de perdonar al deudor y no exigir el crédito. La llamada “renuncia abdicativa” es meramente una omisión, no un actuar; la actitud de no activar el derecho que a una persona le pertenece.

Es, por ejemplo, el caso de quien advierte que alguien posee un inmueble de su propiedad y se mantiene inactivo permitiendo su uso y posesión, perdiéndolo finalmente por usucapión. Es un modo de renuncia no negocial, no enajenante, que por lo mismo, no necesita para operar la pérdida o abandono del derecho ni la aceptación expresa de la otra parte.

A diferencia de la confirmación, no hay declaración de voluntad en esta renuncia abdicativa (Barbero). Es de observar que muchos actos de abandono por renuncia de los derechos personalísimos, son abdicativos.

Por ejemplo, se hiere el honor y no se reacciona contra esa ofensa; se publica la imagen clandestinamente, sin conformidad, y se acepta con el silencio esa publicidad; se ofende la intimidad y no se pide protección judicial, etcétera. En otros casos la renuncia de estos derechos personalísimos es renuncia enajenante, como cuando se cede un riñón para el trasplante o el corte del cabello.

§ 299. **CONVERSIÓN DEL ACTO INEFICAZ.** – Se aplica la conversión a los actos que no reúnen los requisitos para que valgan como tales, según su fin propio, pero que sí satisfacen los que se imponen para otro negocio distinto. Vale por conversión del acto según este otro negocio. La idea es conservar la expresión de la voluntad todo lo posible. Basta que los requisitos exigibles tengan validez para el segundo negocio, aun cuando no lo tengan para el primero, y que hipotéticamente las partes hayan querido el segundo negocio frente a la invalidez del primero.

a) **CONVERSIÓN MATERIAL.** La conversión es *material*, cuando un negocio no válido se convierte en otro sustancialmente distinto: la permuta en donación y viceversa. También una obligación civil que se convierte en natural (art. 505, inc. 2º).

b) *CONVERSIÓN FORMAL.* Se da cuando queda el mismo negocio pero con forma diferente. Por ejemplo, el ya estudiado art. 987 que da valor de instrumento privado a un instrumento público nulo por falta de solemnidades que lo deben conformar; o bien, un testamento cerrado que no cumple las formalidades legalmente exigidas, puede admitirse como testamento ológrafo que es el hecho por escrito de puño y letra del testador sin intervención de oficial público.

APÉNDICE

- I. PROYECTO DE LEY SOBRE RECTIFICACIÓN Y RESPUESTA. FUNDAMENTACIÓN**
- II. BASES PARA UNA LEGISLACIÓN SOBRE ADECUACIÓN DE SEXO EN CASOS DE TRANSEXUALIDAD Y CONSIGUIENTE MODIFICACIÓN DEL NOMBRE**
- III. PROYECTO DE LEY. MAYORÍA DE EDAD A LOS DIECIOCHO AÑOS**

I

PROYECTO DE LEY SOBRE RECTIFICACIÓN Y RESPUESTA. FUNDAMENTACIÓN

Artículo 1º – Toda persona física o jurídica, nombrada o inequívocamente individualizada, afectada en su honor, intimidad, los datos e identidad personal, a través de informaciones inexactas, desnaturalizadas o agraviantes, que hayan sido difundidas por un medio de comunicación oral o escrito, que se dirijan al público en general, podrá efectuar la rectificación o respuesta en la forma y plazos que a continuación se establecen.

Acerca de los sujetos que pueden hacer el reclamo, si bien solamente las personas naturales gozan de los derechos personalísimos, puesto que ellos no son propios de las personas ideales, salvo el caso del honor cuando se trata de asociaciones o fundaciones sin fines de lucro, sin embargo, resulta de toda conveniencia ampararlas con este remedio de la respuesta. Aunque el punto central de la acción tutelar comprende a tales derechos esenciales e inherentes, no puede dejar de señalarse que tiene una finalidad paralela más extendida: la de difundir o propender a difundir todas las circunstancias de la noticia y obtener de tal modo mayor veracidad, punto en el cual, no quedarían excluidas las personas jurídicas que actúan comercialmente en la sociedad, con elementos individualizadores y autonomía subjetiva. El concepto de condición de remedio o herramienta apropiada para la defensa de derechos, y de sanción por hechos perjudiciales, facilita esta solución, pues, como se ha visto, no es la respuesta un derecho personalísimo, sino un instrumento en beneficio de la verdad.

Art. 2º – La rectificación o respuesta, es un medio de defensa y protección de las personas, en especial de los derechos personalísimos, sin perjuicio de las facultades propias de cada provincia, que no fueron delegadas a la Nación.

Aquí se sostiene la idea de que la ley debe emanar con exclusividad del Congreso de la Nación, por tratarse de un medio tutelar de los derechos personalísimos, y de la persona en particular, cuya regulación de fondo compete a ese órgano de gobierno (art. 75, inc. 12, Const. nacional). Pero también se hace necesario dejar a salvo las facultades propias de las provincias, que no



EDITORIAL ASTREA de ALFREDO y RICARDO DEPALMA