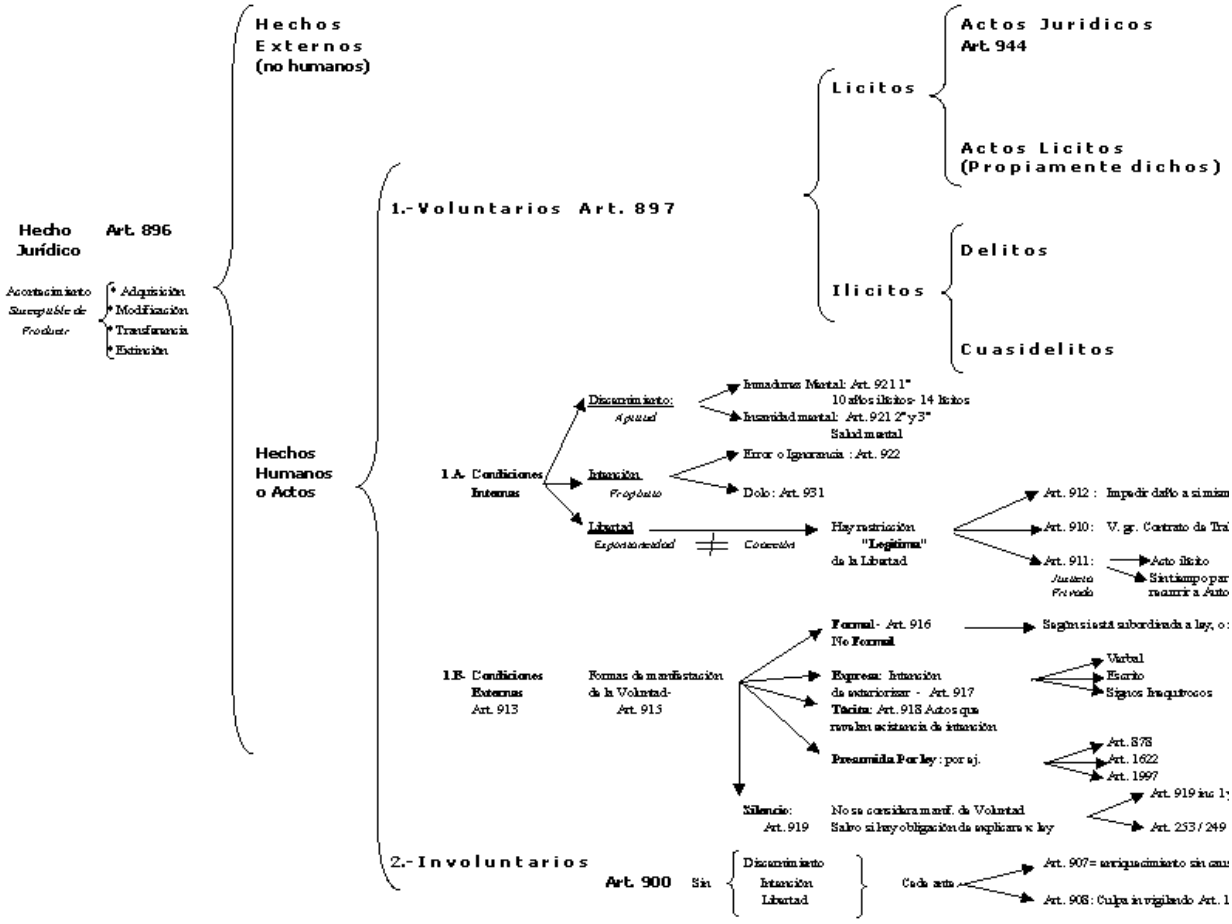
-Ir a Página Principal -

Hecho y Acto Jurídico:



CUADROS / APUNTES:

* Ausencia
* Asociacion/ Fundac.
* Hecho y Acto Jurídico
* Vicios
* Imput. Acto Jurídico
* Proceso Insania: cuadro
* Dementes Actos
* Dementes Cod. Procesal
* Menores y Dementes
* Menores / Emancipa.
* Patrim. - Clasif .Cosas
* Instrumentos Pub y Priv.
* Ley - Territorialidad
* Código Civil
* Patrimonio-Persona Juríd.
* Conceptos Materia 1
* Conceptos 2
* Conceptos 3
* Conceptos 4
* Conceptos 5
* Conceptos 6
* Nulidades 1
* Nulidades 2
* Título Gratuito / Título Oneroso -

FALLOS:

* Abuso de Derecho 1
* Abuso de Derecho 2
* Acto Inexistente
* Asociación-Personeria
* Capacidad- Reseñas
* Filiación
* Filiación: negativa a extracción de sangre
* Filiación Paternidad CSJN
* Hecho y Acto Jurídico
* Insania.
* Insania. (curatela)
* Inst. Públ.-Simulación
* Inst. Públ.-Simulación II
* Inhabilitados.
* Inexistencia Matrimonio
* Menor Emancipado
* Matrimonio Dispensa
* Nombre-Inmutabilidad.
* Nombre-Inmutab. II
* Nombre (Belen)
* Nombre (Apell. materno)
* Nombre (Apell. mater. II)
* Nombre (Apellido)
* Nombre Adición
* Nombre Defensa Acción
* Persona - Bioética
* Prodigalidad
* Respons. enfermera
* Revocatoria Acción.
* Simulación.
* Simulación Alimentos
* Simulación II. Presc.
* Simulación - Prescripción Plenario
* Vicio de Lesión I
* Vicio de Lesión II
* Vicio de Lesión III
* Vicio Dolo
* Vicio Dolo compraventa
* Vicio Error Padre
* Vicio Error Matrimonio

- Personalísimos -

* Planificación Familiar
* Identidad -CSJ
* CSJN- Pildora día despúes
*CSJN - Intimidad .Extracc. sangre compulsiva
* Personalísimo -(Clarín)
* Intimidad Roviralta CSJ
* Intimidad Roviralta CNC

* Desarrollo - Borda
* Desarrollo - Rivera
* California - La Madre
* Prueba Genética
* Testigo de Jehová

Doctrina - Apuntes:
* Acto Jurídico - Salas
* Acto Nulo / Inexistente
* Abuso Derecho - Borda
* Abuso - Bustamante Alsina
* Código - Método: Borda
* Código Civil
* Capacidad - Salas Trigo
* Capacidad - Curatela
* Capacidad - Borda
* Discernimiento / Capacidad
* Emancipados Borda
* Error
* Hechos Jurídicos Borda
* Inhabilitados - Borda
* Intervalos del derecho
* Irretroactividad - Borda
* Lesión - Dr. Sago.
* Lesión - Dr .A.Borda.
* Menores - Salas
* Menores - Borda
* Menores - Matrimonio
* Nombres Extranjeros
* Nulidades - Borda
* Nulidades - Salas
* Patrimonio
* Responsabilidad menor
* Territorialidad
* Vicios -Salas
* Vida - Comienzo
* Violencia -Borda-

Leyes :
24.193 Transplantes
14.394 Ausencia

AUSENCIA :

AUSENCIA EN SENTIDO VULGAR

Indica el alejamiento de alguien del lugar donde se supone habría de estar presente.
En Derecho la voz ausencia es utilizada para aludir a personas “no presentes” en el lugar considerado.

AUSENCIA EN NUESTRO CODIGO

Se divide en 2:

1. AUSENCIA SIMPLE
2. AUSENCIA CON PRESUNCION DE FALLECIMIENTO

A continuación pasaremos a explicar los puntos precedentes

1.- ***AUSENCIA SIMPLE***

Está reglado desde los artículos 15 al 21 de la Ley 14.394
ARTÍCULO 15.- Cuando una persona hubiere desaparecido del lugar de su domicilio o residencia, sin que de ella se tengan noticias y sin haber dejado apoderado, podrá el juez, a instancia de parte interesada, designar un curador a sus bienes, siempre que el cuidado de éstos lo exigiere. La misma regla se observará si, existiendo apoderado, sus poderes fueren insuficientes, no desempeñare convenientemente el mandato o éste hubiese caducado.
Comentario: El Art. 15 muestra los requisitos que deben cumplirse para que proceda la declaración de ausencia.
ARTÍCULO 16.- Será competente el juez del domicilio o en su defecto el de la última residencia del ausente. Si éste no los hubiere tenido en el país, o no fuesen conocidos lo será el del lugar en que existiesen bienes abandonados, o el que hubiese prevenido cuando dichos bienes se encontrasen en diversas jurisdicciones.
Comentario: La competencia del Juez queda fijada en el artículo precedente.
ARTÍCULO 17.- Podrán pedir la declaración de ausencia y el nombramiento del curador el ministerio público y toda persona que tuviere interés legítimo respecto de los bienes del ausente.
Comentario: Las personas habilitadas para pedir la declaración de ausencia son las fijadas en el artículo precedente.
ARTÍCULO 18.- El presunto ausente será citado por edictos durante cinco días, y si vencido el término no compareciese se dará intervención al defensor oficial, o en su defecto se nombrará defensor al ausente. El ministerio público será parte necesaria en el juicio.
En caso de urgencia el juez podrá designar un administrador provisional o adoptar las medidas que las circunstancias aconsejen.
Comentario: El artículo anterior fija la citación del ausente y las partes intervinientes en el proceso de la declaración de ausencia. El último párrafo del mismo hace mención a la posible designación de un administrador provisional.

ARTÍCULO 19.- Oído el defensor del ausente, y concurriendo los extremos legales, se declarará la ausencia y se nombrará curador. Para esta designación serán preferidos los parientes idóneos del ausente en el siguiente orden:
1) El cónyuge, cuando conservase la vocación hereditaria, o subsistiese la sociedad conyugal;
2) Los hijos;
3) El padre o la madre;
4) Los hermanos y los tíos;
5) Los demás parientes en grado sucesible.
Comentario: Enumera quienes son las personas habilitadas para ser curador de los bienes del ausente declarado tal en juicio.
ARTÍCULO 20.- Las calidades personales, facultades y obligaciones del curador del ausente se rigen por lo dispuesto en el Código Civil respecto de los tutores y curadores. Si antes de la designación de curador se dedujeran acciones contra el ausente, le representará el defensor cuyo nombramiento prevé el artículo 18.
Comentario: Designa las calidades personales que debe reunir el curador, las facultades y obligaciones que le competen. Las facultades del curador del ausente son las de custodia y conservación de los bienes y el cobro de créditos y pagos de deudas. Carece de atribuciones para innovar en la administración, cambiando el destino y explotación de los bienes.
ARTÍCULO 21.- Termina la curatela de los ausentes, declarados:

1 Por la presentación del ausente, sea en persona o por apoderado;
2 Por la muerte del mismo;
3 Por su fallecimiento presunto, judicialmente declarado.
Comentario: Establece los motivos de la cesación de la función del curador.

2.- AUSENCIA CON PRESUNCION DE FALLECIMIENTO

Comprende aquellos casos en que una persona desaparece de su domicilio y del lugar de sus actividades, por un período de tiempo prolongado, y sin que se tengan noticias sobre su existencia o paradero.
En estos casos hace surgir la duda acerca de si la persona está viva, muerta, oculta, etc., duda a la cual pone punto final la ley. El tiempo que debe transcurrir varía según lo que se enumera a continuación:

A.- CASO ORDINARIO (3 años)

ARTÍCULO 22.- La ausencia de una persona del lugar de su domicilio o residencia en la República, haya o no dejado apoderado, sin que de ella se tenga noticia por el término de tres años, causa la presunción de su fallecimiento.
Ese plazo será contado desde la fecha de la última noticia que se tuvo de la existencia del ausente.
Comentario: Este artículo no exige ninguna circunstancia especial que indique la sospecha de muerte pero esto se induce solo del lapso de la ausencia sin noticia alguna sobre la extinción del desaparecido.

B.- CASO EXTRAORDINARIO GENERICO (2 años)

ARTÍCULO 23.- Se presume también el fallecimiento de un ausente:
1. Cuando se hubiese encontrado en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte o hubiere participado en una empresa que implique el mismo riesgo y no se tuviere noticias de él por el término de dos años, contados desde el día en que ocurrió o pudo haberocurrido el suceso…
Comentario: No solamente se trata de la ausencia del desaparecido del lugar de su domicilio o residencia sino de este supuesto sumado a la circunstancia de haber estado en un lugar donde tuvo lugar un hecho con riesgo de muerte. Por eso se entiende que el lapso se reduzca de 3 a 2 años.

C.- CASO EXTRAORDINARIO ESPECIFICO (6 meses)

ARTÍCULO 23.- Se presume también el fallecimiento de un ausente:
2. Si encontrándose en una nave o aeronave naufragada o perdida, no se tuviere noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.
Comentario: La reducción del plazo está justificada por la máxima probabilidad de muerte.

QUIENES PUEDEN PEDIR LA DECLARACION DE AUSENCIA CON PRESUNCION DE FALLECIMIENTO

Normado en el artículo 24 de la ley de referencia: Todos los que tuvieren algún derecho subordinado a la muerte del ausente; ellos son:

- el cónyuge;
- los herederos;
- los legatarios;
- el Fisco (quien puede recibir impuestos devenidos de la sucesión)

Asimismo, los requisitos para la admisión del pedido son tres:

- presentarlo ante el Juez competente (el del domicilio o última residencia del ausente
- tiene que acreditar ser titular de un derecho subordinado a la muerte del ausente
- acreditar que la persona falta a su domicilio

PROCEDIMIENTO

1.- reunidos los requisitos (art. 24), se abre el juicio;
2.- se da intervención al Defensor Oficial (art. 25);
3.- se designa curador a los bienes (art. 25);
4.- se cita por edictos al ausente (una vez por mes, durante 6 meses)(art. 25);
5.- pasados los 6 meses de citación, se produce la recepción de prueba (art. 25):
Se debe probar:

- la ausencia y la falta de noticias, durante los plazos legales (art. 22 y 23);
- que se han realizado diligencias tendientes a averiguar la existencia y paradero del ausente (art. 24), por

testigos o por cualquier otro medio de prueba;
- si se tratase de uno de los casos extraordinarios, se debería probar el hecho y que la persona se encontraba en el suceso (art. 22).

6.- luego se oye al defensor (se expide sobre el mérito de las pruebas producidas (art. 26);
7.- y si procede, se declara el fallecimiento presunto, se fija el día presuntivo de la muerte y se ordena la inscripción de la sentencia en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas (art. 26).
La sentencia declarando el fallecimiento presunto, NO HACE COSA JUZGADA: por lo tanto, cualquiera de los interesados podría dejarla sin efecto, demostrando la existencia del ausente en la actualidad o con la posterioridad al día en que se presumió su muerte.

DIA PRESUNTIVO DEL FALLECIMIENTO

ARTÍCULO 27.- Se fijará como día presuntivo del fallecimiento:
1) En el caso del artículo 22, el último día del primer año y medio;
2) En el que prevé el artículo 23, inciso 1, el día del suceso en que se encontró el ausente, y si no estuviese determinado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido;
3) En los supuestos del artículo 23, inciso 2, el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdido.
Cuando fuere posible, la sentencia determinará también la hora presuntiva del fallecimiento. En caso contrario, se tendrá por sucedido a la expiración del día declarado como presuntivo del fallecimiento.

EFECTOS

A.- EFECTOS SOBRE EL MATRIMONIO:

No disuelve el vínculo matrimonial, pero el cónyuge vivo si quiere puede volver a casarse; si casa entonces si queda disuelto el vínculo matrimonial.
Esta solución sostenida por la ley 14.394 en el art. 31 (actualmente derogado por la ley de divorcio 23.515) continúa vigente en virtud del Código Civil, art. 213: "*el vínculo matrimonial se disuelve… Inc. 2) Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento…*"

B.- EFECTOS SOBRE LOS BIENES:

Permite abrir la sucesión del ausente. Los bienes del ausente se entregarán a los herederos y legatarios, pero ellos no tendrán un dominio pleno sobre los mismos, pues durante un tiempo (período de prenotación) no podrán venderlos ni gravarlos, salvo con autorización judicial (art. 28).
PRENOTACION: Cuando los bienes se inscriben se deja aclarado que los mismos provienen de una sucesión a raíz de una declaración de fallecimiento presunto. Garantiza la no enajenación de los bienes, pues los terceros que intenten comprarlos, en virtud de la predotación, se darán cuenta de que corren riesgos de perderlos si llegase a aparecer el presunto muerto. La predotación es una garantía con respecto a los bienes inmuebles o a los muebles registrables (ej. Automotores) pero no respecto a los muebles no registrables (ej. televisor, heladera, etc.) (art. 28, 3º párrafo).
DOMINIO PLENO: Transcurridos 5 años desde el día presuntivo del fallecimiento u 80 años desde el nacimiento de la persona, quedará sin efecto la predotación prescripta. También queda concluida y podrá liquidarse la sociedad conyugal (art. 30 ley 14.394).

REAPARICION DEL AUSENTE

EFECTOS SOBRE EL MATRIMONIO:

Si el ausente reaparece, el matrimonio continúa. Distinto si el cónyuge se hubiera vuelto a casar, en ese caso, el vínculo matrimonial con el ausente estaría disuelto y el segundo matrimonio sería válido (art. 31 (actualmente derogado por la ley de divorcio 23.515) continúa vigente en virtud del Código Civil, art. 213: "*el vínculo matrimonial se disuelve… Inc. 2) Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento…")*

EFECTOS SOBRE LOS BIENES:

Si el ausente reaparece ante de que los bienes se hubiesen entregados a los sucesores, el juicio no continuará. Si

reaparece después de que los bienes se entregaron, hay que distinguir 2 hipótesis:

1.- *REAPARICION DURANTE EL PERIODO DE PRENOTACION:* La transmisión de los bienes quedará sin efecto y el sucesor poseedor deberá devolver los bienes (art. 29, ley 14.394). También devuelve los frutos y productos si es de mala fe, si es de buena fe, se los retiene.
2.- *REAPARICION DURANTE EL PERIODO DE DOMINIO PLENO:* 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 (art. 32 ley 14.394). Como durante este período puede disponer libremente de los bienes, el ausente reaparecido deberá respetar todos los actos jurídicos celebrados por el poseedor.

“Asociaciones y Fundaciones”

Consideraciones generales sobre personas de existencia ideal

El objetivo del presente trabajo es clasificar y caracterizar, desde los aspectos normativos y doctrinarios, las figuras de asociación y fundación.

En primer lugar corresponde remontarnos al concepto de persona de existencia ideal, tipificado por el Códig Civil Reformado, que distingue a las personas de existencia ideal de las personas de existencia visible.

Según el art 32 todos los entes suceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal o personas jurídicas. Luego, el art. 33 distingue dentro de las personas jurídicas las de carácter público y las de carácter privado. De esta manera, son de carácter público: El estado Nacional, las Provincias y los Municipios, la Iglesia Católica y las entidades autárquicas. Mientras que se encuadran dentro del carácter privado; ”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” así como también “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“

Este artículo se vio modificado por la ley 17.711, toda vez que el mismo antes de la reforma enumeraba en forma desordenada e incompleta, sin distinguir incluso entre aquéllas que revisten carácter público o privado, una serie de asociaciones, como por ejemplo, “ (…) los establecimientos de utilidad público, religiosos o piadosos, científicos y literarios(…) ”

Cabe en este momento hacer algunas consideraciones sobre los artículos más importantes en lo que el Código se refiere a las personas de existencia ideal. En ese sentido nos interesa destacar el sentido de capacidad que gobierna a las personas jurídicas, siendo este el “Principio de la especialidad” (art 35). Dicho principio nos indica que la capacidad de la persona jurídica, solo puede ejercece en virtud y a los fines de su institución, que son aquéllos que el Estado computa como conducentes al bien común, y en vista de los cuales se reconoce a las asociaciones y fundaciones, como entes de derecho. En consecuencia, al margen de los fines de su institución, la asociación carece de personalidad alguna, en efecto, tampoco posee capacidad.

Asociaciones y Fundaciones

En lo que refiere específicamente al tema que se nos ha asignado, y como anteriormente hemos
citado, el art. 33 designa a las asociaciones y fundaciones dentro de la categoría de personas jurídicas de carácter privado. Asimismo es preciso destacar las diferencias que pueden presentar tales personas en función de su diversa estructura.

Por un lado se presenta la estructura de tipo Asociación, que se caracteriza por tener miembros o socios que reciben el beneficio de la actividad que desarrolla la institución. Otro carácter que la define es que el estatuto se origina en la voluntad de sus miembros que pueden modificarlo de conformidad a lsa previsiones contenidas en el mismo. Asimismo, en fin de las mismas se realiza en su seno, pues tiende al beneficio de los propios asociadoss. Por último, la asociación se distingue en que los socios de aquélla tienen derecho a exisgir de la entidad la prestación de los servicios y beneficios previstos en los estatutos.

Por otra parte encontramos la estructura tipo Fundación que se distingue por carecer de mimbros, sólo tienen administradores y beneficiarios de la institución que son externos a ella. Además, el estatuto de la fundación se orgina en la voluntad del fundador, que es persona ajena a la misma. Por tanto, la fundación no puede cambiar su propio estatuto, resultando este de una rigidez mayor que el de las propias asociaciones. Por último, la fundación se distingue ya que sus beneficiarios carecen del derecho a exigir de la entidad la prestación de los servicios y beneficios, y solo la autoridad pública por intermedio de sus organismos de fiscalización y contralor pueden rectificar las desviaciones de los estautos en las cuales hayan incurrido los asministradores de la entidad.

De esto resulta que la Asociación, según la definición que toma J.J Llambías de Enneccerus, es: "Una unión estable de una pluralidd de personas, independiente de su existencia del cambio de miembros, que tiene una constitución corporativa y un nombre colectivo, cuyos bienes son administrados por los mismos miembros las asociación tiene por lo tanto miembros y administración propia".
Las asociaciones se clasifican en comerciales o civiles, según se propongan o no un fin utilitario. Las comerciales perciben, lógicamente, un fin de lucro, que trae beneficios a sus miembros, aunque indirectamente redunde en bien de la sociedad. Dentro de esta categoría se encuentran las sociedades anónimas, reguladas por laey 19.550.
Por otra parte, las asociaciones civiles persiguen finalidades excentas de lucro y tienden a la consecución del bien común.

Finalmente, nos resta definir a la Fundación, nuevamente, según Enneccerus, la Fundación es una organización para la realización de un fin altruista reconocida como sujeto de derecho, y que no consiste en una unión de personas. Al mismo tiempo, según el art 1º de la ley 19.836 "Las fundaciones son personas jurídicas que se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinados a hacer posibles sus fines."

Ley 19.836

Dado que el Código Civil no contiene disposiciones acerca de las Fundaciones, más allá de la aplicación de las normas comunes a toda persona jurídica, el legislador sancionó esta ley, que establece el régimen aplicable a este tipo de personas de existencia ideal. La ley reglamenta un consejo de administración para el cumplimiento del fin que ella persigue, que debe contar con al menos tres miembros, los cuales pueden ejercer sus funciones de modo permanente o transitorio.
Asimismo, también establece la conformación de un comité ejecutivo que reúne a algunos miembros del consejo de administración en quienes se delegan algunas funciones a los fines de facilitar la gestión de la Fundación.

La ley reglamenta también que los beneficiarios pueden ser indetermidados en cuyo caso no pueden exigir la prestación o determinados, con derecho a exigir la prestación.

Es conveniente destacar también que la fundación no llega a tener vigencia hasta que se produzca la autorización estatal.

La autoridad administrativa de control que regula el objeto o fin fundacional es la Inspección General de Justicia. (IGJ). Ante esta dirección, se efectúan también, como veremos más adelante, la inscripción de las Asociaciones y Fundaciones, conforme el procedimiento previsto.
Encontramos aquí, en la **Fundación AMANHO** (a inscribirse proximamente en la Ciudad de San Juan) un ejemplo conciso de este procedimiento:

ACTA CONSTITUTIVA DE FUNDACION

En Ciudad de San Juan, a los 28 días del mes de abril de 2004 , la Sra.Nilda Noemí Ferreyra., domiciliada en Charcas 23 Barrio Buenos Aires Chimbas., como fundadora, crea en este Acto una Entidad Civil sin fines de lucro orientada al bien común, y con finalidad eminentemente altruista, bajo la Jurídica de FUNDACION, con el objeto de cumplir las siguiente finalidades:
Objetivos Institucionales propuestos:

El objeto social fundamental de esta institución es acompañar, ayudar y proteger a madres que deban permanecer internadas con sus hijos en hospitales pediátricos, centros asistenciales y/ o centros de recuperación física y que provengan de los sectores sociales mas vulnerables.

Este apoyo consiste en proveerle elementos básicos que le permitan realizar de la mejor manera posible, el papel activo que se requiere para la recuperación del hijo enfermo.
Considerando que muchas veces las instituciones hospitalarias se encuentran alejadas del lugar de residencia, se hace indispensable la presencia de voluntarios que puedan acompañar o sustituir a la familia de origen.

Ayudar a la madre a realizar gestiones ante los organismos pertinentes (ministerios, mutuales, obra sociales,etc.) a fin de

conseguir la provisión de prótesis y ortesis , materiales descartables, etc. y todo elemento necesario para la recuperación del paciente pediátrico.

Dar contención psico-afectiva a las madres que se encuentran alejadas del hogar ya sea por razones de distancia geográfica , económicas, sociales, etc.
Acercarle elementos de aseo , higiene y arreglo personal a fin de mantener su buen aspecto.
Proveerle durante las internaciones prolongadas, material de fácil lectura con contenidos que tengan que ver con la prevención de la salud (calendarios de vacunación, higiene de la vivienda, nutrición,etc.)

Favorecer el contacto e intercambio con el equipo de salud a fin de que la madre reciba explicaciones claras y sencillas acerca de la afección de su hijo y pueda además recibir el entrenamiento necesario para colaborar en el proceso de recuperación.
Mediante el trabajo de voluntarios entrenados (estudiantes de enfermeria, asistencia social, personas jubiladas que ejercieron en áreas asistenciales) , y cuando el médico lo autorice, se le ofrecerá reemplazarla durante algunas horas, para que pueda descansar.

Cuando la enfermedad del niño así lo requiera se la contactará con instituciones de padres que forman grupos de autoayuda en el caso de enfermedades crónicas, de tratamientos prolongados o de patologías poco habituales.
Denominación Social:
La Persona Jurídica constituida en este Acto se denominará Fundación A.MA.N.HO.(Ayuda a la madre del niño hospitalizado)
Estatutos:
La Fundación A.MA.N.HO, se regirá por el Estatuto que se aprueba en este Acto y se transcribe íntegramente por separado, debiendo tenerse como parte integrante de la presente Acta Constitutiva.
Capital inicial:
La Fundadora aporta como capital inicial de la Fundación que se crea por este acto la suma de Pesos 2.000$ en dinero efectivo.
De ésta forma el Fundador se compromete a donar a la Entidad: El primer año como capital inicial la suma de 2000 pesos el segundo año la suma de Pesos 2500, y el tercer año la suma de Pesos 3500.
Todo ello sin perjuicio de subsidios, donaciones, contribuciones, herencias, legados y colaboraciones que se reciben de Organismos Municipales, Provinciales, Nacionales o Internacionales, y de Empresas e Instituciones Civiles y personas físicas.

-
Primer Consejo de Administración:
Invitados por la Fundadora están presentes los Sres, Benigna Lola López, María del Sol Costa y Horacio Costa Vieyra a quienes se les ofrecen los cargos de Vicepresidente, Secretaria y Tesorero respectivamente.
Dichas personas identificadas con los fines propuestos por la Institución aceptan colaborar en dicha obra, aceptando los cargo ofrecidos, a fin de desempeñarse en dichos cargos directivos.
En lo sucesivo la designación y renovación de Consejeros se operará conforme lo prevean las cláusulas estatutarias pertinentes.
La fundadora Sra Nilda Noemí Ferreyra se reserva el cargo de Presidente en forma permanente según lo previsto en la Ley 19836/1972.
En consecuencia el primer Consejo de Administración queda integrado por:
Nilda Noemí Ferreyra - Presidente
Benigna Lola López – Vicepresidente
María del Sol Costa - Secretaria
Horacio Costa Vieyra - Tesorero
Reserva Expresa:
La fundadora Sra. Nilda Noemí Ferreyra hace expresa reserva y así consta en el Estatuto, de la facultad de desempeñar en forma permanente el cargo de Presidente y la de designar a los Consejeros Temporarios de la misma, nombrar a los titulares de los cargos vacantes cuando estas se produzcan, y que las resoluciones tomadas por el Consejo de Administración en lo supuesto de importancia institucional como la fusión reforma estatutaria, disolución deberán constar necesariamente con su aprobación. Estas facultades especiales contempladas en la Ley 19836 y asumidas por el Fundador son personales e indelegables.
Autorización:
Autorizase al Consejo de Administración por intermedio de su Presidente, para gestionar la pertinente Personería Jurídica para la Fundación aquí constituida, pudiendo aceptar todas las modificaciones que la Inspección General de Personas Jurídicas estime necesarias en cualquier aspecto, tanto en lo atinente a la constitución como a sus Estatutos, y previsiones presupuestarias.
Queda terminado este Acto constitutivo en la fecha ut-supra mencionada, firmando todos los presentes en el mismo.

ESTATUTOS (ESTATUTO TIPO DE FUNDACION)

-
-
TITULO 1º

DE LA DENOMINACION SOCIAL, OBJETIVOS INSTITUCIONALES ,

DURACION Y DOMICILIO LEGAL.

Artículo 1º: Domicilio Legal, Fecha de constitución, Duración, Denominación Social:
En la calle Charcas Nº 23 Barrio Residencial Buenos Aires- Chimbas de la Provincia de San Juan, donde se fija su domicilio legal, queda constituida por 99 años de duración , una Fundación, a partir de la Fecha de otorgamiento de la correspondiente, Personería Jurídica que se denominará Fundación AMANHO

Filiales. Delegaciones:
La Entidades podrá tener filiales o delegaciones en cualquier punto del territorio de la República Argentina.

Artículo 2º:
Finalidades Institucionales:
El objeto social fundamental de esta institución es acompañar, ayudar y proteger a madres que deban permanecer internadas con sus hijos en hospitales pediátricos, centros asistenciales y/ o centros de recuperación física y que provengan de los sectores sociales mas vulnerables.

TITULO 2º

DE LA CAPACIDAD Y DEL PATRIMONIO SOCIAL

Artículo 3º:
Capacidad:
La Fundación tendrá plena capacidad Jurídica para adquirir toda clase de derechos y contraer obligaciones.
Podrá realizar todo tipo de actos acorde con su carácter civil no lucrativo y de bien público, con los Bancos de la Nación Argentina de la Provincia de San Juan, Hipotecario Nacional y todas otra Institución Bancaria y/o Financiera Oficial, Privada o Mixta.

Artículo 4º:
Patrimonio Inicial:
El Patrimonio de la Fundación, se integra en el Acto constitutivo con 2500$ en carácter de capital inicial de la Fundación.
Dicho capital es aportado en dinero efectivo por el Fundador.

Recursos:
El Patrimonio Inicial podrá ser acrecentado en el futuro por los siguientes Recursos:

A) Los fondos que se reciban en calidad de subsidios, donaciones, herencias y/o legados. En es supuesto de que se establecieran cláusulas condicionales las mismas no pueden ser aceptadas si en alguna forma lesionan o contrarían el carácter, los fines específicos y objetivos, a los intereses de la Entidad.
B) Los aportes que deseen cooperar con la Institución.
C) Las rentas de sus bienes y/o los intereses que devenguen los fondos sociales.
D) Cualquier ingreso que obtuviera la Fundación, dentro de su carácter civil de bien público y fines no lucrativos.

TITULO 3º

DE LA DIRECCION Y ADMINISTRACION.

Artículo 5º:
Consejo de Administración:
La Fundación será dirigida y administrada por un Consejo de Administración integrado por Presidente- cuyo cargo será permanente y los cargos de Vicepresidente- Secretario-Tesorero tendrán el carácter de temporarios.

Mandatos:
Los consejeros temporarios desempeñarán sus funciones por el término de..2..años y podrán ser elegidos indefinidamente.

El Fundador desempeñará en forma permanente el cargo de Presidente. de la Fundación.
Asimismo de acuerdo con las normas del art. 11 de la Ley 19836, hace expresa reserva de la facultad de designar a los Miembros temporarios del Consejo de Administración, nombrar a sus reemplazantes en caso de vencimiento de mandato o cualquier otra causa de vacancia. Estas facultades especiales son personales e indelegables.

Artículo 6º:
Sesiones:
El Consejo de Administración se reunirá:
A) En Sesión Ordinaria como mínimo una vez por mes
B) En Sesión Extraordinaria cuando la convoque el Presidente de la Fundación por propia decisión o a pedido de los Miembros del Consejo de Administración. En este ultimo supuesto la reunión deberá celebrarse dentro de los quince (15) días de planteada la solicitud.

Citaciones:
Las citaciones se efectuarán por circulares remitidas a los domicilios registrados por los consejeros mediante pieza postal certificada y con una antelación de cinco (5) días a la fecha de la reunión.

Reunión Anual Especial:
Una vez por año y dentro de los ciento veinte (120) días de la fecha de cierre de Ejercicio Social, el Consejo de Administración deberá celebrar una reunión anual especial a efectos de considerar la Memoria, Balance General, Inventario y Cuenta de Gastos y Recursos e Informe de Revisores de Cuentas. A esta reunión podrán concurrir con voz pero sin voto los integrantes de comisiones auxiliares y todo otro cuerpo interno que funcionen en la Entidad.

Citación a la Reunión Anual Especial:
Las citaciones a las reuniones anuales especiales se harán por pieza postal certificada dirigida a los domicilios registrados por los consejeros y con una anticipación de diez (10) días al señalado para la reunión. Con las citaciones se remitirán la documentación a tratarse en la sesión anual especial.

Artículo 7º:
Quórum:
En cualquiera de las reuniones previstas en el artículo anterior el Consejo de Administración podrá sesionar válidamente con la presencia de la mitad mas uno del total de los Miembros.

Resoluciones:
Las Resoluciones del Consejo de Administración se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los Miembros presentes. De dichas Resoluciones dejará constancia en el Libro de Actas.
Las Resoluciones que se refieran a aspectos institucionales de gravitación social, deberán contar necesariamente con el voto favorable del Presidente permanente (concordante
con el artículo 5).

Artículo 8º:
Son deberes y atribuciones del Consejo de Administración:
A) Ejercer por intermedio del Presidente la representación de la Entidad en todos los actos judiciales y extrajudiciales, públicos y privados o de índole administrativos que interesen a la misma.
B) Cumplir y hacer cumplir estos Estatutos, y los Reglamentos y Resoluciones que se dicten como consecuencia del mismo.
C) Sancionar las reglamentaciones internas que fueran necesarias para el mejor cumplimiento de las finalidades de la Fundación. Dichas reglamentaciones cuando regulen aspectos estatutarios y/o excedan por su naturaleza la simple organización administrativa interna, deberán ser sometidos a consideración y aprobación de la autoridad de contralor, a los fines de su entrada en vigencia.
D) Constituir las Comisiones, Institutos y Cuerpos Auxiliares Internos para el óptimo funcionamiento de la Entidad, asignándoles funciones y reglamentando sus actividades y relaciones con el Consejo de Administración.
E) Nombrar, sancionar y en su caso destituir al personal en relación de dependencia con la Entidad.
F) Otorgar y revocar poderes sean estos generales y/o especiales.
G) Aceptar subsidios, herencias y donaciones y/o legados, siempre de acuerdo con las normas de estos Estatuto y darle a esos bienes el destino acorde con la finalidad institucional.
H) Operar con las Instituciones Bancarias y/o Financieras oficiales, Privadas y/o Mixtas, solicitar préstamos, abrir cuentas corrientes, caja de ahorro, inclusive con el Banco de la Nación Argentina, Banco de San Juan S.A. e Hipotecario Nacional entre otro siendo la presente enumeración meramente enunciativa.
I) Ordenar a las inversiones correspondientes, el destino de los fondos y el pago de los gastos.
J) Recibir y entregar en las épocas correspondientes y bajo Iventario los bienes de la Fundación.
K) Formular al 31 de Julio de cada año, fecha de cierre del Ejercicio Social, la Memoria, el Balance, y la cuenta de Gastos y Recursos, documentación que será elevada al ente de contralor dentro de los plazos y en forma fijada por las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.
L) Recurrir al asesoramiento de personas especializadas sean estas físicas o jurídicas para el mejor cumplimiento de sus fines pudiendo fijarles sus pertinentes remuneraciones en consecuencia con las tareas ejecutivas que efectivamente

realicen.

M) Reformar el Estatuto Social cuando sea imprescindible a los fines del cumplimiento del objeto y fines de la Entidad. Para las enmiendas estatutarias deberá llamarse a Reunión Extraordinaria la que tendrá efectos conforme a las formalidades establecidas por este Estatuto sobre reuniones anuales.

La enumeración precedente es meramente enunciativa y el Consejo de Administración podrá celebrar todos los Actos Jurídicos tendientes a cumplir el fin propuesto, incluso los actos especificados en el art. 1881 del Código Civil y cualquier otra disposición Legal o Reglamentaria que requieran poderes y facultades especiales.

Artículo 9º:

Presidente:

El Presidente o en su caso el Vicepresidente tendrán los siguientes deberes y atribuciones:

A) Convocar las sesiones y reuniones del Consejo de Administración y presidirlas.

B) Votar en dichas sesiones y reuniones en caso de empate decidir con doble voto.

C) Firmar conjuntamente con el Secretario, las Actas del Consejo de Administración, la correspondencia social y todo otro documento de la Institución.

D) Autorizar conjuntamente con el Tesorero, las cuentas de Gastos, firmando los recibos y demás documentos de Tesorería, de acuerdo con lo resuelto en cada caso por el Consejo de Administración.

E) Controlar que los fondos sociales no sean invertidos en destinos extraños al previsto como objeto de la Fundación.

F) Adoptar las medidas disciplinarias necesarias respecto del personal en relación de dependencia, con oportuna comunicación al consejo de administración.

G) Disponer por si, medidas de carácter urgente, impostergables, con cargo del debido informe al Consejo de Administración en la primera sesión que este celebre.

H) Velar con la buena marcha y administración de la Entidad, observando y haciendo observar éste Estatuto, los Reglamentos que en su consecuencia se dicten y las Resoluciones emanadas del Consejo de Administración.

Artículo 10º:

Secretario:

El secretario o quien en su cargo lo reemplace tiene los siguientes deberes y atribuciones:

A) Asistir a las reuniones del Consejo de Administración redactando las actas respectivas que asentará en el correspondiente libro, firmándolas conjuntamente con el Presidente.

B) Firmar conjuntamente con el Presidente la correspondencia documentación social.

C) Celebrar las convocatorias a reuniones y sesiones del Consejo de Administración, de acuerdo con las normas de éste Estatuto.

D) Llevar conjuntamente con el Tesorero el Libro de Registro de miembros adherentes o benefactores.

E) Llevar el Libro de Actas de reuniones y sesiones del Consejo de Administración.

Artículo 11º:

Tesorero:

El Tesorero o quien en su caso lo reemplace, tiene los siguientes deberes y atribuciones:

A) Asistir a las reuniones del Consejo de Administración.

B) Llevar conjuntamente con el Secretario el Libro de Registro de miembros adherentes y benefactores.

C) Controlar todo lo relacionado con el movimiento de fondos sociales.

D) Llevar en debido orden los Libros y documentación contables.

E) Informar periódicamente al Consejo de Administración respecto al estado de la Tesorería y presentar las informaciones que este lo requiera.

F) Confeccionar anualmente el Balance General, Inventario y la Cuentas de Gastos y Recursos, para someter a consideración del Consejo de Administración y su oportuna aprobación en la reunión anual especial.

G) Firmar conjuntamente con el Presidente recibos y demás documentación de Tesorería

H) Efectuar los pagos dispuestos por el Consejo de Administración. Asimismo firmará en forma conjunta con el Presidente y Vicepresidente en su caso, los giros, cheques y toda orden de extracción de fondos de la Entidad.

Artículo 12º:

Vocales Titulares:

Los Vocales Titulares tienen los siguientes deberes y atribuciones:

A) Asistir a las reuniones del Consejo de Administración con voz y voto.

B) Desempeñar las tareas que el Consejo de Administración les encomiende.

C) Ocupar en su caso los cargos titulares para lo que sean designados.

Artículo 13º:

Fiscalización:

La fundación designará un Revisor de Cuentas Titular y uno suplente con mandato por dos años. Las funciones que lo competen al revisor de cuentas serán las siguientes:

A) Examinar periódiodicamente el estado de la documentación y registraciones contables de la misma, el estado de caja y la existencia de títulos y valores de todas especie.

B) Verificar el cumplimiento del Estatuto social y reglamentaciones vigentes.

C) Dictaminar sobre la memoria, inventario, balance, general, y cuadro de gastos y recursos presentados por el

consejo de Administración.

-

DE LA DISOLUCIÓN. LIQUIDACION Y DESTINO DE LOS REMANENTES.

-

Artículo14º:

Disolución:

El consejo de Administración podrá decidir la disolución de la Fundación y disponer la consiguiente liquidación de su patrimonio mediante Resolución adoptada con el voto de dos tercios (2/3) del total de los miembros que lo integran. (Art. 29 Ley 19836/1972). La Resolución que determina la disolución de la Entidad deberá contar con la aprobación del Presidente de la fundación de acuerdo con el normado en artículo 7º del presente Estatuto.

Las causales que motiven la disolución deberán ser de fuerza mayor y/o imposibilidad manifiesta del cumplimiento de los objetivos institucionales.

Artículo 15:

Liquidación:

En el supuesto de resolver la disolución, el Consejo de Administración designará los liquidadores, quienes procederán a cancelar el pasivo social si lo hubiere.

Artículo 16:

Si terminadas la operaciones de liquidación existiere bienes remanentes, los mismos pasarán al dominio de el Hospital de Niños de San Juan.

El destino de los bienes remanentes en caso de disolución, requerida la previa aprobación de la autoridad administrativa de contralor, de conformidad a lo preseptuado en el art. 19836/1972.

ACTA DE RATIFICACIÓN DE COMPROMISO DE APORTES

En la Ciudad de San Juan a los 28 dias del mes de abril de dos mil cuatro, la Sra. Nilda Noemí Ferreyra en su carácter de Fundador, ratifica en forma expresa su voluntad de realizar a la Entidad constituida los siguientes aportes:

A) Aporte como Capital Inicial formalizado en el acta constitutiva de la Entidad de Pesos 2500-

B) Aporte para el segundo año de funcionamiento de la Institución de Pesos 3000-

C) Aporte para el tercer año de funcionamiento de Pesos 3500-

A los efectos de la normativa vigente la firma de la Fundadora, Sra. Nilda Noemí Ferreyra, queda notarialmente certificada por Acta.

PLAN DEL PRIMER TRIENIO DE ACTIVIDADES.

-

Primer Año:

Constitución y funcionamiento de la sede central y su Filial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Presentación del Proyecto Legislativo a fin de que mediante Ley Nacional, los Hospitales Pediátricos de todo el país, dispongan de un lugar para el descanso, aseo y entrenamiento de las mujeres-madres, que deban permanecer internadas con sus hijos.

Campañas de difusión a través de los medios de prensa provinciales y nacionales, a fin de convocar a voluntarios individuales, institucionales y empresarios.

Segundo Año:

Presentación ante organismos de trabajo a fin de poder recibir capacitación para voluntarios que no hayan trabajado anteriormente en el área salud.

Publicación de estadísticas.

Tercer Año:

Apertura de una Filial en el Hospital Sor María Ludovica de La Plata.

BASE PRESUPUESTARIA:

Primer Año:

INGRESOS:

Capital Inicial , aporte del fundador según acta constitutiva Pesos 2500

EGRESOS:

Gastos de administración, constitución de comisiones etc. Pesos.....

Segundo Año:

INGRESOS:

Donación del Fundador según acta con certificación notarial de Pesos.3000

EGRESOS:

Impresión de folletos, estudios y proyectos etc. Por Pesos.....

Tercer Año:

INGRESOS:

Donación del fundador por Pesos.3500.....

EGRESOS:
Concesión de becas para especialización, publicación de estudios por Pesos.....

RESUMEN DEL TRIENIO DE ACTIVIDADES:
Total de Ingresos en el trienio Pesos 9000
Total de Egresos en el trienio Pesos .....

-

NOTA DE ESTILO.

Nota solicitando el otorgamiento de personería jurídica de la fundación AMANHO .respecto de la que se acompaña Acta Constitutiva, Estatutos Sociales, Nómina del Consejo de Administración , Acta de ratificación de aportes hecha por el fundador y Plan trienal de actividades con base presupuestaria.
Es conveniente que la documentación sea presentada por instrumento privado y una vez verificado el cumplimiento de los requisitos legales se cumpla con la elevación escritura pública tal como se ordena en la Ley 18.936/1972.

Actualidad

Hasta el momento, nos ubicamos dentro del ordenamieto jurídico a los fine de comprender conceptualmente el funcionamiento de las asociaciones y fundaciones previsto por las leyes. Sin embargo, nos pareció interesante investigar como en algunos casos, es utilizada esta figura de asociación civil en perjuicio de sus fines legítimos. Es el caso de las Asociaciones que se conforman con el sólo propósito de obtener beneficios en materia impositiva y quedar excentos de determinados impuestos.
De esta manera se esta vulnerando el fin con el que fue constituida la figura de asociación civil, y omite el beneficio social y la tendencia al bien común que deberían perseguir dichas instituciones.
A modo ilustrativo, adjuntamos a este trabajo práctico dos artículos periódisticos que dan cuenta de este lamentable fenómeno.

Se investigan fundaciones truchas

La justicia pidió el desafuero de cuatro legisladores por haber “enviado” dinero de subsidios a entidades que no existían. Uno de ellos es Juan Carlos Plana de San Pedro.

La semana pasada decíamos en el interior de una nota dedicada a la causa judicial de Alberto Maggi, que una fuente señaló a un cronista del semanario que en la región se estaban investigando los movimientos de dinero que habrían realizado algunos legisladores a fundaciones truchas. La comprobación de la maniobra podría resultar un escándalo de proporciones. Paralelamente se estaría investigando cuentas bancarias abiertas fuera del país y donde se podría haber llevado ese dinero mediante maniobras de encubrimiento de algunos bancos.

Metodología

En el mismo sentido, la Justicia platense pidió formalmente el desafuero de cuatro senadores bonaerenses de la Unión Cívica Radical, acusados de cometer fraudes contra el Estado a través del otorgamiento de subsidios a diferentes asociaciones y entidades civiles que no existían o bien que no recibieron ningún beneficio. La medida fue ordenada por el juez de Garantías platense, Guillermo Atencio, a solicitud de los fiscales Carlos Arguero y Esteban Lombardo.

El pedido de desafuero fue presentado ante la Presidencia de la Cámara de Senadores de la provincia -que evaluará si corresponde llevarlo a cabo- y recae sobre los legisladores Juan Carlos Plana (oriundo de San Pedro y actualmente integrante del bloque del ARI), Enrique Marín Vega (de Mar del Plata), Juan Carlos Stávale (de La Plata) y Gustavo Marelli (de Ensenada). El pedido de desafuero es fundamental para la causa, porque de esa manera se podría ordenar la detención de los senadores involucrados.
La solicitud se enmarca en una investigación iniciada por los fiscales quienes solicitan la imputación a los legisladores mencionados, por los supuestos delitos de «fraude en perjuicio de la administración pública, malversación de caudales públicos, incumplimiento de los deberes de funcionario público y falsedad documental».

Ninguno de los senadores involucrados accedió a dar declaraciones para referirse al pedido formal que formulara el Juez Atencio.

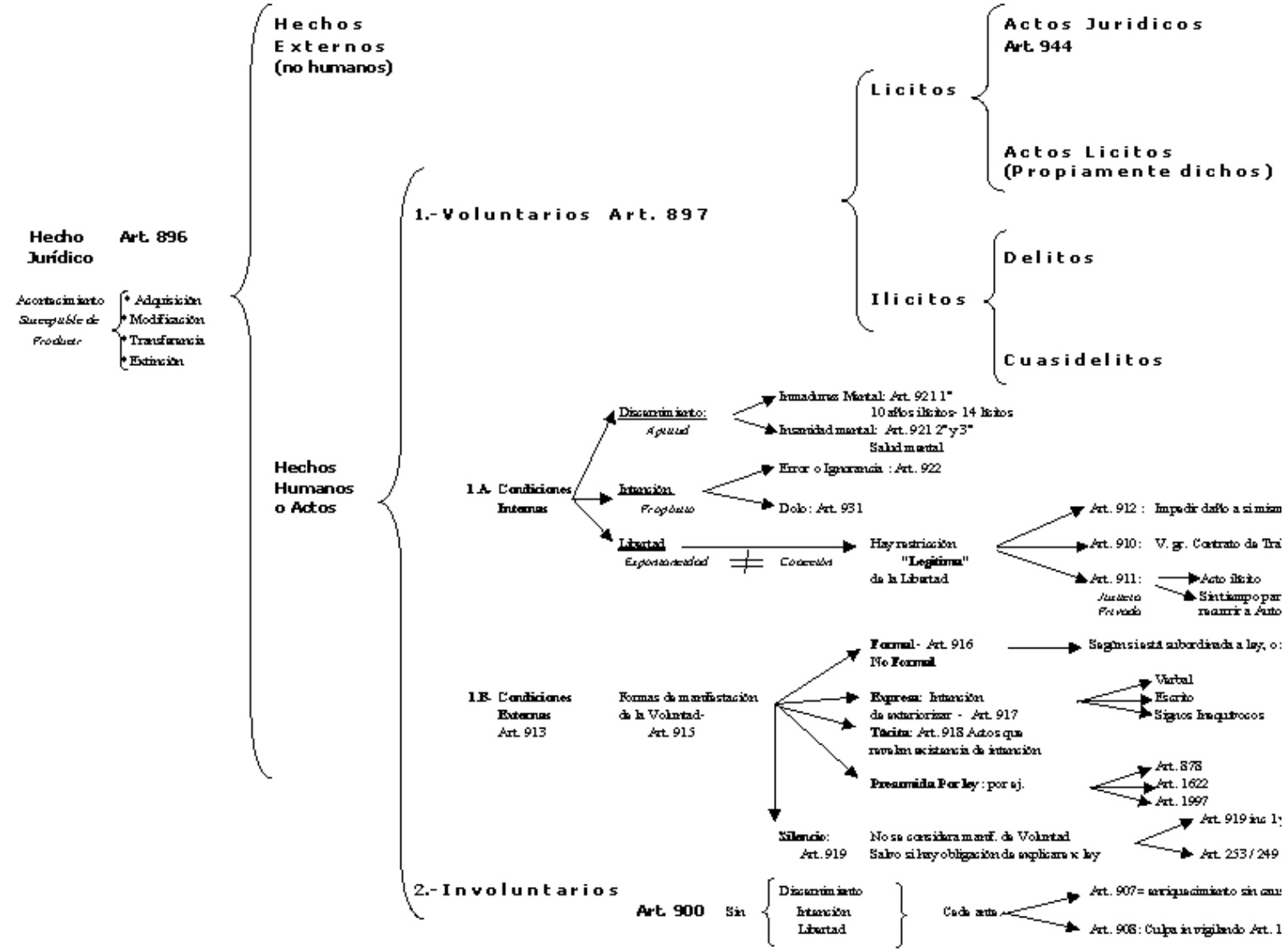
La investigación sobre la presunta entrega irregular de estos subsidios se inició hace un año, a partir de la denuncia de particulares que acusaron al entonces senador de Lincoln, Héctor Monasterio (UCR), de no haberles entregado una ayuda económica de este tipo, aunque se supone que el subsidio habría sido cobrado por otra persona. Los fiscales ampliaron su investigación a todos los subsidios entregados por los senadores bonaerenses durante los últimos años y de allí surgió la sospecha de que, los legisladores contra los que hoy la justicia pide el desafuero, podrían haber participado de esas maniobras.

Pese al encuadramiento jurídico establecido por los fiscales Arguero y Lombardo, el juez de Garantías, calificó la causa como «fraude» en perjuicio de la administración pública

Bibliografía

- TRATADO DE DERECHO CIVIL-PARTE GENERAL- TOMO II. J. J. Llambías.
- MANUAL DE DERECHO CIVIL- PARTE GENERAL- G. A. Borda
- ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL- PARTE GENERAL- S. Cifuentes
- Sitios web

Hecho y Acto Jurídico:



VICIOS

ERROR DE HECHO

Freitas
- Formales — Provienen de la inobservancia de formalidades exigidas por ley.
- Substanciales: Practicados sin intención, o libertad, o celebrado sin Buena fe.

Intención
- Ignorancia o error
- dolo

Libertad → Violencia

Buena Fe
- Simulación
- Fraude

Tradicionalmente: vicios de la Voluntad como propios de los contratos.

CRITICA: Vale para todo AJ : testamento,
Se aplica a todo acto voluntario.

VELEZ. → Elabora teoría Gral. de vicios de la VOLUNTAD : desprendida de los contratos.

> Art. 922: Los actos serán reputados practicados sin intención, cuando fueren hechos por ignorancia o error, y aquellos que se ejecutaren por fuerza o violencia.

Planiol:

- **RADICAL** — No vician la Voluntad la destruyen. Impiden formación del Acto. → recaen sobre → La NATURALEZA del acto / La IDENTIDAD del objeto → A.J. INEXISTENTE
- **ESENCIAL:** — No impiden formación del ACTO, pero dan lugar a NULIDAD (Acto anulable y de nulidad RELATIVA) → PERSONA / CUALIDAD SUBSTANCIAL
- **LIGEROS O ACCIDENTALES:** → Dejan el ACTO intacto y VALIDO → Valor /cualidades accidentales

VELEZ → Categorías:

- ERROR ESENCIAL. → Comprende Radicales y Esenciales

> Art. 923: Es también error esencial y anula el acto jurídico, el relativo a la persona, con la cual se forma la relación de derecho.

- ERROR ACCIDENTAL → Art. 928 C.C.

A su vez utiliza criterio enunciativo:

- Art. 924: E. Sobre la naturaleza del Acto.
- Art. 925: E. Sobre la persona.
- Art. 926 E. Sobre la cualidad substancial
- Art. 926: E. Sobre la causa principal del Acto.
- Art. 927 E. Sobre el objeto del acto.

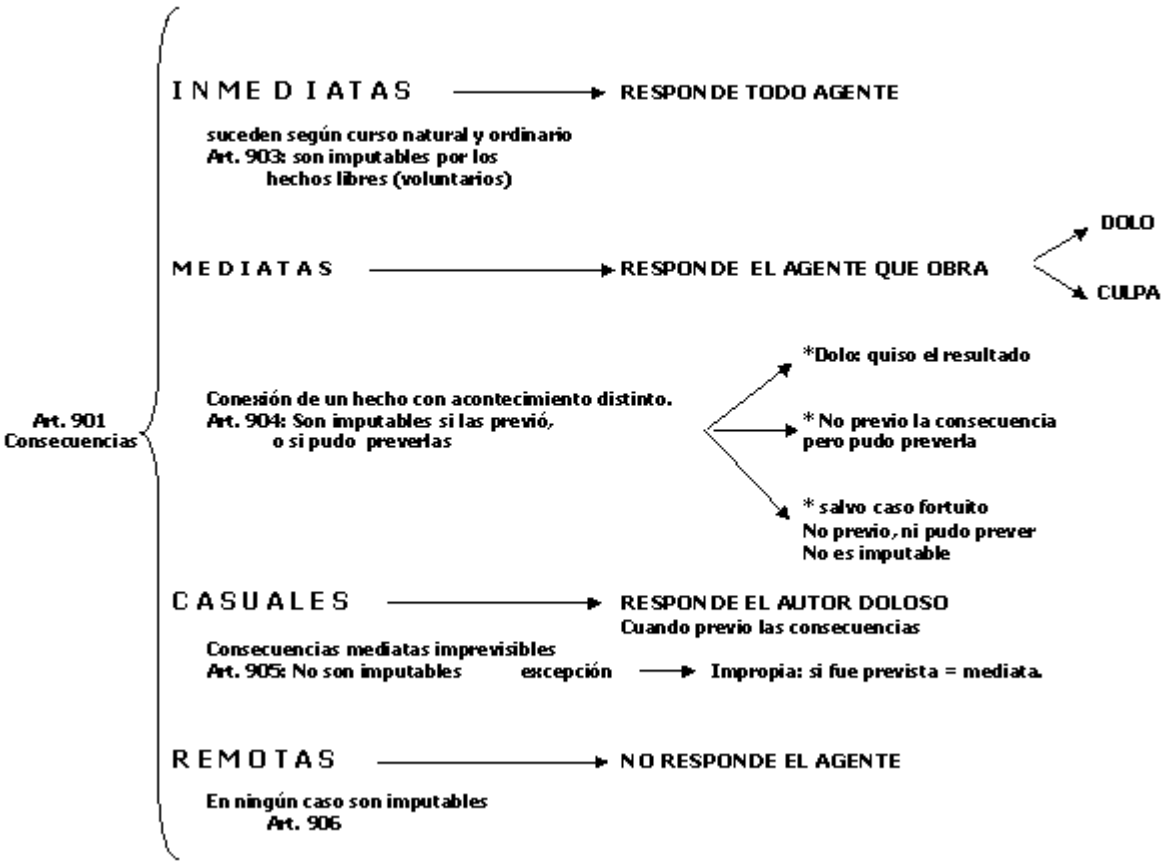
E. EXCLUYENTE DE LA VOLUNTAD: → **RECAE SOBRE** → Naturaleza del A. → Art. 924 → cosas: → Ej. venta auto x moto
Identidad del Obj. → y 927 → contenido A.J. → Ej. Donación x compra

Llambías > no hay nulidad > NO EXISTE

A. J. inexistente.

E. ESENCIAL: Vicio - da lugar A NULIDAD → debe recaer → PERSONA / CUALIDAD SUSTANCIAL → Art. 925 y 926 CC

Imputabilidad de los Actos Voluntarios: Causalidad



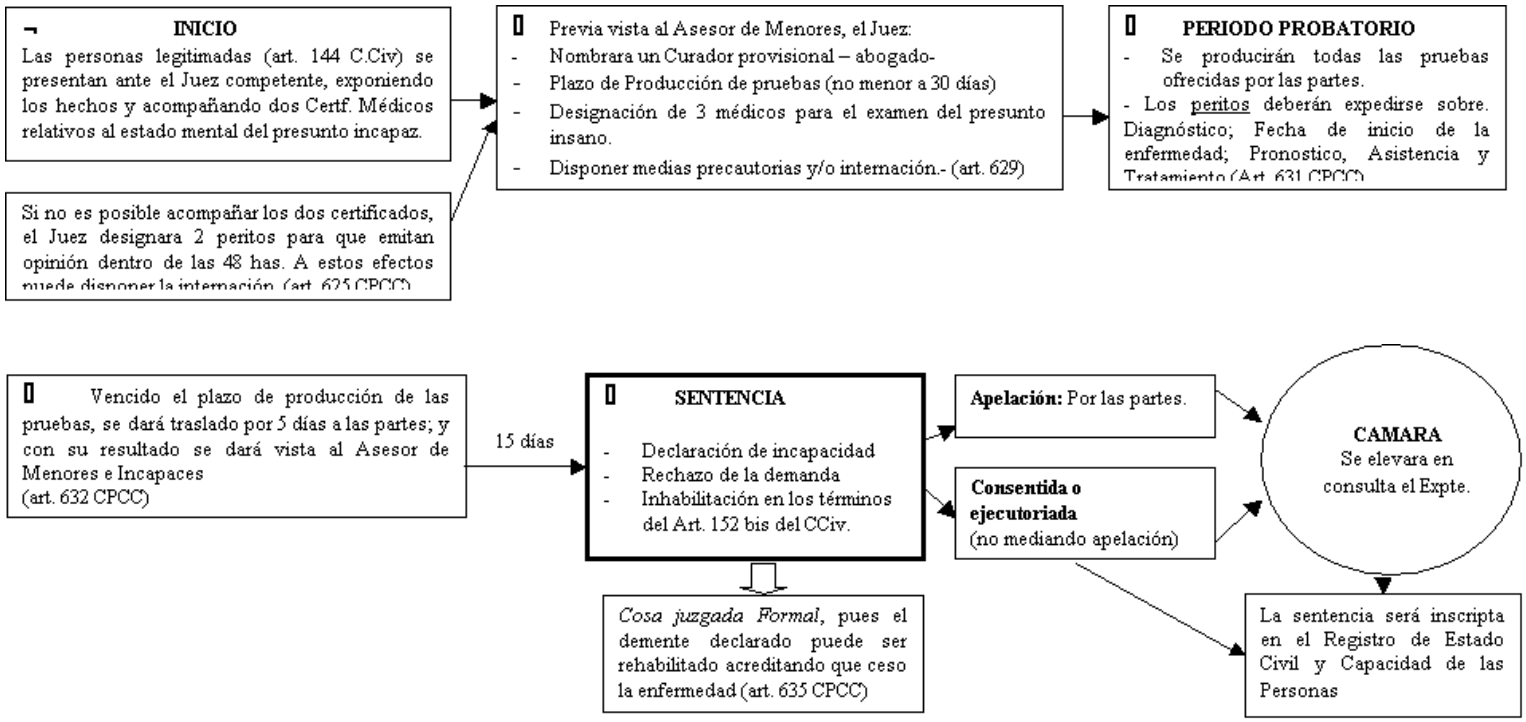
PROCESO DE DECLARACION DE INCAPACIDAD E INHABILITACION

Se encuentra regulado en los arts. 624 y ss del Código Procesal.-

Partes: Son partes intervinientes en el proceso

- Denunciante (Art. 144 C.Civ)
- Presunto incapaz
- Curador "ad litem o del proceso"
- Asesor de Menores e Incapaces

ESQUEMA DEL PROCESO



ACTOS DE LOS DEMENTES

1) **Con Sentencia que los declara Incapaces**

Inicio de la Enfermedad	Inicio Juicio Insania	Sentencia de Incapacidad	
El ACTO SERÁ ANULABLE (Demencia Notoria Art. 473 1er. Parraf.) -Solo … "si la causa de la interdicción declarada por el juez, existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados…"			El ACTO SERÁ NULO (Art. 1041 y 472) *(Si la sentencia lo declara incapaz, serán de ningún valor los actos posteriores de administración que el incapaz celebrare)*
		EL ACTO SERÁ VÁLIDO (Art. 473 2do. Parraf) Antes o después de sentencia: Si se dan los 3 elementos 1) Demencia No Notoria, 2) Contratante de Buena fe y 3) Tíitulo Oneroso *(Art. 473 ult. Parraf: "...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.)*	

2) Sin Sentencia que lo declara Incapaz

Inicio de la Enfermedad	Inicio Juicio Insania	Muerte Sin sentencia de Incapacidad
El ACTO SERÁ VÁLIDO (Art. 474 1er. Parraf.) EL ACTO SERÁ ANULABLE (Art. 474 2do. Parraf.) (Si demencia surge del acto)		
	EL ACTO SERÁ ANULABLE (Art. 474) -Después de Iniciada la acción -	
	NO SERÁ ANULABLE (Art. 474 ult. Parraf) - Si el contratante es de Mala fe -.	

472. Si la sentencia que concluya el juicio, declarase incapaz al demandado, serán de ningún valor los actos posteriores de administración que el incapaz celebrare.

473. Los anteriores a la declaración de incapacidad **podrán ser anulados**, si la causa de la interdicción declarada por el juez, existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados. 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.(Párrafo según Ley 17711)

474. 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.

1041. Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria.

Legislación
Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Ley 22434
Libro IV. Procesos especiales
Título II. Procesos de declaración de incapacidad y de inhabilidad
CAPÍTULO I. DECLARACIÓN DE DEMENCIA

624. Las personas que pueden pedir la declaración de demencia se presentarán ante el juez competente exponiendo los hechos y acompañando certificados de dos médicos, relativos al estado mental del presunto incapaz y su peligrosidad actual.
625. Cuando no fuere posible acompañar dichos certificados, el juez requerirá la opinión de dos médicos forenses, quienes deberán expedirse dentro de cuarenta y ocho horas. A ese solo efecto y de acuerdo con las circunstancias del caso, el juez podrá ordenar la internación del presunto incapaz por igual plazo, si fuere indispensable para su examen.
626. Con los recaudos de los artículos anteriores y previa vista al asesor de menores e incapaces, el juez resolverá:
1º) El nombramiento de un curador provisional, que recaerá en un abogado de la matrícula. Sus funciones subsistirán hasta que se discierna la curatela definitiva o se desestime la demanda.
2º) La fijación de un plazo no mayor de treinta días, dentro del cual deberán producirse todas las pruebas.
3º) La designación de oficio de tres médicos psiquiatras o legistas, para que informen, dentro del plazo preindicado, sobre el estado actual de las facultades mentales del presunto insano. Dicha resolución se notificará personalmente a aquél.
627. El denunciante únicamente podrá aportar pruebas que acrediten los hechos que hubiese invocado y el presunto insano las que hagan a la defensa de su capacidad. Las pruebas que aquéllos o las demás partes ofrecieren, se producirán en el plazo previsto en el inciso 2º) del artículo anterior.
628. Cuando el presunto insano careciere de bienes o éstos sólo alcanzaren para su subsistencia, circunstancia que se justificará sumariamente, el nombramiento del curador provisional recaerá en el curador oficial de alienados y el de psiquiatras o legistas, en médicos forenses.
629. Cuando la demencia apareciere notoria e indudable, el juez de oficio, adoptará las medidas establecidas en el artículo 148 del Código Civil, decretará la inhibición general de bienes y las providencias que crea convenientes para asegurar la indisponibilidad de los bienes muebles y valores.
Si se tratase de un presunto demente que ofreciese peligro para sí o para terceros, el juez ordenará su internación en un establecimiento público o privado.
630. Cuando al tiempo de formularse la denuncia el presunto insano estuviera internado, el juez deberá tomar conocimiento directo de aquél y adoptar todas las medidas que considerase necesarias para resolver si debe o no mantenerse la internación.
631. Los médicos, al informar sobre la enfermedad, deberán expedirse con la mayor precisión posible, sobre los siguientes puntos:
1º) Diagnóstico.
2º) Fecha aproximada en que la enfermedad se manifestó.
3º) Pronóstico.
4º) Régimen aconsejable para la protección y asistencia del presunto insano.
5º) Necesidad de su internación.
632. Producido el informe de los facultativos y demás pruebas, se dará traslado por cinco días al denunciante, al presunto insano y al curador provisional y, con su resultado, se dará vista al asesor de menores e incapaces.
633. Antes de pronunciar sentencia y si las particularidades del caso lo aconsejaren, el juez hará comparecer al presunto demente a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación.
La sentencia se dictará en el plazo de quince días a partir de la contestación de la vista conferida al asesor de menores e incapaces o, en su caso, del acto a que se refiere el párrafo anterior.
Si no se verificare la incapacidad, pero de la prueba resultare inequívocamente que del ejercicio de la plena capacidad pudiere resultar daño a la persona o al patrimonio de quien sin haber sido hallado demente presenta disminución de sus facultades, el juez podrá declararlo inhabilitado en la forma y con el alcance previstos en el artículo 192 bis del Código Civil. En este caso, o si se declarase la demencia, se comunicará la sentencia al registro del estado civil y capacidad de las personas.
La sentencia será apelable dentro de quinto día por el denunciante, el presunto demente o inhabilitado, el curador provisional y el asesor de menores.
En los procesos de declaración de demencia, si la sentencia que la decreta no fuere apelada se elevará en consulta. La cámara resolverá previa vista al asesor de menores e incapaces, sin otra sustanciación.
634. Los gastos causídicos serán a cargo del denunciante si el juez considerase inexcusable el error en que hubiere

incurrido al formular la denuncia, o si ésta fuere maliciosa.
Los gastos y honorarios a cargo del presunto insano no podrán exceder, en conjunto, del diez por ciento del monto de sus bienes.
635. El declarado demente o inhabilitado podrá promover su rehabilitación. El juez designará tres médicos psiquiatras o legistas para que lo examinen y, de acuerdo con los trámites previstos para la declaración de demencia, hará o no lugar a la rehabilitación.
636. En los supuestos de dementes presuntos o declarados que deban permanecer internados, el juez atendiendo a las circunstancias de cada caso, podrá disponer que el curador provisional o definitivo y el asesor de menores e incapaces visiten periódicamente al internado e informen sobre la evolución de su enfermedad y régimen de atención a que se encontrare sometido. Asimismo, podrá disponer que el director del establecimiento informe periódicamente acerca de los mismos hechos.

SORDOMUDOS

637. Las disposiciones del capítulo anterior regirán, en lo pertinente, para la declaración de incapacidad del sordomudo que no sabe darse a entender por escrito y, en su caso, para la cesación de esta incapacidad.

INHABILITADOS 152 BIS.

637 bis. Las disposiciones del capítulo 1 del presente título regirán en lo pertinente para la declaración de inhabilitación a que se refiere el artículo 152 bis, incisos 1º) y 2º) del Código Civil.
La legitimación para accionar corresponde a las personas que de acuerdo con el Código Civil pueden pedir la declaración de demencia.
637 ter. En el caso del inciso 3º) del artículo 152 bis del Código Civil, la causa tramitará por proceso sumario.
637 quater. La sentencia de inhabilitación, además de los requisitos generales, deberá determinar, cuando las circunstancias del caso lo exijan, los actos de administración cuyo otorgamiento le es limitado a quien se inhabilita.
La sentencia se inscribirá en el registro del estado civil y capacidad de las personas.
637 quinter. Todas las cuestiones que se susciten entre el inhabilitado y el curador se sustanciarán por el trámite de los incidentes, con intervención del asesor de menores e incapaces.

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Elementos de Derecho Civil

Cátedra: Dr. Ameal - Comisión: 6811

TRABAJO PRÁCTICO NRO 3

Integrantes: Andia Portales, Liza - Fernández Rosasco, Cynthia M. -Leis Ledesma, Gerardo Flavio - Piñero, Ignacio

CAPACIDAD DE LOS MENORES:

Introducción

Para poder abordar el tema es importante definir primero el concepto de capacidad. La capacidad en un atributo inherente a la personalidad, es el más típico atributo de las personas porque sirve para definirlas como tales, es el único atributo que hace a la naturaleza y sobre todo a la esencia de la personalidad. Existen 2 tipos de capacidad:

✓ La **capacidad de Derecho** es la aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas. Esta aptitud es la calidad saliente de la personalidad jurídica a tal punto que no puede faltar en los individuos de una manera absoluta porque sería contradictoria de la personalidad, tampoco puede existir en un modo pleno, sino que es una cuestión de grados que oscila entre ambos extremos sin alcanzarlos. Esta capacidad mira al aspecto estático del derecho o constitución de la relación jurídica.

✓ La **capacidad de hecho** es la aptitud de las personas de existencia natural para actuar por sí mismas en la vida civil. Enfoca, a diferencia de la capacidad de derecho, el aspecto dinámico del derecho o de la relación jurídica tal como ha quedado constituida.

Caracteres comunes a la capacidad de hecho y de derecho:

Ambos tipos de Capacidad se refieren a la aptitud del sujeto destinada a actuarse, es decir, a pasar de la potencia al acto, y se refiere también al campo de lo lícito, porque nadie tiene aptitud reconocida por el derecho para ejecutar actos ilícitos.

La capacidad, además de los caracteres comunes a todos los atributos de la persona - que son necesidad, unidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad - tiene los siguientes caracteres típicos:

a) Es susceptible de grados, como antes se señaló. Este carácter no afecta la igualdad ante la ley que asegura el art 16 de la CN, siempre que la discriminación sea razonable y alcance paritariamente a quienes se encuentren en las mismas condiciones.

b) Es reputado principio general, es decir, favorece a todos los no exceptuados. Esto esta establecido en los art 52 y 53 del Cód. Civ.

c) Las incapacidades emanan siempre de la ley y son de interpretación estricta. Configuran una regulación de orden público que está más allá de la autonomía de la voluntad de los particulares que no pueden dejarla sin efecto y tampoco renunciar a ella.

Incapacidad de hecho y de derecho:

Si falta la aptitud para ser titular de determinada relación jurídica, se padece una incapacidad de derecho. Por el contrario, si la falta de aptitud lo es con respecto al ejercicio por sí mismo de los derechos que se tienen, existe incapacidad de hecho.

	Caracteres					
Incapacidad	Fundamento	Remedio	Sentido de su institución	Rigor de la sanción	Categorías	Ley aplicable
de hecho	Psicológico	Representante*	Ampara al sujeto	Nulidad relativa	Absolutas o relativas**	Domicilio
de derecho	Moral	-	Contra el sujeto	Nulidad absoluta	Relativas **	Territorio

* Existen situaciones en que por la propia naturaleza de las cosas el incapaz queda sin poder ejercer ciertos

derechos ni por intermedio de su representante: son los actos personalísimos ej: el testamento.
** Nulidad absoluta es aquella que no es susceptible de ser confirmada por privar un interés general, de orden público. En cambio la nulidad relativa sí es susceptible de ser confirmada por estar protegido un interés particular ej: un menor de edad que acepta una herencia, a pesar de su incapacidad este hecho puede ser posteriormente confirmado si es que beneficia al menor.
En cuanto a las categorías de la incapacidad que distingue absolutas de relativas, es importante aclarar lo siguiente:

Incapacidad	Absoluta	Relativa
de hecho	Personas por nacer	Menores adultos
Menores impúberes		
Dementes		
Sordomudos que no saben darse a entender por escrito		
de derecho	-	Solo referido a ciertos actos*

*La incapacidad de derecho no puede ser referida a las personas, sino a cierta clase de actos respecto de los cuales concurren algunas incapacidades de derecho que alcanzan a determinadas personas. Ej: Un padre no es un incapaz de derecho, sino que es capaz pero está impedido para adquirir los bienes de su hijo, con lo cual solo con respecto a este acto padece una incapacidad de derecho. Estas incapacidades están diseminadas por todo el código, a diferencia de las de hecho que están comprendidas en los art. 54 y 55 del Cód. Civ.

Protección legal efectiva	=	Incapacidad	+	Nulidad	+	Representación	+	Ministerio de Menores	+	Patronato de Menores
o										
Asistencia										

Cuadro de capacidad de menores impúberes y adultos

Capacidad de Menores	Desde la edad de	Actos	Autorización
Impúberes: (excepción a su incapacidad absoluta de hecho)	10	Posesión de las cosas	-
-	Contratar suministros si urgente necesidad	-	
-	Trabajar en empresas de su familia	Ministerio pupilar	
-	Ejercer profesión*	Título habilitante	
-	Compras de poco monto s/ costumbre	-	
Adultos: (excepción a su incapacidad relativa de hecho)	18 el varón y 16 la mujer	Contraer Matrimonio	Padres o autorización Judicial
18	Enrolarse en el ejército y entrar en comunid. Religiosas	-	
18	Ejercer el comercio	Padres o autorización Judicial	
18	Celebrar contrato de trabajo*	-	
18	Testamento	-	
-	Extraer fondos de la Caja Nac. De Ahorro y Seguro	-	
-	Reconocer hijos extramatrimoniales	-	
-	Contraer obligaciones naturales	-	
-	Defenderse en juicio criminal	-	
-	Actuar en el fuero del trabajo	-	
-	Celebrar contratos concernientes a su empleo	-	
-	Actuar como mandatarios	-	

-	Ser testigos en juicio	-	
-	Obligarse como depositario	-	

* Pueden administrar y disponer libremente de los bienes que adquieren con el producto de su trabajo

Cuadro de capacidad de menores emancipados

Emancipación por	Revocable	Edad	Actos	Límites			
art. 134	sobre bienes adquir. a título gratuito art. 135		art. 168				
Matrimonio	No	18 el varón y 16 la mujer	Todos los actos de vida civil en forma automática	Aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito, hacer donaciones de bs. recibidos a título gratuito y afianzar obligaciones	disposición*	Excepto por autorización judicial o mediante acuerdo de ambos cónyuges siendo el otro mayor de edad.	-
Habilitación de edad	Sí	18	Excepto por autorización judicial	Casarse sin el asentimiento de sus padres			

DEMENTES - INHABILITADOS:

Requisitos y procedimiento para la declaración de demencia e inhabilitación :
Se encuentran facultados para pedir la declaración de demencia (Art.141) e inhabilitación (Art.152bis, inc.1 y 2): - el esposo o esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente.
- los parientes del (presunto) demente
- el ministerio de menores
- el respectivo cónsul, si el (presunto) demente fuese extranjero
- cualquier persona del pueblo, cuando el (presunto) demente sea furioso o incomode a sus vecinos (Art.144)

Los anteriores deben presentarse ante el juez competente exponiendo los hechos y acompañando certificados de dos médicos, referidos al estado mental del del presunto incapaz. En caso que esto no sea posible el juez deberá designar dos médicos forenses, que deberán expedirse dentro de las siguientes cuarenta y ocho horas.
Luego de la comunicación al asesor de menores el juez deberá:
1- Nombrar un curador “ad-litem”, que será un abogado de la matrícula. Sus funciones durarán hasta que finalice el proceso.
2- Fijar un plazo, no mayor de treinta días, donde deberán producirse todas las pruebas.
3- Designar de oficio tres médicos, para que informen sobre el estado actual del presunto insano.
El denunciante, únicamente, podrá aportar pruebas que acrediten los hechos que hubiese invocado y el presunto insano las que hagan a la defensa de su capacidad.
Los bienes del presunto insano serán recaudados y entregados a un curador provisorio para que los administre, podrá ser el mismo curador “ad-litem”.
Los médicos al sobre la enfermedad deberán expedirse con la mayor precisión posible, sobre los siguientes puntos:
1- Diagnóstico
2- Fecha aproximada en que la enfermedad se manifestó.
3- Pronóstico
4- Régimen aconsejable para la protección y asistencia del presunto insano.
5- Necesidad de su internación
Producido el informe de los facultativos se dará traslado por cinco días al denunciante, al presunto insano y al curador provisional y con su resultado se dará vista al asesor de menores. Antes de pronunciar la sentencia el juez, hará comparecer a su presencia al presunto insano, se trasladará al lugar de su domicilio, o de internación. La sentencia se dictará en el plazo de quince días y se comunicará a los registros de incapaces y del estado civil de las personas.
Si sujeto en cuestión no es considerado incapaz, pero de la prueba resultare ineqívocamente que del ejercicio de la plena capacidad pudiese resultar daño a la persona o al patrimonio por presentar disminución de sus facultades, el juez puede proceder de oficio a declarar la inhabilitación, según lo dispuesto en el art. 152 bis.

En el caso de los pródigos, la causa tramitará por proceso sumario.
Es importante la apreciación que para los dementes la regla es la incapacidad y para los inhabilitados es la capacidad.
Respecto de los actos posteriores va la declaración de intedicción, los actos de administración que el incapaz celebre serán nulos.
Los anteriores podrán ser anulados "si la causa de interdicción declarada por el juez existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados. Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buenafe y a título oneroso."
En la representación se actúa "en lugar" del incapaz. Se ejerce la capacidad de hecho que se le ha denegado. En la asistencia se actúa "con" el inhabilitado, por lo que se necesita su consentimiento.

CAPACIDAD:

Es la aptitud de la persona para ser titular de relaciones juridicas y poder adquirir derechos y contraer obligaciones.
Hay dos tipos de capacidad:

- ***Capacidad de Hecho:*** El sujeto puede ejercer los derechos por si mismo, sin la necesidad de un representante legal. Esta referida al ejercicio del derecho.
- ***Capacidad de Derecho:*** El sujeto puede ser titular de derechos.

La escepcion a la regla es la Incapacidad que puede ser:

- ***Incapacidad de Hecho:*** Sujeto que no puede ejercer los derechos por si mismo, necesita de un representante legal para su proteccion.

La incapacidad de hecho a su vez, puede ser:
Absoluta: (art.54 CC): Son incapaces de hecho absoluto: las personas por nacer, menores impuberes, dementes declarados en juicio y sordomudos que no se pueden dar a entender por escrito.
Relativa: (art.55 CC): Son incapaces de hecho relativo:Los menores adultos.

- ***Incapacidad de Derecho:*** Los sujetos no pueden ser titulares de derechos. La ley se fundamenta en proteger el orden publico. Son siempre relativos y no absolutos, ya que sino seriamos incapaces para todo, no podriamos hacer nada.

> Se refiere al carácter de la persona en una situacion juridica; y a los incapaces de derecho los podemos encontrar en todo el Codigo Civil.

DEMENTES:

Son incapaces absolutos de hecho cuando hay una sentencia firme que asi lo declare. Para el Codigo Civil, nadie es demente, salvo que asi lo declare el Juez (art.140).
El concepto de dementes es "mixto", trae dos elementos: uno social y otro biologico. El biologico representa a la enfermedad mental y el social a la inaptitud para dirigir su persona y administrar sus bienes.
El demente como consecuencia de la enfermedad mental, se ve impedido de realizar actos de la vida civil. Este elemento podra darse o no si tiene la enfermedad mental. Hay que verificar si la enfermedad le impide relacionarse con sus pares ya que a lo mejor la demencia es leve y la enfermedad no llega a impedirle que se relacione con los demas. Por eso es necesesario reunir los dos requisitos. En el caso que el sujeto no presente enfermedad mental, el juez no puede declararlo demente, ya que le faltaria el elemento biologico y por esta razon esta obligado a fallar a favor del presunto insano. En el caso de que la pericia medica encuentre al presunto insano, enfermo, y el Juez no. En ese caso puede declararlo demente o no.
Los actos que el demente realice antes de ser declarado son anulables, los que realice posteriores a la declaracion de demencia son nulos. Los actos anulables son aquellos que el sujeto carece de disernimiento aunque no tenga sentencia firme que declare lo contrario. Y los actos nulos, son los que invalidan el acto y tratan de volver las cosas a su estado original, como si no hubiesen existido.
Se declaran dementes los individuos de uno u otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tengan intervalos lucídos, o la mania sea parcial.(art.141)
La declaracion judicial de demencia no podra hacerse sino a solicitud de parte, y despues de un examende facultativos. No puede promoverse una declaracion de insania si la parte no lo pide.(art 142).
Si en el examen de facultativos resultara ser efectiva la demencia, debera ser calificada en su respectivo carácter; y si fuese insano debera decirse si la demencia es total o parcial.(art.143).
Los que pueden pedir la declaracion de demencia son: (art 144)
- Esposo o esposa no divorciados.
- Parientes consanguineos o por afinidad: se contabiliza en grados el parentezco. El hijo respecto de un padre esta en 1 grado, respecto del abuelo en 2 y tambien de los hermanos. De los sobrinos en 3 grado y del primo en 4. Los conyujes no son parientes y el parentezco por afinidad nace del matrimonio entre el conyuje y consanguineos del otro conyuje. Los suegros estan en 1 grado, en 2 los cuñados. Hasta el 2 grado se puede pedir la declaracion de demencia en el caso de los por afinidad y los consanguineos hasta el 4 grado.
- El ministerio de menores(art 59 CC): Vela por la seguridad del incapaz. Cuando ninguno de los autorizados

denuncia la supuesta demencia, éste esta obligado a velar por los intereses de los incapaces, y un no autorizado puede recurrir a un funcionario para que se encargue de hacerlo.
- El respectivo Consul en caso de que el demente fuese extranjero: Es una cuestion de cortesia internacional (hoy perdio vigencia).
- Cualquier vecino o persona del pueblo, cuando el demente sea furioso o incomode a sus vecinos. Tiene pautas: Debe haber una autentica molestia y/o violencia por juicio directo. El Juez dice si hay o no acto de vecindad o ambito del pueblo.
Si el demente fuese menor de 14 años, no podra pedirse la declaracion de demencia.(art 145).
No puede someterse a juicio la misma cosa, lo ya juzgado. Tampoco podra solicitarse la declaracion de demencia, cuando una solicitud igual se hubiese declarado ya improbada, aunque sea otro el que la solicitase, salvo si expusiese hechos de demencia sobrevinientes a la declaracion judicial.(art 146).

1. Hechos de demencia sobrevinientes: Circunstancias o hechos realizados con posterioridad a la sentencia. No es lo mismo un acto posterior que una prueba o hecho anterior.

Impuesta la solicitud de demencia, debe nombrarse para el demandado un curador provisorio que lo represente y defienda en el pleito, hasta que se pronuncie la sentencia definitiva. En el juicio es parte fundamental el Ministerio de Menores.(art 147).
Cuando la demencia aparezca notoria e indudable, el juez mandara inmediatamente recaudar los bienes del demente denunciado, y entregarlos, bajo inventario, a un curador provisorio, para que los administre.(art 148).
Si el denunciado como demente fuese menor de edad, su padre o su tutor ejerceran las funciones del curador provisorio.(art 149).
La cesacion de la incapacidad por el completo reestablecimiento de los dementes, solo tendra lugar despues de un nuevo examen de sanidad hecho por facultativos y despues de la declaracion judicial, con audiencia del Ministerio de Menores.(art 150).
La sentencia sobre demencia y su cesacion, solo hacen cosa juzgada en el juicio, para los efectos declarados en este Codigo Civil; mas no en juicio crminal, para excluir una imputacion de delitos o dar lugar a condenaciones.(art 151).
Tampoco constituye cosa ya juzgada en el juicio civil, para los efectos de que se traten los articulos procedentes, cualquier sentencia en un juicio criminal que no hubiese hecho lugar a la acusacion por motvo de la demencia del acusado o que hubiere condenado como si no fuese demente al acusado.
Un sujeto condenado en un juicio civil puede serlo en juicio penal, como el caso del demente, ya que puede haber cometido la criminalidad del acto en un momento de coherencia o lucidez.
JUICIO DE INSANIA: (art. 623 Codigo Procesal Civil y Comercial).
El juez que va a tratar el caso es el que le corresponde por domicilio legal del presunto demente.
El art. 623, contiene dos requisitos, que son dos certificados medicos que son para dar seguridad a la demanda, donde se deja constancia.
El juez no rechaza la demanda cuando no hay certificado, lo que hace es mandar un medico forence a que lo revice en un periodo de 48 hs. El medico forence, trabaja para el estado y no cobra honorarios como cualquier otro medico. El medico va a suplir a los dos certificados, es su funcion y solo se da en el caso de que no tenga bienes.
El juez le da tambien intervencion al Ministerio de Menores, al Asesor de Menores, y al presunto insano le designa un curador"curador ablitem"(representante), que tiene que defenderlo durante la causa. El curador ablitem, debe ser abogado y la eleccion se realiza mediante un sorteo.
El presunto demente puede elegir su propio abogado. Si el demente tuviese bienes, se le designa un segundo curador "curador adbona", para defender los bienes.
En el caso de que no tenga bienes, se va a tener un curador oficial que le paga el estado.
La prueba mas importante es la medica, entonces el juez va a designar a 3 peritos psiquiatricos, que se saca del listado de peritos de abogados, que van a examinar al presunto insano. Una vez que estos le presenten al juez la pericia medica, este va a dicat sentencia.
La demanda se notifica mediante la cedula de notificacion. El oficial deja la cedula que va acompañada por la demanda. Este le deja la copia al presunto insano y al juzgado vuelve la original.En la cedula tambien debe in certificado la fecha y hora de notificacion de la demanda.
El propio insano esta legitimado para realizar su propio juicio de insania.
REQUISITOS DE PERICIA MEDICA: Los medicos deben ser precisos en:
- Diagnostico.
- Fecha aproximada en que se manifesto la enfermedad para juzgar eventualmente los actos realizados que el demente pudo haber hecho antes de la declaracion.
- Pronostico para saber si hay que internarlo, medicarlo, etc.

- Regimen aconsejable para proteccion o existencia del presunto demente.
- Necesidad de si necesita internacion o no.

Vencido el plazo de produccion de las pruebas, se dara traslado por 5 dias a las partes; y con su resultado se dara vista al Asesor de Menores e incapaces.

Quince dias mas tarde se dicta la sentencia, esta puede ser.

- Declaracion de incapacidad.
- Rechazo de la demanda
- Inhabilitacion en los terminos del art.152(bis del CC).

Una vez dictada la sentencia se podra si quiere apelar o no. En el caso de apelar, en la Camara de Apelaciones se elevara en consulta al Expte. Y la sentencia sera inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas.

Si la sentencia que concluya el juicio, declarase incapaz al demandado, sera de ningun valor los actos posteriores de administracion que el incapaz celebrase.(art 472).

Los anteriores a la declaracion de incapacidad, podran ser anulados, si la causa de la interdiccion declarada por el juez, existia publicamente en la época en que los actos fueron ejecutados.(art 473). [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 titulo oneroso].(parrafo agregado por la Ley 17711).

INHABILITADOS: (Art. 152 (bis) CC).

Sujetos de capacidad relativa, no tienen aptitud para actos de la vida civil, salvo lo expresado en la sentencia que lo declare.

Lo que hace este articulo es brindar tutela y proteccion, pero sin abordar su capacidad o tutela de capacidad relativa del sujeto.

Podra inhabilitarse judicialmente a :

- A quienes por embriaguez o consumo habitual de estupefacientes, esten expuestos a otorgar actos juridicos perjudiciales a su persona o patrimonio.(existen riesgos de que el sujeto, estando en su capacidad total pueda realizar actos erroneos o peligrosos perjudicando a su patrimonio).
- A los disernidos en sus facultades, cuando sin llegar al supuesto previsto en el art. 141 del CC, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad, puede resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.
- A quienes por la prodigalidad en los actos de administracion y disposicion de sus bienes expusieran a su familia a la perdida del patrimonio. Solo procedera en este caso la inhabilitacion, si la persona imputada tiene conyuje, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La accion para tener esta inhabilitacion solo correspondera al conyuje, ascendiente o descendiente. Se nombrara un curador al inhabilitado y se aplicara las normas relativas a la declaracion de demencia y rehabilitacion. Sin la conformidad del curador, los inhabilitados no podran disponer de sus bienes por actos entre vivos.

Los inhabilitados podran otorgar por si solos actos de administracion salvo los casos que esten limitados por sentencia de inhabilitacion, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (art agregado por la Ley 17711).

La declaracion de inhabilitacion la pueden pedir los mismos que estan enumerados en el art 144 CC.

EMANCIPACION:

Es una institucion por la cual se libera a los menores. Se rompe el vinculo de patria potestad entre padres e hijos. Tiene una gravitacion trasendental de la capacidad del menor.

El emancipado va a poder realizar los actos de la vida civil. Es similar al mayor de 21 años.

Hay dos tipos de emancipacion:

- ***Emancipacion Tácita:*** Por matrimonio.

  Requisitos : *Estar en presencia de un matrimonio valido. Edad* : mujer 16 y hombre 18 años. Si un hombre no tiene la edad requerida puede ser autorizado por el juez(art 167, in.5): solo en caso escepcionales.

El juez tiene que constatar si esta en condiciones de madurez, psiquicas, etc, para contrar matrimonio.

Concentimiento de los padres: Si se casaran los menores sin autorizacion, el matrimonio es valido, pero el Codigo Civil los sanciona: “los menores no pueden administrar ni disponer de bienes hasta la mayoria de edad”(art 131).

Los actos a titulo gratuito solo lo realiza una de las partes. Si se divorcian siguen emancipados siendo menores.. No podran volver a casarse hasta la mayoria de edad en caso de divorcio(art133). En caso de viudez o nulidad, pueden casarse nuevamente antes de los 21 años, ya que fue reformado por la jurisprudencia.

NULIDAD: Sancion legal que impide que los actos juridicos produzcan sus efectos normales o propios porque en ciertos actos se pueden dar vicios, anomalias o imperfecciones. En el caso del matrimonio, la nulidad intenta volver las cosas a su estado original. Es lo mismo que decir que no existio el matrimonio; y si este deja de existir, tambien lo hace la emancipacion.(art132).

Matrimonio putativo: Subsiste la emancipacion respecto del conyuje que actuo de buena fe, el que actuo de mala fe pierde la emancipacion.

• ***Emancipacion Dativa:*** Se da cuando los padres son los que van a emancipar a los hijos.
Requisitos: (a rt. 131,II parrafo, reformado por la Ley 23264).
1. Requiere el concentimiento del menor.
2. El menor debe tener 18 años.
3. Concentimiento de los padres.
4. Llevarlo a escritura Publica. De alli al Registro del Esatdo y Capacidad de las personas.
En el caso de que el menor no tenga padres y el menor este a cargo de un tutor, no se obtendra la emancipacion por escritura publica; sino por sentencia firme.
Al tutor lo designa un juez en una sentencia y para lograr la emancipacion, debera ir al mismo tribunal que le otorgo la tutela.
Cuando la emancipacion es por sentencia judicial, el juez constatara si el menor es capaz de adquirir esta emancipacion.
INFORMACION SUMARIA: Es un escrito donde aparecen 2 o 3 testigos; es un mini procedimiento judicial. Esta se comprueba mediante oficios(certificado donde se ofrecen pruebas). Una vez hecha la prueba, el juez dicta la sentencia.
La emancipacion por matrimonio es irrevocable y produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil, salvo lo dispuesto en los articulos 134 y 135, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad, tengan hijos o no. No obstante ello, la nueva aptitud nupcial se adquirira una vez alcanzada la mayoria de edad.(texto según ley 23515).(art 133).
Los emancipados no pueden ni con autorizacion judicial: (art134)[según ley 17711].
- Aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito.
- Hacer donaciones de bienes que hubiesen recibido a titulo gratuito.
- Afianzar obligaciones.
Los emancipados adquieren capacidad de administracion y disposicion de sus bienes, pero respecto de los adquiridos por titulo gratuito antes o despues de la emancipacion, solo tendran la administracion; para disponer de ellos deberan solicitar autorizacion judicial, salvo que mediare acuerdo de ambos conyujes y uno de estos fuere mayor de edad.[texto según ley 17711]. (art 135).

MENORES IMPÚBERES **(de 0 a 14 años)**

Son menores impúberes los que aun no han cumplido 14 años. Son incapaces de hecho absolutos, tiene incapacidad para realizar cualquier tipo de actos. Sin embargo pueden realizar en la vida cotidiana actos, como por ejemplo:

- Llevar a cabo pequeños contratos: comprar cosas en quioscos, almacenes tiendas, adquirir entradas para cines o teatros, celebrar contrato de transporte al viajar y pagar su boleto, etc.
- Pueden adquirir por si mismo la posesión de las cosas, si tiene mas de 10 años.
- A partir de los 10 años tiene discernimiento para los actos ilícitos.

Los representantes de los menores impúberes son los padres,, en caso de ausencia se le nombrara un tutor.

MENORES ADULTOS **(de 14 a 21 años)**

Son incapaces de hecho relativo, solo tiene capacidad para realizar ciertos actos cuando la ley lo autoriza.
Ejemplos:

- Pueden contraer matrimonio, con autorización de los padres o de sus representantes, desde los 18 años el varón y los 16 años la mujer, y antes de estas edades con dispensa judicial.
- Desde los 14 años pueden celebrar contratos de trabajo y estar en juicio por acciones vinculadas al mismo, reconocer hijos extramatrimoniales, defenderse en causas penales y ser testigos. A partir de los 14 años tiene discernimiento para los actos lícitos.
- Desde los 18 años pueden: Ejercer por cuenta propia profesión con titulo habilitante, sin necesidad de autorización previa, administrar y disponer de los bienes adquiridos a titulo oneroso, ejercer el comercio con autorización, otorgar testamento, emanciparse por habilitación de edad, ingresar en comunidades religiosas o las fuerzas armadas con autorizacion, donar órganos.

El representante del menor adulto son los padres, y en ausencia de ellos, el tutor.

MENORES ADULTOS E IMPÚBERES:

Definición:
Según la normativa vigente, el art 127 del CC considera, que son menores impúberes "los que aún no tuvieran la edad de 14 años cumplidos" y son menores adultos quienes "tuvieran desde los 14 hasta los 21 años cumplidos". En el artículo 54 los menores impúberes son incluidos entre las personas incapacitadas en forma absoluta, mientras que el artículo 55 define que "los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan a otorgar" dicho de otra forma, los menores adultos poseen una incapacidad relativa, visto que dicha incapacidad admite excepciones.

Crítica:
Sin embargo, Borda hace una crítica al codificador toda vez que la diferenciación entre capacidad absoluta y relativa no es tajante y admite variables, al observar que "no exacto que los llamados "absolutamente incapaces" carezcan de toda capacidad: los menores impúberes que han cumplido 10 años, son capaces de adquirir la posesión de las cosas". Continuando esta posición, J.J Llambías, explica que la estructura y el funcionamiento de ambas categorías responden a idénticos principios y que por lo tanto no hay interés alguno en mantener esta sistematización, dado que en ambos casos los actos realizados por incapaces (con incapacidad absoluta o relativa) son nulos o de otra manera a ambas categorías le son permitidos determinados actos, inclusive a los incapacitados absolutos de hecho.

Menores Quienes no cumplieron la edad de 21 años Art 126 CC.	**Grado de capacidad**	**Actos que pueden realizar**
Impúberes (quienes no cumplieron la edad de 14 años. Art 127)	- Incapaces Absolutos - - Art. 54 - - Excepcionalmente capaces -	**Posesión de cosas:** Art. 2392. Son incapaces de adquirir la posesión por sí mismos los que no tienen uso completo de su razón, como los dementes, fatuos y menores de diez años; pero pueden adquirirla por medio de sus tutores o curadores.
		Compra de suministros indispensables por urgente necesidad: Art. 269. Si el menor de edad se hallare en **urgente necesidad**, que no pudiere ser atendido por sus padres, los **suministros indispensables** que se efectuaren se juzgarán hechos con autorización de ellos. (Según Ley 23264)
		Realizar compras de poco monto .
Adultos (quienes tienen entre 14 y 21 años. Art 127)	Capaces para los actos que la ley les autorice a otorgar - Art 55 -	**Trabajar desde los 14 años:** Art. 275. Los hijos menores no pueden dejar la casa de sus progenitores, o aquella que éstos les hubiesen asignado, sin licencia de sus padres. Tampoco pueden, **antes de haber cumplido 18 años de edad, ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar sus personas de otra manera sin autorización de sus padres**. (Según Ley 23264). Art. 32 Ley Contrato de Trabajo 20.744: Los menores desde los dieciocho (18) años y la mujer casada, sin autorización del marido, pueden celebrar contrato de trabajo. **Los mayores de catorce (14) años y menores de dieciocho (18), que con conocimiento de sus padres o tutores vivan independientemente de ellos, gozan de aquella misma capacidad.** Las menores a que se refiere el párrafo anterior que ejercieren cualquier tipo de actividad en relación de dependencia se presumen suficientemente autorizados por sus padres o representantes legales, para todos los actos concernientes al mismo. Art. 33 Ley Contrato de Trabajo 20.744. Los menores, desde los catorce (14) años, están facultados para estar en juicio laboral en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo y para hacerse representar por mandatarios mediante el instrumento otorgado en la forma que prevén las leyes locales; con la intervención promiscua del ministerio público.
		El Trabajo desde los 18 años: Art. 128: Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veintiún años, y por su emancipación antes que fuesen mayores. **Desde los dieciocho años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante**, quedando a salvo al respecto las normas del derecho laboral. **El menor que hubiere obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión podrá ejercerla** por cuenta propia **sin necesidad de previa autorización**. En los dos supuestos precedentes **el menor puede administrar y disponer libremente los bienes que adquiere con el producto de su trabajo** y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos. (Según Ley 17711). Art. 275. Los hijos menores no pueden .... antes de haber cumplido 18 años de edad, ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar sus personas de otra manera sin autorización de sus padres. (Según Ley 23264) El juego armónico de estos 2 artículos permite inferir que se requiere 18 años también para el ejercicio de una profesión con título habilitante.
		Celebrar Matrimonio: La mujer desde los 16 años y el hombre desde los 18. Art. 166 inc 5º: Son impedimentos para contraer el matrimonio: ... 5º) Tener la mujer menos de dieciséis años y el hombre menos de dieciocho años; ... " (Según Ley 23515)
		Reconocimiento de Hijos Extramatrimoniales: Art. 286. El menor adulto no precisará la autorización de sus padres para estar en juicio, cuando sea demandado criminalmente, ni para reconocer hijos ni para testar. (Según Ley 23264)
		Capacidad Procesal Crimimal: Art. 286. El menor adulto no precisará la autorización de sus padres para estar en juicio, cuando sea demandado criminalmente, ni para reconocer hijos ni para testar. (Según Ley 23264)
		Capacidad para testar: Art 3614. No pueden testar los menores de dieciocho años de uno u otro sexo.
		Contrato de Donación: Art. 1807. "No pueden hacer donaciones: ... 7º) Los hijos de familia, sin licencia de los padres. Pueden sin embargo, hacer donaciones de lo que adquieran por el ejercicio de alguna profesión o industria." Se armoniza con el art. 128 que autoriza al menor a administrar y disponer libremente los bienes que adquiere con el producto de su trabajo.
		Contrato de depósito y Comodato: Art. 2228. El depósito necesario por ocasión de peligro o de fuerza mayor, puede hacerse en personas adultas aunque incapaces por derecho, y éstas responden del depósito, aunque no estén autorizadas por sus representantes para recibirlo. Art. 2259. Si el comodatario incapaz no fuese menor impúber, y hubiere inducido con dolo a la otra parte a contratar, su incapacidad no lo autoriza para anular el contrato y debe devolver la cosa prestada, como si fuese capaz.
		Contrato de Mandato : Art. 1897. El mandato puede ser válidamente conferido a una persona incapaz de obligarse, y el mandante está obligado por la ejecución del mandato, tanto respecto al mandatario, como respecto a terceros con los cuales éste hubiese contratado.

MENORES EMANCIPADOS

Definición.
Se entiende por emancipación a la institución por la cual los menores de edad quedan liberados de la incapacidad que pesa sobre ellos con anticipación a la mayoría de edad, sea por Matrimonio o por habilitación de edad. (art 131)
La misma habilita para todos los actos de la vida civil con algunas excepciones, tales como: Aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito, hacer donaciones que recibiesen a título gratuito y afianzar obligaciones (Art. 134). Finalmente, los emancipados no podrán administrar ni disponer de los bienes recibidos a título gratuito sin mediar autorización judicial o bien por acuerdo de ambos cónyuges siendo uno de ellos mayor de edad. (Art. 135) Tampoco podrán hacerlo quienes hayan contraído matrimonio sin previa autorización, no pudiendo en este caso solicitar la autorización judicial.

Reforma de la ley 17.711.
Es interesante analizar la reforma que introduce la ley 17.711 en el art 131, toda vez que en el texto reformado no se hacía referencia a la necesidad de contar con el consentimiento del menor a los fines de su emancipación. Desde la mencionada reforma dicho consentimiento es necesario tal como lo es el de quien quien ejerza la patria potestad. Esta reforma tiende sin duda a resguardar los intereses del menor

Emancipación por	**Revocable**	**Edad**	**Actos prohibidos o supeditados a autorización judicial (Excepciones)**			
			- Art. 134 - **Absolutamente prohibidos**	-Art 135 - **Supeditados a autorización judicial (art 135. Ley 17.711)**	**Sanción**	**Supeditados a la autorización de los padres (art 168)**
Matrimonio	No	18 el hombre y 16 la mujer	* Aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito. * Hacer donaciones de bienes recibidos a título gratuito. *Afianzar Obligaciones.	Pueden **disponer** de los bienes obtenidos a título gratuito sólo con autorización judicial o acuerdo entre los cónyuges siendo uno de ellos mayor de edad. La administración de aquéllos no está vedada. Como así tampoco la administración y disposición de los bienes propios.	La realización de alguno de los actos contemplados en los arts. 134 y 135 acarrea la sanción de **Nulidad** y la misma será **Relativa**	Art. 168. Los menores de edad, **aunque estén emancipados por habilitación de edad**, no podrán casarse entre sí ni con otra persona sin el asentimiento de sus padres, o de aquel que ejerza la patria potestad, o sin el de su tutor cuando ninguno de ellos la ejerce o, en su defecto, sin el del juez. (Según Ley 23515)
Habilitación de edad	Sí	18 sin distinción				

PATRIMONIO

PATRIMONIO: Definición: Dentro del conjunto de derechos de los cuales resulta titular una persona, hay algunos que sirven para la satisfacción de sus necesidades Económicas, y que por ello pueden ser apreciados en dinero. El patrimonio, es entonces el conjunto de cosas bienes y derechos susceptibles de apreciación económica.-

Art. 2312: "*El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio*"

Se trata de una universalidad de derecho, que constituye tal como se ha visto, uno de los atributos de la personalidad, siendo por consiguiente: a) Necesario; b) Único; c) Inalienable.-

El patrimonio es la *Prenda Común de los Acreedores,* por cuanto el deudor responde frente a sus acreedores, con la totalidad de sus bienes, actuales y futuros.

Sin perjuicio de ello, existen bienes que por disposición legal no pueden ser ejecutados (Ej. Pensión por alimentos; lecho cotidiano del deudor, los elementos y útiles necesarios

Para el desempeño de su oficio o profesión; los salarios (solo en la proporción legal 20%); etc.

- CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS –

Dentro de la terminología de nuestro Código, se llaman *cosas* a los "objetos materiales susceptibles de tener un valor (art- 2311).-

Nuestro legislador, las clasifica según los siguientes criterios, a saber:

Según la vinculación con el patrimonio	**Dentro del Patrimonio:** Cuando recae sobre ellas un derecho de propiedad.- **Fuera del Patrimonio**: *Res nulius*, cosas sin dueño.	
Según su utilización o disposición	**Dentro del Comercio:** Aquellos que son susceptibles de ser objeto de relaciones jurídicas privadas (art. 2336 C.Civil).- **Fuera del Comercio:** Aquellas que no pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas. Ej. Bienes del estado, requieren un acto o autorización gubernamental. (Art. 2338)	
Según su naturaleza	**Inmuebles o Muebles:** Según puedan o no ser trasladadas de un lugar a otro o no.- Pueden serlo **por su naturaleza** – **por accesión** o su **carácter representativo** (Art. 2313)	**Inmuebles por naturaleza**: Las cosas que se encuentran inmovilizadas por si mismas, el suelo, todo lo incorporado al mismo de manera orgánica, y debajo de éste sin haber mediado hecho del hombre (Art. 2314) **Inmuebles por accesión:** Los muebles que se encuentran inmovilizados por su adhesión física al suelo de manera perpetua (Art. 2315 – 2316) **Inmuebles por carácter representativo:** Instrumentos públicos donde consta la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles - excepto hipoteca y anticresis (Art. 2317) **Muebles:** Son aquellos que pueden ser trasladados por sí mismos o por una fuerza externa. Excepto los accesorios de un inmueble que por tal adquieren el carácter de inmuebles por accesión. (Art. 2318 –2319)

Fungibles y No Fungibles: Según sean sustituibles o no. Son fungibles.- (Art. 2324)

Consumibles y No consumibles: Según se extinguen o pierdan su existencia con el primer uso que se hace de ellas. (Art. 2325)

Divisibles o Indivisibles: Según puedan o no ser fraccionadas formando otros tantos menores pero completos entre sí. (Art. 2326)

Frutos y Productos: Según sean o no derivados de otras cosas. (Art. 2330)

Frutos: Son cosas que provienen de otras pero que periódicamente se reproducen – Ej. Las manzanas de un árbol, crías de un a animal. Etc.

Productos: Son derivados de otras cosas que, al ser extraídas no tienen cualidad reproductiva

Según la conexión entre sí:

Simples o Compuestas

Principales o Accesorias (Art. 2328)

Según la relación con las personas

Bienes del Estado (Art. 2340 y 2342)

Los que a su vez pueden ser públicos o privados:

Bienes Municipales (Art. 2344)

Bienes de la Iglesia (Art 2345)

Bienes Particulares (art. 2347)

INTRUMENTOS PRIVADOS:

CONCEPTO: Son aquellos en que las partes se otorgan sin intervención de un oficial Público,
y donde impera el principio de la libertad de formas. Pueden ser redactados en idioma nacional o extranjero, llevar o no fecha, etc. Esta regulado en Nuestro Código Civil en los Arts. 1012 y Sig.

LIMITACIONES:
a) La Firma: Es la condición esencial para la existencia y validez del Instrumento Privado, debe ir al pie y no puede ser reemplazada por signos, ni por iniciales, esto tiende a proteger a las personas analfabetas. La firma lleva por objeto asumir las responsabilidades inherentes al documento que suscribe.-

· Firma a Ruego: Los instrumentos privados a ruego son plenamente validos en materia comercial. Pero En materia civil el instrumento firmado a ruego es inoperante, no esta establecido en el Cód. Civil, por que esta validez viene por decisión del Juez.-

· Impresión Digital: es admisible, la persona que ha estampado su firma digital sabe leer y no hafirmado por un impedimento circunstancial, el documento es plenamente válido como su hubiere puesto la firma.-

b) Doble Ejemplar: Los actos que contengan convenciones perfectamente bilaterales deben ser redactados en tantos ejemplares como partes haya con un interés distinto, este es exigido en los actos perfectamente bilaterales y no se aplica a los actos imperfectamente bilaterales o unilaterales.- La falta del doble ejemplar trae aparejada la nulidad del instrumento, pudiendo el acto aprobarse por otros medios.- esta regulado en los arts. 1021, 1022, 1024, 4025 del Cód. Civil.-

FUERZA PROBATORIA:
· Reconocimiento de la Firma: Los instrumentos privados no gozan de autenticidad y valor probatorio mientras que no haya sido reconocida por el interesado o declarada debidamente reconocida por el Juez competente. Art. 1026 Cód. Civil.- El reconocimiento de la firma lleva como consecuencia el reconocimiento de todo el documento Art. 1028 Cód. Civil.-
· Respecto de terceros: Los instrumentos privados debidamente reconocidos, tienen fuerza respecto de
terceros y de los sucesores a título singular, pero solamente después de adquirir fecha cierta.-

MODOS DE ADQUIRIR FECHA CIERTA: Esta regulado en el Art. 1035 inc. 3 del Cód. Civil.
· La de su exhibición en un juicio o en cualquier repartición publica, la mera exhibición no basta, sino que debe quedar archivado.
· La de su reconocimiento frente al escribano y dos testigos que lo firmaren.-
· La de su trascripción en el registro público.-
· la del fallecimiento de la parte que lo firmó, o de la que lo escribió o del que firmó como testigo.
· La de los firmantes que hubieran sufrido la amputación de ambas manos, confiere al documento fecha cierta.-
· La ley a decidido que el sello puesto en una oficina de impuesto, que no evidencie haber sido fraguado, confiere fecha cierta.-

DOCUMENTOS FIRMADOS EN BLANCO: La firma en blanco es perfectamente licita pero la Ley le reconoce al signatario la facultad de impugnar el contenido del documento cuando: Art. 1016 Cód. Civil.
· Que el documento sea hecho valer por la persona a quien se le confió, el cual el firmante puede demostrar que el instrumento ha sido llenado en contra de lo acordado por toda clase de pruebas, salvo la de testigos (Art. 1070 C.C.).-
· Que el documento sea hecho valer por un tercero de buena fe que hubiera contratado con la persona a quien aquél fue confiado.
Ej. Es el de los cheques endosados. (Art. 1018 C.C.).-
· Que el documento haya sido sustraído fraudulentamente a la persona que lo firmó o a la persona a quien se lo hubiera confiado y hubiera sido llenado e contra de la voluntad de ellos.-

INSTRUMENTOS PUBLICOS

CONCEPTO: Son aquellos en los cuales la Ley le reconoce autenticidad, prueban PER SE
la verdad de su contenido sin la necesidad del reconocimiento de la firma como
los privados. Ordinariamente interviene un oficial público, pero no es un requisito esencial para todos los intrumentos. Instrumentos. Responden a una seguridad social, que es de asegurar las relaciones jurídicas.-

REQUISITOS :
· Intervención de un oficial público; salvo casos de excepción (art. 979. Inc. 3, 8 y 9 C.C.). la intervención del mismo es la que le confiere al acto seriedad y permite tener por auténtico su contenido.
· Competencia del oficial público, debe obrar dentro de los límites de sus atribuciones, no sólo respecto de la naturaleza del acto, sino también dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones.- esta regulado en el Art. 980 del C.C.-; en este ítem cabe destacar en cuanto a la competencia territorial lo dispuesto por el Art. 981 del C.C. donde son validos los instrumentos hechos por funcionarios fuera del distrito señalado para sus funciones, si el lugar fuese generalmente tenido como comprendido en el distrito.-
· Incompatibilidad por interés directo o parentesco, aunque el oficial fuese designado regularmente y fuera competente, no puede autorizar actos en los que tenga interés personal o lo tengan sus parientes dentro del cuarto grado, y si lo hiciera , el acto es nulo.-
· El cumplimiento de las formalidades legales bajo pena de nulidad.-

ART. 979 C.C. – CLASES:
· Las escrituras públicas hechas por los escribanos en sus libros de protocolo o por otros funcionarios con las mismas atribuciones.-
· Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado.-
· Los asientos en los libros de los corredores, en los casos y en la forma que determine el Código de Comercio.-
· 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 procedimiento.-
· Las letras aceptadas por el gobierno o sus delegados.-
· Las inscripciones de la deuda pública, tanto nacionales como provinciales y municipales.-
· Las acciones de las compañías autorizadas y emitidas de conformidad a sus estatutos.-
· Los billetes, libretas y toda cédula emitida por los Bancos autorizados para tales emisiones.-
· Los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales o en los registros municipales y las copias sacadas de esos libros o registros.-

VALOR PROBATORIO DE SUS CLAUSULAS:

· Hechos cumplidos por el oficial público o basados en presencia suya, el instrumento hace de plena fe hasta que sea erguido de falso por acción civil o comercial
(art. 993 C.C.).-
· Cláusulas Dispositivas: son las manifestaciones de las partes relativas a haberse ejecutado el acto hace plena fe, pero hasta simple prueba en contrario. (Art. 894 C.C.).-
· Cláusulas Enunciativas: Son expresiones incidentales que las partes han dejado deslizar en sus declaraciones.-

---

· Los instrumentos públicos emanados por un oficial público incompetente o que no tuviera las formas debidas vale como instrumento privado si esta firmado por las partes.-
· Los instrumentos privados que se agregan a pedido de las partes al libro de protocolo, no se transforma en instrumento público, sino que solo adquiere fecha cierta y valor probatorio.-

EFECTO TERRITORIAL DE LA LEY : (Llambías)

Para abordar el presente tema, debemos comenzar por preguntarnos :

¿Cual es la norma que corresponde aplicar cuando existe conflicto de jurisdicciones estatales?

Este es el problema de los "efectos de la ley con relación al territorio" que encara los casos de posible colisión dé dos o más leyes en un mismo territorio, en función de los elementos de la relación jurídica de que se trate.
Así, si se discute acerca de un contrato celebrado en el extranjero para tener cumplimiento en nuestro país, deberán considerarse varios problemas:
¿ cuál es la ley que rige, la capacidad de derecho, y de hecho de los contratantes ?
¿ cuál es la ley que rige la forma del acto ?,
¿ cuál es la que rige la prueba del mismo ? y
¿ cuál la que establece la validez del contrato atendiendo a su objeto o contenido del mismo ?.

De la determinación de la ley aplicable se ocupa el derecho internacional privado. Pero como los principios de ese derecho están substancialmente contenidos en el Código Civil, de ahí el estudio sumario que se hace de los mismos en los cursos de derecho civil.

*** CONCEPTO DE TERRITORIO:** El "territorio" de nuestro país, a los efectos de la aplicación de las leyes argentinas, está integrado por los siguientes lugares:

1º) **El suelo:** comprendido dentro de los límites políticos de la Nación, incluidos los ríos y lagos internos, las islas y el sector antártico argentino. También incluye todo lo que esta debajo del mismo

2°) El **espacio aéreo** existente sobre el suelo nacional;

3º) El **mar territorial**, entendiéndose por tal, la franja de mar que baña les costas hasta doscientas millas marinas medidas desde la línea de la más baja marea (conf. art. 1, ley 17.094);

4º) Los **ríos limítrofes**, hasta el "thalweg" o sea la línea del cauce más profundo;

5º) Los **golfas, bahías o ensenadas**, aunque su concavidad no quede totalmente cubierta por el mar territorial;

6º) Las **embajadas y legaciones** del país en el extranjero.

7º) Los **barcos de guerra argentinos**, sea que se encuentren en alta mar, en mar territorial extranjero o fondeados en puerto extranjero.

8º) Los **barcos ,y aeronaves mercantes de bandera argentina** cuando están en alta mar Por el contrario cuando están aguas territoriales extranjeras, a diferencia de los buques de guerra, caen bajo la jurisdicción a que pertenece el mar territorial.

Por la extraterritorialidad que les corresponde no integran el territorio argentino, las embajadas y legaciones extranjeras, como tampoco los buques y aeronaves, de guerra extranjeros que navegan en el espacio aéreo o aguas nacionales.

DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE - Antecedentes Históricos:

Antigüedad: Prevaleció el sistema de la personalidad de la ley. Las leyes no se aplicaron territorialmente sino personalmente, es decir a los súbditos del soberano que dictaba la ley, cualquiera fuera el lugar dónde se encuentren. Así en Roma, el derecho positivo se llamaba "jus civile" porque era el "jus civium romanorum", es decir, el derecho de los ciudadanos romanos y alcanzaba a éstos donde estuvieran. Los extranjeros o "peregrinos" eran regidos por sus propias leyes.

Edad media : Prevaleció el sistema opuesto, es decir de la Territorialidad de la ley. El régimen feudal estableció este sistema: "La ley del soberano se imponía a todos los súbditos o habitantes del país, sin discriminación de nacionalidadés".

Alta edad media: Los post-glosadores italianos, (siglos XII y XIII) ante los inconvenientes que generaba el sistema territorial, por la escasa extensión de ciertos estados que muchas veces generaba que una misma persona en un mismo día quede sujeta a dos o más legislaciones, surge el sistema de los estatutos, que distinguía los estatutos:

Personales: se aplicaban a las relaciones jurídicas, o los elementos de éstas; respecto de los cuales aparecía la persona como factor primordial, por ejemplo si se trataba de apreciar capacidad del sujeto para efectuar tal o cual acto.

Reales: Se aplicaban a las relaciones jurídicas respecto de las cuales las "cosas" aparecían como elemento

Es necesario agregar que la teoría de los estatutos parte de la base de la vigencia ordinaria del derecho romano, para toda clase de ciudadanos. Es decir, que la regla era que se aplicaba la ley territorial . el derecho romano – y como excepciones particulares se aplicaban los estatutos., por razones de cortesía y bajo condición de reciprocidad.

Siglo XIX:

1) Sistema de la comunidad de Derecho: Nace de la mano de Federico Carlos de Savigny, jurista Alemán, el "Derecho Internacional Privado". Sostuvo que las naciones que forman parte de una misma cultura, participan de una comunidad de derecho, y cuando se hace necesario aplicar una ley extranjera, no es por razones de cortesía internacional "sino porque él respeto del derecho así lo impone" y porque en función de la naturaleza de la relación jurídica de que se trata , esa ley extranjera es la que aparece abonada por razones científicas. Para esa teoría, por razón de la comunidad de derecho existente entre las naciones que integran una misma civilización, la ley no es de ordinario "territorial", como en el sistemá de los estatutos, sino "extraterritorial".

Admite excepción: cuestiones de "orden público", respecto de las cuales cada país no acepta sino la vigencia de su propia legislación: se trata de una excepcional aplicación imperativa de la ley territorial.

2) Teoria de la Nacionalidad: A mediados del suelo XIX se difundió en Italia esta teoría originaria dé Giusepe Mancini, la cual sostiene como criterio primordial para determinar 1a ley aplicable, el de la nacionalidad de las personas que han formado la relación jurídica: es así una renovación del sistema antiguo de la personalidad de la ley.

De ahí que el individuo deba estar sujeto a la ley de su nacionalidad donde quiera se encuentre, sin perjuicio de la aplicación de la ley territorial en materias consideradas de orden público, o de la ley elegida por las partes cuando se haya pactado una cierta jurisdicción por ellas.

Sin duda por estar en pugna con esa realidad imponente de nuestro tiempo que es el Estado contemporáneo nunca alcanzó ,esta teoría mayor aceptación. Resulta, por lo demás, impracticable en países de inmigración cómo el nuestro, por cuanto convertiría la legislación interna en un mosaico de legislaciones extranjeras.

APLICACIÓN TERRITORIAL DE LA LEY:

En nuestro país las leyes son en principio de aplicación territorial, Art.1 CC:*"Las leyes son, obligatorias para todos los que habitan el territorio de la república, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes".*
La regla general es la aplicación territorial de la ley.-
Sólo cuando esta misma ley lo dispone, se hará en ciertos casos aplicación extraterritorial de la ley, es decir, aplicación dé a la ley extranjera por los jueces de nuestro país.
Art. 14 CC*: "las leyes extranjeras no serán aplicables cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos o a la moral y buenos costumbre ..."*

Entonces, cuando corresponda aplicar la ley extranjera, el juez deberá abstenerse de hacerlo cuando:

1) Tal ley esté en pugna con el derecho público de nuestro país, o sea el derecho constitucional y administrativo, el derecho penal y el derecho fiscal. Las leyes penales y fiscales son rigurosamente territoriales, y por ello nuestros jueces no hacen nunca aplicación de las leyes extranjeras de esa índole.

2) Se opone a la religión católica apostólica romana, que es, sin duda, la "religión del estado,

3) Cuando contraría "a la tolerancia de cultos", cuando contraria la moral y buenos costumbres.

4) "...cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código" (Inc. 2, art. 14, Cód. Civ.).

5) "... cuando fueren de mero privilegio ", previsión innecesaria porque tales leyes estarían ya excluídas por la disposición de los incisos anteriores.

6) Cuando las leyes de este código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos", lo que ocurriría en el supuesto de que la ley extranjera fuere más rigurosa que la nuestra para sancionar la falla de que adoleciera el acto de que se tratare.

APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA LEY.

Cuando la ley territorial así lo dispone cesa la aplicabilidad de ésta para hacer lugar a la, aplicación de la ley extranjera. Como ésta viene, en tal caso, a aplicarse fuera de su propio territorio se habla aquí de aplicación extraterritorial de la ley. La enunciación de las situaciones en que la ley territorial cede su aplicación a favor de la ley extranjera, integra e1 contenido del "derecho internacional privado" que se ocupa especialmente de determinar en tales casos cuál es la ley extranjera aplicable.

Para ello se atribuye, para cada clase de relación jurídica, la aplicabilidad de una ley determinada:

a. la ley de la situación de la cosa ("lex rei sitae") ,

b. o de celebración del acto ("lex loci celebrationis"),

c. o del lugar de ejecución ("lex loci executionis"),

d. o del tribunal que la juzga ("lex fori"),

e. o de la ley personal de los sujetos intervinientes ("lex domicilii").

Cuando se hace aplicación de ley personal, la mayor parte de las legislaciones europeas se atienen a la que indica la "nacionalidad" de la persona, en lugar de atender a su "domicilio", como sostenía Savigny, y establece nuestro Código.

CODIGO CIVIL . - Los diversos casos de aplicación extraterritorial de la ley están mencionados en .los arts. 6 a 12 del Código Civil, y en varios más dispersos en su articulado. Los enunciaremos seguidamente

1. Capacidad de HECHO: Ley del domicilio de la persona de que se trate.

   O de obrar, como también se la llama, se rige por la ley del lugar del domicilio de la persona de que se trata. Así lo disponen los arts. 6 y 7 del Código Civil, que encaran sucesivamente los dos supuestos de domicilio constituido en el país constituido fuera del país.

   Art. 6 C.C.: *"La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras, será juzgada por las leyes de este Código, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero*".

   Art. 7 CC: *"La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República "*

   Todo lo referente a capacidad o incapacidad hecho por razón de minoridad, alienación s mia-1icñación, sordomudez, ausencia, celebración de matrimonio, prodigalidad, etc., queda sujeto a la ley del domicilio de la persona.

   Por tanto, si una persona de 20 años de edad, domiciliada en Suiza se traslada a nuestro país, accidentalmente, y celebra aquí un contrato, será reputada capaz pues así la considera el art. 20 del Código Civil de Suiza, que es la ley de su domicilio.

2. Atributos de la Persona: Ley del domicilio

   Los demás atributos de la persona, fuera de la capacidad, se rigen también por la ley de su domicilio. Principio que se infiere por analogía de lo dispuesto en los arts. 6º y 7° CC.

   En consecuencia, los efectos jurídicos que corresponden al estado (matrimonio, filiación, patria potestad, parentesco, alimentos, etcétera), al nombre, al patrimonio y su eventual divisibilidad, etc., son cuestiones regidas por la ley del domicilio de la persona de que se trata.

3. Sucesiones: Se aplica la ley del lugar del último domicilio del difunto .

   El patrimonio es un atributo de la persona y por tanto se rigen por la ley del domicilio del titular. A los fines de determinar quien ha de adjudicarse el patrimonio del difunto estaremos a la ley aplicable en el lugar de su último domicilio. Art. 3283 CC: *"El derecho de sucesión al patrimonio del difunto es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros".*

4. Inmuebles. Se aplica la ley del lugar dónbde se encuentra ubicado.

   Las relaciones jurídicas que tienen por objeto cosas inmuebles, se rigen por la ley del lugar donde las cosas están situadas ("lex rei sitáé") .

   Art. 10 CC: *"Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de les partes, a 1a capacidadde adquirirlos, a los modos de transferirlos y a las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República".*

5. Cosas Muebles: Los bienes muebles permanentes se rigen por la ley del lugar, y los que no son permanentes, y cambian de lugar, por la ley del domicilio del dueño.

   El codificador establece un régimen general independientemente de que las cosas muebles estén en el país o en el extranjero. Art. 11 CC: *"Los bienes muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos son regidos por las leyes del lugar en que están situados; pero los muebles que el propietario lleva consigo, o que son de uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño". .*

6. Forma del Acto Jurídico : Se rigen por la ley del lugar dónde se realiza.

   Art. 12 CC: "Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público son regidas por las leyes del país dónde se hubieran otorgado" Se aplica tanto a los contratos como a los actos Jurídicos en general (Art. 950 CC.)

7. Actos procesales: Están sujetos a la ley aplicable en el tribunal que los cumple

8. Substancia del acto: Se rigen por el código, no se acepta extraterritorialidad. Excepto contratos.

   Art. 949 CC: *"La capacidad o incapacidad de derecho, el objeto del acto y los vicios sustanciales que pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las leyes de este Código".*

   Pero el principio expresado aparece modificado respecto de los contratos, para los cuales se vuelve a la extraterritorialidad de la ley, distinguiendo Vélez , tres clases de contratos:

   a. Los celebrados en el extranjero para tener aplicación fuera de nuestro país, se rigen por la del lugar de su celebración, Art. 1205 CC

   b. Los contratos celebrados en el país se rigen por la ley del lugar de su ejecución, (Arts. 1209 y 1210)

   c. Los contratos celebrados en el extranjero para ser ejecutados en nuestro país se riegne por nuestro código. (Art. 1209)

APLICACIÓN Y PRUEBA DE LA LEY EXTRANJERA:

Art. 13 CC: *"La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes"* .

Con relación a la vigencia de la ley extranjera, expresa que nunca se la aplicará de oficio, sino a requerimiento de parte interesada. En cuanto a la prueba de dicha ley, incumbe a quien la invoca.

EL DERECHO CIVIL - La codificación - Código Civil Argentino:

- **CONCEPTO - Antecedentes :**

  " Derecho Civil ": La palabra civil designa una rama del derecho y proviene del latín "civile".
  En Roma se distinguía :

1. **"ius civile":** era el derecho propio de los ciudadanos romanos.

2. **"ius gentium"**: reglas comunes a todos los pueblos sin distinción de nacionalidad. Se encarga de las relaciones entre romanos y extranjeros producto de la expansión económica y militar. Como no se podía aplicar el "ius civile", derecho exclusivo de los romanos, la jurisprudencia se ve obligada a crear un nuevo sistema

3. **"ius naturale":** reglas elementales que derivan de la naturaleza misma del hombre

   La ciudad o polis, en griego, era similar lo que hoy denominamos ESTADO, con lo cual el derecho civil se refería al derecho vigente en Roma y comprendía normas de derecho público y privado.

   La caída del Imperio Romano de Occidente se produce en el año 476 d. C., comenzando **la Edad Media.** La invasión de los pueblos bárbaros que la provoca definitivamente acaba también de una manera oficial con el Derecho de Roma. Con la invasión de los **germanos** y la caída del imperio romano de occidente, los invasores introdujeron sus propias leyes referentes a la organización de las nuevas naciones. Las normas de derecho público incluidas en el "jus civile" perdieron vigencia, siendo sustituidas por las nuevas introducidas por los germanos y quedando reservada la denominación de aquel para las normas de derecho privado que seguían subsistentes. Desde entonces, en un sentido lato, se identifica el derecho civil con el derecho privado.

   A fines del siglo XI y principios del XII se produce un fenómeno importante en grado sumo: la Recepción del Derecho de Roma. Sabemos que la Compilación de Justiniano se lleva a cabo entre los años 528 a 533 en el Imperio Romano de Oriente. Es muy posterior a la caída del Imperio de Occidente (476 d C.)y, porotra parte, es casi desconocida en él.

   A partir del siglo XII **los glosadores** de Bolonia estudian el Derecho romano mediante glosas y exégesis, aplicando la técnica escolástica de los silogismos, distinciones y subdivisiones. Desde entonces es cuando se va a identificar el Derecho civil con el Derecho romano, con el Derecho que Roma ha legado tal y como lo ha legado, hasta el punto que desde el siglo XII la obra de Justiniano recibe el nombre de **"Corpus juris civilis"** (Obra legislativa de Justiniano, siglo VI de la era cristiana. Comprende cuatro partes fundamentales: a) el código; b) el digesto; c) las instituciones, que es un tratado elemental de derecho, y D) las novelas, que es una recopilación de la legislación Justiniana.

   La compilación justinianea contenía numerosos textos de tipo público que habían perdido actualidad e interés, pues no eran aplicables a la sociedad política del tiempo de la Recepción. De ahí que los glosadores y comentaristas mostrasen una mayor atención hacia normas e instituciones privadas (circulación de los bienes, derechos sobre ellos, situación de las personas, etc.). Empieza, por tanto, a abrirse camino la idea de Derecho civil como Derecho privado.

   En el curso de la **"edad media"**, adquirieron vigencia los "cánones" o reglas de la Iglesia, dictados para regir relaciones nuevas suscitadas por la actividad propia de la Iglesia, o relaciones antiguas, como las referentes al matrimonio de los bautizados, que desde ya dejaron de ser reguladas por el derecho civil. Por entonces, el derecho civil aludía al derecho privado de origen romano, por oposición al derecho Canónico que se originaba en la jurisdicción reconocida a la Iglesia, siendo frecuente que quienes seguían estudios jurídicos se doctorasen en ambos derechos (in utroque jure). El Derecho canónico adquiere una importancia relevante a partir de las Decretales de Gregorio IX (1234), y se estudiará intensivamente. Es un Derecho que no se limitaba a regular el fuero interno de los fieles sino que también se extendía a aspectos de su vida ordinaria, y sus principios espiritualistas (buena fe, obligación de cumplir la palabra dada, etc.) ejercerán una influencia decisiva en la inteligencia de los textos de la compilación justinianea y en el Derecho civil que hoy conocemos y estudiamos. Entre el ius civile y el ius canonicum va a darse una influencia recíproca y continua.

También como Derecho común se considera el Derecho feudal. El sistema de vasallaje propio de la época obliga a utilizar normas (costumbres sobre todo) para resolver los litigios entre señores y vasallos. El estudio de este Derecho feudal por los juristas va a constituir un tercer elemento del naciente Derecho común, junto al romano y al canónico, aunque mucho menos importante que ellos

La comprensión que incluía todo el derecho privado en la denominación de derecho civil, no perduró. Hacia el **final de la edad media** los comerciantes o navegantes del mar mediterráneo, dejaron de regirse por el jus civile para atenerse a sus propias normas consuetudinarias, luego condensadas por escrito en las tablas de Amalfi o el rol de oleron, que dieron origen al **derecho comercial** como rama separada del viejo tronco del derecho civil.

Posteriormente se produjo otro desmembramiento. En la **edad moderna** el procedimiento ante los jueces dejó de ceñirse al jus civile ajustándose a las prácticas forenses que se habían ido formando y a las que dio valor de ley escrita la ordenanza de Colbert, del siglo XVII. Con ello quedó formado el derecho procesal como disciplina independiente del derecho civil.

En la **edad contemporánea** han ocurrido nuevas segregaciones. Las relaciones entre patrones y obreros, englobadas en la llamada cuestión social, desbordaron el marco del viejo derecho y requirieron nuevas estructuras que constituyeron el derecho laboral o del trabajo.

No obstante los desmembramientos ocurridos, el derecho civil sigue siendo la disciplina fundamental con un enorme contenido residual, puesto que **comprende todas las relaciones jurídicas de derecho privado que no quedan incluidas en un ordenamiento especial**. Por lo demás, el derecho civil, **suministra a todas las demás ramas del derecho privado los lineamientos básicos** de la ciencia del derecho tales como la teoría de las personas, la de las cosas, la de los hechos y actos jurídicos en general, que son acogidas por aquellas otra disciplinas en todo cuanto no hubieran sido modificadas especialmente.

El dominio de aplicación del derecho civil se ejerce a través de cuatro instituciones fundamentales, entendiendo por institución un complejo orgánico de disposiciones de derecho:

1) Personalidad.
2) Familia
3) Patrimonio;: que se divide en

    a) Derechos reales
    b) Derechos de las Obligaciones o Personales
    c) Derechos intelectuales.

4) Herencia.

Concretando, aunque se trata de una disciplina de difícil aprehensión descriptiva podemos definirla como "la rama del derecho, preponderantemente privado (atento aspectos de derecho público, de la familia y de la propiedad), que comprende el régimen de los bienes, de las obligaciones, de los contratos, de la familia y de las sucesiones y de los principio generales que son comunes a eso instituto.

Desde un punto de vista legislativo, es el derecho contenido en los códigos civiles y leyes anexas.

- Distinción entre Derecho Público y Privado: (J.C. Rivera) . No hay coincidencia doctrinaria en la delimitación de cada una.

a) Tesis que distingue según la fuente creadora: siguiendo antecedentes romanos, sostenía que el derecho Público es el creado por el Estado y el Privado por los particulares. Esta doctrina se desvanece cuando observamos que existen numerosas normas de derecho privado dictadas por el Estado.

b) Tesis que distingue según el interés protegido: Siguiendo también textos romanos, una segunda opinión se ha fundado en el interés protegido, El D. Público protege el interés general, frente al D. Privado que se encarga de tutelar los intereses de los particulares. Critica: El D. Privado, si bien en forma mediata, también protege el interés general.

c) Tesis que distingue según la naturaleza del sujeto: Otra postura, distingue según la naturaleza del sujeto que integra la relación Jurídica: Si es el Estado (u otra persona jurídica pública , por ej. una Municipalidad) estamos ante D. Público, cuando la relación jurídica esta integrada por particulares, es materia de normas del D. Privado. Critica: se advierte que muchas veces el Estado es parte de relaciones jurídico-privadas, por ej. cuando arrienda un inmueble.

d) Tesis que distingue según la posición de las partes en la relación Jurídica: Postura que ha tenido mayor preponderancia, diferencia según que en la relación jurídica de que se trate presente caracteres de subordinación o de coordinación. Es D. Público aquel sector del derecho en el cual una de las partes tiene relación de superioridad respecto de la otra, por participar el Estado con su "imperium", en lugar de hacerlo como titular de un derecho subjetivo privado. En cambio, en el D. privado las relaciones Jurídicas quedan siempre en base a la coordinación e igualdad de los sujetos. Critica: Borda y Llambías han sostenido que está tesis es insuficiente pues existen en el ámbito del D. Público, relaciones de coordinación e igualdad, por ej. relaciones entre Municipios, o entre Provincias. Y en el D. Privado también existen relaciones de subordinación, por ej. en el derecho de familia. Rivera siguiendo a Larenz, entiende que este criterio de distinción es el más aproximado, pudiendo afirmarse que en el D. privado predomina la coordinación y la igualdad y en Público la subordinación.

- **LAS CODIFICACIONES :**

La cristalización definitiva del Derecho civil como Derecho nacional y privado se opera con la codificación. La idea de un Código civil hay que ligarla con el pensamiento de la ilustración y del racionalismo que dominó en Europa a partir del siglo XVIII. Hasta ese momento se acostumbraba, a recoger las diversas leyes vigentes en un determinado momento en un solo texto, recopilándolas. La idea de la codificación es, sin embargo, más amplia que la de una pura recopilación de textos.
Recopilar es reunir en un texto, por orden sistemático o por orden cronológico, las leyes que hasta un determinado momento han sido dictadas.
Codificar es una tarea más ambiciosa: es la reunión de todas las leyes de un país o las que se refieren a una determinada rama jurídica, en un solo cuerpo presididas en su formación por una unidad de criterio y de tiempo.
Según esto, un Código civil es un cuerpo de leyes racionalmente formado y asentado sobre unos principios armónicos y coherentes. Un Código es siempre una obra nueva, que recoge de la tradición jurídica aquello que debe ser conservado y que da cauce a las ideas y aspiraciones de todo signo vigentes en la época en que se realiza.

- **Antecedentes Históricos:**

Los primeros registros de normas contenidas en un mismo cuerpo, se remontan aproximadamente al siglo XIII antes de J.C. con las **"leyes de Manú".** El Antiguo testamento, el Coran, reunían preceptos religiosos, morales y jurídicos. Pero los primeros códigos jurídicos fueron los romanos (Gregoriano, Hermogeniano, teodosiano)que culminan con el "Corpus Juris civilis" de Justiniano (siglo VI d. C.)

A finales del siglo XIII, **Prusia** redacta su Código, (año 1794) denominado "derecho territorial general de Estados Prusianos", que abarco todas las ramas del derecho. También a finales del siglo XVIII se inicia la labor codificadora en Austria, (que se plasma en el año 1811 con la publicación del "Código Civil General Austríaco").

Pero es **en el año 1804**, cuando florece el fenómeno codificador con la aparición en Francia del **"CODIGO NAPOLEON"** (promulgado el 21/03/1804). Fue el vehículo de las ideas de la revolución francesa y respondió a la ideología típica del liberalismo burgués. Afirma el primado del individuo, de su igualdad ante la ley fuera de las circunstancias, de su condición social y de su libertad, y de ahí que sus pilares básicos sean la libertad contractual, el carácter absoluto del derecho de propiedad y la responsabilidad civil basada en la culpa El matrimonio se sustrae a la Iglesia católica y adquiere un carácter laico y fundada en el contrato. También se sustrae el registro de los estados civiles, organizadores el Registro Civil.

El **Código Civil Austríaco** de 1811, influenciado por las ideas de la escuela de derecho natural, se reserva de las ideas revolucionarias francesas.

En **Alemania**, a principios del siglo XIX se suscita una discusión entre Savigny y Thibaut. Este último, público (1811) un articulo sobre la necesidad de un código civil para Alemania sobre la base del Código Francés, que serviría de vehículo para la unificación Alemana (lograda finalmente en 1870). Savigny le replicó sosteniendo que el derecho es sustancialmente un producto histórico y una obra del espíritu del pueblo, y no un producto de laboratorio como lo sería un código civil. La obra de codificación en Alemania se reanuda una vez instaurado el imperio, promulgándose el Código Civil en 1896, para comenzar a regir el 01/01/1900.

En **Italia**, el Código de 1865 seguía fielmente el Código Francés. El régimen Fascista se propuso reformarlo y tras una larga elaboración de 15 años, se plasma en el año 1942.

La codificación en **América latina** está íntimamente ligada con la emancipación política. **Chile** inicia la labor codificadora en el año 1840, obtenido el código definitivo. a través de la obra de Andrés Bello en el año 1855, entrando en vigor 10/01/1857. Este Código fue adoptado casi literalmente en Ecuador (Código de 1861) y Colombia (1873). Ha ejercido influencia en códigos de Centroamérica, y obviamente en la obra de Vélez Sarsfield.

Un párrafo aparte merece la obra del jurista **Brasileño** Augusto Texeira de Freitas, autor de la Consolidaçao (1855) y del Esboço (1865) que era el proyecto del Código civil. El esboço fue un trabajo parcial de casi cinco mil artículos y fue objeto de severas criticas, lo que provoco que Freitas dejara su obra. Vélez tomo en cuenta el esboço particularmente en el Libro I del CC. lo que no se refleja en la tardía codificación brasileña de 1916.

- **Código Civil Argentino:**

Hasta la sanción del Código Civil **(01/01/1871),** rigieron en nuestro país distintas leyes con el siguiente orden de prelación :

1. La nueva recopilación de 1567 (contenía leyes provenientes del Fuero Real, del ordenamiento de Alcalá, del Ordenamiento de Montalvo, de las leyes de toro)
2. Fuero Real
3. Fuero Juzgo
4. Fuero Viejo de Castilla
5. Las partidas. (estas últimas eran las de mayor conocimiento y en consecuencia las de mayor aplicación).

Este orden no era rigurosamente guardado, y dio lugar a numerosas dificultades. En América latina y principalmente en el Virreinato del Río de la Plata se aplicaban ante todo "Las Partidas" y la "Nueva Recopilación".

A partir de la revolución de mayo, se dictan numerosas leyes de derecho privado, que no modificaron a la legislación española que siguió aplicándose hasta la sanción del código, podemos citar entre otras:

- La libertad de vientres (Asamblea del año XIII)
- Abolición de nobleza. (Asamblea del año XIII).
- Abolición de fueros personales en la Provincia de Bs. As. (1823)
- La formalidad de la escritura pública se exigió para los contratos de sociedad (1815).
- Se fijo el Plazo para el desalojo (Ley de la Prov de Bs.As. de 1825)
- Minoridad: Las leyes españolas la fijaban en 25 años. Algunas provincias dictaron leyes facultando al Poder Ejecutivo a conceder habilitaciones de edad a los menores. (Bs.as. 1817, Entre Ríos 1866).

La necesidad del Código se acrecienta a mediados de siglo, los inconvenientes que la dispersión de las leyes generaban. El primer intento fue un decreto de Urquiza dictado el 20/08/1852, poco después de Caseros, creándose una comisión encargada de proyectar los Códigos Civil, Penal, Comercio y Procedimientos, formando parte de la comisión Dalmacio Vélez Sarsfield. Pero la revolución de 1852, echa por tierra este primer intento.

En el año 1863 el Congreso Nacional vuelve sobre el tema, autorizando al P.E. a designar comisiones redactoras de los Códigos Civil, Penal, Minería, y de las ordenanzas del ejercito. Un año después el presidente Mitre, designa a Vélez como redactor del CC, quien culmina su obra en aproximadamente 4 años. En Agosto de 1869 el proyecto es enviado al congreso y es aprobado a libro cerrado y lo sanciono por ley 340 del 25 de septiembre de 1869, entrando en vigencia el 1 de enero de 1871.

- **Caracteres de la Codificación:**

1. **Unidad:** Unifica en su contenido las reglas relativas a una rama del derecho.
2. **Exclusividad:** Al sancionarse contiene todas las Normas existentes sobre la materia. (Art. 22 C.C.)
3. **Sistematización:** Nota científica. La materia se presenta de un modo orgánico, conforme a un método que asigna a cada institución su lugar adecuado. Justamente el método lleva a la adopción de normas generales, para luego, encargarse de la consideración de instituciones particulares.
4. **Homogeneidad:** Se trata de una ley que trata una sola materia: civil, comercial, minería ..

- **Ventajas e Inconvenientes de la Codificación:**

1. Confiere unidad y coherencia a todo el sistema legislativo, evitando la anarquía de las leyes dispersas.
2. Facilita el conocimiento del ordenamiento legal, y su aplicación.
3. Favorece la conformación de un espíritu nacional, por la supremacía que código obviamente adquiere frente a las legislaciones locales.

- **Inconveniente de la Codificación:**

1. Puede inducir en el interprete a creer que todo esta resuelto en el mismo.
2. Como consecuencia puede dar lugar al estancamiento del derecho y del divorcio con la vida.
3. Las enmiendas parciales que acogen las nuevas instituciones muchas veces quiebran su sistematización y coherencia.

El método:

El método es de suma importancia en una obra de codificación por el carácter sistemático de esta y la amplitud de su objeto. El método utilizado por Vélez consistió en dividir al Código de la siguiente manera:

1. Dos títulos preliminares:
    a. "De las leyes"
    b. De los modos de contar los intervalos del derecho"

1. Cuatro libros

    1º) Primero: "De las Personas" dividido en 2 secciones

    a - Trata de las personas en general
    b - "De los derechos personales en las relaciones de familia"

2º) Segundo: "De los derechos personales en las relaciones Civiles"

3º) Tercero: Trata de los derechos reales

4º) Cuarto: Se denomina: "De los derechos reales y personales".

- **Critica:**

El método de Vélez que utilizó siguiendo a Freitas, es muy superior al Código Francés. Pero, a pesar de ello se le critico la errónea ubicación de los hechos y actos jurídicos, metido entre las obligaciones y los contratos, cuando tiene una aplicación general a todo el ordenamiento. También se critico la ubicación del capitulo de las cosas , con el que comienza el libro III, siendo que ellas no son solo objeto de los derechos reales, sino también de otras relaciones jurídicas.

- **Los grandes Principios del Código Civil:**

a. Principio de la autonomía de la voluntad: la palabra empeñada en el contrato debe respetarse como a la ley misma (art. 1197). Por ello estableció que el ejercicio de un derecho no puede dar nunca lugar a un hecho ilícito (art 1071), y repudio la lesión (art. 943).

b. Responsabilidad fundada en la culpa: (Art. 1067) No hay acto ilícito punible, sin daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.

c. Propiedad Absoluta: En la nota al art. 2513, hace referencia a la facultad del propietario de destruir la cosa.

d. Familia fundada en el matrimonio indisoluble: Distinguiendo obviamente entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales., dividiendo a estos últimos en naturales cuando los padres no tenian impedimentos para contraer matrimonio), adulterinos, incestuoso y sacrílegos

Patrimonio:

- Conjunto de los derechos y obligaciones de una persona, susceptibles de apreciación pecuniaria.
- Universalidad jurídica: la unidad de los elementos que lo componen (a los cuales es posible tratar como un todo) está dada por la ley.
- Independiente de los bienes que lo componen, los cuales pueden cambiar o disminuir sin que se altere el conjunto como tal.
- Sólo las personas pueden tener patrimonio.
- Toda persona tiene necesariamente un patrimonio, aunque no posea actualmente bien alguno.
- Cada persona no tiene más que un patrimonio. Es único e indivisible.
- Inseparable de la persona (intransmisible), inalienable.
- Idéntico a sí mismo.
- Se reconoce un único patrimonio general (conjunto de bienes de una persona) y varios patrimonios especiales (conjuntos de bienes afectados a un fin determinado y sometidos a un régimen legal especial)

- Derechos patrimoniales: aquellos susceptibles de tener un valor económico.
    - Reales: conceden al titular un señorío inmediato sobre la cosa.
    - Personales/creditorios/obligaciones: establecen relaciones entre las personas, en razón de las cuales el titular puede exigir de alguien la prestación debida.
    - Intelectuales: derecho que tiene el autor de una obra científica, literaria o artística para disponer de ella y explotarla económicamente por cualquier medio.

- Garantía de los acreedores: pueden dirigirse sobre los bienes y ejecutarlos a fin de satisfacer sus créditos.

Bienes y cosas:

-

- Bienes: objetos inmateriales susceptibles de tener un valor y las cosas.
- Cosas: objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones del Código referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación. Antes de ley 17.711 cosas se llamaban a los objetos corpóreos susceptibles de tener un valor.
- El género es el bien y la especie es la cosa.

- Cosas muebles e inmuebles:

    - Cosas inmuebles: fijas en un lugar determinado, no pudiendo ser trasladadas a otro lugar.
        - Por su naturaleza: inmovilizadas por sí mismas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad: todo lo incorporado al suelo de manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre.
        - Por su accesión física: cosas muebles realmente inmovilizadas por su accesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga carácter de perpetuidad (y no sea en miras a la profesión del propietario).
        - Por su accesión moral: cosas muebles puestas intencionalmente como accesorias de un inmueble por el propietario de éste, sin estarlo físicamente.
        - Por su carácter representativo: instrumentos públicos donde conste la adquisición de derechos reales sobre inmuebles (excepción: hipoteca y anticresis).

    - Cosas muebles: pueden ser trasladadas de un lugar a otro.

        - Por su naturaleza: ya sea por sí mismas o por una fuerza externa (excepto: las accesorias a los inmuebles).

        - Por su carácter representativo: los instrumentos públicos o privados donde conste la adquisición de derechos personales.
- Cosas fungibles y no fungibles: son fungibles aquellas cosas en que todo individuo equivale a otro de su misma especie, y pueden sustituirse unos por otro de la misma calidad y cantidad.

- Cosas consumibles y no consumibles:
    - Consumibles: cuya existencia termina con el primer uso y terminan para quien deja de poseerlas en su individualidad
    - No consumibles: no dejan de existir por su primer uso, aunque sean susceptibles de consumirse o deteriorarse después de algún tiempo.

- Cosas divisibles e indivisibles: son divisibles aquellas que, sin ser destruidas enteramente, pueden dividirse en porciones, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo a las otros partes y a la cosa misma.

- Cosas principales y accesorias:
    - Principales: pueden existir para y por sí mismas.
    - Accesorias: cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa, de la cual dependen, a la que están adheridas. Deben seguir la suerte de la cosa principal.

- Frutos y productos:

    - Frutos: cosas nuevas que regular y periódicamente produce la cosa, sin alteración ni disminución de su substancia.
        - Civiles: rentas provenientes del uso o goce de las cosas.
        - Industriales: que la cosa produce con intervención humana.
        - Naturales: que la cosa produce espontáneamente.
    - Productos: cosas que se extraen de una cosa, la cual no los vuelve a producir y queda disminuida o alterada en su substancia.

- Cosas dentro y fuera del comercio:

    - Dentro del comercio: todas las cosas cuya enajenación no fuera expresamente prohibida o dependiese de autorización pública.
    - Fuera del comercio:
        - Por su enajenabilidad absoluta (inalienables): Enajenación expresamente prohibido por ley, por actos entre vivos o por disposiciones de última voluntad.
        - Por su enajenabilidad relativa: necesitan autorización previa para su enajenación.

<u>Clasificación de las cosas con relación a las personas:</u>

-

- Bienes del Estado:
    - Públicos: por su carácter de órgano político. Inalienables, imprescriptibles y de uso gratuito (las personas tiene el uso o goce de ellos, pero sujetos a reglamentación).
    - Privados: en igual situación que los bienes de los particulares.

- Bienes Municipales: los que el/los Estado/s pone/n bajo el dominio de éstas. Según su destino integran el dominio público y privado municipal.

- Bienes de la Iglesia: públicos o privados: Son públicos las cosas afectadas directamente al culto de Dios, que son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

- Bienes particulares: las cosas que no son bienes del Estado/s, de municipalidades o iglesias.

- Cosas susceptibles de apropiación privada: consiste en adquirir el dominio, aprehendiendo cosas muebles sin dueños o abandonadas por él, hecha por persona capaz con ánimo de hacerlas suyas.

Personas Jurídicas:

- Personas de existencia ideal que tienen carácter público, o que tienen carácter privado pero dependen de reconocimiento estatal.

    - Privadas:
        - **Asociaciones y Fundaciones**

            - Asociaciones: unión estable de personas, independiente en su existencia del cambio de miembros, que tiene un nombre colectivo y una constitución corporativa, cuyos bienes son administrados por sus miembros.
                - Órganos de gobierno: Asamblea (decisiones fundamentales), comisión directiva (administración y dirección permanentes) y síndico o comisión revisadota de cuentas (vigila la actuación de los órganos ejecutivos).
                - Poder disciplinario: para hacer efectivos los deberes de los miembros.

            - Fundaciones: se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posible sus fines. Carece de miembros y está sustentada en la voluntad del fundador, quien no tiene injerencia en el manejo de los bienes.
                - Órganos de gobierno: consejo de administración y comité ejecutivo.
                - Beneficiarios: gozan de los servicios de la fundación.
        - Requisitos de la personalidad:
            - De fondo: objeto de bien común, patrimonio propio y dispositivo de gobierno.
            - De forma: acto jurídico constitutivo (acto conjunto o fundacional), reconocimiento estatal y requisitos adicionales por la actividad a desarrollar.

        - Comienzo de la existencia: el día en que fuesen autorizadas, con aprobación de sus estatutos.
        - Autorización estatal: puede darla el PE o el PL
        - Estatutos: conjunto de disposiciones referentes a la persona jurídica. Suministran las normas que rigen la entidad. Integran el acto constitutivo.
            - Reforma: por decisión de la entidad, conforme al estatuto y aprobada por la autoridad estatal. En caso de que los estatutos no prevean reforma:
                - Fundaciones: la realiza el PE.
                - Asociaciones: asamblea general de asociados, por voto de mayoría.
        - Extinción: marcada por la decisión de la autoridad administrativa, sujeta a revisión judicial. Debe ser autorizada por el PE o PL.
            - Causas que la justifican:
                - Decisión de sus miembros
                - En virtud de la ley
                - Transgresiones a las cláusulas de la autorización
                - Imposible cumplir los estatutos
                - Conveniente a los intereses públicos
                - Conclusión de los bienes para sostenerlas
            - Destino del patrimonio: aquel previsto por sus estatutos. Si éstos nada previeren, serán considerados vacantes y aplicados a lo que disponga el PL, salvados perjuicios a terceros y a los miembros existentes de la corporación.

- Públicas:
    - Estado Nacional, Provincias, Municipios, Iglesia Católica, Entidades autárquicas

- Capacidad de derecho: gozan de derechos patrimoniales y extramatrimoniales, aunque carecen de capacidad para adquirir derechos inherentes a la persona humana. Pueden adquirir los derechos o contraer las obligaciones que el Código establece, de la manera en que éste los regla, y ejercer los actos que no les sean prohibidos.

- Principio de especialidad: su capacidad está limitada a los fines de su institución (aquellos conducentes al bien común y por los que el Estado le otorgó la autorización).

- Responsabilidad: pueden ser demandadas por acciones civiles y pueden ejecutarse sus bienes. Son actos de las personas jurídicas los de sus representantes cuando no exceden los límites de sus funciones. Responden por los daños que causen quienes las administren en ejercicio o con ocasión de sus funciones.
- Dentro de la clasificación de personas de existencia ideal se encuentran, además de las personas jurídicas, las personas de existencia ideal propiamente dichas: las sociedades civiles y comerciales y entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar, siempre que la constitución y designación de sus autoridades se acredite por escritura pública o instrumentos privados certificados por escribano público.

    - Sociedades civiles, Sociedades comerciales, Otras entidades que no requieren autorización estatal, Simples asociaciones.
    - Sociedades: contrato por el cual dos o más personas aportan bienes para lucrar con el conjunto y dividir las utilidades. Son comerciales o civiles según si fueron constituidas con el fin de realizar o no actos de comercio.
    - Simples asociaciones: provistas por el concurso de sus miembros, carentes de fin de lucro (fin altruista). Tienen duración indefinida, disponen de un fondo social. En caso de no estar regularmente constituidas, sus administradores son solidariamente responsables (asociaciones irregulares).

“DERECHO CIVIL”

TRABAJO PRACTICO DE CONCEPTOS

CATEDRA: Ameal-Sosa, Lidia

PROFESORES: Dr. ALONSO, Gustavo
Dra. DELUCA, Laura

ALUMNOS: CASTELLANOS, Leonardo
DRANDICH, Daniela
FERNANDEZ EZCURRA, Javier

DIA DE CURSADA: Miércoles de 17.00 a 20.00

AULA: 146

Derecho: Llambías adhiere a la tesis de Renard que lo define como el orden social justo. El ordenamiento de la vida social que constituye el derecho, representa la única manera de existir para la vida humana. Consiste en el disciplinamiento de la conducta de los hombres para la obtención de fines sociales, limitando en cierta medida la libertad del hombre para la obtención de fines egoístas que conlleven el fracaso de toda convivencia. Pero para que el derecho sea tal, este orden debe ser justo.

Derecho objetivo: Es el conjunto de reglas y normas exteriores al hombre y que regulan su conducta.

Derecho subjetivo: Es la prerrogativa de la persona para exigir de los demás un determinado comportamiento. Es un poder del sujeto que implica una voluntad actuante que, si no proviene del titular, el ordenamiento jurídico se la imputará a éste (es el caso del representante legal del incapaz que ejerce sus derechos). Pero no es una voluntad abstracta sin finalidad sino *una prerrogativa reconocida a la persona por el ordenamiento jurídico para exigir un comportamiento ajeno tendiente a la satisfacción de intereses humanos*.

Derecho natural: Según Llambías, el derecho natural es el meollo del derecho positivo, que tiende a la instauración de la justicia en la sociedad. Consiste en un conjunto de reglas universales e inmutables, fundadas en la naturaleza humana, la voluntad de Dios o reveladas por la recta razón. Se traduce en pautas genéricas, grandes principios que permanecen inmutables a través de los tiempos, como la naturaleza humana misma.

Derecho civil: De acuerdo a su etimología el derecho civil hace referencia al *jus civile* romano, que identificaba al derecho propio de los ciudadanos romanos, en contraposición al *jus naturale* que era el derecho común a todos los hombres, sin distinción de nacionalidad. Con la caída del Imperio Romano, las normas de carácter público incluidas en el *jus civile* perdieron vigencia y, desde entonces, se identifica al derecho civil con el derecho privado. Comprende todas las relaciones jurídicas de derecho privado que no queden incluidas en un ordenamiento especial y suministra a todas las demás ramas del derecho privado los lineamientos básicos de la ciencia del derecho, a saber: teoría de las personas, de las cosas, de los hechos y actos jurídicos. Es decir, que las otras ramas no tienen completa autonomía y siguen dependiendo, en cierta medida del derecho civil.
Se ejerce a partir de cuatro instituciones fundamentales:
a) Personalidad: Considera a la persona en sí misma y organiza su desenvolvimiento en la sociedad.
b) Familia: Rige la organización del núcleo de la sociedad, en el cual el hombre nace y se desenvuelve. A su vez, define dentro de la comunidad familiar, el estado de cada uno de sus integrantes.
c) Patrimonio: Rige las relaciones derivadas del apropiamiento de la riqueza y el aprovechamiento de sus servicios.
d) Herencia: Se ocupa de las transmisiones de bienes *mortis causa*.

Fuentes del derecho: Son el origen de donde proviene el derecho, sus medios de expresión. Para Llambías, el intérprete del derecho debe atenerse a dos clases de medios de expresión jurídica: las fuentes formales que son la ley, la costumbre y la norma emanada de un tribunal de casación (jurisprudencia plenaria); y las fuentes materiales que son la jurisprudencia, la doctrina , la equidad y el derecho comparado.
Mientras las fuentes formales arguyen por su autoridad, las materiales lo hacen por su poder de convicción.

Ley: Es la regla social obligatoria establecida por la autoridad pública. En sentido amplio o material, es toda norma dictada por la autoridad competente (Constitución Nacional y las constituciones provinciales, leyes dictadas por el Congreso Nacional y las legislaturas provinciales, si estatuyen normas generales, los decretos reglamentarios del Poder Ejecutivo, las ordenanzas municipales de carácter general, los reglamentos de la Corte y las acordadas de las Cámaras de Apelaciones, cuando establecen normas de carácter general). En sentido formal, serán todas aquellas emanadas del Poder Legislativas. Revistiendo el doble carácter (formal y material) las normas generales emanadas de este Poder, siéndolo sólo en sentido formal, aquellas que se refieran a asuntos concretos de gobierno como temas relativos al presupuesto de la administración pública, la erección de un monumento, la entrega de una pensión, ya que no

constituyen norma jurídica alguna.
Sus caracteres son:
a) Socialidad: se dicta para el hombre en cuanto miembro de una sociedad y regula los comportamientos interindividuales.
b) Obligatoriedad: Supone una voluntad superior que manda y una inferior que obedece.
c) Origen Público: Pues emana de una autoridad pública
d) Coactividad: Imponen sanciones resarcitorias y represivas. Las primeras procuran el restablecimiento de la situación anterior a la infracción y las segundas apuntan al castigo corrector del infractor
e) Normatividad o generalidad: Abarca un número indeterminado de hechos y se aplica a cualquier persona que los realice
A su vez pueden clasificarse del siguiente modo:
1) Según la sanción
1-a) Imperfectas o carentes de sanción expresa, no serían normas positivas en sentido expreso sino más bien exhortaciones tendientes a encauzar la conducta humana
1-b) Perfectas son aquellas cuya sanción consiste en la nulidad de lo obrado (venta de una cosa que está fuera del comercio)
1-c) Menos que perfectas son aquellas cuya sanción no consiste en la nulidad de lo obrado sino en otra consecuencia (el dolo incidental se castiga con el resarcimiento de los daños y perjuicios pero no con la nulidad de lo obrado)
1-d) Más que perfectas son las que además de la nulidad del acto aplican otras sanciones adicionales (acto realizado mediante intimidación implica la nulidad y la reparación por daños y perjuicios)
2) Según el sentido de la disposición legal
2-a) Prohibitivas son las que prescriben un comportamiento negativo, vedan la realización de algo que se podría efectuar si no existiera la prohibición legal. Si la ley hubiera previsto una sanción determinada, esta se aplicará; en cambio, si no la hubiera previsto, corresponderá la nulidad de lo actuado en contravención.
2-b) Dispositivas son las que prescriben un comportamiento positivo, en principio, la nulidad no será apropiada salvo cuando se trate de la omisión de ciertos requisitos de forma exigidos para la celebración de ciertos actos jurídicos.
3) Según el alcance de la imperatividad legal
3-1) Imperativas: su contenido es de orden público y el comportamiento previsto se impone en forma incontrastable.
3-2) Supletorias o interpretativas: son aquellas que las partes pueden modificar libremente.
Nota: El carácter imperativo o supletorio está determinado por el legislador. Cuando este nada diga, el intérprete deberá decidir atendiendo a la finalidad de la norma, si es de interés público se seguirá que es imperativa, de lo contrario, en principio, será interpretativa.
Orden jerárquico
Según el sistema federal adoptado por la Argentina, la Constitución Nacional deslinda competencias en las provinciales. Es decir que en la cima se encontrarán las constituciones que serán las leyes fundamentales de cada Estado (Nacional o Provincial), organizan las formas de gobierno, deberes y atribuciones de los gobernantes y los derechos y garantías de los gobernados. Las demás leyes deberán ajustarse a la Constitución, así como las constituciones provinciales a la nacional. Los decretos del presidente y los de los gobernadores se generan para

el mejor cumplimiento y aplicación de las leyes, por tanto estarán supeditados a éstas y no deben alterar su espíritu. Por debajo se encontrarán las ordenanzas municipales.
Los motivos de invalidación de las leyes se determinarán por medio de la *inconstitucionalidad* de las leyes, la *ilegalidad* de los decretos y en suma la *iniquidad*, esto es cuando las normas no contribuyan al afianzamiento de la justicia.

Formación de la ley

Implica tres momentos: a) Sanción: acto de creación de la norma por el poder legislativo; b) promulgación: acto por el cual el P.E. dispone su cumplimiento (puede ser expresa o tácita, en caso que no devuelva el proyecto observado a los 10 días hábiles) y c) publicación: hecho por el cual la ley llega a conocimiento público, en general consiste su aparición en el Boletín Oficial, sin embargo no se descartan otros medios tales como la inserción en periódicos no oficiales o su lectura en los medios; la publicación es esencial ya que no entra en vigor si no es conocida por el pueblo.

Vigencia de la ley

Por lo general a partir de la fecha en que lo determine su texto, de lo contrario el art. 2 del CC determina que entrarán en vigencia a partir de los ocho días siguientes a su publicación.

Derogación de la ley

En principio se sancionan para regir indefinidamente pero el cambio en sus circunstancias hará conveniente su derogación total o parcial. El propio poder que la ha originado puede crear una nueva ley que haga cesar la anterior que puede ser expresa -cuando dispone expresamente el cese de la anterior- o tácita -cuando resulta incompatible absolutamente con la ley nueva.
Llambías resalta el problema de la derogación tácita en relación a la extensión lógica de la ley nueva con respecto a la anterior. La ley especial deroga tácitamente a la general, en cuanto a la especificidad de su régimen, de lo contrario la ley general sólo puede derogar expresamente a la especial. Asimismo, la ley general deroga a la anterior de igual carácter aún en sus disposiciones secundarias, dado el principio de economía y unidad de la ley.

Caducidad de la ley

Puede extinguirse la fuerza jurídica de una ley por una costumbre contraria a ella o por un cambio sustancial en las circunstancias tenidas en cuenta por el legislador en el momento de la sanción que hagan absurda su aplicación.

Conflicto territorial

El territorio de nuestro país, a los efectos de la aplicación de las leyes está integrado por:
1) el suelo y todo lo que está debajo de él en línea perpendicular a los límites políticos, ríos y lagos internos, islas y sector antártico argentino.
2) el espacio aéreo sobre el suelo nacional.
3) el mar territorial -200 millas desde la línea de más baja marea.
4) los ríos limítrofes hasta la línea de su cauce más profundo
5) los golfos, bahías o ensenadas, aunque su concavidad no quede totalmente cubierta por el mar territorial.
6) las embajadas y legaciones en el país o en el extranjero
7) los barcos y aeronaves de guerra argentinos en el lugar donde quiera se encuentren
8) los barcos y aeronaves mercantes, de bandera argentina, cuando están en alta mar.

Sistema de la personalidad de la ley

En la antigüedad la ley se aplicaba a los súbditos del soberano, dondequiera que estos se encontraran, se basa en el *jus-sanguinis*, deriva del derecho romano.

Sistema de la territorialidad de la ley

Deriva del feudalismo y consiste en que la ley del soberano se aplica a todos los habitantes del territorio, independientemente de su nacionalidad.

En nuestro país las leyes son en principio de aplicación territorial (art. 1 CC), salvo cuando la ley lo dispone se hará aplicación extraterritorial de la ley extranjera por jueces argentinos con excepción de las cuestiones de orden público (derecho administrativo, penal, fiscal y constitucional) y cuando la ley extranjera se opone a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos, a la moral y a las buenas costumbres. Asimismo se diferencian diferentes casos en cuanto a la aplicación territorial o extraterritorial de la ley:

a) Capacidad de hecho y demás atributos de la persona: Se rigen por la ley del lugar del domicilio de las personas

b) Capacidad de derecho: Únicamente se puede aplicar la ley argentina

c) Inmuebles: Se aplica la ley del lugar donde estén ubicados

d) Muebles: Los de situación permanente se rigen por la ley del lugar donde están ubicados, los que lleva el dueño consigo, para uso personal o para ser vendidos, por la ley del domicilio de su dueño.

e) Actos jurídicos y contratos: sus formas y solemnidades se rigen por la ley del lugar donde se celebran (*locus regit actum* -el lugar rige el acto).

f) Sucesiones: por la ley del lugar del domicilio del difunto al momento de su muerte.

g) Actos procesales: quedan sujetos a la ley del tribunal que los cumple

h) Contratos: 1) los celebrados en el extranjero para ser aplicados fuera de nuestro país, se rigen por la ley del lugar de celebración, 2) los celebrados en el país, por la ley del lugar de su ejecución y 3) los celebrados en el extranjero para ejecutarse en el país, por nuestra ley.

Régimen de aplicación de la ley extranjera

La aplicación de la ley extranjera, en el caso que corresponda, sólo tendrá lugar a pedido de la parte y nunca de oficio y dicha parte se hará cargo de probar la existencia de las leyes (art. 13 CC)

Conflicto temporal

Principio de irretroactividad de la ley

El legislador puede sujetar a una norma la conducta presente y futura de los hombres pero no puede cambiar lo que en el pasado fue ajustado a derecho pues se caería en la inseguridad jurídica pero no compromete a la seguridad jurídica la aplicación de la nueva ley a los efectos de las situaciones (estado de padre, hijo, etc.) y relaciones jurídicas (contrato) existentes. Según el nuevo art. 3 CC, las nuevas leyes se aplican a esos efectos. Asimismo, no tendrán efecto retroactivo, sean o no de orden público (conjunto de principios eminentes -religiosos, morales, políticos y económicos- que hacen a la subsistencia de la sociedad[1]), salvo disposición en contrario y la retroactividad establecida por ley no podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales (se refiere especialmente a los derechos amparados por el art. 14 del la CN, especialmente el derecho de propiedad -reiterados fallos de la Corte concluyeron en que no puede el Congreso alterar por ley derechos adquiridos de carácter patrimonial-(aquí es dable diferenciar los derechos adquiridos, que pueden ejercerse actualmente, de los derechos en expectativa o meros gérmenes de derechos que para desarrollarse necesitan de la realización de acontecimientos ulteriores). Del mismo modo no se aplicarán las nuevas leyes supletorias a los contratos en vías de ejecución.

En cuanto al criterio de interpretación del art. 3 CC, se dice que no podrán ser interpretadas retroactivamente por el juez las leyes de derecho privado, pudiéndolo ser las leyes administrativas, por ejemplo. Tampoco pueden serlo las leyes penales debido al art. 18 CN - imposibilidad de ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho.

Modo de contar los intervalos de derecho

El Código se rige por el calendario gregoriano, en honor al papa Gregorio XIII que lo impuso en 1582.

Plazos de días: desde la medianoche en que termina el día de su fecha.

Pazos de meses o años: terminan el mismo número de día que tenga el día de su fecha, independientemente del número de días que los meses tengan. Si el primer mes excede en número de días al mes de cumplimiento de un plazo y éste se hubiere iniciado en el día en que el primer mes excede al segundo, el plazo vencerá a la medianoche del último día del este último mes.

Interpretación de la ley

Interpretar, según Llambías es buscar el sentido y valor de la norma para medir su extensión precisa. Si bien la interpretación es función esencial del juez, también puede recaer en distintas personas, a saber:

Interpretación legislativa: cuando el Congreso dicta una ley aclaratoria, es obligatoria para todos los destinatarios de la ley, también se la denomina interpretación auténtica.

Interpretación judicial: es la que hacen los jueces al aplicar las leyes, es obligatoria sólo para las partes del pleito, con excepción de los fallos plenarios, cuya extensión fue aclarada más arriba.

Interpretación doctrinaria: es la realizada por los juristas en sus obras, no tiene fuerza obligatoria pero cuenta con un gran poder de convicción para los jueces y legisladores.

Código Civil Argentino: Hasta la sanción del Código Civil (01/01/1871), rigieron en nuestro país distintas leyes con el siguiente orden de prelación:

La nueva recopilación de 1567

Fuero Real

Fuero Juzgo

Fuero Viejo de Castilla

Las partidas.

Este orden no era rigurosamente guardado, y dio lugar a numerosas dificultades. En América latina y principalmente en el Virreinato del Río de la Plata se aplicaban ante todo "Las Partidas" y la "Nueva Recopilación".

A partir de la revolución de mayo, se dictan numerosas leyes de derecho privado, que no modificaron a la legislación española que siguió aplicándose hasta la sanción del código, podemos citar entre otras:

La libertad de vientres

Abolición de nobleza

Abolición de fueros personales en la Provincia de Bs. As.

La formalidad de la escritura pública se exigió para los contratos de sociedad

Se fijo el Plazo para el desalojo

Minoridad

La necesidad del Código se acrecienta a mediados de siglo. El primer intento fue un decreto de Urquiza dictado el 20/08/1852, pero la revolución de 1852, echa por tierra este primer intento.

En el año 1863 el Congreso Nacional vuelve sobre el tema, autorizando al P.E. a designar comisiones redactoras de los Códigos Civil, Penal, Minería, y de las ordenanzas del ejercito. Un año después el presidente Mitre, designa a Vélez como redactor del CC, quien culmina su obra en aproximadamente 4 años. En Agosto de 1869 el proyecto es enviado al congreso y es aprobado a libro cerrado y lo sanciono por ley 340 del 25 de septiembre de 1869, entrando en vigencia el 1 de enero de 1871

Caracteres de la Codificación:

Unidad
Exclusividad
Sistematización
Homogeneidad

Ventajas de la Codificación:

Confiere unidad y coherencia a todo el sistema legislativo, evitando la anarquía de las leyes dispersas.
Facilita el conocimiento del ordenamiento legal, y su aplicación.
Favorece la conformación de un espíritu nacional, por la supremacía que código obviamente adquiere frente a las legislaciones locales.

Inconveniente de la Codificación:

Puede inducir en el interprete a creer que todo esta resuelto en el mismo.
Como consecuencia puede dar lugar al estancamiento del derecho y del divorcio con la vida.
Las enmiendas parciales que acogen las nuevas instituciones muchas veces quiebran su sistematización y coherencia

Método del código:

El método es de suma importancia en una obra de codificación por el carácter sistemático de esta y la amplitud de su objeto. El método utilizado por Vélez consistió en dividir al Código de la siguiente manera:
Dos títulos preliminares:
"De las leyes"
De los modos de contar los intervalos del derecho"
Cuatro libros
1º) Primero: "De las Personas" dividido en 2 secciones
a - Trata de las personas en general
b - "De los derechos personales en las relaciones de familia"
2º) Segundo: "De los derechos personales en las relaciones Civiles"
3º) Tercero: Trata de los derechos reales
4º) Cuarto: Se denomina: "De los derechos reales y personales"

Costumbre: Observancia constante y uniforme de un cierto comportamiento por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica. Está compuesta por dos elementos: objetivo y subjetivo.
Elemento objetivo: 1) uniformidad: que el comportamiento tenga siempre las mismas características; 2) constancia: que se lleve a cabo sin interrupciones; 3) generalidad: que el hecho sea practicado por gran parte o la mayoría de la comunidad; 4) largo uso: que la práctica se extienda por un lapso prolongado.
Elemento subjetivo: convicción de que su observancia responde a una necesidad jurídica. Esto

diferencia a la costumbre de otras prácticas que representan normas jurídicas (ej. dejar propina en un bar)

Especies de costumbre según su relación con la ley

a) *Secundum legem* (según la ley): deriva su vigencia de una disposición legal (art. 950 CC "los contratos se regirán según los usos y costumbres del lugar

b) *Praeter legem* (más allá de la ley): se crea una norma consuetudinaria no prevista en la ley.

c) *Contra legem* (en contra de la ley o desuetudo): se establece en contra de lo que la ley determina e intenta derogarla.

Jurisprudencia: como fuente del derecho surge de la fuerza de convicción que emana de las decisiones concordantes de los jueces sobre un mismo tópico. Es como regla una fuente material del derecho con excepción de la jurisprudencia plenaria, emanada del pleno de una Cámara y que tiene carácter de fuente formal. En nuestro país, los medios para unificar la jurisprudencia son el recurso de inaplicabilidad de ley (apunta a una interpretación uniforme por parte de los tribunales de un mismo fuero y consiste en la revisión de un tribunal de la sentencia dictada por otro, de ordinario, de un rango inferior. Esta interpretación no analizará la justicia del fallo sino si se ha interpretado correctamente el derecho aplicado) y el recurso extraordinario (no tiene como fin inmediato generar la uniformidad jurisprudencial pero termina produciéndola ya que los tribunales inferiores se ajustarán a lo decidido por la Corte so pena de ver revocadas sus sentencias mediante esta vía).

Doctrina: Conjunto de opiniones y conclusiones de los juristas que estudian el derecho y que lo explican en sus obras. Es una fuente material del derecho que persuade por su poder de convicción, en virtud de la reputación y el respeto que la comunidad jurídica profesa hacia los doctrinarios.

Equidad: Según Llambías es la versión inmediata y directa del derecho natural. Es el instrumento al cual recurre el intérprete para adecuar los principios generales del derecho a las circunstancias particulares del caso concreto.

Relación Jurídica: Posee tres elementos: Sujeto (que a su vez se divide en activo y pasivo), objeto y causa.

Sujeto activo o titular: es quien puede usar, gozar y disponer de la cosa y exigir de los demás integrantes de la sociedad el respeto de su prerrogativa.

Sujeto pasivo: es quien debe soportar inmediatamente el ejercicio de esa prerrogativa (hay relaciones jurídicas que carecen de sujeto pasivo, se ejercen *erga omnes*, es decir que se pueden hacer valer frente a toda la comunidad, como ocurre con los derechos reales y los derechos personalísimos).

Objeto: Es el contenido de la prerrogativa del titular

Causa: Es el hecho del cual deriva la relación jurídica.

Persona: Según el art. 30 CC *Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos* (sujeto activo) *o contraer obligaciones* (sujeto pasivo).

Clases de personas

a) de existencia visible o físicas: *Todos los entes que presenten signos característicos de*

humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes (art. 51 CC)
b) jurídicas o de existencia ideal: Por oposición *Todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones que no sean personas de existencia visible* (art. 32 CC)
Comienzo de la existencia de las personas de existencia visible
Según nuestro código *desde la concepción en el seno materno* (art. 70 CC). Resulta lógico que el codificador no contempló la fecundación *in vitro*. De allí surge una discusión doctrinaria que involucra el art. 63 y el art. 264 CC, modificado por la ley 23.264. El primero define a las personas por nacer, entendiendo por éstas las que *no habiendo nacido están concebidas en el seno materno*; el 264 dispone que *la patria potestad corresponde a los padres sobre los hijos desde el momento de la concepción de éstos*.
Las personas por nacer son personas y por lo tanto susceptibles de adquirir derechos, pero éstos están supeditados a que nazcan con vida, aunque más no sea por un instante luego de ser separados de su madre (pueden adquirir bienes por medios de legados, alimentos, indemnizaciones por daños contra ellos o sus parientes, seguros, etc.)
Concepción y embarazo
El código presume el momento de la concepción en el lapso de 120 días comprendido entre los 300 y los 180 días previos al nacimiento, aunque esta presunción admite prueba en contrario. La determinación del momento de la concepción es sustancial para determinar el estado de familia del nacido y todos los derechos y obligaciones que de ese estado se desprenden.
Según el art. 65 CC, el embarazo se tendrá por reconocido por la simple declaración de la madre, el marido o de otras partes reconocidas, según el art. 66 CC, estos serán los parientes en general del no nacido, los que hubieren de adquirir los bienes en caso de no nacer vivo o si no fuera concebido en tiempo propio, los acreedores de la herencia y el Ministerio Público.
Los fraudes que pueden producirse son: a) ocultación o supresión del parto: la madre para heredar sola al marido mata u oculta al hijo cuando nace; b) suposición de parto: la madre que debe heredar con sus suegros, hace pasar un hijo ajeno por suyo para desplazar a sus suegros de la herencia y c) sustitución de parto: se sustituye el recién nacido muerto por otro ajeno vivo.
Las únicas medidas que el código autoriza para evitar el fraude son las de vigilancia policial en el lugar del parto, ya que todo tipo de pruebas sobre la madre se consideran lesivas del honor y dignidad de esta última.

Atributos de las personas: Estos son: el nombre, la capacidad, el domicilio, el patrimonio y el estado (que es privativo de las personas de existencia visible). Los caracteres de estos atributos son:
1) necesarios: ninguna persona puede prescindir de ellos
2) inseparables: no se pueden separar de la persona
3) inalienables: no pueden ser enajenados, están fuera del comercio
4) imprescriptibles
5) únicos: sólo se puede tener uno de cada clase

Nombre: Es la denominación que corresponde a cada persona y sirve para individualizarla dentro de la sociedad. Sus elementos son: a) el nombre propiamente dicho o de pila y b) el apellido o nombre de familia.
Caracteres
1) obligatorio

2) único
3) inalienable
4) imprescriptible
5) inembargable
6) inmutable

El nombre de pila se adquiere por inscripción en el acta de nacimiento del Registro Civil y de la Capacidad de las Personas. La elección del nombre corresponderá a ambos padres ya que la patria potestad es compartida, a falta de uno de ellos corresponderá al otro o a las personas que estos autoricen. En su defecto, podrán hacerlo los guardadores, el Ministerio Público o los funcionarios del Registro Civil. Serán prohibidos los nombres extravagantes, ridículos, contrarios a nuestras costumbres, que expresen tendencias políticas o ideológicas o que resulten equívocos respecto al sexo, los apellidos como nombres, primeros nombres idénticos a los de un hermano vivo, más de tres nombres y los nombres extranjeros, salvo los castellanizados por el uso o si este fuera el nombre de los padres, y si fuesen de fácil pronunciación. Quedan exceptuados los diplomáticos con residencia transitoria en el país. Podrán inscribirse nombres aborígenes autóctonos o derivados de voces latinoamericanas.

Adquisición originaria del apellido

Se da cuando el apellido se adquiere en virtud de la filiación. En el caso de hijos matrimoniales, llevarán el primer apellido del padre; a pedido de los progenitores podrán llevar el apellido compuesto del padre o el primer apellido del padre y el primero de la madre (a los 18 años el hijo podrá optar por adicionar el apellido compuesto del padre o el apellido de la madre, una vez adicionado no podrá suprimirse). En el caso de los hijos extramatrimoniales, si es reconocido por ambos progenitores, en forma simultánea o sucesiva, llevará el apellido del padre, pudiendo agregarse el de la madre. Pero si el reconocimiento del padre fuese posterior al de la madre, el hijo mediante autorización judicial podrá conservar el de la madre si fuese conocido por este apellido. A los hijos no reconocidos por ninguno de los padres, el oficial del Registro los anotará con un apellido común, salvo que hubiese estado usando algún apellido, en cuyo caso le corresponderá ser anotado con el que usare. Una vez reconocido por sus progenitores llevará el apellido de quién lo reconociera, salvo que fuese conocido por el apellido con el que estaba anotado, en cuyo caso, está facultado para conservarlo. A su vez, toda persona mayor de 18 años que careciera de apellido podrá pedir que el Registro la anote con el que estuviera usando. En el caso de los hijos adoptivos se debe distinguir la adopción simple, que confiere al hijo adoptivo la posición del hijo biológico pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante, es decir que se mantienen los vínculos de sangre. En este caso a los 18 años podrá el hijo adoptivo solicitar que se agregue el apellido de la familia biológica. En el caso de la adopción plena se extinguen los vínculos de sangre y el régimen es similar al de los hijos matrimoniales.

En cuanto a la forma de adquisición derivada del apellido, será optativo para la mujer casada añadir el apellido del marido precedido por la preposición “de”. La mujer viuda podrá pedir al Registro la supresión del apellido marital y lo perderá si contrajere nuevas nupcias. En el caso de la mujer separada, declarada la separación personal, será optativo para la mujer llevar el apellido del marido. Cuando existiesen motivos graves, el juez a petición del marido podrá prohibir a la mujer el uso del apellido marital. En caso de divorcio perderá el derecho a usar el apellido marital salvo acuerdo en contrario o en el supuesto de que fuese conocida por ese apellido en el ejercicio de su profesión y solicitare conservarlo a tal fin.

El cambio de nombre sólo podrá efectuarse mediante autorización judicial y será juez competente el del domicilio del interesado o donde estuviera radicado el Registro y debe estar motivado por justos motivos.
Las acciones de protección jurídica del nombre son tres: a) de reclamación de nombre, cuando se le desconoce el nombre o se le niega el derecho a usarlo; b) de usurpación de nombre: cuando alguien usa el nombre o apellido de otra persona sin tener derecho y c) defensa del buen nombre: cuando el nombre es utilizado maliciosamente.

Estado: Es la posición jurídica de una persona con respecto a algo. Se puede determinar desde tres puntos de vista:
a) con relación a la persona en sí misma: toma en cuenta el sexo (varón, mujer), la edad (mayor, menor), si es civil o militar, etc.
b) con relación a la sociedad: si es nacional o extranjero, si está domiciliado en el exterior o no
c) con relación a la posición que ocupa dentro de la familia: este será el que importe al derecho civil.
Presenta los mismos caracteres que el resto de los atributos aunque se agregan otros:
a) reciprocidad: a todo estado le corresponde otro correlativo
b) las disposiciones sobre estado son de orden público y no pueden ser dejadas de lado por los particulares
c) en las cuestiones sobre estado siempre será parte el Ministerio Público
Habrá propiedad de estado cuando alguien sea legítimo titular de un estado civil, la ley protege el derecho a ser legítimo titular mediante las acciones de estado: a) de reclamación de estado, para que se reconozca a alguien el derecho de ser legítimo titular de un derecho y b) de impugnación de estado: impedir que alguien goce de un estado que no le pertenece
Habrá posesión de estado cuando una persona goza de un determinado estado, más allá de ser el legítimo titular. Todo poseedor de un estado que reclamara para sí la titularidad de éste debía contar para los clásicos con 3 elementos:
Nomen: estar usando el apellido familiar
Tractatus: debía recibir por parte de la familia el trato correspondiente al estado pretendido
fama: la familia y el círculo de sus amistados debían considerarlo como legítimo poseedor
Para la jurisprudencia y la doctrina actuales, el trato es el elemento fundamental.
La prueba fundamental del estado civil la constituyen las partidas del Registro Civil.

Capacidad: es la aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas.
Capacidad de derecho: es la aptitud para ser titular de un derecho o de una obligación
Capacidad de hecho: capacidad para ejercer por sí mismo los derechos y las obligaciones de las que se es titular.
Incapacidad de derecho: las personas son por regla capaces de derecho y sólo dejan de serlo cuando la ley lo indica, la incapacidad es la excepción. La incapacidad absoluta de derecho no existe pues consistiría en la muerte civil. Así, no podrán contratar con personas determinadas: los esposos entre sí; los tutores o curadores con sus asistidos o representados; los padres con sus hijos bajo su patria potestad; los confesores (o sus parientes) del testador en su última enfermedad no pueden recibir bienes de éste por testamento o legado. No podrán contratar respecto a cosas determinadas: los albaceas no pueden adquirir bienes de la testamentaria a su cargo; los jueces, abogados, fiscales, etc., no pueden adquirir bienes del litigio; los mandatarios

no pueden adquirir bienes objeto del mandato. Asimismo, los religiosos que hayan hecho votos de pobreza no pueden contratar excepto cuando comprasen cosas muebles al contado o cuando contratasen por sus conventos; y los comerciantes fallidos no pueden contratar sobre bienes que correspondan a la masa del concurso.
Incapacidad de hecho: la ley limita la capacidad de que el incapaz ejerza por sí mismo ciertos derechos para así poder protegerlo, permitiendo que estos derechos sean ejercidos a través de sus representantes. Esta incapacidad puede ser absoluta o relativa. Son incapaces de hecho absolutos:
1) las personas por nacer
2) los menores impúberes
3) los dementes
4) los sordomudos que no saben darse a entender por escrito

Los menores

Menores impúberes (0-14 años): son incapaces de hecho absolutos, aunque pueden celebrar pequeños contratos como viajar en transporte público, comprar cosas en kioscos, adquirir entradas para espectáculos.
Menores mayores (14-21 años). son incapaces de hecho relativos. Pueden contraer matrimonio con autorización de sus padres a partir de los 16 las mujeres y de los 18 los varones, y aún antes si hay dispensa judicial; desde los 14 años pueden celebrar contratos de trabajo y estar en juicio por cuestiones vinculadas a éste; reconocer hijos extramatrimoniales; defenderse en causas penales y ser testigos. Asimismo, tienen discernimiento para los actos lícitos. Desde los 18 pueden ejercer por su cuenta su profesión con título habilitante, sin necesidad de autorización previa, administrar y disponer libremente de los bienes adquiridos con su trabajo; ejercer el comercio con autorización paterna; otorgar testamento; emanciparse por habilitación de edad; ingresar a comunidades religiosas o a las fuerzas armadas con autorización paterna; donar órganos.

Cesación de la incapacidad

Art. 128 *"cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren 21años, y por su emancipación antes que fuesen mayores"*.

I) MAYORIA DE EDAD

Art. 129 *"La mayor edad habilita, desde el día que comenzare, para el ejercicio de todos los actos de la vida civil, sin depender de formalidad alguna o autorización de los padres, tutores o jueces"*.

II) EMANCIPACION CIVIL

1. Emancipación por matrimonio

Art. 131 *"Los menores que contrajeren matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil con las limitaciones previstas en el artículo 134"*
" Si se hubieren casado sin autorización no tendrán hasta los 21años la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto de ellos el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación ..."

2. Emancipación por habilitación de edad

Art 131 "... *Los menores que hubieren cumplido 18 años podrán emanciparse por habilitación de edad con su consentimiento y mediante desición de quienes ejerzan sobre ellos la autoridad*

de los padres. Si se encontraran bajo tutela podrá en juez habilitarlos a pedido del tutor o del menor, previa sumaria información sobre la actitud de éste. La habilitación por los padres se otorgará mediante instrumento público que deberá inscribirse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Tratándose de la habilitación judicial bastará la inscripción de l;a sentencia en el citado registro. La habilitación podrá revovarse judicialmente cuando los actos del menor demuestren su inconveniencia, a pedido de los padres, de quien ejercía la tutela al tiempo de acordarla o del ministerio pupilar".

Régimen de capacidad del menor emancipado

El menor emancipado es capaz por regla general e incapaz por excepción. El menor emancipado sufre dos cases de restricciones consignadas en los arts 134 y 135.

1. Actos absolutamente prohibidos.

Art. 134 *"Los emancipados no pueden ni con autorización judicial: 1º aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito, 2º hacer donación de bienes que hubieran recibido a título gratuito, 3º afianzar obligaciones"*

2. Actos supeditados a autorización judicial.

Art. 135 *"Los emancipados adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes, pero respecto de los adquiridos por título gratuito antes o después de la emancipación, solo tendrán la administración; para disponer de ellos deberán solocitar autorización judicial, salvo que mediase acuerdo entre ambos cónyuges y uno de éstos fuere mayor de edad".*

- Criterio para acordar la autorización judicial.

Art 136 *"La autorización judicial noserá dada sino en casos de absoluta necesidad o de ventaja evidente, y las ventas que se hiciesen de sus bienes, serán siempre en pública subasta".*

Carácter irrevocable de la emancipación por matrimonio

Art. 133: *"La emancipación por matrimonio es irrevocable y produce el efecto de habilitar a loa casados para todos los actos de la vida civil, salvo lo dispuesto en los arts. 134 y 135, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad, tengan o no hijos. No obstante ello, la nueva aptitud nupcial se adquirirá una vez alcanzada la mayoría de edad".*

Nulidad de matrimonio y emancipación

Art. 132: *"Si el matrimonio fuese anulado, la emancipación será de ningún efecto desde el día que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada. En caso de matrimonio putativo subsistirá la emancipación respecto del conyuge de buena fe".*

CAPITULO VI

CAPACIDAD (continuación)

I)**Dementes en general**

Art. 141: *"Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes"*

II)Quiénes pueden ser declarados dementes

- Requisitos de forma para declarar la interdicción de los insanos

1- Instancia de parte legítima: la declaración de demencia no puede ser dictada de oficio por el juez, no es posible declarar la incapacidad del insano sin seguir el pertinente juicio de insania

que se inicia con la denuncia de quien es parte legítima para ese efecto.

2- Examen previo de facultativos: también el Código exige que los facultativos califiquen la demencia en su respectivo carácter y precisen si es parcial o total.

3- Declaración judicial de la insania por juez competente, que es el del domocilio del denunciado.

- Requisitos de fondo.

1- Que se trate de un enfermo mental

2- Que el estado de enajenación mental del sujeto sea habitual o permanente.

3- Que le enfermedad incida en la vida de relación privando al sujeto del gobierno de su persona y sus bienes.

4- Que no concurran impedimentos para efectuar la declaración: para que la declaración de interdicción sea factible se requiere:

a) Que el denunciado no sea menor impuber.

b) Que no se haya rechazado una denuncia anterior, aunque sea otro el que la solicitase, salvo si expusiese hechos de demencia sobrevinientes a la declaración judicial.

III) Situación jurídica de los insanos no interdictos

Es examinada desde un triple punto de vista:

1- *Capacidad del insano*: mientras no se dicte la declaración judicial de interdicción el insano es una persona capaz de gestionar sus derechos y proveer cuidado o descuido a su persona. Sin embargo este principio general sufre algunas excepciones, por ejemplo, la capacidad del insano queda suspendida respecto de los actos de carácter patrimonial cuando se le nombra un curador a los bienes durante el juicio.

2- *Responsabilidad del insano*: la responsabilidad es independiente de la capacidad y depende del discernimiento que se tenga en el momento de obrar. El insano no es responsable de sus actos si ha obrado en estado de privación de la razón y sí lo es cuando obra en intervalos de lucidez

3- *Validez de los actos jurídicos otorgados por el insano*: los actos jurídicos obrados por los insanos no interdictos son anulables y de nulidad relativa.

La acción de nulidad pertenece al insano, correspondiendo su ejercicio a éste después de recobrada su razon o al curador si ulteriormente se llegase a declarar su incapacidad.

En cuanto al régimen de prueba, para hacer caer el acto obrado por el insano es menester acreditar que se encontraba en el momento de otorgar el acto en estado de privación de la razón.

IV) Juicio de insania

1- Normas de fondo. Ellas son:

a) Las que indican la necesidad de la verificación judicial. Art. 140: "*Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en éste Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente". Art. 142: "La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte..."*

b) Las que previenen la necesidad de exámen de facultativos.

c) Las que señalan las características del dictámen médico. Art.143: "*si el examen del facultativos resultase ser efectiva la demencia, deberá ser calificada en su respectivo carácter, y si fuese manía deberá decirse si es parcial o total".*

d) Las que precisan quiénes pueden efectuar la denuncia de insania. Art. 144: *"Los que pueden pedir la declaración de demencia son: 1º) El esposo o esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente; 2º) Los parientes del demente* – se entiende, parentesco colateral hasta el 4º grado o por afinidad hasta el 2ºgrado- *; 3º) El Ministerio de Menores; 4º) El respectivo Cónsul, si el demente fuese extranjero; 5º) Cualquier persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos"*.

e) Las que preven el nombramiento de curadores provisionales. Durante el trámite del juicio pueden nombrarse dos clases de curadores provisionales.

1- Curador ad-litem. Art.147: *"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"*. La función de este curador es defender al demandado en todo lo concerniente al pleito y averiguar su efectivo estado mental. El curador ad-litem es parte esencial en el juicio.

2- Curador a los bienes. El nombramiento de este curador no es forzoso, está supeditado a 2 presupuestos de hecho: el estado notorio de la enfermedad y la existencia de bienes que puedan peligrar por el abandono en que los ha dejado la enfermedad mental del dueño. La función del curador se relaciona con la administración de éstos, que le son entregados a ese efecto bajo inventario.

V) Efectos jurídicos de la declaración de demencia.

1- *Sistema de capacidad del interdicto*.

La sentencia de interdicción provoca la incapacidad absoluta del demente interdicto, motivo por el cual procede designarle un curador definitivo para el gobierno de la persona y sus bienes.

2- Responsabilidad del demente interdicto:

La sentencia de interdicción juega en el plano de la capacidad del sujeto, pero es irrelevante respecto de la responsabilidad del sujeto, que se sigue midiendo conforme a su efectivo discernimiento al momento de obrar.

3- *Actos posteriores a la interdicción*:

Los actos jurídicos otorgados por el demente interdicto son nulosy de nulidad relativa.

4- *Actos anteriores a la interdicción:*

Art. 473*: "Los anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser anulados, si la causa de la interdicción declarada por el juez, existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados"*.

"Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacrese valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y a título oneroso".

VI) Cesación de la incapacidad

Art. 150: *"La cesación de la incapacidad por el completo restablecimiento de los dementes, solo tendrá lugar después de un nuevo examen de sanidad hecho por facultativos, y después de la declaración judicial, con audiencia del Ministerio de Menores"*.

El levantamiento de la incapacidad del interdicto está sujeto a los siguientes requisitos: a) la promoción de un juicio especial con ese objeto; b) la necesidad del examen de facultativos; c) la sentencia de rehabilitación del interdicto.
La causa de rehabilitación es el restablecimiento mental del sujeto que ha de ser completo.
Pueden pedir la rehabilitación: todos los que están facultados para denunciar la insania con excepción de cualquier persona del pueblo. Además está en deber de hacerlo el curador. También puede hacerlo el propio interdicto.

I)**Sordomudos**
Son aquellos que no pueden hablar con los demás ni oír lo que se les dice

II) Condición jurídica: el art. 54 declara absolutamente incapaces a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Art. 153: *"Los sordomudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil, cuando fuesen tales que no puedan darse a entender por escrito".*

III) Procedimiento de incapacitación: Art. 154: *"Para que tenga lugar la representación de los sordomudos, debe procedrese como con respecto a los dementes; y después de la declaración oficial debe observarse lo que queda dispuesto respecto de los dementes".*

IV) Personas que pueden solicitar la interdicción: son las mismas que pueden solicitar la declaración de demencia.

V) Levantamiento de la interdicción: Art.158: *"Cesará la incapacidad de los sordomudos del mismo modo que la de los dementes".*
I) **Ausencia**:
Normas para la declaración de ausencia Ley 14.394

1- Requisitos para la declaración de ausencia: Art. 15: *"Cuando una persona hubiere desaparecido del lugar de su domicilio o residencia, sin que de ella se tengan noticias y sin haber dejado apoderado, podrá el juez, a instancia de parte interesada, designar un curador a sus bienes, siempre que el cuidado de éstos lo exigiere. La misma regla se observará si, existiendo apoderado, sus poderes fueren insuficientes, no desempeñare convenientemente el mandato, o éste hubiese caducado".*
2- Quienes pueden denunciar la ausencia: Art 17: *"Podrán pedir la declaración de ausencia y el nombramiento del curador, el ministerio público y toda persona que tuviere interés legítimo respecto de los bienes del ausente".*
3- Procedimiento a seguir: Art. 18: *"El presunto ausente será citado por edictos durante 5 días y si vencido el término no compareciese, se dará intervención al defensor oficial, o en su defecto se nombrará defensor al ausente. El ministerio público será parte necesaria en el juicio".* Art. 19: *"Oído el defensor del ausente, y concurriendo los extremos legales, se declarará la ausencia y se nombrará curador".*
4- Nombramiento del curador: Art. 19: *"para esta designación serán preferidos los parientes idóneos del ausente en el siguiente orden: 1º) el cónyuge, cuando conservare la vocación hereditaria o subsistiese la sociedad conyugal; 2º) los hijos; 3º) el padre o la madre; 4º) los hermanos y los tíos; 5º) los demás parientes en grado sucesible.* Las facultades del curador

hacen a la mera custodia y conservación de los bienes, pero carece de atribuciones para innovar en la administración, cambiando el destino y explotación de los bienes.

5- Efectos: La declaración de ausencia autoriza a instituir un representante del ausente que supla la imposibilidad de obrar en que éste se encuentra, en el lugar donde se instituye la representación.

6- Cesación de la curatela: Art. 21: *"Termina la curatela de los ausentes declarados: 1º) por la presentación del ausente, sea en persona o por apoderado; 2º) por la muerte del mismo; 3º) por su fallecimiento presunto, judicialmente declarado"*.

CAPITULO VII

Domicilio.

El domicilio es el asiento jurídico de la persona.

Importancia del domicilio: 1) para determinar la ley aplicable; 2)para fijar la competencia de los jueces o autoridades administrativas; 3) para indicar el lugar en donde han de efectuarse válidamente las notificaciones; 4) para precisar el lugar del cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor.

I) Domicilio General: es el que rige la generalidad de las relaciones jurídicas de una persona.

A) Domicilio Legal: Art.90: *"El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente"*.

1- Funcionarios públicos: *"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"*.

2- Militares: *"Los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que se hallen prestando aquel, si no manifestasen intención en contrario por algún establecimiento permanente, o asiento principal de sus negocios en otro lugar"*.

3- Personas de existencia ideal: *"El domicilio de las corporaciones, establecimientos y asociaciones autorizadas por las leyes o por el gobierno, es el lugar donde está situada su dirección y administración, si en sus estatutos o en la autorización que se les dio no tuviesen un domicilio señalado"*.

4- Deambulantes: *"Los transeúntes o las personas de ejercicio ambulante, como los que no tuviesen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual"*.

5- Incapaces: *"Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes"*.

6- Personas que trabajan en casa de otros: *"Los mayores de edad que sirven, o trabajen, o que están agregados en casa de otros, tienen el domicilio de la persona a quien sirven, o para quien trabajan, siempre que residan en la misma casa o en habitaciones accesorias, con excepción de la mujer casada, que como obrera o doméstica, habita otra casa que la de su marido"*.

7- Domicilio de origen: Art.89: *"es el lugar del domicilio del padre el día del nacimiento de los hijos"*.

Caducidad del domicilio legal: Art. 91: *"La duración del domicilio de derecho depende de la existencia del hecho que lo motiva. Cesando éste el domicilio se determina por la residencia con intención de permanecer en el lugar en que se habite"*.

B) Domicilio Real: Art. 89: *"El domicilio real de las personas es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios"*.
1- Elementos constitutivos: a) Corpus: está constituido por la residencia efectiva de la persona en el lugar. b) Animus: consiste en la intención de permanecer en el lugar.
3- Régimen de funcionamiento del domicilio real: a) Para su constitución requiere la concurrencia de los dos elementos constitutivos; b) En cuanto a su mantenimiento subsiste mientras uno de los elementos permanezca en el lugar; c) En cuanto a su extinción, se produce por la constitución de un nuevo domicilio, sea real o legal.

II) Domicilio Especial: es el que produce efectos limitados a una o varias relaciones jurídicas determinadas.
1- Domicilio procesal: es el que corresponde a todo litigante que ha de constituir un domicilio para los efectos del juicio.
2- Domicilio matrimonial: es el domicilio común de los esposos que rige lo relativo al divorcio y nulidad del matrimonio.
3- Domicilio comercial: es el domicilio de los comerciantes que produce efectos especialmente para las obligaciones comerciales allí contraídas y determina la competencia judicial referente a las mismas.
4- Domicilio de las sucursales: Art. 90: *"Las compañías que tengan muchos establecimientos o sucursales tienen su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos, para sólo la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales"*.
5- Domicilio convencional: es el que elije una u otra parte de un contrato para que surta efectos respecto de las consecuencias de dicho contrato.

CAPITULO VIII
Extinción de la persona.

I) La muerte natural:
Art. 103: *"Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellos"*.
1- Muerte de varias personas en un desastre común: Art. 109: *"Si dos o mas 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 derechos entre ellos"*.
2- Supresión de la muerte civil: art. 103: *"La muerte civil no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas"*.
3- Efectos de la muerte con relación a los derechos:
a) Efectos en cuanto a los atributos de la personalidad del difunto: la extinción de la persona importa también la de los atributos que se predicaban de ella.
b) Efectos en cuanto a los derechos extrapatrimoniales: en principio, la muerte provoca la desaparición de los derechos extrapatrimoniales de la persona fallecida.
c) Efectos en cuanto a los derechos patrimoniales del difunto: los derechos patrimoniales no se extinguen con la muerte del titular, sino que se transmiten a los sucesores de éste, dando lugar a la sucesión mortis causa. En ésta quedan comprendidos todos los derechos patrimoniales del autor de la sucesión a excepción de los derechos inherentes a la persona.

II) Presunción de fallecimiento Ley 14.394

A) Tres situaciones posibles:

1- Caso ordinario: Art. 22:*"la ausencia de una persona del lugar de su domicilio o residencia en la República, haya o no dejado apoderado, sin que de ella se tenga noticia por eltérmino de 3 años, causa la presunción de su fallecimiento. Ese plazo será contado desde la fecha de la última noticia que se tuvo de la existencia del ausente"*.

2- Caso extraordinario genérico: Art. 23 inc. 1º: *"Se presume también el fallecimiento de un ausente: 1º) Cuando se hubiere encontrado en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, suceptible de ocacionar la muerte, o hubiere participado en una empresa que implique el mismo riesgo y no se tuviere noticias de él por el término de dos años, contados desde el día en que ocurrió, o pudo haber ocurrido el suceso..."*.

3- Caso extraordinario específico: Art. 23 inc. 2º: *"Se presume también el fallecimiento de un ausente... 2º) si encontrándose en una nave o aeronave naufragada o perdida, no se tuviere noticias de su existencia por el término de 6 meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido"*.

B) Quienes pueden pedir la declaración de ausencia: Art. 24: *"En los casos de los artículos precedentes, podrán pedir la declaración del día presuntivo de fallecimiento justificando los extremos legales y realización de diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente, todos los que tuvieran algún derecho subordinado a la muete de la persona de que se trate"*.

C) Citación por edictos: Art 25: *"El juez nombrará defensor al ausente o dará intervención al defensor oficial cuando lo hubiere dentro de la jurisdicción y citará a aquel* (al ausente) *por edictos una vez por mes durante 6 meses"*.

D) Declaración del fallecimiento presunto: Art.26 :*"Pasados los 6 meses, recibida la prueba y oído el defensor, el juez, si hubiere lugar a ello, declarará el fallecimiento presunto del ausente, fijará el día presuntivo de sun muerte y dispondrá la inscripción de la sentencia en al Registro de Estado Civil de las Personas"*. La sentencia NO HACE COSA JUZGADA.

E) Día presuntivo de fallecimiento: Art.27: *"Se fijará como día presuntivo de fallecimiento: 1º)En el caso del art. 22, el último día del primer año y medio; 2º) En el que prevé el art. 23, inc. 1º, el día del suceso en que se encontró el ausente, y si no estuviese determinado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido; 3º)En los supuestos del art. 23, inc. 2º, el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdido"*.

F) Efectos:

1- En cuanto a la disolubilidad del matrimonio: *"El vínculo matrimonial se disuelve:...2º) Por el matrimonio que contrajere el conyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento"*.

2- En cuanto a los bienes del presunto muerto:

Apertura de la sucesión Art 28: *"Dictada la declaratoria el juez mandará a abrir, si existiese, el testamento que hubiese dejado el desaparecido. Los herederos al día presuntivo de fallecimiento y los legatarios, o sus sucesores, recibirán los bienes del ausente, previa formación de*

inventario”.
Período de prenotación: la ley fija para los sucesores del presunto muerto un período de indisponibilidad de los bienes, hasta el transcurso de un lapso de 5 años a partir del día presuntivo de fallecimiento. Art 28: *“el dominio de los bienes del presunto fallecido se inscribirá en el registro correspondiente, con la prenotación del caso, a nombre de los herederos o legatarios que podrán hacer partición de los mismos, pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial”*.
Cesación del período de indisponibilidad relativa: Art. 30: *“Transcurridos cinco años desde el día presuntivo de fallecimiento, u 80 años desde el nacimiento de la persona, quedará sin efecto la prenotación prescripta, pudiendo desde ese momento disponerse libremente de los bienes. Queda concluída y podrá liquidarse la sociedad conyugal”*.

G) Reaparición del ausente:
1- Durante el período de prenotación: Art. 29:*”Si hecha la entrega de los bienes se presentase el ausente o se tuviere noticia cierta de su existancia, aquella quedará sin efecto”*. Los sucesores están obligados a restituir los bienes. En cuanto a los frutos la ley confiere a los titulares del dominio prenotado la propiedad de los frutos percibidos por ellos de buena fe, por el contrario los productos no pertenecen a los sucesores y deben ser restituidos al dueño de los bienes. Respecto a los gastos y mejoras, el dueño debe devolver al titular del dominio prenotado lo invertido por éste en concepto de gastos necesarios o útiles pero no lo gastado para la simple conservación de la cosa en buen estado.
2-Después de cesada la prenotación: Art. 32: *“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”*. Corresponden al dueño anterior reaparecido los productos que subsistieran sin enajenar en el patrimonio del sucesor. En relación a los gastos y mejoras sucede lo mismo que en el punto anterior.

CAPITULO IX
Personas morales o de existencia ideal.
Art. 31: *“las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible”*. Art. 32: *“todos los entes suceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas”*.

Clasificación de la ley 17.711:
Art. 33: *“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 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 y entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar”*.

I) <u>La persona jurídica</u>

A) La persona jurídica y sus miembros, independencia de personalidad.

1- Distinta personalidad: la entidad es un sujeto de derecho independiente y titular exclusivo de las relaciones jurídicas en que interviene.
2- Distinto patrimonio: Como todo sujeto de derecho la persona jurídica tiene un patrimonio que no se confunde con los patrimonios de los individuos que concurren a conformar el sustrato material de la entidad.
3- Distinta responsabilidad: En principio, la actuación de la entidad compromete su propia responsabilidad y no la de los individuos humanos que con sus actos configuran la actividad de aquella.
4- Fungibilidad de los miembros: es indispensable para la existencia de la persona jurídica que algún ser humano se constituya en órgano suyo de actuación, no lo es , en cambio, que deba ser tal o cual individuo determinado y de ahí la posibilidad de que pueda variar la composición humana de quienes actuan por la entidad o se benefician de ella, sin que se altere la posición jurídica de ésta última.
5- Disciplina interna: la posibilidad de relaciones jurídicas, de carácter interno, entre la entidad y sus miembros es otra derivación de la personalidad independiente de aquella con relación a éstos.

B) Nombre y domicilio de las personas jurídicas.

1- Nombre: como una consecuencia de la personalidad distints de la entidad respecto a sus miembros, surge la necesidad de su identificación bajo una denominación propia. Se les reconoce, como atributo inherente a ellas, su nombre.
2- Domicilio: Como sujeto de derecho la persona jurídica tiene un domicilio general y sus sucursales tienen un domicilio especial.

C) Capacidad de las personas jurídicas:

En principio las personas jurídicas pueden adquirir todos los derechos y ejercer los actos que no les sean prohibidos. Este principio general resulta morigerado por:

1- Principio de la especialidad: El principio de la especialidad indica que la capacidad de la persona jurídica solo puede ejercerse en orden a los fines de su institución. Debe considerarse que la persona jurídica está habilitada para encarar toda actividad mas o menos relacionada con el fin de su institución. El principio de especialidad impide que se desvirtúe el objeto para el cual se ha constituído la persona jurídica.
2- Restricciones impuestas por la ley: Es lo que ocurre, en nuestra legislación, con respecto al usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres personales que se constituyen a favor de personas jurídicas, derechos que no pueden perdurar mas de 20 años.
3- Restricciones provenientes de la naturaleza de las cosas: las personas jurídicas no pueden ser titulares de derechos inseparables de la condición humana, tales como los de orden familiar.

D) Responsabilidad de las personas jurídicas:

1- Responsabilidad contractual: Art. 36: *"Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efecto respecto de los mandatarios"*. Art. 37: *"Si los poderes de los mandatarios no hubiesen sido expresamente designados en los respectivos estatutos, o en los instrumentos que los autoricen, la validez de los actos será regida por las reglas del mandato"*.
2- Responsabilidad extracontractual: Art. 43: *"las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocación de sus funciones"*.

3- Responsabilidad indirecta: Art. 43: *"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'"*.

II) Personas jurídicas privadas

A) Requisitos:

Requisitos de fondo: 1) finalidad de bien común; 2) patrimonio propio; 3) dispositivo de actuación.

Requisitos de forma: 1) un acto constitutivo emanado de los particulares; 2) un acto de reconocimiento estatal.

B) Acto jurídico constitutivo y reconocimiento estatal- comienzo de la existencia:

1- Acto jurídico constitutivo: Este tramite se cumple ante la Inspección general de Justicia y se inicia con unpedido de los particulares interesados en la gestión de la personería y aun antes por medio de un acto jurídico que vincula a esos interesados en el propósito de constituir la persona jurídica: es el acto jurídico constitutivo de la entiadad que contiene un proyecto de estatuto.

2- Reconocimiento estatal: Art. 45: *"Comienza la existencia d elas corporaciones, asociaciones, establecimientos, etc., con el carácter de personas jurídicas, desde el día en que fuesen autorizadas por la ley o por el gobierno, con aprobación de sus estatutos, y confirmación de los prelados en la parte religiosa". "Las desiciones administrativas en esta materia podrán ser revocadas judicialmente por vía sumaria, en caso de ilegitimidad o arbitrariedad"*.

C) Estatuto: conjunto de disposiciones referentes a cada persona jurídica que consignan su nombre, domicilio y capacidad, fin de su institución derechos y deberes de sus miembros u organismos directivos, formación e inversión de su patrimonio y destino de los bienes en caso de extinción de la entidad. Constituyen la carta fundamental de la institución y sumunistran las normas que rigen la vida de la entidad.

D) Extinción de las personas jurídicas:

Art.48 : *"Termina la existencia de las personas jurídicas que necesitan autorización expresa estatal para funcionar: 1º) por su disolución en virtud de la desición de sus miembros aprobada por la autoridad competente; 2º) por su disolución en virtud de la ley, no obstante la voluntad de sus miembros, o por haberse abusado o incurrido en transgresiones de las condiciones o cláusulas de la respectiva autorización, o porque sea imposible el cumplimiento de sus estatutos o porque su disolución fuese necesaria o conveniente a los intereses públicos; 3º) por la conclusión de los bienes destinados a sostenerlas."*.

"La desición administrativa sobre el retiro de la personería o intervensión de la entidad dará lugar a los recursos previstos en al art. 45. El juez podrá disponer la suspensión provisional de los efectos de la resolución recurrida".

E) Destino del patrimonio:

1- Asociaciones: Art.50: *"Disuelta o acabada una asociación con carácter de persona jurídica, los bienes y acciones que a ella pertenecían, tendrán el destino previsto en sus estatutos; y sis nada se hubiese dispuesto en ellos, los bienes y acciones serán considerados como vacantes y aplicados a los objetos que disponga el cuerpo legislativo, salvo todo perjuicio a terceros y a los miembros existentes de la corporación"*.

2- Fundaciones: Art. 30 de la Ley de Fundaciones (19.836): *"En caso de disolución el remanente de los bienes deberá destinarse a una entidad de carácter público o a una persona*

de carácter privado de bien común, sin fines de lucro y domiciliada en la República, salvo cuando se trate de fundaciones extranjeras. Las desiciones que se tomen en lo referente al traspaso del remanente de los bienes requerirán la previa aprobación de la autoridad administrativa de control".

F)Personas jurídicas constituidas fuera del país: Art. 34: "*Son también personas jurídicas los Estados extranjeros, cada una de sus provincias o municipios, los establecimientos, corporaciones o asociaciones existentes en paises extranjeros, y que existieren en ellos con iguales condiciones que los del artículo anterior"*.

III) Personas jurídicas en particular- Asociaciones y fundaciones:

A) Asociaciones: Son asociaciones las comunidades religiosas, las sociedades anónimas y cualesquiera otras asociaciones que tengan por objeto el bien común, con tal que reunan los demás requisitos propios de las personas jurídicas. Las asociaciones se dividen en: a) Las asociaciones comerciales persiguen primordialmente un fin de lucro que redundará en beneficio de sus miembros, aunque indirectamente redunde en bien de la sociedad; b) Las asociaciones civiles persiguen finalidades excentas de lucro y tienden mas directamente a la consecusión del bien común.

1- Las asociaciones tienen miembros o socios que reciben el beneficio de la actividad de la entidad.
2- El estatuto de la asociación se origina en la voluntad de sus miembros que pueden modificarlo de conformidad a las previsiones contenidas en el mismo.
3- El fin de la asociación se realiza en el seno de la misama, pues tiende al beneficio de los propios asociados.
4- Los socios de una asociación tienen derecho a exigir de la entidad la prestación de los servicios y beneficios previstos en los estatutos.
5- Organos de gobierno de la asociación: 1) Asamblea; 2) Organismo ejecutivo; 3) Organismo de contralor o vigilancia
6- Deberes y derechos recíprocos de la entidad y sus miembros: lo característico de la asociación reside en esa fluencia de relaciones jurídicas que se constituyen permanentemente entre la entidad y sus miembros.
7- Pérdida de la calidad de socio: a) el socio pierde su caráter de tal por su propia iniciativa, cuando lo transfiere a un tercero en los casos de estar ello permitido, y cuando renuncia; b) la asociación puede llegar a la expulsión del socio por una causa grave.
8- El poder disciplinario y su contralor judicial: Se denomina poder disciplinario al cúmulo de atribuciones que competen a la corporació, con arreglo a los estatutos, para hacer efectivos los deberes de los miembros de la entidad.

B) Fundaciones: Art. 1º (ley 19.836): "*Las fundaciones...son personas jurídicas que se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o mas personas, destinado a hacer posibles sus fines"*.

1- Las fundaciones carecen de miembros, tienen administradores y beneficiarios de la entidad que son extraños a ellas.
2- El fin de la fundación es externo a la entidad, pues tiende al beneficio de terceros ajenos a ella.
3- Constitución de la fundación- acto fundacional: la fundación se origina en un acto jurídico emanado de la voluntad particular, que se denomina acto fundacional.

4- Relación con el fundador: ninguna vinculación mantiene el fundador con la fundación luego de obtenida la personalidad jurídica de ésta.
5- Fiscalización y contralor de las fundación: la ley de fundaciones encomienda a la autoridad administrativa de control la fiscalización del funcionamientode la fundación y el cumplimiento de las diposiciones legales y estatutarias, incluso la disolución y liquidación.
6- Modificación de los estatutos: la ley 19.836 establece que corresponde a la autoridad administrativa de control: a) fijar un nuevo objeto cuando el establecido por el fundador hubiera llegado a ser de cumplimiento imposible; b) disponer la fusión o coordinación de 2 o mas fundaciones cuando se dieran las circunstancias señaladas en el inc. Anterior, o cuando la multiplicidad de fundaciones de objeto análogo hiciere aconsejable la medida.

IV) Sociedades, simples asociaciones, Sociedad conyugal y consorcio de propiedad horizontal.

A) Sociedades: la sociedad es un contrato mediante el cual dos o mas personas aportan bienes para lucrar con el conjunto y dividir las utilidades obtenidas. Pero es un contrato peculiar que da origen a un nuevo sujeto de derecho que no se confunde con cada uno de los socios, y que es titular del patrimonio constituido con los bienes aportados por éstos. Si la sociedad se propone como finalidad la realización de actos de comercio es comercial, sino civil.

B) Simples asociaciones: Art. 46: *"Lsa asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles o comerciales, según el fin de su instituto. Son sujetos de derecho, siempre que la constitución y designación de las autoridades se acredite por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público. De loc ontrario, 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 éste artículo se refiere las normas de la sociedad civil".*

C) Sociedad conyugal: es la que forman marido y mujer en el campo patrimonia, desde el momento de la celebración del matrimonio. Desde ese momento todas las adquisiciones que efectuen el marido o la mujer no pasan al patrimonio propio de cada uno sino que engrosan el capital social, el cual al tiempo de la disolución dela sociedad se parte igualitariamente entre los conyuges.

D) Consorcio de propiedad horizontal: el consorcio como tal tiene un acta de nacimiento jurídico, una representación investida por el administrador del consorcio y la asamblea de copropietarios. Puede gobernarse por el voto de la mayoría y está llamado a subsistir mientras perdure la misma propiedad horizontal.

DERECHOS PATRIMONIALES: son aquellos susceptibles de tener un valor económico. Clasificación:

DERECHOS REALES: son los que otorgan facultad o poder sobre una cosa, sea para disponer de ella, usarla, aprovechar sus frutos, etc.

DERECHOS PERSONALES (o creditorios): son aquellos que otorgan a su titular (acreedor) la facultad de exigir de otra persona (deudor) el cumplimiento de una determinada obligación, crean un vínculo jurídico.

DERECHOS INTELECTUALES: son los que corresponden al autor de una obra artística, literaria o científica, para explotar o disponer de la misma, y para impedir que otros la copien o reproduzcan.

PATRIMONIO COMO GARANTIA COMUN DE LOS ACREEDORES: es un principio que significa que todos los bienes del patrimonio del deudor responden por las deudas el él tenga, si éste no cumple, los acreedores podrán ejecutar sus bienes.

ACREEDORES: Clasificación:
ACREEDORES PRIVILEGIADOS: tiene el privilegio dado por ley de ser pagados con preferencia.
ACREEDORES CON DERECHO REAL DE GARANTIA: tiene afectada una cosa (mueble o inmueble) al cumplimiento de su crédito.
ACREEDORES QUIROGRAFARIOS: carecen de toda preferencia, cobran últimos, si el patrimonio del deudor no alcanza, cobran a prorrata de sus créditos

BIENES EXCLUIDOS DE LA GARANTIA: créditos por alimentos; lecho cotidiano del deudor y de su familia, ropas y muebles de uso indispensable, instrumentos de trabajo; bienes con beneficio de competencia; los sepulcros, salvo que la deuda fueran por materiales para la construcción del mismo; inmuebles a bien de familia; sueldos y salarios en la proporción fijada por la ley; las jubilaciones y pensiones, salvo que la deuda sea por alimentos o litis expensas; la indemnización por accidentes de trabajo; la indemnización por despido u otras causas.

MEDIDAS CAUTELARES: son aquellas que ordena el juez a pedido de la parte interesada con el fin de asegurar el patrimonio del deudor para que el acreedor pueda cobrarse del mismo. Medidas:
EMBARGO PREVENTIVO: sobre uno o varios de los bienes del deudor, con el objeto de inmovilizarlos
SECUESTRO: consiste en desapoderar de un bien al deudor y entregarlo en depósito a un tercero.
INTERVENCION JUDICIAL: consiste en designar a una persona para que intervenga en la vida económica de una persona física o jurídica.
INHIBICION GENERAL DE BIENES: impide al deudor vender o gravar sus inmuebles o bienes registrables. Se anota en el Registro de la Propiedad correspondiente.
ANNOTACION DE LITIS: consiste en anotar en un Registro determinado que con relación a un bien existe un litigio pendiente.
PROHIBICION DE INNOVAR: consiste en que el juez prohíba modificar una situación de hecho o de derecho existente en un determinado momento.
PROHIBICION DE CONTRATAR: consiste en prohibir contratar sobre ciertos bienes.
ACCIONES PARA PROTEGER PATRIMONIOS: la ley concede a acreedor diversas acciones para evitar que el deudor disminuya a propósito su patrimonio. Acciones:
ACCION SUBROGATORIA: permite al acreedor ejercer los derechos de su deudor cuando éste teniendo créditos contra otras personas no los cobra. Lo que e acreedor logre cobrar ingresará al patrimonio del deudor.
ACCION DE SIMULACION: si el deudor posee bienes fuera del alcance de sus acreedores por medio de un acto simulado, la ley concede a los acreedores perjudicados esta acción para que se declare inexistente el acto simulado y el bien continúe en el patrimonio del deudor.
ACCION REVOCATORIA: si un deudor insolvente enajena alguno de sus bienes para sacarlos de su patrimonio y burlar a sus acreedores, la ley concede este acto, para revocar dichos

actos perjudiciales o en fraude de sus derechos.

EJECUCION: cuando el deudor no cumple, el acreedor puede recurrir a ejecutar el patrimonio del deudor y cobrarse.

BIENES: son todos los objetos materiales e inmateriales susceptibles de valor. División:

BIENES (PROPIAMENTE DICHO): son todos los objetos inmateriales susceptibles de valor.

COSAS: son todos los objetos materiales susceptibles de valor. Clasificación:
MUEBLES: se pueden trasladar de un lugar a otro, ejemplo, libro
INMUEBLES: se encuentran fijas en un lugar determinado y con carácter permanente, ejemplo, casa
FUNGIBLES: son las cosas muebles que se pueden sustituir por otras de igual calidad y cantidad, ejemplo, trigo.
NO FUNGIBLES: no pueden sustituirse unas por otras, porque están dotadas de características propias que impiden que puedan remplazarse, ejemplo, un cuadro famoso.
CONSUMIBLES: son las cosas que desaparecen, se extinguen o se consumen con el primer uso, ejemplo, alimentos.
NO CONSUMIBLES: las que permiten sucesivos usos, aunque puedan deteriorarse con el tiempo, ejemplo, la ropa.
DIVISIBLES: cuando pueda ser dividida en partes sin que por ello se destruya, ejemplo, cantidades de dinero.
INDIVISIBLES: aquellas que sin son divididas se destruyen o pierden su naturaleza, ejemplo, una silla.
PRINCIPALES: son aquellas que para existir no requieren la existencia de otra cosa, tiene existencia propia, ejemplo, auto.
ACCESORIAS: para existir, dependen de la existencia de otra cosa, ejemplo, las llaves del auto, aquí debe distinguirse:
FRUTOS: son los que una cosa produce en forma regular y periódica, si se extraen no se produce alteración ni disminución de su sustancia, pueden ser: *naturales,* ejemplo, la leche de la vaca, o *civiles* ejemplo, el alquiler de un departamento.
PRODUCTOS: son los objetos que se sacan de una cosa y luego de sacados ella ya no los produce nuevamente, ejemplo, metales de una mina
DENTRO DEL COMERCIO: las cosas cuya enajenación no fuera expresamente prohibida o no dependiese de una autorización pública.
FUERA DEL COMERCIO: las cosas cuya enajenación esté expresamente prohibida, ejemplo, bienes públicos del Estado; o dependiese de una autorización pública, ejemplo, bienes del menor.

Otra clasificación de COSAS:
BIENES PUBLICOS DEL ESTADO NACIONAL O PROVINCIAL: bienes afectados al uso y goce de todos los habitantes, fuera del comercio, inalienables, imprescriptibles, inembargables, uso gratuito, ejemplo, mares territoriales.
BIENES PRIVADOS DEL ESTADO NACIONAL O PROVINCIAL: bienes regulados por el derecho administrativo, prescriptibles, embargables, enajenables, ejemplo, bienes vacantes.

BIENES MUNICIPALES: son los que el Estado, ha puesto bajo el dominio de las municipalidades, son enajenables en el modo que la ley lo prescriba, los hay públicos y privados, ejemplo, calles, plazas.
BIENES DE LA IGLESIA: son públicos los destinados al culto, ejemplo, altares; son privados los no destinados al culto, pueden ser enajenados acorde a las disposiciones de la Iglesia Católica.
BIENES DE LOS PARTICULARES: son todos lo bienes que no sean de la Nación, de las provincias, de las municipalidades o de la Iglesia, tratese de personas físicas o jurídicas, ejemplo, puente construido por un particular.

HECHO (EN GENERAL): es cualquier acontecimiento que ocurra en el mundo.

HECHO JURIDICO: es un acontecimiento susceptible de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones.

HECHOS NATURALES: son aquellos que se producen por causas extrañas al hombre, ejemplo, la muerte de una persona abre una sucesión.
HECHOS HUMANOS: son aquellos realizados por el hombre, ejemplo, edificar.

HECHOS VOLUNTARIOS: aquellos ejecutados con discernimiento, intención y libertad.
DISCERNIMIENTO: es la facultad de una persona para apreciar y saber lo que esta haciendo, excepciones, la edad, la demencia y la privación accidental de la razón.
INTENCION: consiste en el propósito de realizar el acto, excepciones, error, ignorancia y dolo.
LIBERTAD: consiste en la posibilidad del individuo, de decidir o elegir por sí mismo la realización de sus actos, excepciones, la fuerza y la intimidación.

HECHOS INVOLUNTARIOS: aquellos ejecutados sin discernimiento, sin intención y sin libertad, ejemplo, me empujan y causo daños.

HECHOS LICITOS: son los hechos voluntarios no prohibidos por la ley.

HECHOS ILICITOS: son aquellos cuya realización, positiva o negativa, está prohibida por la ley. Pueden ser:
DELITOS: son los actos ilícitos realizados con la intención de dañar (dolo)
CUASIDELITOS: so aquellos en los cuales el autor no actuó con intención de dañar, pero el daño se ha producido porque ha actuado con imprudencia o negligencia (culpa).

MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD: es requerido para que un hecho se repute voluntario, ella puede ser:
FORMAL: la eficacia del acto depende de que se observen las formalidades que indica la ley.
NO FORMAL: el acto será válido cualquiera sea la forma de manifestación de la voluntad que hayan elegido las partes.
EXPRESA: cuando la voluntad se manifiesta verbalmente o por escrito, o por otros signos inequívocos.
TACITA: cuando resulta de actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia

de la voluntad, ejemplo, pago el boleto del colectivo sin decir nada, celebro tácitamente un contrato de transporte.
PRESUMIDA POR LA LEY: cuando la voluntad resulta de la presunción de la ley en los casos en que ella expresamente lo dispone.
EL SILENCIO: dice la ley que no puede ser considerado manifestación tácita de la voluntad, a excepción de que haya obligación de explicarse establecida por la ley, que hay obligación de explicarse por las relaciones de familia o que haya obligación de explicarse a raíz de que el silencio actual está relacionado con declaraciones precedentes.

CONSECUENCIA INMEDIATA: es la que se produce según el curso natural y ordinario de las cosas, siempre es imputable al autor.

CONSECUENCIA MEDIATA: es la que resulta de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, es imputable el autor que haya obrado con culpa o dolo.

CONSECUENCIA CASUAL: es la consecuencia mediata que no puede preverse, no es imputable, salvo que el autor la hubiese tenido en mira al ejecutar el hecho.

CONSECUENCIA REMOTA: es aquella que no tiene con el hecho originario ningún nexo de causalidad, no es imputable en ningún caso.

IMUPUTACION DE LOS HECHOS INVOLUNTARIOS: no producen por si obligación alguna, excepciones, caso del enriquecimiento sin causa, caso de equidad y responsabilidad de padres, tutores y curadores.

ACTO ILICITO: es aquel en el que se dan las siguientes condiciones: debe haber violación de la ley, debe producir un daño a terceros, debe haber dolo o culpa y deber haber relación causal.

DAÑO ACTUAL: es el perjuicio presente que ha sufrido la víctima.

DAÑO FUTURO: es aquel del cual se tiene la absoluta certeza de que habrá de producirse.

DAÑO EVENTUAL: es aquel en que el daño puede producirse o no.

ACTO JURIDICO: es aquel acto voluntario lícito, que tenga por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos. Elementos:
SUJETO: aquella persona de la cual emana el acto, debe ser capaz de hecho y además debe tener capacidad especifica para realizar ese acto.
OBJETO: es el hecho o la cosa sobre la cual recae el acto jurídico, la ley dice que debe ser una cosa que esta dentro del comercio, que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sea objeto de un acto jurídico, y con respecto al hecho, que no sea imposible, ilícito, contrario a las buenas costumbres o prohibido por las leyes, o que se oponga a la libertad de las acciones o conciencia de un tercero, o que perjudique los derechos de un tercero.
FORMA: es la manera o medio por el cual el sujeto manifiesta exteriormente su voluntad, se

dividen en formales y no formales

ACTOS FORMALES: la forma puede ser definida como el conjunto de solemnidades que prescribe la ley, y que deben realizarse al tiempo de la formación del acto jurídico. División:

SOLEMNES: cuando la ley exige formalidades determinadas como requisito de validez (ad solemnitatem), pues si el acto carece de la forma exigida, será nulo.

NO SOLEMNES: cuando la ley exige formalidades determinadas, pero no como requisito de validez, sino como requisito "ad probationem", o sea, al solo efecto de prueba. Si se omite la formalidad exigida, el acto igual será válido, pero su existencia deberá ser probada por otro medios de prueba.

CAUSA: se entiende bajo 2 acepciones diferentes:

CAUSA-FUENTE: es el origen o fuente de un acto jurídico o de una obligación.

CAUSA-FIN: es el propósito o finalidad perseguida por las partes al llevar a cabo el acto, ésta es la que ha dado lugar al debate doctrinario entre la teoría causalista y la anticausalista.

CLASIFICACION DE LOS ACTOS JURIDICOS: de la siguiente manera:

UNILATERALES: basta para formarlos la voluntad de una sola persona, ejemplo, testamento.

BILATERALES: requieren el consentimiento unánime de dos o más personas, ejemplo, compraventa.

ENTRE VIVOS: aquellos cuya eficacia no depende del fallecimiento de los otorgantes, producen efectos desde el día que se celebran, ejemplo, los contratos.

DE ULTIMA VOLUNTAD: tienen eficacia después del fallecimiento de la persona, producen sus efectos después de la muerte del otorgante, ejemplo, testamento.

POSITIVOS: son aquellos en los cuales, para crear, modificar, transferir conservar o aniquilar derechos, es necesaria la realización de un acto, ejemplo, pagar una suma de dinero.

NEGATIVOS: para que los efectos se produzcan es necesario una omisión, ejemplo, el cumplimiento de una obligación de no hacer.

EXTRAPATRIMONIALES: los que no tienen un contenido económico, ejemplo, contraer matrimonio.

PATRIMONIALES: los que tiene contenido económico, ejemplo, comprar, vender.

ONEROSOS: cuando ambas partes se benefician, ejemplo, permuta.

GRATUITOS: cuando solo una parte se beneficia, ejemplo, donación

DE DISPOSICION: son los que modifican sustancialmente el patrimonio, pues implican salida de bienes del mismo, ejemplo, venta.

DE ADMINISTRACION: los que tienden a la explotación de los bienes del patrimonio, pero conservando la integridad del mismo, ejemplo, el arrendamiento.

FORMALES: cuando la ley exige una determinada forma como requisito de validez del acto (solemnes) o como requisito ad probationem (no solemnes)

NO FORMALES: cuando la ley no les impone ninguna formalidad y deja la forma librada a la elección de las partes.

PRINCIPALES: son aquellos que tienen existencia y validez propia, si depender para ello de otros actos, ejemplo, contrato de locación.

ACCESORIOS: son aquellos cuya existencia y validez dependen de la existencia y validez de otros actos, ejemplo, pacto comisorio.

ACTOS PUROS Y SIMPLES: cuando la ejecución del acto no esta sujeta a ninguna modalidad.

ACTOS MODALES: la ejecución del acto está sujeta a alguna modalidad, como ser la condición, el plazo o el cargo

CONDICION: es una cláusula por la cuales se subordina la adquisición o la pérdida de un derecho a la producción de un hecho fututo e incierto. Se clasifican en:
CONDICION SUSPENSIVA: cuando el nacimiento o la adquisición de un derecho depende de que la condición se produzca, ejemplo, alguien le regalará un auto a otro el día que se reciba de abogado, la adquisición del derecho está en suspenso.
CONDICION RESOLUTORIA: cuando la extinción o pérdida de un derecho depende de que la condición se produzca, ejemplo, alguien le dará el auto a otro, pero le establece la condición de que se lo devuelva si la nafta baja un 50%.
POSITIVA: el hecho condicionante es la realización de un acto, ejemplo un accidente.
NEGATIVA: consiste en la omisión o en la falta de realización de un acontecimiento, ejemplo, no morir.
POSIBLE: cuando se puede dar el hecho condicionante.
IMPOSIBLE: puede ser física, ejemplo, toca el cielo con las manos; o jurídica, ejemplo, la venta de una cosa fuera del comercio.
ILICITAS: se reputará así cuando el hecho que se subordina el nacimiento de una obligación sea prohibido por la ley, ejemplo, te daré $1000 si cometes delitos.
ILEGITIMAS: si bien el hecho condicionante es lícito, la ley las prohíbe por razones de orden social, ejemplo, cambiar o no de religión.
CASUALES: cuando el hecho condicionante no depende de la voluntad del obligado, ejemplo, te daré $1000 si llueve.
POTESTATIVAS: cuando el hecho previsto depende de la voluntad del obligado, ejemplo, te daré mi auto si quiero.
MIXTAS: dependen en parte de la voluntad del obligado y en parte de hechos extraños, ejemplo, te daré mi auto cuando tenga un nieto.

PLAZO: es la cláusula por la cual se subordina la adquisición o pérdida de un derecho a la producción de un hecho futuro y cierto, ejemplo, te pagaré $1000 dentro de 90 días. Clasificación:
SUSPENSIVO: posterga hasta su vencimiento el nacimiento de un derecho, ejemplo, te cobraré $1000 el 5 de julio.
RESOLUTORIO: a su vencimiento se extingue el derecho, ejemplo, te cobraré $ 100 diarios hasta el 5 de julio.
CIERTO: se sabe cuando vencerá, ejemplo, 5 de julio.
INCIERTO: se sabe que ocurrirá, pero no se sabe exactamente cuando, ejemplo, cuando muera Pedro.
ESENCIAL: cuando el tiempo en que debe ser cumplida la obligación fue determinante para que se contrajera la misma.
ACCIDENTAL: cuando el tiempo no ha sido determinante para que se contrajera la obligación.
EXPRESO: está expresamente convenido en la obligación.
TACITO: no está expresamente convenido.
LEGAL: lo fija la ley.

JUDICIAL: lo fija el juez.
CONVENCIONAL: lo fijan las partes.

CARGO: es una obligación accesoria y de carácter excepcional que se impone al adquiriente de un derecho. ejemplo, dejo toda mi fortuna a alguien, pero le impongo el cargo de construir una capilla con mi nombre. Clases:
SIMPLE: si no se cumple, no produce la pérdida del derecho
CONDICIONAL: se comporta como una condición suspensiva o resolutoria y tiene sus efectos:
SUSPENSIVA: el derecho recién se adquiere después de haberse cumplido el cargo.
RESOLUTORIA: la falta de cumplimiento del cargo producirá la pérdida del derecho adquirido.
CARGOS IMPOSIBLES, ILICITOS, INMORALES: no valdrá el acto en que el cargo fuera impuesto, según artículo 564, si el hecho no fuere absolutamente imposible, pero llegase a serlo después sin culpa del adquiriente, la adquisición subsistirá y los bienes quedarán adquiridos sin cargo alguno.

PRINCIPIO GENERAL DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS JURIDICOS: los actos jurídicos solo producen efectos con relación a las partes y a sus sucesores y no producen efectos con relación a terceros. Distingamos cada concepto:
PARTE: es la persona que celebra un acto jurídico en nombre propio.
REPRESENTANTE: persona que celebra un acto jurídico, pero ejerciendo un derecho ajeno y en nombre del titular de ese derecho, puede ser legal o voluntario.
SUCESORES: personas a las cuales se le transmiten los derechos de otras personas, pueden ser universales (los alcanzados por los efectos jurídicos) y singulares.
TERCEROS: es toda persona que no sea parte del acto, o sea, toda persona ajena al mismo, ejemplo, el funcionario ante quien se celebra el acto.

PRINCIPIO DE INTERPRETACION DE LOS ACTOS JURIDICOS: es el de la buena fe, artículo 1198, primer párrafo, los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verisímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

INSTRUMENTO PUBLICO: es el otorgado con las formalidades que la ley establece en presencia de un oficial público a quien la ley le confiere facultades para autorizarlo.
Tenemos entre ellas enunciadas no taxativamente, 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, deben ser hechas en castellano, si las partes no hablan este idioma se hará una minuta (síntesis del acto en el idioma de las partes) que se agregará al protocolo.
PROTOCOLO: es un libro de registro en el cual el escribano va extendiendo las escrituras matrices, debe estar numerado, rubricado o sellado y las escrituras se deben incorporar por orden cronológico.
ESCRITURA MATRIZ: son las escrituras originales que el escribano extiende en el libro de protocolo, en razón de las copias, se llamará primera copia a la que se entrega a las partes y segunda copia a la que se extiende posteriormente, por ejemplo, si la parte perdió la primera

copia.
PROTOCOLIZACION: consiste en la incorporación de un instrumento al protocolo del escribano, ésta convierte al instrumento en instrumento público, la misma debe ser ordenada por el juez.
FUERZA PROBATORIA: los instrumentos públicos hacen plena fe: de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplido por él mismo o que han pasado por su presencia; en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto; de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc. contenidos en ellos; de las enunciaciones de hechos o actos jurídicos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal.
IMPUGNACION: los instrumentos tiene fuerza per se, la impugnación se realiza por la querella de falsedad, por eso debe distinguirse:
HECHOS CUMPLIDOS POR EL OFICIAL PUBLICO QIUE HAN PASADO EN SU PRESENCIA: sobre estos hechos, el instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, para ello se requiere la mencionada querella de falsedad.
HECHOS DECLARADOS POR LAS PARTES: estos hechos hacen plena fe, pero la misma puede ser destruida simplemente mediante prueba en contrario, no requiriéndose querella de falsedad, porque no son hechos que ha realizado o presenciado el oficial público, sino hechos que las parte dicen haber realizado, el oficial público se limita a exponerlos en el instrumento público, pero sin garantizar su veracidad.
SIMPLES ENUNCIACIONES: el código nada dice, pero la doctrina considera que solo valen como un principio de prueba por escrito.

INSTRUMENTO PRIVADO: son aquellos que las partes otorgan sin que medie intervención del oficial público, rige la libertad de formas, sin poder faltar:
LA FIRMA: es el nombre escrito en forma particular, los signos e iniciales no la pueden reemplazar, salvo que sea su forma habitual de firmar, mediante ella se manifiesta la conformidad con el documento y el contenido, prohibiéndose la impresión digital y la firma a ruego.
EL DOBLE EJEMPLAR: se requiere cuando en un contrato existiesen intereses opuestos, se hacen tantos ejemplares como partes halla, el título no implica que deban ser solo dos los ejemplares, se exige esto para que ambas partes puedan probar el acto, se exige esto para las convenciones bilaterales perfectas, exceptuándose, si una de las partes ya cumplió la obligación, en las convenciones bilaterales imperfectas o unilaterales, si falta este requisito, el instrumento será nulo, pero no el acto, que se podrá probar mediante otros medios de prueba.
FUERZA PROBATORIA: no lo es per se, se requiere el reconocimiento de firma, una vez reconocida, el instrumento se equipara al público, se admite aquí también simple prueba en contrario o querella por falsedad, la autenticidad del instrumento una vez reconocido, vale entre las partes y sucesores, no contra terceros, en este caso se requiere la fecha cierta.
FECHA CIERTA: es aquella que se considera verídica, auténtica, se evita que las partes simulen un acto por intermedio de fechas falsas, para perjudicar a terceros, se adquiere la misma mediante 4 modos enumerados por la ley: la de su exhibición en juicio o en cualquier repartición pública, si allí quedase archivado; la de su reconocimiento posterior ante un escribano y dos testigos que o firmaren; la de su transcripción en cualquier registro público, y la del fallecimiento de quien lo firmó como parte o como testigo, o de quien lo escribió de puño y letra, esta enumeración no es taxativa.

DOCUMENTOS FIRMADOS EN BLANCO: puede suceder que una de las partes, en confianza, firme el documento en blanco pata que la otra luego lo llene de acuerdo a lo que han convenido, puede suscitarse:
ABUSO DE LA FIRMA EN BLANCO: se deberá probar que lo que dice el documento no es lo que han convenido, no se puede probar por testigos, si por otros medios, ejemplo otros documentos, tendrá efectos entre las partes pero no contra terceros de buena fe.
SUSTRACCION DEL DOCUMENTO Y LLENADO DE UN TERCERO: se deberá probar la sustracción, se admite todo tipo de prueba, incluso testigos y la nulidad podrá oponerse a terceros, aunque sean de buena fe.

CARTAS MISIVAS: son comunicaciones escritas que una persona dirige a otra, generalmente en sobre cerrado, manifestándole sus pensamientos sobre alguna cosa. Para su efecto probatorio deben distinguirse:
CARTAS ENVIADAS POR UNA PARTE DEL LITIGIO A OTRA PARTE: se puede admitir en el juicio como medio de prueba
CARTAS DIRIGIDAS A UN TERCERO: no serán admitidas, aunque la doctrina sostiene que la prohibición es para las cartas confidenciales, ejemplo, las íntimas; no así para las cartas que no lo sean, ejemplo, las comerciales.

DEFECTO: se da cuando faltan requisitos o la voluntad de las partes está viciada.

VICIOS DE LA VOLUNTAD: Clasificación:
ERROR: A su vez se divide en:
ERROR DE DERECHO: es el que recae sobre la legislación aplicable al que se realiza, no sirve como excusa y en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos, ejemplo, acepto una herencia sin beneficio de inventario, y luego pretendo rechazarla alegando que no sabía que el heredero debía pagar las deudas del causante, excepciones, artículo 784 (pago indebido) y 3428 (posesión de herencia)
ERROR DE HECHO: es el que recae sobre circunstancias del hecho del acto. División:
ERROR ACCIDENTAL: recae sobre elementos o cualidades accidentales, secundarios, que carecen de importancia, y que las partes no han tenido en mira la realizar el acto, este caso no invalida el acto, ejemplo, compro un caballo pensando que tiene gran resistencia y resulta que es mínima.
ERROR ESENCIAL: recae sobre los elementos esenciales, fundamentales del acto, y en consecuencia, causa la nulidad del acto, son esenciales los errores: sobre la naturaleza del acto, sobre la sustancia del acto, sobre la causa principal, sobre la persona. Puede ser excusable (cuando a pesar de haber actuado con prudencia y tomando en cuenta precauciones para no equivocarse la persona cae igual en error), o inexcusable (se debe a la negligencia de quien lo sufre, si huera tomado los recaudos, no lo hubiera sufrido).

DOLO: es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplea con ese fin. Especies de dolo:
DOLO PRINCIPAL: es el que induce y determina que la víctima realice ese acto, hace anulable al acto y la víctima podrá demandar la nulidad del acto y la indemnización por daños y perjuicios
DOLO INCIDENTAL: este no ha sido causa determinante para la realización del acto, no se

puede anular, pero sí reclamar daños y perjuicios.
REQUISITOS DEL DOLO PARA INVALIDAR EL ACTO: ser grave, ser causa determinante de la acción, haber ocasionado un daño importante y que no haya dolo recíproco.
PRUEBA DEL DOLO: se admite todo tipo de pruebas, incluso testigos y presunciones.

VIOLENCIA: es la coerción ejercida sobre una persona para obligarla a ejecutar un acto que no quería realizar, puede tomar 2 aspectos: física (fuerza) o violencia moral (intimidación).
REQUISITO PARA QUE EL USO DE LA FUERZA INVALIDE EL ACTO: debe ser una fuerza física irresistible, o sea, una fuerza de tal gravedad que la persona que lo sufre no hay podido impedirla o resistirla, si la hubo o no, lo determinará le juez.
REQUISITO PARA QUE EL USO DE LA INTIMIDACION INVALIDE EL ACTO: habrá intimidación cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, por 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.

LESION SUBJETIVA: consiste en que una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera, por medio de ello, una ventaja patrimonial y sin justificación.

VICIOS DE LA BUENA FE: Se dividen en:
SIMULACION: simular, es ocultar la verdad, el código da un carácter descriptivo, diciendo que la misma 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 sinceras o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, la simulación puede ser:
ABSOLUTA: cuando se celebra un acto que nada tiene de real, ejemplo, tengo muchos acreedores y simulo vender mi casa a un amigo para que no la ejecuten.
RELATIVA: se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter, ejemplo, quiero donar mi estancia a una amiga, pero para evitar una revocación, simulo vendérsela.
LICITA: cuando no es reprobada por la ley, a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito, la acción de simulación en estos casos los terceros no podrán hacerla, solo las partes.
ILICITA: cuando es reprobada por la ley, perjudica a terceros o tiene un fin ilícito la acción de simulación en estos casos aparte de las partes, puede ser iniciada por terceros.

FRAUDE: cuando un deudor insolvente enajena o grava sus bienes, con el propósito de sustraerlos de su patrimonio, y evitar así el pago a sus acreedores, la solución es la acción revocatoria.
REQUISITOS PARA REVOCAR UN ACTO FRAUDULENTO: son: que el deudor se halle en estado de insolvencia, que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor o que antes ya se hallase insolvente, que el crédito en virtud del cual se intenta la acción, sea de una fecha anterior al acto del deudor.

NULIDAD DEL ACTO JURIDICO: es la sanción legal que priva a un acto jurídico de sus efectos propios o normales, a raíz de una causa (defecto o vicio) existente en el momento de su celebración.

LAS NULIDADES IMPLICITAS: hay debate sobre si la nulidad debe ser expresamente declarada o implícitamente, la opinión mayoritaria dice que la norma puede estar explícitamente o implícitamente.

CLASIFICACION DE LAS NULIDADES:

MANIFIESTA: cuando el vicio es patente, manifiesto, fácilmente apreciable, ejemplo, acto de un demente.

NO MANIFIESTA: cuando el vicio no es patente, por lo tanto para comprobarlo, el juez deba realizar una investigación, ejemplo, existencia de dolo.

ACTOS NULOS: la doctrina dice, para algunos, que los actos nulos coinciden con los de nulidad manifiesta, para otros, se da cuando el vicio, expresamente establecido por la ley, es rígido y no es susceptible de existir en mayor o menor medida en el acto. El código no los define, los enumera: actos celebrados por incapaces de hecho, actos que requieran autorización judicial cuando no la tengan, actos que requieren autorización del representante legal cuando no la tengan, personas incapaces de derecho, actos en que hubiese simulación o fraude presumido por la ley, actos con objeto prohibido por la ley, actos que no tuviesen la forma exigida por la ley, actos cuya validez dependiese de la forma instrumental y fuese nulo el instrumento que los contiene. Lo actos nulos lo no aunque su nulidad no haya sido juzgada y lo son desde su celebración.

ACTOS ANULABLES: la doctrina dice, para algunos, que los actos anulables coinciden con los de nulidad no manifiesta, para otros, se da cuando el vicio es susceptible darse en mayor o menor medida, siendo necesario entonces la apreciación judicial. El código no los define, los enumera: cuando el sujeto obrare accidentalmente privado de discernimiento, cuando la incapacidad de derecho del sujeto no fuese conocida al tiempo de firmarse el acto, cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, cuando el acto tuviese vicios no presumidos por la ley, cuando dependiese para su validez de la forma instrumental y fuese anulable el respectivo instrumento, Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados, serán nulos desde el día de la sentencia.

EFECTOS DE LOS ACTOS NULOS Y ANULABLES: cuando un acto este viciado de nulidad, las cosas deben volver al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto.

EFECTOS ENTRE LAS PARTES: si el acto aún no ha sido ejecutado, no se podrá exigir su cumplimiento y si se lo hiciese el demandado puede negarse oponiendo excepción como defensa, si ya fuese ejecutado, se deberá atacar mediante la acción de nulidad.

EFECTOS PARA TERCEROS: se puede reclamar, salvo que sea de buena fe y a título oneroso.

NULIDAD ABSOLUTA: se impone a un acto para proteger el interés público, cuyas consecuencias son: debe ser declarada de oficio por el juez, puede alegarla cualquiera salvo el que ha ejecutado el acto conociendo el vicio, puede ser pedida por el Ministerio Público, el acto no puede ser confirmado, la acción es imprescriptible.

NULIDAD RELATIVA: protege el interés privado cuyas consecuencias son: no puede ser declarada de oficio por el juez (solo a petición de parte), solo puede ser pedida por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, no ser pedida por el Ministerio Público ni por la persona que contrató con un incapaz ni por la persona que causó el vicio, el acto puede ser confirmado, la acción es prescriptible.

NULIDAD TOTAL: cuando afecta la totalidad del contenido del acto de manera tal que todo el

acto es inválido.
NULIDAD PARCIAL: cuando solo afecta una o algunas de las partes del acto, quedando válido el resto.

CONFIRMACION DE LOS ACTOS JURIDICOS: sirve para hacer desaparecer los vicios o defectos de un acto viciado de nulidad relativa, para que sea válida se deben dar 2 condiciones: que haya desaparecido la causa de invalidez y que en el acto de confirmación, no concurra ninguna causal de nulidad
FORMAS DE CONFIRMACION: puede ser expresa (cuando la voluntad se manifiesta por escrito) o tácita (la que resulta de la ejecución voluntaria, total o parcial, del acto sujeto a una acción de nulidad)
EFECTO DE LA CONFIRMACION: es retroactivo, pero sin perjudicar a terceros de buena fe.

HECHOS EXTINTIVOS: producen la extinción de un derecho o una relación jurídica, sin intervención de la voluntad de las partes. Tenemos:
MUERTE: los derechos que se extinguen son los extramatrimoniales y algunos patrimoniales.
CONFUSION: cuando se reúnen en una misma persona la calidad de acreedor y deudor.
CADUCIDAD: es la pérdida de un derecho por no ejercerlo durante cierto tiempo, ejemplo, cuando al año caduca la impugnación de paternidad.
IMPOSIBILIDAD: de cumplimiento es causal de extinción, ejemplo, la amputación de la mano de un reconocido violinista acarrea la imposibilidad de cumplir con conciertos ya pactados, requisitos: debe ser posterior al acto y debe producirse sin culpa del deudor

ACTOS EXTINTIVOS: son actos voluntarios lícitos, realizados por las partes con el fin inmediato de extinguir derechos o relaciones jurídicas. Se dividen:
RESOLUCION: es un modo de extinción retroactivo del acto jurídico, que tiene lugar a raíz de un hecho sobreviviente, al cual la ley o una cláusula del acto le concedió el efecto de extinguir el acto jurídico, ejemplo, el pacto comisorio.
RESCISION: tiene ligar cuando ambas partes de común acuerdo, o una sola de ellas, extingue la relación jurídica y priva los efectos futuros que habría de producir, este modo, solo opera en los contratos de tracto sucesivo (aquellos cuya ejecución es continuada), ejemplo, la que se da por falta de pago de varios meses de alquiler.
REVOCACION: modo de extinción mediante la cual una de las partes, por su sola voluntad, deja sin efecto el acto, ejemplo, revocación del mandato por el mandante.
OTROS ACTOS EXTINTIVOS: encontramos dentro de esta categoría:
TRANSACCION: es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones (derechos) litigiosas o dudosas, ejemplo en razón de matrimonio.
RENUNCIA: cuando una persona abandona un derecho del cual es titular, ejemplo, el acreedor renuncia el derecho de exigir el pago a su deudor.
PAGO: cumplimiento de la obligación contraída.
NOVACION: es la transformación de una obligación en otra, puede ser objetiva (cuando cambia uno de los elementos esenciales de la obligación) o subjetiva (cambia el sujeto).

PRESCRIPCION: consiste en la adquisición o pérdida de un derecho por el transcurso del tiempo en los plazos que indica la ley.
PRESCRIPCION ADQUISITIVA: adquisición de un derecho por haberlo poseído durante el tiempo que fija la ley, ejemplo, inmueble 10 años si es de buena fe.
PRESCRIPCION LIBERATORIA: consiste en la pérdida de un derecho porque su titular no lo ejercita que indica la ley.
EXCEPCIONES DE PRESCRIPCION: son las siguientes acciones: de reivindicación de la propiedad de una cosa que está fuera del comercio, la relativa a la reclamación de estado ejercida por el hijo mismo, la de división mientras dura la indivisión de comuneros, la negatoria que tenga por objeto una servidumbre que no ha sido adquirida por prescripción, la de separación de patrimonios mientras que los muebles de la sucesión se encuentran en poder del heredero, la del propietario de un fundo encerrado por propiedades vecinas para pedir el paso por ellas a la vía pública. Esta enumeración no es taxativa
INICIO DE LA PRESCRICIPCION: comienza a correr desde que la obligación puede ser exigida, esto admite excepciones según el código.

SUSPENSION: cuando por una causa que indica la ley, el curso de la prescripción se detiene, pero cuando dicha causa desaparece, el plazo comienza a correr nuevamente, sumándose el tiempo anterior, ejemplo, tengo un crédito contra alguien, me designan su curador, cuando dejo de serlo, el plazo vuelve a correr.
CAUSAS DE SUSPENSION: por matrimonio, por la curatela y la tutela, por aceptar herencia con beneficio de inventario, por querella de la víctima contra el autor del hecho ilícito, por la constitución en mora del deudor.

INTERRUPCION: cuando por una causa que indica la ley se inutiliza el tiempo de prescripción que hubiese corrido.
CAUSAS DE INTERRUPCION: si se interpone demanda judicial, si se somete a juicio de árbitros la cuestión de la propiedad o posesión, si hay reconocimiento expreso o tácito del derecho de aquél contra quien prescribía.

PLAZOS DE PRESCRIPCION LIBERATORIA: Se dividen:
PLAZO ORDINARIO: es de 10 años, se aplicará siempre, salvo que la ley establezca un plazo especial.
PLAZO ESPECIAL: los hay de 5, 4, 2 y de 1 año e incluso meses, ejemplo, 5 años el importe de alquileres.

[1] Las leyes de orden público son las que interpretan estos principios eminentes, a saber: 1) las que constituyen el derecho público de un país y sus constituciones; 2) las que organizan las instituciones fundamentales del derecho privado y que conciernen a la personalidad, a la familia, la herencia y al régimen de los bienes y 3) aquellas cuya observancia interesa al mantenimiento de la moral y las buenas costumbres.

Concepto de derecho:

Para Arauz Castex: es la coexistencia humana normativamente pensada en función de justicia.

Para Borda: conjunto de normas de conducta humana establecidas por el estado con carácter obligatorio y conforme a la justicia.

Para Enneccerus y Nipperdey: ordenamiento autárquico obligatorio, que se basa en la voluntad de una colectividad, de la conducta externa de los hombres en sociedad, mediante mandatos y concesiones.

Para Salvat: conjunto de reglas establecidas para regir las relaciones de los hombres en sociedad, en cuanto se trate de reglas cuya observancia puede ser coercitivamente impuesta a los individuos.

Para Ihering: es la garantía de las condiciones de vida de la sociedad en la forma de coacción.

Para Kelsen: "es, en esencia, un orden para promover la paz. Tiene por objeto que un grupo de individuos pueda convivir en tal forma que los conflictos que se susciten entre ellos puedan solucionarse de una manera pacífica, sin recurrir a la fuerza y de conformidad con un orden de validez general. Este orden es el derecho.

Para Llambías: la paz no es causa final del derecho, sino fruto del mismo. Es la tranquilidad en el orden. No se busca paz, sino justicia, pero en el logro de ésta, también se logra la paz.

Derecho Natural: constituye el meollo o núcleo del ordenamiento jurídico, que conforme a la naturaleza humana tiende a la instauración de la justicia en la sociedad.

El derecho natural ejerce sobre el derecho positivo una doble acción: una negativa que tiene el sentido de *barrera*; significa la paralización del derecho positivo en la medida que éste contradice sustancialmente al derecho natural, por resultar entonces un derecho injusto, es decir, un *no-derecho*. Y una acción positiva en cuanto el derecho natural es un manantial de orientación del derecho positivo, del que no organiza soluciones pero al que imparte directivas. Desde este punto de vista el derecho positivo agrega al derecho natural una doble aarmadura de fórmulas y sanciones.

La doctrina del derecho natural da un fundamento firme al orden jurídico que consiste en la comprensión de la naturaleza racional y social del hombre y no en la pura voluntad de éste, la cual es inepta para justificar la imperatividad de la norma. Hay normas superiores a la voluntad humana y a la misma comunidad que deben guiar el establecimiento del derecho sirviéndole de fundamento racional. Los principios del derecho natural no son el producto de una interpretación subjetiva sino un conocimiento objetivo que obtiene la razón de la consideración de la naturaleza racional y social del hombre.

Concepto de Derecho Civil: Es la rama del derecho, preponderantemente privado (atento aspectos de derecho público, de la familia y de la propiedad), que comprende el régimen de los bienes, de las obligaciones, de los contratos, de la familia y de las sucesiones y de los principios generales que son comunes a eso instituto. Desde un punto de vista legislativo, es el derecho contenido en los códigos civiles y leyes anexas.

Comprende todas las relaciones jurídicas de derecho privado que no quedan incluidas en un ordenamiento especial. Suministra a todas las demás ramas del derecho privado los lineamientos básicos de la ciencia del derecho tales como la teoría de las personas, la de las cosas, la de los hechos y actos jurídicos en general, que son acogidas por aquellas otras disciplinas en todo cuanto no hubieran sido modificadas especialmente.

Ramas del Derecho Civil: el dominio de aplicación del derecho civil se ejerce a través de 4 instituciones fundamentales, entendiendo por institución un complejo orgánico de disposiciones de derecho:

1) Personalidad
2) Familia
3) Patrimonio; que se divide en
   - Derechos reales
   - Derechos de las obligaciones o personales

- Derechos intelectuales

4) Herencia

Derecho Objetivo y Derechos Subjetivos:

En sentido objetivo, "derecho" es una regla de conducta exterior.

En sentido subjetivo, alude a la prerrogativa de la persona para exigir de los demás un determinado comportamiento.

Estas nociones no son antagónicas, sino que se corresponden recíprocamente.

Fuentes del Derecho: - Origen de donde proviene el derecho. Medios de expresión del derecho.

El derecho es un "orden social justo", cuyo núcleo expansivo denominamos "derecho natural".

En el siglo XIX la única fuente del derecho que se admitía era la ley. Ante las lagunas del derecho se aceptó la posibilidad de acudir a otras fuentes, mencionándose la costumbre, la jurisprudencia y las doctrinas de los autores.

Clasificación de Gény: este autor distingue las "Fuentes Formales" de las "fuentes materiales".

Las fuentes formales son los hechos sociales imperativos emanados de autoridades externas al intérprete, con virtualidad bastante para regir su juicio. Tales son: - la ley, la costumbre, jurisprudencia, doctrina y principios generales del derecho.

Las fuentes materiales: provienen de la libre investigación científica del intérprete. Agotadas las fuentes formales, es necesario descubrir la regla adecuada, lo cual se obtiene según Gény por libre investigación científica. "Libre", por que el intérprete no obedece a la directiva de una autoridad exterior, y "científica" porque en esa tarea no pueden encontrarse bases sólidas mas que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar.

Mientras las fuentes formales arguyen por su autoridad, las fuentes materiales gravitan por la persuasión que de ellas emana.

Costumbre, Doctrina, Equidad, Jurisprudencia:

*COSTUMBRE: Es la forma espontánea de expresión del derecho, en tanto que la ley es la forma reflexiva y consciente. Históricamente la costumbre ha precedido a la ley en la organización jurídica de los pueblos: las sociedades primitivas se rigen por las costumbres y no conocen la ley escrita.

La costumbre consiste en la *observancia constante y uniforme de un cierto comportamiento por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica*.

Doctrinariamente y atendiendo al contenido de la costumbre en relación con la ley, se distinguen 3 especies de costumbres:

* costumbre *"secundum legem"*: es la norma consuetudinaria que deriva su vigencia de una disposición de la ley: tal la que prevé la primera parte del nuevo art. 17 CC que luego de la modificación dice así: *" los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos..."*

* costumbre *"praeter legem"*: es la norma consuetudinaria que rige una situación no prevista por la ley. La jurisprudencia ha admitido la vigencia de la costumbre "praeter legem" en diversos supuestos de vacíos de legislación.

* costumbre *"contra legem"*: es la constituida en contradicción con la ley. La jurisprudencia no ha aceptado la virtualidad jurídica de la costumbre "contra legem" salvo en materias de remates.

* JURISPRUDENCIA: es la fuente de derecho que resulta de la fuerza de la convicción que emana de las decisiones judiciales concordantes sobre un mismo punto.

* DOCTRINA: Pianol observa que la doctrina juega en la ciencia del derecho el mismo papel que la opinión pública en la política, el cual es muy considerable, pues orienta la interpretación que cuadra efectuar del derecho y prepara muchos cambios en la legislación y en la jurisprudencia.

* EQUIDAD: la equidad es la versión inmediata y directa del derecho natural, o como dice Savatier: "El derecho natural interpretado objetivamente por el juez".

La Ley: norma social obligatoria emitida por una autoridad competente.

Características:

* Socialidad: se dicta para el hombre en cuanto miembro de la sociedad, y se dirige a gobernar las relaciones interindividuales.
* Obligatoriedad: esto supone una voluntad superior que manda y una voluntad inferior que obedece
* Origen Público: la ley emana de la autoridad pública y por ello actúa en la línea de la soberanía política diferenciándose de las reglas impuestas por poderes privados, tales como la patria potestad o los poderes convencionales.
* Coactividad: las sanciones de la ley son resarcitorias y represivas.
* Normatividad: abarca un número indeterminado de hechos y rige a quienquiera quede comprendido en el ámbito de su aplicación lo que distingue la ley de otras expresiones de poder público.

Ley en sentido material y formal:
* ley en sentido material: es la norma escrita sancionada por la autoridad pública competente
* ley en sentido formal: acto emanado del Poder Legislativo que en el orden nacional se elabora a través de lo dispuesto en los arts. 77 a 84 de la constitución reformada en 1994, bajo el título "De la formación y sanción de las leyes". Reciben un n° que las identifica. Según su contenido serán al propio tiempo o no, leyes en sentido material. En nuestro tiempo, la ley constituye la fuente de derecho más importante.

Clasificación según la sanción:
* Imperfectas: carecen de sanción expresa. No serían verdaderas normas del derecho positivo, sino mas bien exhortaciones legislativas tendientes a encausar cierto sentido de la conducta de los hombres.
* Perfectas: aquellas cuya sanción estriba la nulidad de lo obrado en infracción de lo que ellas ordenan o prohiben.
* Menos que perfectas: aquellas cuya infracción no es sancionada con la nulidad de lo obrado sino con otra consecuencia.
* Mas que perfectas: aquellas cuya violación no sólo determina la nulidad del acto celebrado en contravención, sino que dan lugar a la aplicación de otras sanciones adicionales.

Conflicto temporal de las Leyes: efectuada la publicación de la ley, ella entra en vigor a partir de la fecha que determine su texto. Art. 2°: "Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación y desde el día que ellas determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial."
* CADUCIDAD DE LA LEY: independientemente de su derogación por la sanción de una nueva ley, puede extinguirse la fuerza jurídica de una ley, ya por la constitución de una costumbre contraria a ella.
Art. 3: "no tienen efecto retroactivo salvo disposición de lo contrario. En ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales."
Efecto territorial de las leyes: En nuestro país las leyes son en principio de aplicación territorial, Art.1 CC: *"Las leyes son, obligatorias para todos los que habitan el territorio de la república, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes".*
La regla general es la aplicación territorial de la ley.-
Sólo cuando esta misma ley lo dispone, se hará en ciertos casos aplicación extraterritorial de la ley, es decir, aplicación dé a la ley extranjera por los jueces de nuestro país.
Art. 14 CC*: "las leyes extranjeras no serán aplicables cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos o a la moral y buenas costumbre..."*
* *Concepto de territorio*: El "territorio" de nuestro país, a los efectos de la aplicación de las leyes argentinas, está integrado por los siguientes lugares:
1º) El suelo: comprendido dentro de los límites políticos de la Nación, incluidos los ríos y lagos internos, las islas y el sector antártico argentino. También incluye todo lo que esta debajo del mismo
2°) El espacio aéreo existente sobre el suelo nacional;
3º) El mar territorial, entendiéndose por tal, la franja de mar que baña les costas hasta doscientas millas marinas medidas desde la línea de la más baja marea (conf. Art. 1, ley 17.094);
4º) Los ríos limítrofes, hasta la línea del cauce más profundo;
5º) Los golfos, bahías o ensenadas, aunque su concavidad no quede totalmente cubierta por el mar territorial;
6º) Las embajadas y legaciones del país en el extranjero.

7º) Los barcos de guerra argentinos, sea que se encuentren en alta mar, en mar territorial extranjero o fondeados en puerto extranjero.
8º) Los barcos, y aeronaves mercantes de bandera argentina cuando están en alta mar Por el contrario cuando están aguas territoriales extranjeras, a diferencia de los buques de guerra, caen bajo la jurisdicción a que pertenece el mar territorial.
Por la extraterritorialidad que les corresponde no integran el territorio argentino, las embajadas y legaciones extranjeras, como tampoco los buques y aeronaves, de guerra extranjeros que navegan en el espacio aéreo o aguas nacionales.

Método del Código argentino: el código se inicia con 2 títulos preliminares y termina con uno complementario. El 1ero de los títulos preliminares trata de las leyes y contiene una teoría gral. de la ley. El 2do se refiere al modo de contar los intervalos del derecho. El complementario se ocupa de disposiciones transitorias destinadas a resolver las cuestiones que podía suscitar la implantación de la nueva legislación respecto de los derechos existentes.
Fuentes del Código Argentino:
a) derecho romano: todo el derecho privado
b) legislación española y patria:
c) el derecho canónico: Las sagradas escrituras, y otras docs. Emanados del Papa. Concerniente a Familia
d) el Código Napoleón y sus comentaristas: hay 145 artículos que se han copiado del C. Frances
e) la obra de Freitas: el código argentino contiene mas de 1.200 arts. Tomados de aquella obra.
Interpretación de la ley: la aplicación de la norma exige su previa interpretación para determinar si el caso concreto que se examina debe incluirse o no en aquella. Esta tarea es la función más alta del juez y la más ardua por las dificultades graves que se presentan al establecer el alcance del precepto jurídico, sobre todo cuando resulta oscuro y ambiguo.
"Interpretar" es buscar el sentido y valor de la norma para medir su extensión precisa y apreciar su eficiencia en cuanto al gobierno de las relaciones jurídicas, aparentemente comprendidas en el ámbito de su vigencia.
Abuso del derecho: ejercicio, actuación u omisión abusiva del derecho subjetivo. Art. 1071: *"el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto"*
Derechos Personalísimos: se denominan así los derechos innatos del hombre cuya privación importaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad tales como el derecho a la vida, la salud, a la libertad, al honor, etc.
Por su índole estos derechos presentan las siguientes características:
- son innatos: o sea, corresponden al titular desde el origen de éste.
- son vitalicios: acompañan al ser humano durante toda su vida.
- son inalienables: no son susceptibles de enajenación por ningún título, los bienes morales a los que se refieren están fuera del comercio.
- son inprescriptibles: no son alcanzados por el efecto del tiempo que no influye en su pérdida, no obstante el abandono o dejadez del titular.
- son extrapatrimoniales: aún cuando la lesión de estos derechos pueda hacer nacer derechos patrimoniales.
- son absolutos: no se tienen contra alguien en particular, sino contra quienquiera los vulnere.
Relación jurídica: el análisis de toda relación jurídica permite discriminar en ella 3 elementos esenciales: el sujeto, el objeto y la causa.
* sujeto: el sujeto activo o titular es la persona que puede ejercer la prerrogativa a que ella se refiere.
El sujeto pasivo es quien debe soportar inmediatamente el ejercicio de la prerrogativa del titular.
* objeto: esta constituido por el contenido de la prerrogativa del titular.
* causa: es el hecho del cual deriva.
Persona: art. 30: *"son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones". 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".*
Art. 51: todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son

personas de existencia visible.

Junto a las personas visibles, el derecho considera también sujetos de derecho a personas morales o colectivas, llamadas "personas jurídicas".

Comienzo de la existencia: en nuestro derecho se reconoce la existencia de la personalidad humana desde la concepción del ser en el claustro materno. Así lo dice el art. 70: "desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas..." Consecuentemente el art. 63 declara: "son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno."

Capacidad: se llama "capacidad" a la aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas. Es la aptitud de contraer obligaciones y ejercer derechos.

* capacidad de hecho: aptitud de las personas naturales para actuar pos sí mismas en la vida civil.

* capacidad de derecho: esta aptitud es la calidad saliente de la personalidad jurídica a tal punto que con razón se ha dicho que no puede faltar en los individuos de una manera absoluta porque tal carencia de capacidad sería contradictoria de la personalidad que el derecho moderno predica de todos ellos.

Incapacidad: alude a una ausencia de capacidad en el sujeto. Puede faltar la aptitud para ser titular de determinada relación jurídica (incapacidad de derecho) o puede carecerse de la aptitud para ejercer por sí mismo los derechos que se tienen (incapacidad de hecho).

* incapacidad absoluta: es la que no tiene excepción. La de la persona por nacer que en el orden de la incapacidad no admite excepción alguna.

* incapacidad relativa: es cuando tiene excepciones. Sólo puede predicarse en las incapacidades de hecho

Menores: Según lo estipulado en el Código civil, art. 126: "*son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años*".

Fundamento de la incapacidad:

Reside en la insuficiente madurez del sujeto que según milenaria experiencia presenta el ser humano desde que adquiere uso de razón hasta que por el paulatino desarrollo de la aptitud intelectual obtiene un aceptable conocimiento de la vida de relación. Cuando esto ha llegado ya es factible dar a la persona normal con la plena capacidad civil de que encare a riesgo suyo todas las vicisitudes de la vida.

Por otra parte, la minoridad cubre una etapa de la vida humana de grandes transformaciones, pues no es nada semejante la situación psíquica de un niño de 1 o 2 años a la de un adolescente de 18 o 19. Este dato elemental debe ser computado por una buena legislación civil de la minoridad para que sin perder en seguridad tenga, con todo, flexibilidad para adaptar los facultamientos legales a la real situación psicológica de las personas.

El código clasifica a los menores en impúberes y adultos.

Dice el nuevo art. 127: *"son menores impúberes los que aun no tuviesen la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fuesen de esta edad hasta los veintiún años cumplidos."*

Condición de capacidad del menor impúber:

Los menores impúberes están mencionados en el art. 54, inc. 2°, como personas absolutamente incapaces. Por tanto, según el significado de la expresión deberían carecer de capacidad para toda clase de actos.

Aunque esto no es tan así: ya que hay algunos pocos casos que quiebran el carácter absoluto de dicha incapacidad, por ej. :

* a partir de los 10 años pueden adquirir posesión de las cosas (art. 2392)

* puede contratar suministros que le sean de urgente necesidad, si está ausente de la casa paterna.

* si cuenta con autorización del ministerio pupilar, puede trabajar en empresas que sólo lo hagan miembros de la misma familia, siempre y cuando no se lo considere como una actividad nociva o peligrosa.

* puede hacer compras de poco monto, utilizar el transporte público, y similares, cuya realización queda autorizada por la fuerza de la costumbre, que es un medio legítimo de expresión jurídica.

Estas excepciones son aplicables a los 2 tipos de minoridad (impúberes y adultos). -

Condiciones de incapacidad de un menor adulto:

La ley 17.711: los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes autorizan otorgar.

A saber:

* pueden contraer matrimonio los varones que hayan cumplido dieciocho años y las mujeres que hayan cumplido

dieciséis. (Art. 166, inc. 5° CC, ley 23.515)
* pueden enrolarse en el ejército y entrar en comunidades religiosas desde la edad que se fija en las respectivas reglamentaciones (art. 275)
* pueden ejercer el comercio desde los 18 años (arts. 10 y 11, cod. de comercio.)
Éstos puntos están sujetos a la conformidad de los padres, salvo la venia supletoria del juez. (salvo el 2do punto, que no requiere la autorización de los padres, si el menor ha cumplido los 18 años)

En los siguientes casos, no es necesaria que los padres presten conformidad:

* a partir de los 18 años pueden otorgar testamento. (art. 3614)
* podrán extraer fondos de la Caja Nacional de Ahorro y Seguro a partir de los 16 años (art. 6°, ley 9527).
* pueden reconocer hijos extra matrimoniales (art. 286).
* pueden contraer obligaciones naturales (art. 515).
* pueden defenderse en juicio criminal (art. 286).
* pueden actuar en el fuero del trabajo (art. 33, ley 20.744. 64 bis)
* pueden celebrar contratos concernientes a su empleo (art. 283)
* pueden actuar como mandatarios de otros, válidamente, respecto de terceros. Pero en relación con el mandante, pueden alegar la nulidad para excluir la responsabilidad (conf. Arts. 1897 y 1898)
* pueden ser testigos en juicio (art. 426 Cod. Procesal civil y comercial de la nación).
* pueden obligarse como depositarios en caso de depósito necesario (conf. Art. 2228).

El nuevo art. 128 cláusula 2ª expresa: *"desde los dieciocho años el menor puede celebrar contratos de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respecto las normas del derecho laboral. El menor que hubiere obtenido título habilitante para el ejercicio podrá ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización."*
En su última cláusula el nuevo art. 128 dice: *"en los dos supuestos precedentes, el menor puede administrar y disponer libremente de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil y penal por acciones vinculadas a ellos".*
Esto significa que la capacidad laboral se adquiere a los 18 años y que cambio la capacidad profesional, es decir, referente al ejercicio por cuenta propia de una profesión, se la adquiere independientemente de la edad a mérito del título habilitante obtenido.

Cesación de incapacidad: según el nuevo art. 128 primer párrafo *"cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veintiún años, y por su emancipación antes que fuesen mayores".*
Entonces, hay 2 causas de cesación de capacidad: la emancipación y la mayoría de edad.
Emancipación: institución por la cual los menores de edad quedan liberados de la incapacidad que pesa sobre ellos con anticipación a la mayoría de edad.
En nuestro derecho, la primer causa de la emancipación civil es el matrimonio.
Los requisitos para adquirir la emancipación son:
a) tener edad hábil para contraer nupcias, que es de 18 años en el varón y 16 en la mujer
b) haber celebrado matrimonio.
Emancipación por habilitación de edad: art. 131: "los menores que hubieren cumplido 18 años podrán emanciparse por habilitación de edad, con su consentimiento y mediante decisión de quien ejerza sobre ellos la autoridad de los padres. (...) la habilitación podrá revocarse judicialmente cuando los actos del menor demuestren su inconveniencia, a pedido del padre, de quién ejercía la tutela al tiempo de acordarla o del ministerio pupilar".

Dementes: art. 141: "Se declaran incapaces por demencia a las personas que por causa de enfermedad mental no

tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes".
Art. 140: "ninguna persona será habida por demente sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente".
Art. 473: "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. 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". La sanción de nulidad que recae sobre los actos obrados por los insanos es relativa, por cuanto la finalidad de ella es la protección de la persona, para que su situación de inferioridad no se convierta en causa de males para el insano.
Quienes pueden pedir la declaración de insania:
* cónyuge no divorciado
* demás parientes hasta 4° grado
* Cónsul
* Vecinos del pueblo (si éste fuese furioso)
Sordomudos: son absolutamente incapaces los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Art. 153: "los sordomudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil, cuando fuesen tales que no pueden darse a entender por escrito". Art. 154: "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".
Art. 156: "las personas que pueden solicitar la declaración de la incapacidad de los dementes, pueden pedir la de la incapacidad de los sordomudos".
Inhabilitados: art. 152 bis: podrá inhabilitarse judicialmente:
1- a quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o su patrimonio.
2- a los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el art. 141, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.
3- a quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusieses a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviera cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiera dilapidado una parte importante de s patrimonio. 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 de 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.

Nombre: es la designación exclusiva que corresponde a cada persona. Perrau lo define como: "el término que sirve para designar a las personas de una manera habitual". El nombre permite la identificación de cada persona en relación con los demás.
El nombre es:
- Necesario: toda persona necesita uno
- Único: nadie puede tener mas de uno
- Inalienable: esta fuera de comercio y no es susceptible de enajenación y renuncia.
- Inembargable: idem supra
- Imprescriptible: no se pierde ni se adquiere con el tiempo.
- Inmutable: nadie puede cambiar voluntariamente de denominación, sólo cuando el estado civil lo autorice.
- Indivisible: la persona debe llevar el mismo nombre ante todos.

- Evolución histórica:
En Roma el nombre estaba integrado por varios elementos:

1. El *"praenomen":* Designación individual de la persona.
2. El "*nomen gentilium*": designación propia de la familia.
3. El "*cognomen*": designación de una rama primitiva de la flia.
4. El "*agnomen*": apodo

Durante la edad media se acostumbraba a agregar un sobrenombre que aludía a la profesión o algún defecto, o alguna característica del lugar.

* Naturaleza Jurídica del Nombre:

1. Derecho de la propiedad: para la jurisprudencia francesa desde mediados del siglo pasado, el nombre constituye un derecho de propiedad análogo al que se tiene sobre las cosas materiales. La critica ha destruido esta concepción que ya no es sostenida por el país de origen. No puede hablarse de propiedad
2. Propiedad Sui Generis: no se sabe la razón por la cual se la asimila como propiedad
3. Derecho de la personalidad: el nombre es uno de los derechos destinados a la protección de la personalidad.
4. Institución de la policía civil: forma obligatoria de designación, no es un derecho.
5. Institución compleja: el nombre constituye un derecho subjetivo en cuanto protege un bien de la vida; y también una función de interés social como la identificación de las personas.

NOMBRE INDIVIDUAL:

O nombre de pila, sirve para distinguir a alguien dentro de su familia, y se distingue el sexo.

- Para Busso, el prenombre se adquiere con la inscripción en el acta de nacimiento. Pero ésta, deja sin nombre a los que no han sido anotados.
- Para Perrau, se adquiere por la decisión que toma la persona que tiene la facultad de elegir el nombre.
- Para Llambías, se adquiere con el uso.

Elección: a quien corresponde.-

- Es una consecuencia de la patria potestad.

Tratándose de hijos matrimoniales, la elección corresponde a los padres. A falta de uno, el otro. Si también falta, al que los padres hubiese designado. Sino, los guardadores, el ministerio publico de menores, o el registro civil.

- Extramatrimoniales: el padre o madre que lo hubiere reconocido.
- Extra no reconocidos: funcionario correspondiente.

Reglas de elección del nombre:

No se podrán:

- Nombres extravagantes, ridículos, o contrarios a nuestras costumbres, que expresen tendencias políticas o provoquen equívocos con el sexo.
- Nombres extranjeros, salvo los castellanizados, o si fuesen los de los padres y fácil pronunciación, y no tuviesen traducción.
- Apellidos
- 1eros nombres idénticos a los hermanos vivos.
- Mas de 3 nombres.

Nombres aborígenes: se podrán los que no contraríen lo anterior.

Apellido:

Noción: designación común a todos los miembros de una familia. Identifica al grupo familiar.

La adquisición puede ser *originaria*, cuando se vincula a la filiación del individuo, o *derivada*, cuando tiene lugar por el cambio de estado civil.

1) Originarias:

- Filiación matrimonial: el hijo concebido dentro del matrimonio tiene obligatoriamente el apellido del padre, al que puede agregar el de la madre. (Desde los 18 años, puede hacerlo el portador) una vez adicionado no podrá suprimirse.

- Filiación Extramatrimonial: corresponde a los hijos nacidos fuera del matrimonio. Lleva el apellido del padre o madre que lo haya reconocido. Si es reconocido por ambos, adquiere el del padre. Si el reconocimiento del padre fuere posterior, podrá conservar el de la madre mediante autorización judicial cuando el apellido de éste fuese conocido públicamente. Si la madre fuese viuda, llevará el apellido de soltera.
- Filiación adoptiva:

1. Adopción plena: borra la filiación originaria del adoptado. Si el adoptante es varón, no hay dudas. Si es mujer:

- Soltera: pasa el apellido tal cual.
- Casada: el del marido
- Viuda: el de soltera

2. Adopción simple: se conserva el parentesco de sangre. Art. 332: la adopción simple impone al adoptado el apellido del adoptante. Pero podrá agregarse el apellido propio después de cumplidos los 18 años. La viuda adoptante podrá pedir que se le imponga al adoptado el apellido de su marido muerto si existiesen causas justificadas.

La adopción puede anularse y también revocarse, si se tratare de una adopción simple. Revocada o declarada la nulidad, el adoptado pierde el apellido de su ex adoptante. Sin embrago, si fuese públicamente conocido por ese apellido podrá ser autorizado por el juez, salvo que la causa de revocación fuese imputable al adoptado.

2) Derivadas: se produce con el cambio del estado civil.

- *El apellido de la mujer casada:* la mujer que contraía matrimonio adicionaba el apellido de su marido precedido de la partícula "de". La ley 23.515 modifico esto: será optativo para la mujer que se case añadir el apellido de su marido precedido de la partícula "de".
- *El apellido de la viuda:* conserva su apellido de casada. La viuda esta autorizada a suprimir su apellido de casada. Si contrajera nuevas nupcias, usará el apellido del nuevo cónyuge.
- *El apellido de la divorciada:* decretado el divorcio, será optativo para la mujer, llevar o no el apellido del (ex)marido.

Nulidad de matrimonio: decretada la nulidad, la mujer perderá el apellido marital, salvo que (lo pidiese) tuviera hijos y fuese cónyuge de buena fe.

Seudónimo: denominación ficticia elegida por la persona para identificar cierta actividad en donde desea dejar al margen su verdadera personalidad. Cuando el seudónimo hubiere adquirido notoriedad, goza de la tutela del nombre. Lo fundamental para obtener la titularidad del seudónimo reside en la adquisición de un mérito logrado con el uso del seudónimo. Los autores que empleen seudónimos podrán registrarlos adquiriendo la propiedad de los mismos.

Cambio de nombre: siendo un atributo de la persona, no se concibe que el nombre pueda sufrir alteraciones. Salvo que haya alguna causa que lo justifique.

El cambio de nombre puede tener lugar por vía principal, de consecuencia o de sanción:

- Vía principal: tiene lugar a instancia del interesado cuando concurre una causa grave que compete apreciar a la autoridad. Causas graves. Cuando el nombre tiene una significación inconveniente, y provoque un desmedro de la personalidad. Puede ser:

a) cuando el nombre tiene un significado ridículo o injurioso.
b) cuando el nombre importa una lesión de los sentimientos religiosos.
c) cuando por acumulación de consonantes sea irreproducible.
d) cuando el apellido ha sido deshonrado
e) por homonimia
f) apellido del guardador
g) apellido del marido de la madre natural
h) nombre del adoptado: cuando se adopta a un menor de 6 años se puede pedir el cambio de nombre o la adición de otro.

- Vía de consecuencia: cuando se produce un cambio en el estado civil.

- Vía de sanción: mujer divorciada.

PROTECCION JURÍDICA DEL NOMBRE:

- Acción de reconocimiento del nombre: la persona a quien le fuera desconocido el uso de su nombre, podrá demandar su reconocimiento y pedir que se prohiba toda futura impugnación por quien lo negase, podrá ordenarse la publicación de la sentencia a costa del demandado.
- Acción de impugnación o usurpación de nombre: si el nombre que pertenece a una persona fuera usado por otra para su propia designación, ésta podrá ser demandada para que cese el uso indebido, sin perjuicio de la reparación de los daños si los hubiere.

Estado: el estado de una persona es el conjunto de calidades extraptrimoniales determinantes de su situación individual y familiar.

Estado civil: en el sentido vulgar la palabra "estado" alude a situaciones de hecho en que puede encontrarse la persona las cosas que le correspondan.

En sentido técnico, cuando el codificador se refiere a "estado" se esta refiriendo al "estado de familia". La terminología de nuestro derecho positivo, el "estado" o "estado civil" de las personas físicas se refiere exclusivamente al modo de ser de la persona, dentro de la familia.

Caracteres:

- Está fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad, y esta sujeto a una regulación de orden público
- Es intransmisible e inalienable
- Irrenunciable
- Imprescriptible
- Indivisible
- Recíproco

Efectos:

- Influencia sobre la capacidad
- Genera un derecho subjetivo a favor de la persona misma por el cual se puede amparar su estado con las "acciones de estado".
- Origina el derecho de familia y el hereditario
- Impone el deber de denunciar la orfandad o vacancia de la tutela de los parientes menores de edad
- Impone el deber de denunciar la demencia de los parientes

Acciones de estado:

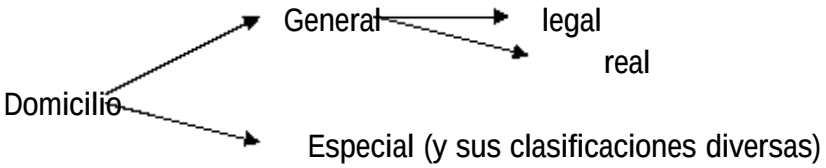
Acción de reclamación de estado: tiene por finalidad el reconocimiento del estado del accionante que es desconocido por el demandante.

Acción de impugnación de estado: tiene por objeto el reconocimiento de la inexistencia del estado que se atribuye.

Domicilio: es el asiento jurídico de una persona.

Es: legal, en cuanto la ley lo instituye; necesario, no puede faltar: único, cada persona debe tener uno solo.

Se clasifica en:



- General: es el que rige la generalidad de las relaciones jurídicas de una persona. Es el domicilio al que se alude cuando se lo menciona sin clasificación.
- Legal: art.90 es donde la ley presume sin admitir prueba en contra que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente. Es un domicilio forzoso, en cuanto lo impone la ley independientemente de la voluntad del

interesado. Es ficticio, o puede serlo. Es excepcional, funciona sólo para las hipótesis previstas por la ley.
Los funcionarios públicos tienen su domicilio en el lugar donde deben llenar sus funciones. Los militares activos, donde se hallen prestando servicio. Las corporaciones, donde esta situada su dirección. Los transeúntes lo tienen en su lugar de residencia actual. Los incapaces en el domicilio de sus representantes. El domicilio que tenía el difunto determina el lugar en que se abre su sucesión.

- Domicilio real: donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y negocios.
- Especial: es el que produce efectos limitados a una o varias relaciones determinadas. En tanto que el domicilio general extiende su influencia a toda suerte de relaciones jurídicas no exceptuadas, es decir, que tiene una aplicabilidad universal e indefinida, el domicilio especial tiene un ámbito circunscripto y proyecta su eficacia sólo con respecto de los supuestos para los cuales ha sido instituido. El domicilio especial no es necesario, puede ser múltiple.
- Clasificación de domicilios especiales: constituido, matrimonial, comercial, sucursales, y el convencional.

a) Constituido: corresponde a todo litigante que ha de constituir un domicilio para los efectos del juicio, notificaciones, etc. Se trata de un domicilio de efectos limitados.
b) matrimonial: domicilio común de los esposos.
c) comercial: De los comerciantes que produce efectos especialmente para el cumplimiento de las obligaciones comerciales allí contraídas y determina la competencia judicial referente a las mismas.
d) de las sucursales: Las compañías que tengan muchas sucursales tienen su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos, para sólo la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales.
e) convencional: es el que elige una parte de un contrato para que surta efecto respecto de las consecuencias de ese mismo contrato. Art. 101 las personas en sus contratos pueden elegir un domicilio especial para la ejecución de sus obligaciones. Es voluntario, contractual, es transmisible, sufre la acción del tiempo e inmutable.

AUSENCIA.
En su sentido vulgar indica el alejamiento de alguien del hogar donde debería estar presente. En derecho, esta palabra es usada para caracterizar diversas situaciones de hecho, se denominan ausentes a personas "no presentes" en el lugar considerado.
También se llama ausentes a los que no comparecen estar en juicio estando debidamente citados. Se denominan ausentes con presunción de fallecimiento a los que por ausencia prolongada de su domicilio, sin dar noticias del paradero, son considerados muertos.
En el esbozo de Freitas se consideraba incapaces a los ausentes declarados como tales en juicio, que estaban físicamente imposibilitados para obrar, ya que no estaban presentes en el lugar donde se exigía para el cumplimiento de sus derechos. El antiguo artículo 54 inciso 5° del Código de Velez, derogado por la ley 17.711, los declaraba incapaces de la misma forma. Se ha discutido sobre cuáles eran los ausentes a los que aludía el mencionado artículo. Para Salvat, Llerena y Borda, entre otros, aludía a los ausentes con presunción de fallecimiento sobre los que legislaban los artículos 110 y siguientes derogados por la ley 14.394
Para Aguiar eran los "simples ausentes" que citados a un juicio donde fuesen parte dejasen de concurrir a estar a derecho.
Para Machado eran los ausentes aludidos anteriormente.
Para la doctrina predominante, con la que Llambías está de acuerdo, los ausentes a los que aludía no podían ser confundidos con los presuntamente fallecidos y formaban una categoría especial que el codificador olvidó mencionar.

REQUISITOS PARA LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA.
El artículo 15 de la de la ley 14.394 establece tres requisitos a cumplir:
"Cuando la persona hubiere desaparecido del lugar de su domicilio o residencia, sin que de ella se tengan noticias y sin haber dejado apoderado, podrá el juez, a instancia de parte interesada, designar un curador a sus bienes, siempre que el cuidado de éstos lo exigiere. La misma regla se observará si, existiendo apoderado, no desempeñase convenientemente el mandato o éste hubiese caducado".
El primer requisito es que la persona esté desaparecida, esto es indispensable para interferir en el patrimonio del desaparecido

y disponer de su administración.
El segundo es la existencia de bienes en peligro para poder tomar alguna medida el respecto.
El tercer requisito se refiere a la falta de una persona autorizada para obrar en nombre del ausente.

QUIÉNES PUEDEN DENUNCIAR LA AUSENCIA.
El artículo 17 de la ley 14.394 dice que "Podrán pedir la declaración y el nombramiento del curador, el ministerio público y toda persona que tuviere interés legítimo respecto de los bienes del ausente"
Este artículo esta tomado de la letra del artículo 55 del Anteproyecto de 1954. El artículo 19 de esta ley establece que serán preferidos para la designación de curador, los parientes en el siguiente orden: 1°) El cónyuge, cuando conservase la vocación hereditaria, o subsistiese la sociedad conyugal; 2°) Los hijos; 3°) el padre o, en su defecto, la madre; 4°) Los hermanos y los tíos; 5°) los demás parientes en grado sucesible.
Las calidades personales, facultades y obligaciones del curador del ausente, se rigen por lo dispuesto en el Código Civil respecto de los tutores y curadores (art. 20 ley 14.394), a diferencia de los tutores o curadores comunes, las facultades del curador del ausente se te refieren únicamente a sus bienes.
Cesa la curatela de los ausentes declarados cuando éstos se presentaran, sea en persona, o por apoderado; cuando éste muere; o por su fallecimiento presunto declarado (art. 21 ley 14.394).
La declaración de la ausencia debe ser solicitada ante el juez del domicilio del ausente, o última residencia del mismo si no se conociere el domicilio. Si éste no los hubiese tenido en el país, lo será el del lugar en que existiesen los bienes abandonados, o el que hubiese prevenido cuando dichos bienes se encontraren en diversas jurisdicciones. (Art. 16 ley 14.394).

DECLARACIÓN DE AUSENCIA CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO.
Ocurre cuando una persona se ausenta de su domicilio o residencia y transcurre un lapso más o menos largo sin dar noticia alguna de su existencia.
Antecedentes. El origen de esta institución se encuentra en el derecho de los antiguos germanos quienes conocieron en las hipótesis de incertidumbre de subsistencia de las personas, la declaración de muerte pronunciada por los tribunales de justicia a petición de parte y sobre la base de ausencias prolongadas desde 5 a 20 años.
El Código Napoleón creó la regulación de ausencia de la persona pero no la relacionó con su presunto fallecimiento. El Código Civil argentino organizó la "ausencia con presunción de fallecimiento" con un sistema mixto que combinó las dos ideas anteriores.
El régimen del Código Civil sobre la presunción de fallecimiento ha sido reemplazado por el que organiza la ley 14.394, capítulo III.
En este supuesto no es la ausencia la que se declara sino la presunción de fallecimiento.

DISTINTOS CASOS SEGÚN LA LEY 14.394.
Se han enunciado tres situaciones posibles:

1. *Caso ordinario:* se requiere que la ausencia, sin noticia alguna, se prolongue por lo menos tres años (art. 22)
2. *Caso extraordinario genérico:* se requiere que el desaparecido haya estado en el lugar donde ha ocurrido un suceso susceptible de ocasionar la muerte. En ese caso se causa la presunción de fallecimiento por la ausencia sin noticias durante dos años (art. 23 inciso 1°).
3. *Caso extraordinario específico:* se produce cuando el desaparecido ha estado en una nave o aeronave naufragada o perdida. Se causa la presunción de fallecimiento por la falta de noticias del desaparecido durante seis meses (art. 23 inciso 2°)

QUIENES PUEDEN PEDIR LA DECLARACIÓN DE PRESUNTO FALLECIMIENTO.
El artículo 24 de la ley 14.394 reza: " En los casos de los artículos precedentes, podrán pedir la declaración del día presuntivo del fallecimiento justificando los extremos legales y la realización de diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente, todos los que tuvieran algún derecho subordinado a la muerte de la persona que se trate. La competencia del juez se regirá por las normas del artículo 16".

EL JUICIO DE PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO.
Deben distinguirse los requisitos de procedencia de la acción y los de admisibilidad de la misma.

REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCION.	REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCION.
1. Que la desaparición de la persona esté Abonada por una comprobación.	1. La falta de noticias del desaparecido
2. Que se justifique la competencia del Juez, o sea, la existencia del domicilio Del desaparecido dentro de su jurisdicción.	2. Si fuese el caso, la prueba del hecho extraordinario, incendio, terremoto, etc.
3. Que el denunciante acredite la titularidad de la acción intentada, o sea, que sea dueño de un derecho subordinado a la muerte del desaparecido.	3. El cumplimiento del procedimiento legal adecuado.

Procedimiento.

Para llegar a la declaración de fallecimiento presunto del desaparecido es preciso cumplir con un procedimiento legal, como garantía de la justicia de la decisión que se vaya a adoptar.

1. Apertura del juicio. Si el denunciante debiera completar con una prueba adicional, la documentación que lo habilite para comenzar la acción, deberá recibirse ésta antes de comenzar el procedimiento.
2. Nombramiento del defensor del ausente. El artículo 25 de la ley 14.394 dice: " El juez nombrará defensor al ausente o dará intervención al defensor oficial cuando lo hubiere dentro de la jurisdicción.
3. Citación por edictos al desaparecido. El articulo 25 continúa: "... y citará a aquel (el ausente) por edictos, una vez por mes, durante seis meses."
4. Recepción de pruebas. El solicitante deberá, así como el defensor si quisiera, deberán rendir la prueba que acredite los requisitos de admisibilidad de la acción, y, por tanto, persuada la efectividad de los hechos presuntivos del fallecimiento.
5. Audiencia del defensor.

DECLARACIÓN DEL FALLECIMIENTO PRESUNTO.

Una vez cumplidos los plazos legales, si el ausente no se presentase a la citación por edictos, el juez debe declarar su fallecimiento presunto, fijará el día presuntivo de la muerte, y dispondrá la inscripción de la sentencia en el Registro Civil (Art. 26 ley 14.394). La sentencia no hace cosa juzgada, cualquiera de los interesados podría impugnarla y probar la existencia de ciertas noticias del ausente, después de la última que resulta de aquel juicio. Si el ausente aparece, la presunción de fallecimiento concluye.

La sentencia que declara el presunto fallecimiento del ausente, debe también declarar el día presuntivo de la muerte, ese día se abre su sucesión. El artículo 27 de la ley 14.394 establece que se fijará como día presuntivo del fallecimiento:

1°) En caso de que no mediare accidente u otro hecho del que haya podido resultar el fallecimiento, el último día del primer año y medio;
2°) En el caso de que la persona se hubiera encontrado en el lugar de un incendio, terremoto, etc. susceptible de ocasionarle la muerte, el día del suceso en que se encontró el ausente, y si no estuviese determinado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido.
3°) En el supuesto de que el ausente se encontrara en una nave o aeronave naufragada, el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdido.

En caso de desaparición forzada, el día presuntivo del fallecimiento será el de la denuncia ante la autoridad competente (art. 2° ley 24.321)

El art. 27 de la ley 14.394 dice que si fuese posible también deberá fijarse la hora presuntiva del fallecimiento, y en caso de que no se pudiera, se tendrá por sucedido a la expiración del día declarado como el presuntivo de fallecimiento.

CONSECUENCIAS.

Los efectos de la declaración de presunto fallecimiento remontan retroactivamente a esa fecha. En la cual se opera la transmisión "mortis causa" de los derechos del desaparecido, susceptibles de ser transmitidos a los sucesores. El art. 28 de la ley antes nombrada, establece los herederos y legatarios "podrán hacer petición de los mismos; pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial".

Las consecuencias de la declaración de presunto fallecimiento son, en general, las mismas que derivan de la muerte efectiva de las personas.

En cuanto a los bienes del presunto muerto.

Tienen derecho a recibir los bienes, los herederos al día presuntivo del fallecimiento y los legatarios, o sus sucesores; previa formación del inventario. La mención del inventario sirve para fijar los términos de la obligación de restituir los bienes, en caso de reaparecer el causante, que pesa sobre quienes lo reciben.

INDISPONIBILIDAD TRANSITORIA DE LOS BIENES: PRENOTACIÓN.

Implica la indisponibilidad de los bienes por parte de los sucesores hasta el transcurso de 5 años desde el día presuntivo del fallecimiento. El art. 28 de la ley 14.394 obliga a los sucesores del presunto muerto a conservar el patrimonio del desaparecido sin efectuar disposiciones de bienes. Cuando ello se hace imprescindible es necesario obtener autorización del juez, de lo contrario el acto obrado sería nulo, pero de nulidad relativa, por haberse instituido la nulidad en protección del desaparecido.

CESACIÓN DEL PERÍODO DE INDISPONIBILIDAD RELATIVA.

El art. 30 de la ley 14.394 establece que: "Transcurridos cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento, u ochenta años desde el nacimiento de la persona, quedará sin efecto la prenotación prescripta, pudiendo desde ese momento disponerse libremente de los bienes. Queda concluida y podrá liquidarse la sociedad conyugal.

En el régimen del Código Civil el período ordinario de indisponibilidad duraba 15 años y se contaba desde la desaparición del ausente.

SUPRESIÓN DEL PERÍODO DE PRENOTACIÓN.

Cuando por haber transcurrido un tiempo más largo del mínimo consignado por la ley para iniciar o proseguir el trámite de presunción de fallecimiento, la declaración respectiva se dicta después de vencido el plazo de cinco años a partir del día presuntivo de fallecimiento, o han pasado más de ochenta años desde el nacimiento de este, se omite la prenotación de los derechos transmitidos a los sucesores del presunto muerto, y éstos reciben la plenitud de las facultades correspondientes a su título.

APARICIÓN DE HEREDEROS PREFERENTES O CONCURRENTES.

En los artículos 29 y 32 de la ley 14.394 se contempla la posibilidad de que luego de haber sido entregados los bienes a quienes los hubieren reclamado en calidad de herederos o legatarios, se presentasen otras personas diferentes justificando su carácter de herederos con exclusión de los anteriores o en conjunto con ellos.

- Presentación durante el período de prenotación. Al respecto el art. 29 dice: "Si se presentasen herederos preferentes o concurrentes preteridos que justificasen su derecho a la época del fallecimiento presunto, podrán reclamar la entrega de los bienes o la participación que les corresponda en los mismos según el caso". Si los que se presentasen fuesen herederos preferentes, a ellos les corresponde el dominio prenotado de los bienes del presunto muerto. Los que devuelven los bienes al heredero preferente, podrán retener los frutos percibidos si fuesen de buena fe. La posición de los poseedores de los bienes del presunto muerto frente a los herederos preferentes es la misma que pueden tener frente al ausente en caso de que este reaparezca.

Si quienes se presentasen fuesen herederos en concurrencia con los que hubieren recibido los bienes, deberán ser admitidos a participar en ellos según la proporción que les corresponda. Si se hubieren repartido los bienes, dicho acto quedaría sin efecto con la necesidad de hacer una nueva partición. Cuando los herederos poseedores de los bienes hubiesen dispuesto de ellos abusando de sus atribuciones, responderán por los daños y perjuicios.

- Presentación después del período de prenotación. El art. 32 (segunda parte) hace referencia a este hecho diciendo: "si en iguales circunstancias se presentasen herederos preferentes o concurrentes preteridos, podrán ejercer la acción de petición de herencia". Si los titulares de la petición de herencia dejan pasar el lapso de la prescripción adquisitiva sin promover la demanda, los poseedores de los bienes los habrán adquirido por la posesión continuada de los mismos durante los plazos legales, a saber: de 10 años si las cosas fueren inmuebles y los poseedores tuvieren buena fe; de 20 años si los poseedores fueren de mala fe, se trate de cosas muebles o inmuebles.

PRUEBA DE LA EFECTIVA MUERTE DEL PRESUNTO FALLECIDO.

Si luego de la declaración de la muerte presunta llegase a establecerse la muerte efectiva, queda sin efecto aquella declaración, y planteada una nueva situación que elimina a la precedente. Por tanto, se eliminan las transmisiones operadas en base a una presunción de muerte y quedan reemplazadas por las nuevas transmisiones de derechos impuestas por la muerte efectiva de la persona.

REAPARICIÓN DEL AUSENTE.

Cuando el ausente reaparece o se tienen noticias verídicas acerca de su existencia, ello demuestra la falsedad de la presunción de fallecimiento y la necesidad de reponer el estado de las cosas al momento en que se encontraban cuando se declaró una muerte que ahora resulta equívoca.

- ✓ Efectos con relación a los bienes.

(a) Si el ausente reapareciera luego de cumplidos los plazos que se establecen en el art. 30 de la ley 14.394, éste sólo podrá reclamar los bienes que existiesen y en el estado que existiesen; los adquiridos con el valor que le faltaren; el precio que se adeudase de los que se hubieran enajenado y los frutos no consumidos (art. 32, ley 14.394).

Bienes a devolverse. Se devuelven los bienes que estuviesen en el patrimonio del sucesor al tiempo de la reaparición del ausente. No hay obligación de restituir los bienes enajenados por los sucesores, puesto que ellos gozaban de su libre disposición. La ley agrega que la restitución debe hacerse "en el estado en que se hallasen", refiriéndose tanto al estado "material" como al estado "jurídico".

En cuanto al estado material, los bienes deben devolverse con las disminuciones y deterioros que hubieren experimentado, en cuanto al estado jurídico, significa que el ausente debe soportar los gravámenes y derechos establecidos por el sucesor con relación a la cosa.

La ley obliga también a restituir al ausente los bienes "adquiridos con el valor de los que faltaren", así como "el precio que se adeudase de los que se hubiesen enajenado", de ahí que el sucesor deba devolver los bienes distintos de los originarios que se hubieran adquirido con el producto de éstos, ya que los nuevos bienes han pasado a ocupar el lugar de los que originariamente habían sido heredados. Por la misma razón, deben devolverse los créditos que tenga el sucesor provenientes del saldo de precio de bienes sujetos a restitución, o de la colocación de fondos integrantes del capital del reaparecido.

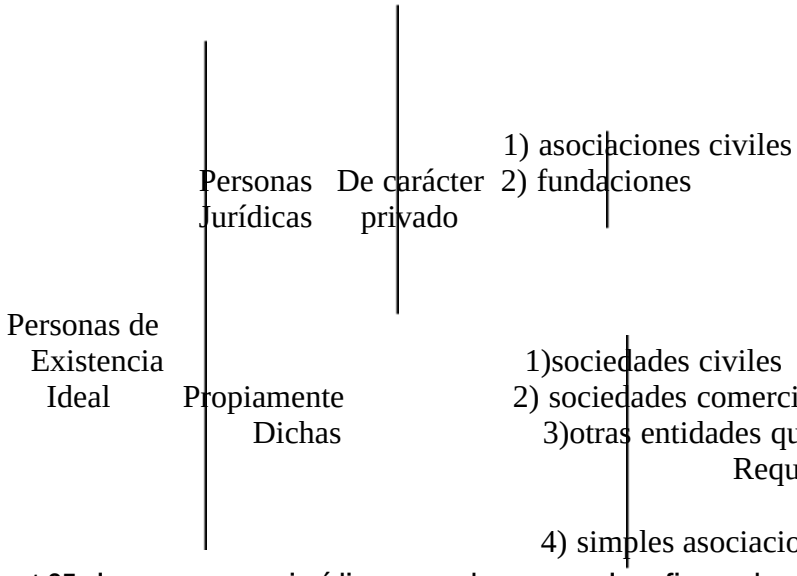
(b) El art. 29, primera parte, establece que si el ausente reapareciera durante el período de prenotación, la entrega de los bienes quedaría sin efecto.

PERSONAS JURÍDICAS: son entidades ideales reconocidas como sujetos de derecho. Su existencia concurre al bien común de la sociedad y están reglamentadas por el estado. Freitas las clasifica en “de existencia necesaria” y de “existencia posible”. Las primeras son aquellas cuya existencia estaba dispuesta en la constitución nacional, y las 2das ostentaban una personalidad contingente, subordinadas a la subsistencia de las razones que determinaron el reconocimiento de esa personalidad.

Según ley 17.711:

De carácter publico

1) el estado nacional
2)cada provincia
3)cada municipio
4)entidades autárquicas
5)la iglesia católica



art.35 las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este código establece, y ejercer los actos que les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos hubiesen constituido. (ppio de especialidad)

Art.36.- se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, solo producirán efecto respecto de los mandatarios.

Art. 37. - si los poderes de los mandatarios no hubiesen sido expresamente designados en los estatutos, o en los instrumentos que lo autoricen, la validez de los actos será regida por el mandato.

Art. 39. - las Corp. Asoc. , Etc., serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación, no pertenecen a ninguno de los miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la Corp. Si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, o mancomunado con ella.

Art. 42. - las personas jurídicas pueden ser demandadas por acciones civiles y puede hacerse ejecución de sus bienes.

Art.43.- las PJ responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o en ocasión de sus funciones. Responden tb. por los daños que causen sus dependientes o las cosas.

Principio de la existencia:

Art. 45: comienza la existencia de las Corp. Asoc. Etc., con el carácter de personas jurídicas desde el día en que fuesen autorizadas por la ley o por el gobierno, con aprobación de sus estatutos y confirmación de los prelados en la parte religiosa.

Art. 46: las Asoc. Que no tienen existencia legal como persona jurídicas serán consideradas como simples asociaciones civiles o religiosas según el fin de su instituto.

Fin de la existencia:

Por su disolución en virtud de la decisión de sus miembros, aprobada por autoridad competente. Por disolución en virtud de la ley. Por conclusión de los bienes destinados a sostenerlas.

Patrimonio:

Se denomina patrimonio al conjunto de los derechos y obligaciones de una persona que son susceptibles de apreciación en dinero. El art. 2312 dice: "*El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio*". El patrimonio es una masa de bienes que se considera como una entidad abstracta independiente de los elementos que la componen, los cuales pueden cambiar sin que se altere al conjunto en total.

El patrimonio es una universalidad de bienes, denominándose así toda pluralidad de bienes a los que es posible tratar como un todo.

1°) *únicamente las personas físicas o morales pueden tener patrimonio*, porque sólo ellas tienen aptitud para contraer bienes, tener derechos de crédito, y contraer obligaciones;

2°) toda persona tiene *necesariamente* un patrimonio, aunque no posea actualmente bien alguno;

3°) cada persona *no tiene más que un patrimonio*, este principio sufre algunas excepciones por imperio de la ley

4°) el patrimonio es *inseparable* de la persona, salvo cuando ésta se extingue, ya que su patrimonio se traslada al heredero que continúa su personalidad.

❖ Nuestro derecho.

En nuestro sistema legal se reconoce la existencia de *un único patrimonio general, con diversos patrimonios especiales*. El primero se define como el conjunto de bienes de una persona, incluye todos los bienes que quedan a disposición del titular para cualquier fin, sin estar comprendidos en un régimen especial.

Los patrimonios *especiales* son conjuntos de *bienes afectados a un fin determinado y sujetos a un régimen legal especial*, como puede ser por ejemplo la herencia aceptada con beneficio de inventario.

Tanto el patrimonio general como los patrimonios especiales provienen de la ley que trata unitariamente a un conjunto de bienes individuales. Los nuevos bienes que adquiera el titular ingresan al patrimonio general y no al especial a menos que: 1°) la ley lo establezca; 2°) o que provengan de inversiones de los patrimonios especiales; 3°) o que se trate de frutos o productos de bienes del patrimonio especial.

CARACTERES DEL PATRIMONIO GENERAL.

- Es una universalidad jurídica, porque la unidad de la pluralidad de elementos que lo componen está dada por la ley.
- Es necesario. Todo patrimonio pertenece a un titular y correlativamente a toda persona corresponde un patrimonio general.
- Es único e indivisible. Nadie puede ser titular de más de un patrimonio general.
- Es inalienable. No puede existir sino en cabeza de un titular.
- Es idéntico a sí mismo, no obstante las evoluciones de su contenido. Es una consecuencia del carácter universal del patrimonio.

El patrimonio especial sólo comparte la primera y última características.

DERECHOS PATRIMONIALES.

Son derechos patrimoniales los que revisten el carácter de bienes, es decir, que son susceptibles de tener valor económico. Los derechos reales se dividen en:

- *Derechos reales.*
- *Derechos personales.*
- *Derechos intelectuales.*

-

- DERECHOS REALES.

Son los que conceden al titular un señorío inmediato sobre la cosa, en el cual es pleno en el dominio, y menos pleno en las desmembraciones del dominio (usufructo, servidumbres, etc.), y en los derechos sobre la cosa ajena.

Se conciben tres posiciones acerca de la naturaleza de los derechos reales:

La concepción tradicional lo característico del derecho real reside en la relación inmediata del titular y la cosa sometida a su derecho. El titular tiene un poder directo sobre la cosa que puede hacer valer frente a todos (erga omnes). Este análisis muestra dos elementos: a) el sujeto o titular del derecho; b) el objeto sobre el cual se ejerce el derecho.

Windscheid y Planiol opinan que no puede hablarse de relación entre una persona y una cosa, ya que el derecho se refiere a relaciones entre hombres. También en los derechos reales hay una relación entre hombres, pero en tanto que en el derecho personal la relación se establece entre un sujeto activo y un sujeto pasivo determinado, aquí se da un sujeto activo determinado y un sujeto pasivo indeterminado constituido por todo el mundo, es decir, quienquiera que se ponga en contacto con el titular y que debe respetar el ejercicio del derecho.

Esta explicación tiene el inconveniente de señalar como característico de los derechos reales un aspecto que es común a todos los derechos, es decir, el deber a cargo de quienquiera de respetar los derechos ajenos y no inferir en la gestión del titular. Pero, además, subestima lo que hay en el de típico, que es el señorío inmediato del titular sobre la cosa, ese poder de goce y disposición que le corresponde sobre ella.

Haruriou y Renard han aplicado a los derechos reales su teoría de la institución.
"La institución (según Roubier) es un conjunto orgánico que contiene la reglamentación de un dato concreto y permanente de la vida social y que está constituido por un nudo de reglas dirigidas hacia el bien común". Así ocurre con la propiedad y demás derechos reales. Los hombres experimentan la tendencia de apoderarse de los bienes exteriores ya que ellos son aptos para satisfacer sus necesidades: he ahí el dato permanente de la vida social. Pero para instaurar un orden justo, y para que los bienes no sean distraídos de su función social e individual, se hace necesaria una reglamentación adecuada de la atribución y disfrute de los bienes. Con ello la propiedad y otros derechos reales han quedado elevados a la jerarquía de instituciones jurídicas.
Lo característico de la institución es que su régimen está impuesto por la autoridad del Estado, debiendo los particulares sujetarse a esas prescripciones. Al sector no institucional del derecho, especialmente los contratos, se ha entregado la libertad de los particulares.

- DERECHOS PERSONALES.

Se denominan también derechos creditorios u obligaciones. Establecen relaciones entre personas determinadas, en razón de las cuales el respectivo titular puede exigir de alguien la prestación debida. Se advierten en ellos tres elementos:
1°) el titular o sujeto activo de la relación jurídica, llamado acreedor, es quien goza de la prerrogativa de exigir el cumplimiento de la prestación debida;
2°) el sujeto pasivo de la relación, denominado deudor, es quien debe efectuar dicha prestación;
3°) el objeto, es la prestación que el deudor debe satisfacer a favor del acreedor.
En cuanto a la naturaleza del derecho personal, consiste en la relación de dos personas determinadas. También las cosas o los hechos humanos aptos para satisfacer nuestras necesidades constituyen el objeto de estos derechos.

- DERECHOS INTELECTUALES.

Es el derecho que tiene el autor de una obra científica, literaria o artística de disponer de ella y explotarla económicamente por cualquier medio.
Por la índole del objeto sobre el cual se ejerce, éstos se denominan derechos intelectuales.

EL PATRIMONIO COMO GARANTÍA DE LOS ACREEDORES.
Todos los bienes de una persona están afectados al cumplimiento de sus obligaciones, el patrimonio es la prenda común de los acreedores, ellos pueden dirigirse sobre dichos bienes y ejecutarlos a fin de obtener la satisfacción de sus créditos.
Noción de insolvencia y de cesación de pagos: la insolvencia es el estado deficitario de un patrimonio cuyo pasivo supera al activo. La cesación de pagos es un estado de impotencia para satisfacer las deudas exigibles que pueden sobrevenir aun sin insolvencia por falta de liquidez momentánea del deudor. Como la cesación de pagos hace presumir la insolvencia los acreedores pueden sobre esa base solicitar se declare el concurso civil o la quiebra del deudor, procediéndose a la liquidación colectiva del patrimonio del deudor por intermedio del síndico.
El producido de la liquidación se aplica a desinteresar a los acreedores privilegiados primero y luego a los que pueden soportar algún déficit cuando el deudor resultase efectivamente insolvente.
Esta situación es reglada por la ley nacional de concursos.
ACCIONES DE LOS ACREEDORES PARA ASEGURAR LA INTEGRIDAD DEL PATRIMONIO.
Son acciones de las que disponen los acreedores a fin de impedir que los bienes del deudor sean sustraídos de su función de integrantes de la garantía colectiva de los créditos de aquellos: ésas son:

- *Acción revocatoria*: tiende a la reconstitución de la garantía del acreedor que ha sido disminuida por la enajenación impugnada y persigue concretamente la ejecución de un bien que aunque ya ha salido del patrimonio del deudor continúa integrando aquella garantía.
- *Acción de simulación*: ejercida por los acreedores procura salvar la integridad del patrimonio del deudor, mostrando que ciertos bienes que aparecen como enajenados continúan formando parte del acervo: de ahí que su producido pueda, a diferencia de la acción anterior, redundar en provecho de todos los acreedores actuales.

- *Acción subrogatoria*: remedia la posibilidad de que el deudor insolvente se despreocupe de realizar el ingreso de bienes que no le van a servir sino para desinteresar a sus acreedores. Por ella los acreedores pueden sustituir al deudor inactivo en la gestión de los derechos a fin de lograr la incorporación de bienes con los cuales resulte factible la satisfacción de su crédito.

Acciones de preventivas. Fuera de las acciones de fondo antes mencionadas los acreedores pueden fundar ciertas medidas preventivas destinadas a impedir el egreso de bienes del patrimonio del deudor a fin de que éste no se torne insolvente con el perjuicio consiguiente de sus acreedores. Dichas medidas son:

- Embargo: es una orden judicial que inmoviliza un bien determinado en el patrimonio del deudor, quien queda impedido para enajenar el objeto embargado. Si el objeto es una cosa inmueble el embargo se traba mediante la anotación de la orden judicial en el Registro de la Propiedad. Si es una cosa mueble, el embargo se realiza por el secuestro de la cosa que es puesta bajo depósito judicial y, si se trata de un mueble registrable, como un auto, mediante la anotación del embargo en el Registro que corresponda.
- Inhibición general de bienes: cuando se ignoran los bienes del deudor no es posible recurrir al embargo, entonces se puede obtener la inhibición general de bienes que el juez dispondrá se anote en el Registro de la Propiedad y que, durante cinco años impedirá al deudor enajenar los bienes inmuebles que tenga o llegue a adquirir por cualquier título.

DISTINTAS CLASES DE ACREEDORES.

No todos los acreedores se encuentran en igual situación respecto de los bienes del deudor. Con el propósito de reforzar el derecho de ciertos acreedores y asegurar el cobro de sus créditos, en algunos casos, la ley los dota con un privilegio, una garantía real.

De aquí surgen tres clases de acreedores:

1°) *Acreedores privilegiados*: son aquellos provistos por la ley de un privilegio consistente en el derecho de ser pagados con preferencia a otro.

Los privilegios son calidades accesorias de los créditos en razón de la naturaleza de éstos, por ejemplo: el privilegio que tiene el proveedor impago de materiales con los que se ha hecho un edificio, sobre el respectivo inmueble. Si el dueño del inmueble se torna insolvente y concurren sobre este bien varios acreedores, ha de cobrar íntegramente en primer término el acreedor que proveyó los materiales para la edificación, en su carácter de privilegiado.

Los privilegios derivan siempre de la ley. Se clasifican en generales y especiales según la extensión de su asiento. Los privilegios generales recaen sobre todos los bienes del deudor. Gozan de privilegio general sobre todos los bienes:

1. Los acreedores por gastos de justicia, entendiéndose por ello los créditos provenientes de gastos necesarios para la seguridad, conservación y administración de los bienes del concursado o fallido, y para diligencias judiciales o extrajudiciales de beneficio común;
2. Los sueldos y salarios de dependientes que correspondan a seis meses anteriores a la apertura del concurso; indemnizados por despido, preaviso y accidentes de trabajo; vacaciones y sueldo anual complementario que debieron pagarse en igual período de seis meses; y, además, privilegios laborales.

2°) Acreedores munidos de una garantía real: son los que tienen establecido un derecho real a su favor sobre algún bien determinado del deudor. Tales son los acreedores prendarios o hipotecarios. Los primeros han constituido una prenda consistente en la retención de una cosa mueble del deudor en garantía del cumplimiento ulterior de la deuda (art. 3204). Los segundos han constituido una hipoteca que es el derecho real establecido en seguridad de un crédito en dinero sobre los bienes inmuebles que continúan en posesión del deudor. El titular de un derecho real goza de un *jus preferendi* en razón del cual en caso de concurrencia con el titular de un derecho personal sobre la misma cosa, obtiene prioridad en el cobro.

3°) *Acreedores quirografarios o comunes*: son los que carecen de toda preferencia. Su derecho entra a hacerse preferido sobre los bienes del deudor después de haber sido desinteresados los acreedores privilegiados y los que están munidos de una garantía real. Si entonces, el producido de dichos bienes no alcanza para pagar a todos los acreedores comunes, se distribuye el activo realizado del deudor entre sus acreedores en proporción al monto

nominal de sus créditos. De esa manera cada acreedor sufre una misma baja proporcional para mantener el principio de igualdad de los acreedores frente al patrimonio de su deudor.

BIENES EXCLUÍDOS DE LA GARANTÍA COMÚN.

En el derecho moderno no se concibe que el deudor pueda quedar privado de bienes esenciales para subvenir sus necesidades y las de su familia, y quedar en la indigencia. Es por eso que el principio según el cual los bienes del deudor constituyen la garantía de sus acreedores no es absoluto.

Desde los tiempos de Roma primitiva en que el acreedor podía apoderarse de la persona del deudor bajo el procedimiento de la *manus injectio*, guardarlo prisionero durante sesenta días, al término de los cuales podía decidir matarlo si no quería venderlo como esclavo más allá del Tíber. Bajo el impulso del espíritu Cristiano han ido evolucionando las costumbres. En el aspecto que ahora consideramos se ha reconocido que el acreedor no puede cobrar su crédito si la consecuencia de ello es la privación de bienes que el deudor debe destinar al sostenimiento moral y material de sí y de su familia. Por eso existen algunos bienes determinados bienes que pertenecen al patrimonio del deudor pero no integran la garantía colectiva de los acreedores.

La calidad de los bienes de estar exentos de la acción de los acreedores sólo es dada por la ley. Las exenciones dispuestas por el Código civil son las siguientes:

1. Los créditos por alimentos (art. 374).
2. El usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos, salvo en lo que no fuese necesario para proveer al sostenimiento y educación de éstos (arts. 291 y 292).
3. Los derechos de uso y habitación (art. 1449).
4. Los bienes dejados al deudor en calidad de beneficio de competencia (arts. 799 y 800).
5. Las cosas que están fuera del comercio (art. 1449)

Los bienes del dominio público y los bienes privados del Estado afectados a un servicio público.

Bienes y cosas:

Para los autores franceses cosa es todo lo que existe y cae bajo la acción de los sentidos, y bienes son las cosas que tienen un valor económico, para esta concepción la cosa es el género y el bien, la especie.

Para nuestro Código la relación se invierte: el género es el bien y la cosa la especie. En el derecho francés y en el argentino las cosas comprenden los objetos materiales e inmateriales susceptibles de valor. Vélez Sársfield ha adoptado la terminología de Freitas. La ley 17.711 ha introducido una variante en el concepto de cosa y ha hecho un agregado al artículo 2311 que dice: " Se llaman cosas en este código los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y las fuerzas naturales susceptibles de apropiación".

El código divide a las cosas en:

- Cosas muebles e inmuebles (arts. 2313 a 2323.
- Fungibles y no fungibles (art. 2324)
- Consumibles y no consumibles (art. 2325)
- Divisibles e indivisibles (art. 2326)
- Principales y accesorias (arts. 2327 a 2335)
- Cosas dentro y fuera del comercio (arts. 2336 a 2338)

COSAS MUEBLES E INMUEBLES.

En la época de Justiniano aparece la diferenciación entre cosas muebles e inmuebles, pero mucho después adquiere un valor decisivo. Por influjo del régimen feudal las cosas inmuebles empezaron a desempeñar una función eminente en los órdenes político y económico. La propiedad de la tierra, además de constituir un elemento fundamental de riqueza, era la causa del poder político. Comparadas con las cosas muebles, éstas últimas tenían un rango muy inferior porque muy excepcionalmente las grandes fortunas estaban constituidas por ellas, y, además, su posesión no daba acceso al poder político. La situación comenzó a variar a fines del siglo XVIII y lo siguió haciendo

durante los siglos que siguieron, hasta la actualidad.
El desarrollo de las grandes industrias y en general las nuevas condiciones de la economía crearon fortunas mobiliarias computadas por millones de millones que han superado el valor de la propiedad raíz.
No ha de pensarse que las cosas inmuebles han perdido su primacía, si ponemos los ojos en el hombre común que es protagonista del derecho civil comprobamos que para él siguen siendo de mayor importancia.

IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN.
La distinción entre cosas muebles e inmuebles se puede encarar desde varios aspectos:

1 En cuanto a la determinación de la ley aplicable, las cosas inmuebles se rigen indefectiblemente por la ley de la situación, en tanto que las cosas muebles, si tienen situación permanente, se sujetan igualmente a la ley de ese lugar, pero si carecen de esa situación se rigen por la ley del domicilio del dueño.
2 En cuanto a loas formas de enajenación: las cosas inmuebles requieren escritura pública, tradición de la cosa e inscripción de la cosa en el Registro de la Propiedad. Para las cosas muebles en general basta la mera tradición.
3 En cuanto e las defensas posesorias: en el sistema del Código de Velez las cosas inmuebles daban un lugar a las acciones posesorias, las cosas muebles no, la ley 17711 ha eliminado esa diferencia en el nuevo artículo 2487.
4 En cuento a la prescripción: las cosas inmuebles se adquieren por la posesión continuada durante diez o veinte años, según los casos. Las cosas muebles se adquieren por la simple posesión de ellas, de buena fe, lo que se ha llamado “prescripción instantánea”. Siendo la posesión de mala fe, la usucapión se consuma a los 20 años.
5 En cuanto a la administración de bienes ajenos: si se trata de cosas inmuebles las facultades son más restringidas. Así, los padres no pueden enajenar ni gravar inmuebles de sus hijos sin autorización judicial, exigencia que no traba la disposición o gravamen de cosas muebles.
6 En cuanto a la capacidad de derecho para adquirir las cosas: los religiosos profesos no pueden adquirir cosas inmuebles pero sí muebles al contado (Art. 1160).
7 En cuanto al régimen de las obligaciones de dar ciertas cosas, el régimen es muy diferente según sean cosas muebles o inmuebles.
8 En cuanto a la posibilidad de gravar unas y otras cosas: los inmuebles pueden ser objeto de la hipoteca y el anticresis, los muebles no, pero si pueden ser objeto de la prenda.
9 En cuanto a la extensión de la transmisión de derechos: difiere notablemente en cuanto se trate de cosas muebles o inmuebles, el adquirente de una cosa inmueble no tiene en principio más derechos que su autor; el adquirente de una cosa mueble no se perjudica por las fallas del título del autor, salvo que la cosa sea robada o perdida.
10 En cuanto a la competencia de los jueces: las acciones reales de las cosas inmuebles deben radicarse ante el juez del lugar donde está situada la cosa litigiosa; las acciones reales sobre cosas muebles competen al juez del lugar donde se hallen o del domicilio del demandado, a elección del actor.

COSAS INMUEBLES.
Son las que están fijas en un lugar determinado, lo son por su naturaleza, por accesión física o moral, y por su carácter representativo.
Las cosas muebles por su naturaleza están definidas en el Art. 2314 “Son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie o profundidad; todo lo que está incorporado al suelo de manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin hecho del hombre”.

- El suelo con sus partes sólidas y fluidas, como los ríos y sus cauces, las canteras, etc.
- Todo lo que esté incorporado al suelo de manera orgánica, como los vegetales.
- Todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre.

Cesa el carácter de inmueble cuando cualquiera de estas cosas es separada del suelo, por desaparecer su

carácter de inmovilidad.

A la accesión física se refiere el Art. 2315: "Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión al suelo, con tal que esta adhesión tenga carácter de perpetuidad".

- Se trata de cosas que por su naturaleza han comenzado siendo muebles, como los materiales de construcción,
- pero la naturaleza del hombre ha transformado esa naturaleza móvil adhiriéndola al suelo, por lo cual esas cosas dejan de ser muebles,
- la adhesión física al suelo debe ser efectuada con el propósito de dejar la cosa indefinidamente adherida al suelo,
- La adhesión de la cosa al suelo no debe ser en mira a la profesión del propietario, si así fuera no habría lugar a la accesión.

La cesión moral tiene lugar cuando las cosas muebles son afectadas al servicio y la explotación de un fundo, de manera de formar con el una unidad económica. Al respecto dice el Art. 2316 "Son también inmuebles las cosas muebles que se encuentran puestas intencionalmente, como accesorias de un inmueble, por el propietario de éste, sin estarlo físicamente". Los caracteres propios de esta clase son los siguientes:

- Son cosas muebles por su naturaleza;
- Que no están adheridas a un inmueble;
- Que sí están económicamente ligadas al inmueble, porque han sido efectuadas a su servicio y explotación;
- Para que se cause la accesión moral es menester que las cosas haya sido puestas con ese destino por el propietario del inmueble por el arrendatario en cumplimiento del contrato de arrendamiento. Si fuesen puestas por el usufructuario sólo se consideran inmuebles mientras dure el usufructo;
- La destinación de las cosas debe llevar un cierto carácter de perpetuidad.

"Son inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre vienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis" Art. 2317. Explica Llambías que estos instrumentos públicos carecen de valor económico, y en sí mismos son objetos transportables, por esto resulta poco razonable estimarlos como objetos inmuebles.

COSAS MUEBLES.

Son las que tienen la propiedad de ser trasladadas de un lugar a otro. Se clasifican por su naturaleza o por su carácter representativo.

- A las cosas muebles por su naturaleza se refiere el Art. 2318: "Son cosas muebles las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles".

Semovientes son las cosas que tienen la capacidad de moverse por sí mismas.

Locomóviles se denomina a los artefactos rodantes de propulsión propia, como locomotoras, automóviles, etc.

-A las cosas muebles por su carácter representativo se refiere el Art. 2319 que dice que son también muebles todos los instrumentos públicos o privados en donde constare la adquisición de derechos personales. Explica Lambías que esta categoría carece de justificación ya que los instrumentos o no son cosas por carecer de valor económico, o si tienen tal valor son cosas muebles por su naturaleza.

COSAS FUNGIBLES Y NO FUNGIBLES.

Según el Art. 2324 son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en la misma cantidad.

El interés de esta distinción radica en que: a) es diverso el régimen de las obligaciones, según el objeto de su prestación sean cosas fungibles o no; b) hay contratos que sólo pueden versar sobre cosas de una clase u otra.

a) Si se trata de obligaciones de dar cosas no fungibles, luego de individualizadas, el deudor no se libera sino por ola entrega de las mismas cosas que forman el objeto de la deuda. Cuando la cosa no fungible y ya

individualizada perece sin culpa del deudor, éste queda exonerado de la obligación, si perece por culpa del deudor, éste debe indemnizar al acreedor los daños y perjuicios sufridos. En cambio la pérdida de la cosa fungible aun individualizada en nada afecta la deuda contraída.

b) Hay contratos que sólo pueden versar sobre cosas fungibles y otros que sólo pueden hacerlo sobre cosas no fungibles: así la locación, el comodato, etc.

COSAS CONSUMIBLES Y NO CONSUMIBLES.

Art. 2325 "Son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas en su individualidad...". Se trata de cosas que no pueden ser usadas sin que al propio tiempo sean consumidas...

Son cosas no consumibles las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o deteriorarse después de algún tiempo.

La distinción se advierte al considerar que ciertos actos deben referirse sólo a cosas consumibles o no.

El usufructo, por ejemplo, tiene por objeto solamente cosas no consumibles. El comodato y el mutuo son contratos de préstamo que deben versas respectivamente sobre cosas no consumibles o consumibles.

COSAS DIVISIBLES E INDIVISIBLES.

Para el Art. 2326 son cosas divisibles aquellas que sin ser destruidas enteramente pueden ser divididas en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma.

Las cosas divisibles se reputaran indivisibles si la partición de ellas trae aparejada una disminución en su valor económico. Con respecto a esta clasificación la ley 17711 ha agregado al artículo que no podrán dividirse las cosas cuando ello convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento. Las autoridades locales podrán reglamentar, en materia de inmuebles, la superficie mínima de la unidad económica.

INTERDEPENDENCIA DE LAS COSAS PRINCIPALES Y ACCESORIAS.

Puede haber entre las cosas cierta relación que las vincule de tal manera con otras que no sea posible concebir la existencia de una sin la previa existencia de la otra. Según el Art. 2327 son cosas principales las que pueden existir para sí mismas y por sí mismas. Por posición son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza están determinadas por otra de la cual dependen o a la cual están adheridas.

Art. 2331: "Las cosas que natural o artificialmente están adheridas al suelo, son cosas accesorias al suelo.

Art. 2332: " Las cosas que están adheridas a las cosas adherentes al suelo, como a los predios rústicos o urbanos, son accesorias a los predios, por ejemplo, los pisos de una casa que descansan sobre los cimiento. En todos estos casos las cosas accesorias siguen la suerte de las principales.

Art. 2333: " Cuando las cosas muebles se adhieren a otras cosas muebles sin que se altere su sustancia, serán cosas principales aquellas a que las otras no se hubieren unido sino con el fin de uso, ornato, complemento o conservación".

Art. 2334: "Si las unas se han adherido a las otras, para formar un todo, sin poderse distinguir la accesoria de la principal, se tendrá por principal la de mayor valor. Si los valores fueren iguales será principal la de mayor volumen. Si los valores y volúmenes fueren iguales, no habrá cosa principal, ni cosa accesoria".

Frutos y productos. Una cierta clase de frutos se consideran cosas accesorias respecto de las cosas que los producen; otros se identifican con la misma cosa. Los productos nunca se reputan accesorios de la cosa de la cual se extraen.

Los frutos son la cosa regular y periódica que produce una cosa existente, sin alteración ni disminución de su sustancia.

Frutos naturales: la cosa los produce espontáneamente sin intervención del hombre.

Frutos industriales: la cosa los produce mediante la acción principal del hombre.

Frutos civiles: son las rentas provenientes del uso o de goce de las cosas así como las que se obtienen en carácter de salario correspondiente al trabajo material, o de honorarios compensatorios del trabajo de las ciencias.

Los frutos naturales e industriales no son accesorios a la cosa que los produce.

Los productos son las cosas que se extraen de una cosa existente, la cual no los vuelve a producir, y queda disminuida o alterada en su sustancia.

COSAS DENTRO Y FUERA DEL COMERCIO.
Art. 2336: "Están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuese expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública". Las cosas están fuera del comercio por su inenajenabilidad absoluta o relativa.
Inalienabilidad absoluta. Art. 2337. "Son absolutamente inenajenables: 1) las cosas cuya venta o enajenación fuese expresamente prohibida por la ley; 2) las cosas cuya enajenación se hubiese prohibido por actos entre vivos o disposiciones de última voluntad, en cuanto esta Código permita tales prohibiciones".
Inalienabilidad relativa. Art. 2338: "Son relativamente inenajenables las que necesiten una autorización previa para su enajenación".

Clasificación de los bienes en relación de las personas: Bajo este título el codificador se refiere a las cosas cuyo régimen resulta modificado en razón del carácter que invisten las personas a quien pertenecen: tales son los bienes del Estado, los de la Iglesia, los bienes municipales.

BIENES DEL ESTADO.
DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO.
Los bienes de dominio público pertenecen al Estado en su carácter de órgano político de la sociedad humana. Los bienes de dominio privado del Estado se encuentran n la misma situación que los bienes de particulares.
- Dominio público: la ley 17711 ha alterado el antiguo artículo 2340 que ahora ha quedado concebido: "Quedan comprendidos entre los bienes públicos:
1) los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua,
2) los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros;
3) los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación;
Las playas del mar y las riberas internas de los ríos, entendiéndose por tales la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias.
4) Los lagos navegables y sus lechos;
6) las islas formadas o que se forman en mar territorial o en toda clase de rió, o en los lagos navegables, cuando ellas no pertenezcan a particulares;
7) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común;
8) los documentos oficiales de los poderes del estado;
9) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico".
La característica esencial del dominio público consiste en que los bienes respectivos están afectados al uso y goce de todos los ciudadanos.
Cesa el carácter de bien del domino publico por la desafectacion de su destino que se haga del mismo, adoptada por autoridades competentes en el sentido de alterar el destino de la cosa.
Bienes de dominio privado. Art. 2342: "Son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares:

1) Todas las tierras que estando situadas dentro de os limites territoriales de la República, carecen de otro dueño;
2) Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, y substancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o particulares sobre la superficie de la tierra.
3) Los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este Código.

4) Los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles, y toda construcción hecha por el estado o los estados, y todos los bienes adquiridos por el estado o por los Estados por cualquier título.
5) Las embarcaciones que diesen en las costas de los mares o ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos o de corsarios".

BIENES MUNICIPALES.

En el derecho civil las municipalidades son personas jurídicas de carácter público. El Art. 2344 dice: "Son bienes municipales los que el Estado o los Estados han puesto bajo el dominio de las municipalidades. Son enajenables en el modo y forma que las leyes especiales lo proscriban".

BIENES DE LA IGLESIA.

APLICACIÓN DEL DERECHO CANÓNICO.

Art. 2345: "Los templos y las cosas sagradas y religiosas corresponden a las respectivas iglesias y parroquias, y están sujetas a las disposiciones e los artículos 33 y 41. Esos bienes pueden ser enajenados en conformidad a las disposiciones de la Iglesia Católica respecto de ellos, y las leyes que rigen el patronato nacional".

Los bienes de las iglesias disidentes o no cristianas se encuentran en una situación diferente a la descripta. El Art. 2346 dice que: "Los templos y las cosas religiosas de las iglesias disidentes corresponden a las respectivas corporaciones, y pueden ser enajenadas en conformidad a sus estatutos".

Teoría gral. del hecho jurídico:

Concepto de hecho jurídico: todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones.

Teoría gral. del acto voluntario: 3 cuestiones conexas: los elementos internos de la voluntad a la luz de las normas jurídicas, a fin de establecer cuando un acto humano debe reputarse voluntario o involuntario. En 2do termino se describen las formas de exteriorización de la voluntad. Finalmente se examinan las doctrinas que toman en cuenta los elementos internos o externos de la voluntad para fijar conforme al predominio de unos u otros el efectivo alcance del acto voluntario.

a) Condiciones internas:

Los hechos serán juzgados voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.

Discernimiento: aptitud del espíritu humano que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, etc.

Causas obstativas del discernimiento:

Inmadurez: art. 921: los actos serán reputados hechos sin discernimiento si fueran actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de 10 años.-

Insanidad: (...) también los hechos por dementes fuera de intervalos lúcidos y por los que por cualquier incidente estén fuera de razón.

Intención: la ausencia de intencion se caracteriza por la discordancia entre el fin del acto y el resultado que se produce. cuando hay concordancia, el acto es intencionado.

Causas obstativas de la intención:

Error o ignorancia: contingencia no imputable a persona alguna determinada, un desencunetro o discordancia entre el fin y el propósito del acto y el resultado del mismo. Art. 922: los actos seran reputados practicados sin intencion, cuiando fueren hechos por ignorancia o error.

Dolo: error provocado a designio, instigado o conducido por alguien mediante maniobra engañosa.

Libertad: espontaneidad de la determinacion del agente. Facultad de eleccion entre muchas determinaciones.

INTRUMENTOS PRIVADOS:

CONCEPTO: Son aquellos en que las partes se otorgan sin intervención de un oficial Público,
y donde impera el principio de la libertad de formas. Pueden ser redactados en idioma nacional o extranjero,

llevar o no fecha, etc. Esta regulado en Nuestro Código Civil en los Arts. 1012 y Sig.

LIMITACIONES:

a) La Firma: Es la condición esencial para la existencia y validez del Instrumento Privado, debe ir al pie y no puede ser reemplazada por signos, ni por iniciales, esto tiende a proteger a las personas analfabetas. La firma lleva por objeto asumir las responsabilidades inherentes al documento que suscribe.-

· Firma a Ruego: Los instrumentos privados a ruego son plenamente validos en materia comercial. Pero En materia civil el instrumento firmado a ruego es inoperante, no esta establecido en el Cód. Civil, por que esta validez viene por decisión del Juez.-

· Impresión Digital: es admisible, la persona que ha estampado su firma digital sabe leer y no ha firmado por un impedimento circunstancial, el documento es plenamente válido como su hubiere puesto la firma.-

b) Doble Ejemplar: Los actos que contengan convenciones perfectamente bilaterales deben ser redactados en tantos ejemplares como partes haya con un interés distinto, este es exigido en los actos perfectamente bilaterales y no se aplica a los actos imperfectamente bilaterales o unilaterales.- La falta del doble ejemplar trae aparejada la nulidad del instrumento, pudiendo el acto aprobarse por otros medios.- esta regulado en los arts. 1021, 1022, 1024, 4025 del Cód. Civil.-

FUERZA PROBATORIA:

· Reconocimiento de la Firma: Los instrumentos privados no gozan de autenticidad y valor probatorio mientras que no haya sido reconocida por el interesado o declarada debidamente reconocida por el Juez competente. Art. 1026 Cód. Civil.- El reconocimiento de la firma lleva como consecuencia el reconocimiento de todo el documento Art. 1028 Cód. Civil.-

· Respecto de terceros: Los instrumentos privados debidamente reconocidos, tienen fuerza respecto de terceros y de los sucesores a título singular, pero solamente después de adquirir fecha cierta.-

MODOS DE ADQUIRIR FECHA CIERTA: Esta regulado en el Art. 1035 inc. 3 del Cód. Civil.

· La de su exhibición en un juicio o en cualquier repartición publica, la mera exhibición no basta, sino que debe quedar archivado.

· La de su reconocimiento frente al escribano y dos testigos que lo firmaren.-

· La de su trascripción en el registro público.-

· la del fallecimiento de la parte que lo firmó, o de la que lo escribió o del que firmó como testigo.

· La de los firmantes que hubieran sufrido la amputación de ambas manos, confiere al documento fecha cierta.-

· La ley a decidido que el sello puesto en una oficina de impuesto, que no evidencie haber sido fraguado, confiere fecha cierta.-

DOCUMENTOS FIRMADOS EN BLANCO: La firma en blanco es perfectamente licita pero la Ley le reconoce al signatario la facultad de impugnar el contenido del documento cuando: Art. 1016 Cód. Civil.

· Que el documento sea hecho valer por la persona a quien se le confió, el cual el firmante puede demostrar que el instrumento ha sido llenado en contra de lo acordado por toda clase de pruebas, salvo la de testigos (Art. 1070 C.C.).-

· Que el documento sea hecho valer por un tercero de buena fe que hubiera contratado con la persona a quien aquél fue confiado.

Ej. Es el de los cheques endosados. (Art. 1018 C.C.).-

· Que el documento haya sido sustraído fraudulentamente a la persona que lo firmó o a la persona a quien se lo hubiera confiado y hubiera sido llenado e contra de la voluntad de ellos.-

INSTRUMENTOS PUBLICOS

CONCEPTO: Son aquellos en los cuales la Ley le reconoce autenticidad, prueban PER SE la verdad de su contenido sin la necesidad del reconocimiento de la firma como

los privados. Ordinariamente interviene un oficial público, pero no es un requisito esencial para todos los intrumentos. Instrumentos. Responden a una seguridad social, que es de asegurar las relaciones jurídicas.-

REQUISITOS :

· Intervención de un oficial público; salvo casos de excepción (art. 979. Inc. 3, 8 y 9 C.C.). la intervención del mismo es la que le confiere al acto seriedad y permite tener por auténtico su contenido.
· Competencia del oficial público, debe obrar dentro de los límites de sus atribuciones, no sólo respecto de la naturaleza del acto, sino también dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones.- esta regulado en el Art. 980 del C.C.-; en este ítem cabe destacar en cuanto a la competencia territorial lo dispuesto por el Art. 981 del C.C. donde son validos los instrumentos hechos por funcionarios fuera del distrito señalado para sus funciones, si el lugar fuese generalmente tenido como comprendido en el distrito.-
· Incompatibilidad por interés directo o parentesco, aunque el oficial fuese designado regularmente y fuera competente, no puede autorizar actos en los que tenga interés personal o lo tengan sus parientes dentro del cuarto grado, y si lo hiciera , el acto es nulo.-
· El cumplimiento de las formalidades legales bajo pena de nulidad.-

ART. 979 C.C. – CLASES:

· Las escrituras públicas hechas por los escribanos en sus libros de protocolo o por otros funcionarios con las mismas atribuciones.-
· Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado.-
· Los asientos en los libros de los corredores, en los casos y en la forma que determine el Código de Comercio.-
· 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 procedimiento.-
· Las letras aceptadas por el gobierno o sus delegados.-
· Las inscripciones de la deuda pública, tanto nacionales como provinciales y municipales.-
· Las acciones de las compañías autorizadas y emitidas de conformidad a sus estatutos.-
· Los billetes, libretas y toda cédula emitida por los Bancos autorizados para tales emisiones.-
· Los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales o en los registros municipales y las copias sacadas de esos libros o registros.-

VALOR PROBATORIO DE SUS CLAUSULAS:

· Hechos cumplidos por el oficial público o basados en presencia suya, el instrumento hace de plena fe hasta que sea erguido de falso por acción civil o comercial
(art.933C.C.).-
· Cláusulas Dispositivas: son las manifestaciones de las partes relativas a haberse ejecutado el acto hace plena fe, pero hasta simple prueba en contrario. (Art. 894 C.C.).-
· Cláusulas Enunciativas: Son expresiones incidentales que las partes han dejado deslizar en sus declaraciones.-
· Los instrumentos públicos emanados por un oficial público incompetente o que no tuviera las formas debidas vale como instrumento privado si esta firmado por las partes.-
· Los instrumentos privados que se agregan a pedido de las partes al libro de protocolo, no se transforma en instrumento público, sino que solo adquiere fecha cierta y valor probatorio.-

Conceptos

Derecho : Orden social justo.

Derecho subjetivo : Prerrogativa otorgada a la persona por el ordenamiento jurídico para exigir de los demás un determinado comportamiento.

Derecho natural : Núcleo del ordenamiento social justo que conforme a la naturaleza humana tiende ala instauración de la justicia en la sociedad.

Derecho positivo : Concreción del derecho natural, es decir, la traducción del derecho natural y su adaptación a las circunstancias sociales concretas de un momento histórico determinado, También definido como el conjunto de normas aplicadas coercitivamente por la autoridad publica.

Derecho civil : Es el que rige al hombre como tal, sin consideración de sus actividades o profesiones particulares, en sus relaciones entre si y con el Estado, en tanto estas relaciones tengan por objeto satisfacer necesidades de carácter humano.

Fuentes o medios de expresión del derecho : Es el origen de donde proviene el derecho.

Fuentes formales : Ley, costumbre y los fallos en pleno emanados de las cámaras de apelación cuando sustancian recursos de inaplicabilidad de la ley.

Fuentes materiales : Jurisprudencia, doctrina de los autores, equidad y derecho comparado.

Ley : Regla emanada de la voluntad autoritaria de los gobernantes o también se define como la regla social obligatoria establecida de modo permanente por la autoridad publica y sancionada por la fuerza.

Ley en sentido material : Norma escrita sancionada por la autoridad publica competente.

Ley en sentido formal : Acto emanado del poder legislativo de acuerdo con lo que prescribe la constitución nacional.

Costumbre : Observancia constante y uniforme de un cierto comportamiento por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica.

Jurisprudencia : Es la fuente de derecho que resulta de la fuerza de la convicción que emana de las decisiones judiciales concordantes sobre un mismo punto.

Doctrina : En el derecho moderno, la doctrina de los tratadistas carece de fuerza obligatoria, pero su opinión suele ser citada con frecuencia en los fallos de los tribunales y en los fundamentos de las leyes. Su valor depende del prestigio y autoridad científica del jurista que la haya emitido.

Equidad: Versión inmediata y directa del derecho natural. También se la define como el derecho natural interpretado objetivamente por el juez.

Derecho comparado : Consiste en el estudio de las diversas instituciones jurídicas a través de las legislaciones positivas vigentes en distintos países.

Interpretación del derecho : Interpretar es buscar el sentido y valor de la norma para medir su extensión precisa y apreciar su eficiencia en cuanto al gobierno de las relaciones jurídicas aparentemente comprendidas en el ámbito de su vigencia.

Orden público : Conjunto de principios eminentes- religiosos, morales, políticos y económicos- a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización establecida.

Codificación : Reunión orgánica de todas las normas vigentes en un país en un cuerpo único.

Common- Law : Sistema jurídico de los pueblos anglosajones, en el cual la base del sistema esta dado por el derecho consuetudinario que ellos llaman derecho común o Common-Law.

Sujeto activo : Es el titular de la relación jurídica y la persona que puede ejercer la prerrogativa a que ella se refiere.

Sujeto pasivo : Es quien debe soportar inmediatamente el ejercicio de la prerrogativa del titular.

Objeto : Esta constituido por el contenido de la prerrogativa del titular.

Causa : la causa de la relación jurídica es el hecho del cual deriva.

Persona : Son todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones.

Persona de existencia visible : Todos los entes que presentaren signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible.

Persona de existencia ideal : 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.

Personas por nacer : Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.

Derechos de la personalidad : Son los derechos innatos del hombre cuya privación importaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad, como el derecho a la vida, a la libertad, al honor, etc.

Atributos inherentes a la persona : Todas las personas, en general, están dotadas de cualidades intrínsecas y permanentes que concurren a constituir la esencia de la personalidad y a determinar al ente individual en su personalidad.

Capacidad : Aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas. También se la define como la aptitud de la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Capacidad de derecho: Aptitud de la persona para ser titular de derechos y obligaciones.

Capacidad de hecho: Aptitud de las personas naturales para actuar por si mismas en la vida civil.

Incapacidad : La incapacidad alude a una ausencia de capacidad del sujeto.

Incapacidad absoluta y relativa : La distinción es en base al grado.
Absoluta: es la que no tiene excepción.

Relativa : es la que tiene excepciones.

Representación : Se utiliza para remediar la incapacidad de hecho y para proteger a las personas en base al principio de igualdad ante la ley y tiene lugar cuando se designa a una persona para que sustituya al incapaz en el ejercicio de sus derechos y realice los actos para los cuales el titular esta impedido.

Asistencia: El incapaz en este sistema no es sustituido por otro en el ejercicio de sus derechos sino que los desempeña de manera conjunta con su asistente. El titular de los derechos, o sea el incapaz, mediante su voluntad que es completada por la voluntad de la persona que ejerce el control puede realizar el ejercicio de sus derechos. En este sistema, si quien debe dar su consentimiento como persona afectada al control se niega a hacerlo, el incapaz puede acudir a la vía judicial para obtener la venia supletoria del magistrado.
Cabe destacar que ambos sistemas frecuentemente funcionan de manera conjunta para remediar la incapacidad de hecho.

El ministerio de menores : El ministerio de menores es el organismo estatal de protección de los incapaces, que suple en nuestro país a otras instituciones extranjeras como el consejo de familia o el consejo legal de la legislación francesa.

El patronato : Bajo esta denominación encontramos al régimen por el cual el estado provee directamente a la protección de los menores disponiendo de ellos, en sustitución de los padres cuando ocurre la perdida o la suspensión de la patria potestad perdida de su ejercicio. Lo ejercen los jueces nacionales o provinciales en concurrencia con la dirección general de minoridad y familia y del ministerio publico de menores.

Menores impúberes y adultos: Según el nuevo art.126 “son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años”.

El nuevo art. 127 dice :”son menores impúberes los que aun no tuviesen la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los veintiún años cumplidos”.
Emancipación civil: Es la institución por la cual los menores de edad quedan liberados de la incapacidad que pesa sobre ellos con anticipación a la mayoría de edad.

Nombre : es la designación exclusiva que corresponde a cada persona

Caracteres:

1) es necesario, cada persona debe tener un nombre.

2) es único, en cuanto nadie puede tener más de una denominación.

3) es inalienable, esta fuera del comercio por ende no es susceptible de enajenación ni de renuncia.

4) es inembargable.

5) es imprescriptible, no se adquiere ni se pierde con el paso del tiempo.

6) es inmutable.

7) es indivisible, la persona debe llevar un mismo nombre frente a todos.

No podrán inscribirse los nombres:

1) que sean extravagantes, ridículos ó contrarios a nuestras costumbres.

2) los nombres extranjeros.

3) los apellidos como nombre.

4) primeros nombres idénticos a los hermanos vivos.

5) más de tres nombres.

nota: se puede apelar las resoluciones denegatorias ante la Cmra.Nacional de Apelaciones en lo civil, dentro de los 15 días de notificados.

Apellido: es la designación común a todos los miembros de una misma familial la adquisición del apellido puede ser originaria o derivada.

Existen dos tipos de adopción; la adopción plena que borra la filiación originaria del adoptado e injerta a éste en la familia del adoptante con los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico, y la adopción simple que impone al adoptado el apellido del adoptante, pero aquél podrá agregar el suyo propio a partir de los 18 años.

Apellido de la mujer casada viuda y divorciada:

Casada : "será optativo para la mujer chazada añadir a su apellido el del marido, precedido por la preposición de" .

Viuda: ésta conserva su nombre de casada mientras permanece en estado de viudez, si contrae nuevas nupcias adquiere el apellido del nuevo marido.

Divorciada :" decretado el divorcio será optativo para la mujer llevar a no el apellido del marido".

Sobrenombre : denominación que no sale del círculo íntimo, carece prácticamente de importancia en el derecho.

Seudónimo: tiene innegable importancia jurídica, es el verdadero sustituto del nombre civil.

Cambio del nombre:

A) por vía principal: Art.15 ley 18248 "por resolución judicial cuando mediaren justos motivos".Ej: nombre ridículo, impronunciable, homonimia, ó que lastimare sentimientos religiosos,etc.

B) por vía de consecuencia : tiene lugar cuando hay un cambio en el estado civil de la persona que incide en el nombre, por Ej., mujer que contrae matrimonio ó adopción,etc.

C) por vía de sanción: mujer con nupcias inválidas ó respecto de la mujer divorciada que lleva de manera deshonrosa el apellido de su marido.

Estado : es un modo de ser de la persona con relación a la familia.

Estado de familia : se refiere exclusivamente al modo de ser de la persona dentro de la familia.(ej: padre/hijo/hermano,etc).

Capacidad y estado : hay íntima conexión entre ambas, pero el estado influye sobre la capacidad y no a la inversa.Ej:el estado matrimonial afecta la capacidad de los integrantes, ya que éstos no pueden hacerse donaciones, ventas entre sí,etc .

Caracteres:

1)está fuera del ámbito de la voluntad y está sujeto a una regulación de orden público.

2)es intransmisible e inalienable.

3)es irrenunciable.

4)es imprescriptible.

5)es indivisible.

6)finalmente es recíproco.(esposo/esposa ; padre/hijo).

Las acciones de estado son dos: reclamación de estado e impugnación de estado.

Domicilio: es el asiento jurídico de la persona.Es necesario para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.Contribuye a la eficiencia de las relaciones jurídicas.

Caracteres:

1)es legal, lo establece la ley.

2)es necesario, no puede faltar en toda persona,es soporte territorial de sus derechos y obligaciones.

3)es único, queda eliminada la posibilidad de dos domicilios simultáneos.

El domicilio es necesario para:

1)determinar la ley aplicable.

2)determinar la competencia de los jueces.

3)indicar el lugar donde han de efectuarse las notificaciones a la persona válidamente.

4)precisar el lugar del cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor.

Distintas especies de domicilios:

*** Domicilio legal :** "lugar donde la ley presume sin admitir prueba en contrario, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no este allí presente".

Su fin es la seguridad jurídica.

*** Domicilio real :** lugar de residencia permanente.

* **Domicilio procesal ó constituido :** domicilio para los efectos de un juicio,notificaciones,intimaciones de pago,etc.

*** Domicilio conyugal:** domicilio de los esposos:

*** Domicilio comercial** : domicilio de los comerciantes, para el cumplimiento de las obligaciones comerciales allí contraídas.

* **Domicilio de las sucursales** : Art.90 inc.4° "las compañías que tengan muchos establecimientos o sucursales tiene domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos para la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales".

* **Domicilio convencional ó de elección** : Art.101 CC."Las personas en sus contratos pueden elegir un domicilio especial para la ejecución de sus obligaciones."

Ausencia Simple.

Requisitos:

1)la desaparición de la persona.

2)la existencia de bienes que exijan cuidado.

3)la falta de apoderado ó situación análoga.

¿ Quienes pueden denunciar la ausencia ?

No se declara de oficio sino a pedido de parte.Pueden pedir la declaración de ausencia y nombramiento de curador : el ministerio público y toda persona que tuviere interés legítimo sobre los bienes del ausente.

Posibles curadores:

a.- cónyuge, con vocación hereditaria ó sociedad conyugal.

b.-hijos.

c.-padre/madre.

d.-hermanos y tíos.

e.-los demás parientes.

Cesa la curatela del ausente:

1) por presentación del ausente.

2) por muerte del mismo.

3)por declaración judicial de fallecimiento presunto.

* La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos de la persona muerta a la persona que sobrevive a la cual la ley ó el testador llama para recibirlos.

Ausencia con presunción de fallecimiento : se presenta cuando una persona se ausenta de su domicilio por un lapso prolongado.

Casos en que se puede pedir la declaración de muerte presunta:

I) CASO ORDINARIO : ausencia sin noticias durante 3 años.Se presume el día de fallecimiento como el último día del año y medio desde la última noticia.

II) CASO EXTRAORDINARIO Ó GENÉRICO : cuando el ausente se hubiere encontrado en un incendio,terremoto,guerra,etc ó empresa con riesgo y no se hubieren recibido noticias de él por dos años contados desde el día en que ocurrió o pudo haber ocurrido el suceso.Se presume el día de fallecimiento el día de la catástrofe y si duro más de un día el término medio.

III) CASO EXTRAORDINARIO ESPECÍFICO : cuando el ausente se encontrara en una nave ó aeronave naufragada ó perdida y no se hubieren recibido noticias de él por seis meses desde el día en que ocurrió ó pudo haber ocurrido el suceso.Se presume el día de fallecimiento el último día en el que se haya recibido noticia del buque ó aeronave.

Pueden pedir la declaración de presunción de fallecimiento:

a.-el cónyuge del ausente.

b.-los herederos.

c.-el fisco.

d.-el beneficiario de un seguro sobre la vida del ausente.

e.-cualquier contratante cuyas obligaciones caducan por la muerte de la contraparte.

Procedimiento del juicio:

1.-se nombrará defensor del ausente.

2.-se lo cita al ausente por edictos, una vez por mes durante seis meses.

3.-recepción de pruebas.

4.-el defensor debe ser oído luego de producidas las pruebas y éstas deben ser controladas por él.

5.-se fijará el día presuntivo de la muerte y se inscribirá la sentencia en el Registro del Estado Civil de las Personas.

*** Con respecto al matrimonio: "** la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento autoriza al orto cónyuge a contraer nuevo matrimonio, quedando disuelto el vínculo matrimonial al contraerse segundas nupcias".

La reaparición del ausente no causará la nulidad del nuevo matrimonio.

* Dictada la declaración, el juez si existiere mandará a abrir el testamento, previa formación de inventario.

Los herederos pueden ser :

a.-legítimos: convocados por la ley.

b.-testamentarios: convocados por el presunto muerto vía testamento.

c.-legatarios: convocados por el testador para recibir en bien particular.

* Durante un cierto lapso los titulares actuales de los bienes no pueden "ni enajenarlos, ni gravarlos" sin autorización judicial.

(período de prenotación,son cinco años desde la declaración de fallecimiento ú ochenta desde el nacimiento del titular).

REAPARICIÓN DEL AUSENTE

1) si aparece antes de la entrega de bienes; queda sin efecto la declaración de fallecimiento y se devuelven al titular todos los bienes, se retrotrae la situación.

2) si aparece durante el período de prenotación; queda sin efecto la declaración de fallecimiento,los productos deben volver a su dueño, en cambio los frutos que se generaron durante la ausencia del titular, quedan en poder de los sucesores.

3) si aparece después del período de prenotación ; podrá reclamar la entrega de los bienes que existiesen y en el estado en que se hallasen, además no hay obligación de devolver los bienes enajenados y el ausente debe aceptar deterioro, disminución y estado jurídico de los mismos.

Persona Jurídica.

Concepto:

El art.30 del CC sostiene que "son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones", mientras que el art.32 del CC aclara que," todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal ó personas jurídicas."

Las personas jurídicas pueden ser de carácter público ó privado.

Tienen carácter público:

1)el Estado nacional, las provincias y municipios.

2)las entidades autárquicas.(son entes del Estado, se gobierna a sí mismas, buscan el interés público y su patrimonio es indep'te del Estado)

3)la Iglesia Católica.

Tienen carácter privado:

1) las asociaciones y fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces de adquirir bienes por medio de sus estatutos, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado y obtengan autorización para funcionar.

2)las sociedades civiles y comerciales ó entidades que conforme la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar.

Personas jurídica de carácter público:

Son instituidas por normas del derecho público, según el código es de existencia necesaria, además nacen de la ley ó de un acto administrativo.

Personas jurídica de carácter privado:

Son instituidas por normas de derecho privado, son de existencia posible y pueden tener o no autorización para funcionar.

Si requieren autorización estatal para funcionar : asociaciones,fundaciones,ciertas sociedades comerciales (cooperativas, compañías de seguros,etc) y otras entidades, como academias nacionales ó universidades privadas.

No requieren autorización estatal para funcionar: sociedades civiles, sociedades comerciales, sociedades de hecho con objeto comercial y otras (ej:consorcios de propiedad horizontal).

Requisitos:

1)Acto constitutivo.Acto conjunto (asociaciones) y acto fundacional (fundaciones).

2)Que tengan por principal objeto el bien común.

3)Que posean patrimonio propio.

4)Que sean capaces por medio de sus estatutos de adquirir bienes.

5)Que no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado.

6)Que tengan o no autorización del Estado.

* Las personas jurídicas tienen capacidad de derecho (son titulares de derechos).

* Tienen incapacidad de hecho (ejercen sus derechos por medio de representantes legales).

Capacidad de las personas jurídicas:

a)capacidad patrimonial.

b)principio de especialidad.

c)restricciones a la capacidad.

Responsabilidad de las personas jurídicas:

a)responsabilidad contractual.

b)responsabilidad extracontractual.

c)responsabilidad penal.

Art.45 "la existencia de la persona jurídica comienza con la autorización del Estado"

Autorizadas por ley o gobierno con sus estatutos y confirmación de los prelados en la parte religiosa.

Asociaciones: es la unión estable de un grupo de personas independientemente del cambio de sus miembros, además posee una constitución cooperativa, un nombre colectivo y sus bienes son administrados por los miembros.

Las asociaciones comerciales persiguen primordialmente un fin de lucro, que redundara en el beneficio de sus miembros, mientras que las asociaciones civiles, por el contrario, persiguen finalidades exentas de lucro y tienden más directamente a la consecución del bien común.

Órganos de gobierno de la asociación:

1.-Asamblea: autoridad superior, nombra y remueve a la comisión directiva, aprueba y rechaza las cuentas y puede modificar los estatutos (ley primordial).

2.-Órgano ejecutivo: se encarga de la dirección, administración y ejecución de las decisiones de la Asamblea.

3.-Interventores judiciales: controlan el abuso de las funciones.(medida cautelar)

4.-Organismo de control y vigilancia: asesoran a la asamblea sobre la gestión de los dirigentes,caundo es una sola persona ,sindico,y cuando son barrías comisión revisora.

Fundaciones: creada por un acto fundacional, con un fin altruista, persigue el bien común sin fines de lucro.

Caracteres

a)tiene un fin altruista.

b)carece de miembros.

c)tiene un patrimonio afectado a un fin lícito.

d)la normativa está dada por el fundador.

Requisitos:

1.-datos del fundador.

2.-domicilio y nombre de la fundación.

3.-objeto de la entidad.

4.-patrimonio inicial y recursos.

5.-plazo de duración.

6.-organización administrativa.

7.-cláusulas para el funcionamiento de la entidad.

8.-procedimiento para reformar el estatuto.

9.-fecha de cierre del ejercicio anual.

10.-cláusulas de disolución, liquidación y destino de bienes.

Fin de la existencia de las personas jurídicas

1)decisión de sus miembros aprobada por autoridad competente.

2)por decisión de la ley, sin importar la voluntad de los miembros.

3)por conclusión de bienes destinados a sostenerla.

Disolución voluntaria : en las asociaciones sus miembros deciden libremente su extinción, en las fundaciones lo debe establecer el estatuto.

Disolución forzada : puede ser dispuesta por la ley,ó por el organismo estatal que la autorizó.

También se pueden disolver por retiro de la personería, desaparición de bienes, muerte de los miembros,cumplimiento del objeto ó fusión.

Destino de los bienes : tendrán el destino previsto en sus estatutos.

Si se trata de una sociedad con fines de lucro, los aportes y el remanente de los bienes se distribuyen entre los miembros.En el caso de las fundaciones, se destinan a una entidad de carácter público ó a otra persona jurídica sin fines de lucro.

Patrimonio: es el conjunto de derechos y obligaciones de una persona susceptibles de apreciación pecuniaria.

El art.2312 dice: "el conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio".

Esta compuesto por un patrimonio general y varios especiales.

Caracteres:

1)es una universalidad jurídica.

2)es necesario.

3)es único e indivisible.

4)es inalienable, si pueden enajenarse los bienes que lo componen.

5)es idéntico a sí mismo.

Derechos patrimoniales: se dividen en reales,personales e intelectuales.

Derechos reales : conceden al titular un señorío sobre la corazón absolutos, de creación legal y de duración ilimitada.

Derechos personales : son aquellos que establecen relaciones entre las personas, tienen tres elementos:

a.-el titular de la relación jurídica (acreedor)goza de la prerrogativa de exigir el cumplimiento de la prestación debida.

b.-el sujeto pasivo(deudor)debe cumplir con dicha prestación.

c.-el objeto,es la prestación que el deudor debe satisfacer al acreedor.Puede ser una cosa ó la realización de un hecho.

Además son relativos,de creación particular y pueden extinguirse.

Derechos intelectuales : es le derecho que tiene el autor de una obra, para disponer de ella y explotarla por cualquier medio.La propiedad intelectual caduca a los 70 años de la muerte del autor.

Clasificación de las cosas: existen las cosas inmuebles que se encuentran fijas a un lugar y las muebles que pueden trasladarse de un sitio a otro.

Cosas inmuebles:

a) Inmuebles por naturaleza : inmovilizadas por sí mismas.ej: suelo,ríos,etc

b) Inmuebles por afección física : cosas mubles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo. ej: molinos,edificios,etc.

c) Inmuebles por destino : cosas muebles puestas por el propietario al servicio de un inmueble. ej: arados.

d) Inmuebles por carácter representativo: los instrumentos público de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, salvo hipotecas y anticresis.

Cosas muebles:

a) Muebles por naturaleza : son las cosas que pueden ser transportadas de un lugar a otro por sí mismas o por una fuerza externa.

b) Muebles por su carácter representativo : todos los instrumentos públicos ó privados en los que coste la adquisición de derechos personales; así mismo lo son los instrumentos públicos donde constaren derechos reales de hipoteca y anticresis.

* Los derechos reales de hipoteca y anticresis sólo pueden recaer sobre inmuebles, mientras que la prenda sólo recae sobre muebles.

Cosas fungibles y no fungibles : son fungibles aquellas que pueden sustituirse las unas a las otras de la misma calidad y en la misma cantidad. ej: trigo,vino,etc.

Son no fungibles las cosas que no pueden reemplazarse las unas a las otras de manera perfecta. ej: caballo de carreras.

Cosas consumibles y no consumibles : son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso, ej: alimentos,bebidas,etc.Y son cosas no consumibles aquellas que no dejan de existir con el primer uso, ej: un auto, un libro,etc.

Cosas divisibles e indivisibles : son cosas divisibles aquellas que pueden ser divididas en porciones reales, ej : tierra,granos,moneda,etc.Y son cosas indivisibles las que no pueden ser partidas sin destituirlas, ej: mesa,lámpara,etc.

Cosas principales y accesorias : las principales tiene existencia propia, las cosas accsesorias,dependen su existencia de otra. ej: cosa principal, tela ; cosa accesoria,marco.

Frutos y productos: se llaman frutos a las cosas que previenen periódicamente de otra sin alterar su sustancia. ej: frutas de un árbol.

Y son productos también proviene de una cosa,pero una vez extraídos no se renuevan en ella. ej: el mineral de un yacimiento.

Bienes del Estado

Bienes públicos : enumeración.

1) los mares territoriales.

2) los mares interiores,bahías,ensenadas,puertos y ancladeros, sin incluir los golfos.

3) los ríos y sus cauces.

4) las playas del mar y las riberas internas de los ríos.

5) los lagos navegables y sus lechos.

6) las islas formadas en el mar territorial,río,lagos navegables, cuando ellas no pertenezcan a particulares.

7) las calles,playas,caminos,canales,puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad ó comodidad común.

8) los documentos oficiales de los poderes del Estado.

9) las minas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico.

Naturaleza y caracteres del dominio público : lo que caracteriza el dominio público del Estado es la posibilidad de aprovechamiento y goce directo de los bienes por el pueblo.

Caracteres:

a.- son inalienables

b.- son imprescriptibles.

c.-son de uso gratuito.

Bienes del dominio privado del Estado:

1) las tierras sin dueño.

2) las minas de oro,plata,cobre,piedras preciosas y substancias fósiles.

3) los bienes vacantes o mostrencos y los de las personas que mueren sin herederos.

4) los murros plazas de guerra,puentes,ferrocarriles.

5) las embarcaciones que diere en las costas de los mares o ríos en la República,sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo enemigos ó corsarios.

* Después de enumerar nuestro Código cuáles son los bienes pertenecientes al Estado nacional o provincial, a las municipalidades y a la Iglesia, dice que todos los demás pertenecen a los particulares, sean personas naturales ó jurídicas.(art.2347 CC).

Causa de la relación jurídica:

Los hechos jurídicos: son aquellos que tienen la virtualidad de causar un efecto jurídico; tales son los hechos jurídicos que el artículo 896, del código civil, define como todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones. Esto quiere decir que el hecho jurídico se caracteriza por poseer la virtualidad de producir una consecuencia de derecho. Estos tienen su vida y recorren un ciclo que se resume en tres momentos: nacimiento (o adquisición), modificación y extinción.

Clasificación de los hechos jurídicos. Actos

Se denominan hechos humanos los que provienen del hombre, y hechos externos – o hechos naturales o accidentales- aquellos cuya causa es extraña al hombre, Ej. Terremotos, tempestades.

Como es lógico los hechos humanos se subdividen en voluntarios e involuntarios. Son voluntarios los actos realizados con discernimiento, intención y libertad. Si faltare alguno de estos elementos el acto es involuntario.

Los actos voluntarios se subdividen en lícitos e ilícitos.

Son actos lícitos los que la ley no prohíbe : quedan comprendidos en un a zona amplia, en cuya orbita se despliega automáticamente la libertad humana. Son ilícitos lo actos reprobados por la ley; cuando causan daño imputables al agente en

razón de su culpa o dolo, originan la obligación de indemnizar al damnificado.

Los actos lícitos se dividen según sus autores tengan o no intención de producir un efecto jurídico, en actos jurídicos y en simples hechos voluntarios lícitos. Los actos jurídicos son los actos lícitos realizados con el fin inmediato de producir la adquisición de, modificación y transferencia o exención de un derecho (art. 944).

Por su parte los actos ilícitos se subdividen en delitos y cuasidelitos, según que el autor de ellos haya obrado o no con intención de dañar.

La diferencia entre el hecho jurídico y el acto es que todo acto jurídico es también hecho, pero a la inversa no todo hecho jurídico es acto.

Condiciones internas:

Discernimiento: El articulo 921 establece que "los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueran actos lícitos practicados por menores impúberes o actos ilícitos por menores de 10 años, como también los actos de los dementes que no fueran practicados en intervalos lucidos y los practicados por cualquier accidente, estén sin uso de razón.

El discernimiento es la aptitud que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo injusto de lo justo y la aptitud de apreciar las consecuencias convenientes e inconvenientes de las acciones humanas.

Intención : Es el segundo elemento del acto voluntario, es el propósito de realizar un acto después de discernir, cuando hay concordancia entre el fin del acto y el resultado obtenido, entonces el acto es intencionado. La ausencia de intención se caracteriza por la discordancia entre el fin y el resultado que este produce, según el articulo 922 c.c "los actos serán reputados practicados sin intención cuando fueren hechos por ignorancia o error...".

Libertad : Es el tercer elemento interno de la voluntad, es la posibilidad que tiene el agente de elegir entre diversos motivos. El acto será efectuado con libertad cuando no se ejerza sobre el agente coacción externa que excluya la espontaneidad del sujeto, forzándolo a obrar en un cierto sentido, entonces el acto será realizado sin libertad y tratado por la ley como involuntario. Los vicios que afectan la libertad son la violencia y la intimidación.

Condiciones externas: Reconociendo la insuficiencia de los elementos internos de la voluntad para conferirle valor al acto jurídico, el artículo 913 c.c dispone que "ningún hecho tendrá el carácter de voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste". Esto es lo que llamamos manifestación o declaración de la voluntad. Por declaración de voluntad debe entenderse no solo la palabra verbal o escrita sino toda conducta o proceder que de acuerdo con la circunstancia permite seguir la existencia de la voluntad.

Distintas formas de la manifestación de la voluntad : la declaración de la voluntad puede ser formal o no formal, positiva o tacita, inducida o por presunción de ley.

El silencio como manifestación de la voluntad: el principio, el silencio guardado por una persona con respecto a una oferta o a la conducta de otra no puede ser tomado como manifestación de la voluntad (Art. 919 primera parte)

Sin embargo hay hipótesis en que la ley atribuye al silencio el alcance de una manifestación de la voluntad: 1 cuando haya una obligación de explicarse por la ley, es decir que el silencio equivale a una declaración de reconocimiento.

2- Cuando haya obligación de explicarse pro la relaciones de familia.

3- Cuando haya una obligación de explicarse a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.

4- A los previstos en el (Art. 919 cc) hay que añadir el caso de que las partes hayan convenido que el silencio de una de ellas sea tomado como declaración de la voluntad en un sentido dado.

Actos ilícitos : son actos voluntarios, reprobados por la ley, y que causan daño imputable al agente en razón de su dolo o culpa (Art. 1066 y 67).

Para que exista un acto ilícito, en derecho civil es indispensable:

1. voluntariedad del acto.
2. Reprobación de la ley.
3. Existencia de un daño.
4. Intención dolosa o culposa del agente.

Clasificación de los actos ilícitos.

Se clasifican en delito y cuasidelito. Los primeros son aquellos realizados con la intención de producir el resultado contrario a la ley, tales como el homicidio premeditado o el robo realizado con dolo. Los segundos no media intención, sino que el daño ha

resultado de un acto llevado a cabo sin tomar todas la diligencias para evitar el daño.

Responsabilidad Civil.

El acto ilícito es aquel que provoca daño, para que sea ilícito y para que genere responsabilidad civil deben darse necesariamente cuatro presupuestos:

1. una conducta del agente entendida como actuar indebidamente.
2. una exista de un daño.
3. relación causa- efecto.
4. factor de atribución de responsabilidad. Puede ser subjetiva u objetiva.

Actos involuntarios.

Establece el Art. 900 que los hechos que fueren efectuados sin discernimiento intención y libertad no producen por sí obligación alguna.

Los hechos involuntarios no son imputables a su autor, esta regla tiene una excepción: si como consecuencia del hecho involuntario, el autor se hubiera enriquecido deberá indemnizar a la victima en la medida del enriquecimiento (Art. 907 cc).

El Art. 908 establece que en el caso de daños causados por personas que obran sin discernimiento son responsables los que tienen a su cargo, es decir, los padres, tutores o curadores.

Imputabilidad de los actos voluntarios: Causalidad.

El Art. 901 establece las consecuencias de los actos voluntarios los cuales pueden ser inmediatas en la que responde todo agente, pueden ser mediatas en las que responde el agente que obra con dolo o culpa, puede ser casual en la que solo responde el autor doloso y puede ser remota en la que no responde ningún agente. Todas estas están establecidas en el código civil desde el Art. 903 hasta el 906.

Forma de los actos jurídicos:

Las forma es el tercero y ultimo de los elementos esenciales de los actos jurídicos. Para nosotros la forma del acto jurídico es la manera de cómo se exterioriza la voluntad del sujeto respecto del objeto, en orden a la consecución del fin jurídico propuesto.

La forma puede ser esencial y legal. Clasificación de los actos jurídicos en cuanto a su forma, estos pueden ser formales y no formales. Son formales los actos jurídicos cuya validez depende de sus celebración bajo la forma exclusivamente determinada por la ley y son actos no formales aquellos para los cuales la ley no señala forma determinada. También se los suele llamar en solemnes y no solemnes. Los actos formales solemnes pueden acarrear la sanción de nulidad más efectos civiles. En cambio los no solemnes acarrean la sanción de nulidad.

Instrumentos Privados.

Son aquellos documentos firmados por las partes sin intervención de oficial público alguno. Pueden ser redactados en idioma nacional o extranjero, llevar o no fecha, etc. Esta regulado en Nuestro Código Civil en los Arts. 1012 y Sig.

a) La Firma: Es la condición esencial para la existencia y validez del Instrumento Privado, debe ir al pie y no puede ser reemplazada por signos, ni por iniciales, esto tiende a proteger a las personas analfabetas. La firma lleva por objeto asumir las responsabilidades inherentes al documento que suscribe.-

· **Firma a Ruego** : Los instrumentos privados a ruego son plenamente validos en materia comercial. Pero En materia civil el instrumento firmado a ruego es inoperante, no esta establecido en el Cód. Civil, por que esta validez viene por decisión del Juez.-
· **Impresión Digital:** es admisible, la persona que ha estampado su firma digital sabe leer y no ha firmado por un impedimento circunstancial, el documento es plenamente válido como su hubiere puesto la firma.-

b) Doble Ejemplar: Los actos que contengan convenciones perfectamente bilaterales deben ser redactados en tantos ejemplares como partes haya con un interés distinto, este es exigido en los actos perfectamente bilaterales y no se aplica a los actos imperfectamente bilaterales o unilaterales.- La falta del doble ejemplar trae aparejada la nulidad del instrumento, pudiendo el acto aprobarse por otros medios.- esta regulado en los arts. 1021, 1022, 1024, 4025 del Cód. Civil.-

FUERZA PROBATORIA:
· Reconocimiento de la Firma: Los instrumentos privados no gozan de autenticidad y valor probatorio mientras que no haya sido reconocida por el interesado o declarada debidamente reconocida por el Juez competente. Art. 1026 Cód. Civil.- El reconocimiento de la firma lleva como consecuencia el reconocimiento de todo el documento Art. 1028 Cód. Civil.-
· Respecto de terceros: Los instrumentos privados debidamente reconocidos, tienen fuerza respecto de terceros y de los sucesores a título singular, pero solamente después de adquirir fecha cierta.-

Modos de adquirir fecha cierta: Esta regulado en el Art. 1035 inc. 3 del Cód. Civil.
· La de su exhibición en un juicio o en cualquier repartición publica, la mera exhibición no basta, sino que debe quedar archivado.
· La de su reconocimiento frente al escribano y dos testigos que lo firmaren.-
· La de su trascripción en el registro público.-
· la del fallecimiento de la parte que lo firmó, o de la que lo escribió o del que firmó como testigo.
· La de los firmantes que hubieran sufrido la amputación de ambas manos, confiere al documento fecha cierta.-
· La ley ha decidido que el sello puesto en una oficina de impuesto, que no evidencie haber sido fraguado, confiere fecha cierta.-

Instrumentos Públicos:

Son aquellos en los cuales la Ley le reconoce autenticidad, prueban PER SE la verdad de su contenido sin la necesidad del reconocimiento de la firma como los privados. Ordinariamente interviene un oficial público, pero no es un requisito esencial para todos los instrumentos. Instrumentos. Responden a una seguridad social, que es de asegurar las relaciones jurídicas.-

Requisitos :
· Intervención de un oficial público; salvo casos de excepción (art. 979. Inc. 3, 8 y 9 C.C.). la intervención del mismo es la que le confiere al acto seriedad y permite tener por auténtico su contenido.
· Competencia del oficial público, debe obrar dentro de los límites de sus atribuciones, no sólo respecto de la naturaleza del acto, sino también dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones.- esta regulado en el Art. 980 del C.C.-; en este ítem cabe destacar en cuanto a la competencia territorial lo dispuesto por el Art. 981 del C.C. donde son validos los instrumentos hechos por funcionarios fuera del distrito señalado para sus funciones, si el lugar fuese generalmente tenido como comprendido en el distrito.-
· Incompatibilidad por interés directo o parentesco, aunque el oficial fuese designado regularmente y fuera competente, no puede autorizar actos en los que tenga interés personal o lo tengan sus parientes dentro del cuarto grado, y si lo hiciera , el acto es nulo.-
· El cumplimiento de las formalidades legales es bajo la pena de nulidad.-

En el art. 979 están especificadas las clases de instrumentos públicos:
· Las escrituras públicas hechas por los escribanos en sus libros de protocolo o por otros funcionarios con las mismas atribuciones.-
· Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado.-
· Los asientos en los libros de los corredores, en los casos y en la forma que determine el Código de Comercio.-
· 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 procedimiento.-
· Las letras aceptadas por el gobierno o sus delegados.-
· Las inscripciones de la deuda pública, tanto nacionales como provinciales y municipales.-
· Las acciones de las compañías autorizadas y emitidas de conformidad a sus estatutos.-
· Los billetes, libretas y toda cédula emitida por los Bancos autorizados para tales emisiones.-
· Los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales o en los registros municipales y las copias sacadas de esos libros o registros.-

Vicios de los actos jurídicos :

Se de nominan vicios de los actos jurídicos a ciertos defectos congénitos de ellos, susceptibles de producir la invalidez de los actos que los padecen, para Freitas los vicios de los actos jurídicos son substanciables o de forma. Habrá vicio cuando substancial cuando sus agentes no los hayan practicado con intención o libertad, o cuando no los hayan celebrado de buena fe. Los vicios consistentes en la falta de intención son la ignorancia o error y el dolo; el que incide en la falta de libertad, la violencia; los que radican en la falta de buena fe, la simulación o el fraude.

Los vicios de forma provienen de la inobservancia de las formalidades de la ley respecto de ciertos actos jurídicos.

Ignorancia y Error.

El error es el falso conocimiento que se tiene de una cosa, mientras que la ignorancia es la ausencia de conocimiento acerca de algo.

Especies de error.

Estos pueden ser errores de hecho:

a. Error radical. Estos no vician la voluntad sino que la destruyen enteramente. Puesto que impiden la formación del acto.

b. Errores esenciales. Tienen gravedad media. No impiden a la formación del acto pero dan lugar a la sanción de nulidad, estos versan sobre la persona con la quien se celebra el acto o sobre la cualidad substancial de la cosa, en estos casos el acto viciado

es anulable y de nulidad relativa.

c. Error ligero, también llamado accidental. Dejan el acto intacto y valido: son los que versan sobre las cualidades accidentales de la cosa, sobre su valor, sobre los motivos individuales del acto, etc.

Según el código existen tres tipos de errores de hecho:

A) Error excluyente de la voluntad, es el que recae sobre la naturaleza del acto jurídico cumplido o sobre la identidad del objeto. A esos errores se refieren los arts. 924 y 927 del código civil.

B) Error esencial: Existe error esencial que vicia la voluntad de quien lo padece y, por ende, da lugar a la anulación del acto, si el error incide en la persona de la contraparte, o en la cualidad sustancial de la cosa que constituye el objeto del acto.

C) Error accidental o indiferente: se lo llama así por que no ejerce influencia alguna sobre la suerte del acto.

Error de derecho:

Según el art. 20 del código civil "la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no esta expresamente autorizada por la ley", es el error que versa de ignorancia de la persona sobre la ley, salvo las excepciones establecidas por la ley, ej. Arts. 3428 y 784.

Dolo:

En lo relativo al cumplimiento de las obligaciones el dolo designa la deliberada inejecución por parte del deudor, también designa las maniobras empleadas por una de las partes que vician la voluntad de la otra en la celebración del acto jurídico.

Clasificaciones del dolo:

La más importante de todas distingue el dolo principal del incidental. El primero es el engaño determinante de la voluntad ajena, y a su vez el incidental es el engaño que sin determinar la realización del acto, ha logrado que la víctima consienta en condiciones más onerosas para ella.

También se puede clasificar en directo e indirecto, siendo directo el cometido por alguna de las partes otorgante del acto y el indirecto por un tercero. Y la última clasificación cosiste en positivo y negativo, el primero consiste en acciones positivas del autor del engaño y el segundo se refiere a las omisiones voluntarias.

Las condiciones para que el dolo determine la anulación del acto están incluidas en el articulo 932 del c.c. y reza lo siguiente: "para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las siguientes circunstancias: 1) que haya sido grave; 2) que haya sido la causa determinante de la acción; 3) que haya ocasionado un daño importante; 4) que no haya habido dolo por ambas partes.

Sanciones a que da lugar el dolo:

Las sanciones con las cuales la ley previene la realización de acciones u omisiones dolosas, y procura su remedio cuando ocurren, son diferentes según que el dolo reúna o no los requisitos antes examinados, además de la nulidad, y con juntamente con ella la victima del dolo puede reclamar los daños y perjuicios que la realización del acto invalido le ha provocado.

Dolo de un tercero:

Nuestro Código no admite diferencia alguna según que provenga el dolo de la contraparte o de un tercero (art. 935).

Fuerza e intimidación:

Se denomina violencia a la coerción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una persona determinaría contra su voluntad a la realización de un acto jurídico. Asume dos formas: La violencia física o moral. La primera, también llamada "fuerza" en nuestro derecho, tiene lugar cuando la voluntad se manifiesta bajo el imperio de una presión física irresistible. La segunda o "intimidación" consiste en la amenaza de un sufrimiento futuro aunque inminente. A estos tipos de violencia se refiere el Código en los artículos 936/7. Cuando se ejerce la coerción descripta, la voluntad del sujeto no desaparece, pero ella esta viciada por resultar afectada fundamentalmente la libertad del agente.

El art. 937 "Habrá intimidación, cuando se inspire a unos de los agentes por injustas amenazas un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos."

Sanciones a la que da lugar la violencia:

Cuando la violencia reúne los requisitos que la ley establece, procede la aplicación de dos sanciones distintas e independientes, a

saber; la nulidad del acto y la indemnización de daños y perjuicios que sufre la parte violentada.

Temor reverencial:

así se llama el temor de desagradar a ciertas personas a quienes se debe respeto y sumisión. Según al art. 940 “no es causa suficiente para anular los actos”

Violencia ejercida por un tercero:

Si el autor de la violencia no es la contraparte sino un tercero, se reproducen las consecuencias ya estudiadas con relación al dolo.

El acto obrado será invalido (anulable y de nulidad relativa) si la intimidación reúne los caracteres grales.

Simulación:

Ferrara la define como “la declaración de un contenido de voluntad no real emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”. Lo encontramos el art. 955 “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 trasmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten”.

Requisitos del acto simulado:

Según Ferrara son tres. 1) Una declaración de voluntad disconforme con la intención efectiva del sujeto; 2) Concertada de acuerdo entre las partes del acto simulado; 3) Con el propósito de engañar a terceros.

Clases de simulación:

Esta puede ser absoluta: cuando se celebra un acto que nada tiene de real. Relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter. Las podemos encontrar en el art. 956 del c.c.

Podemos hablar de simulación lícita e ilícita. Según el art. 957 la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito. En cambio es ilícita cuando perjudica a terceros o cuando tiene otro fin ilícito.

¿Quiénes pueden ejercer la acción de simulación? Las partes del acto simulado o cuales quiera terceros interesados, tales como acreedores de la partes, fiadores de ellos, herederos perjudicados, legatarios de las cosas comprendidas en la simulación.

Consecuencias de la declaración de la simulación:

La declaración judicial de la simulación verifica la inexistencia del acto celebrado. Tratándose de una simulación relativa, la declaración judicial desvanecerá el cacto simulado pero al propio tiempo dará eficacia al acto oculto. En cambio si la simulación es absoluta, declarada la inexistencia del acto ostensible, cada parte quedará en la misma situación jurídica preexistente a la simulación. La acción prescribe a los dos años.

Acción ejercida por terceros:

Si la simulación es lícita, los terceros carecen de acción para verificar la inexistencia del acto simulado, pues sin interés no hay acción. En cambio cuando ella es ilícita, los terceros pueden demandar la declaración de simulación.

Fraude:

Cuando una persona insolvente enajena bienes, a fin de sustraerlos a la ejecución de sus acreedores queda configurada la situación cuyo remedio procura la ley mediante la acción pauliana o revocatoria concedida a los acreedores perjudicados por el fraude.

Acción revocatoria.

Los requisitos para la acción revocatoria están establecidos en el art. 962, pero si se impugna un acto a título oneroso se agrega como requisito el indicado en el art. 968: La complicidad del adquiriente.

Nulidad y anulación de los actos jurídicos:

Sanción en general, es el proceder impuesto por la autoridad pública al autor de una infracción a un deber jurídico.

La sanciones se clasifican en resarcitorias, represivas y cancelatorias.

a) Las sanciones resarcitorias consisten en la imposición al infractor de la realización de un hecho de naturaleza similar al objeto del deber jurídico incumplido, la reparación de los daños y perjuicios provenientes del incumplimiento de una obligación, ésta sanción procura reestablecer de la situación de las personas damnificadas.

b) Las sanciones represivas imponen la realización de un hecho de naturaleza diferente al objeto de dicho deber, se inspira en la idea de castigo, corrección, defensa social, etc.

c) Las sanciones cancelatorias consisten en la caducidad de derechos o potestades.

Sanción de nulidad:

La nulidad según la concepción clásica es una sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico, en virtud de una causa existente en el momento de la celebración.

Entre las características de la nulidad, encontramos que es una sanción legal, es decir que encuentra su fuente en la fuerza imperativa de la ley. En segundo lugar, la nulidad importa el aniquilamiento de los efectos propios del acto jurídico. Y por último, la sanción de nulidad actúa en razón de una causa originaria.

Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos:

La nulidad es una sanción o calificación de la ley que recae sobre un acto jurídico efectivo, para privarlo de sus efectos propios, o para significar la carencia de esos efectos.

La inexistencia de los actos jurídicos es una “noción primordial del razonamiento y de la lógica”, según Moyano, que corresponde a ciertos hechos materiales, a los cuales falta algún elemento esencial para ser un acto jurídico, sea el sujeto, el objeto o la forma, entendida esta última como la manifestación de la voluntad del sujeto especto del objeto.

Actos de inoponibilidad:

Mientras el acto inválido carece de efectos respecto de las partes, lo contrario ocurre con el acto inoponible, que siendo válido entre las partes no produce efectos respecto de determinadas personas ajenas a él. Ej: El acto viciado de fraude, es decir, celebrado por el deudor en perjuicio de sus acreedores, no es oponible al acreedor de fecha anterior.

En conclusión el art. 1037 no exige que la sanción de nulidad esté expresamente consagrada en la ley, pero siempre deriva de la ley.

Clasificación de las nulidades:

Para nuestro interés las clasificaciones más relevantes de nulidades son, según la índole rígida y fluida de la invalidez que pueden derivar en actos nulos y anulables. Y según el rigor de la sanción de la invalidez que pueden derivar en nulidad absoluta y relativa.

Nulidades de derecho (actos nulos):

Son aquellos actos que la ley prohíbe por sí misma y sin la cooperación de otro órgano o poder.

Nulidades dependientes de apreciación judicial (actos anulables):

En éstos casos la ley por sí misma es impotente para aniquilar el acto, pero puede establecer un principio de sanción desenvuelto definido y regulado por el juez, es una nulidad intrínsecamente dependiente de apreciación judicial.

Nulidades absolutas y relativas:

Son independientes de la distinción de los actos en nulos y anulables, se encuentran en otra categoría puesto a que existen actos nulos de nulidad absoluta y actos nulos de nulidad relativa, así como hay actos anulables de nulidad absoluta y actos anulables de nulidad relativa.

La nulidad absoluta se distingue de la nulidad relativa por el mayor rigor de la sanción legal de invalidez, calidad que su turno depende deque el acto afectado entre o no en conflicto con el orden público o las buenas costumbres.

Teoría del acto jurídico inexistente:

La “inexistencia” es una noción conceptual (no legal), que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos, que no obstante tener la apariencia de actos jurídicos, no son tales por carecer de algún elemento esencial de ellos, sea el sujeto, sea el objeto, sea la forma específica. A este no ser acto jurídico se lo designa adecuadamente con la denominación de “acto jurídico inexistente”. No solo se lo denomina como nulo, al acto, sino también como inexistente.

Actos nulos:

Estos pueden tener este carácter por fallas referentes al sujeto, al objeto o a la forma.

a) Actos nulos por falla relativa al sujeto: esta puede ser por carencia de capacidad de hecho, por capacidad de hecho restringida (representación necesaria insuficiente), o por incapacidad de derecho.

b) Actos nulos por fallas concernientes al objeto del acto: se puede dar por simulación o fraude presumidos por la ley, por perseguir un objeto prohibido.

c) Actos nulos por fallas concernientes a la forma del acto: esta puede ser por una omisión de la forma legal exclusiva, por una nulidad refleja y por la nulidad de los instrumentos. Todos en el código 1040 en adelante.

Actos anulables:

Estos pueden ser anulables según que la causa de la eventual invalidez concierna al sujeto, al objeto o a la forma del acto jurídico.

a) Actos anulables concernientes al sujeto: se puede dar por una incapacidad natural o accidental, por una incapacidad de derecho desconocida y por último por un vicio de la voluntad.

b) Actos anulables por fallas concernientes al objeto: dice el art. 1045, cláusula 3ª: son anulables los actos jurídicos... cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por le necesidad de alguna investigación de hecho.

c) Actos anulables por anulabilidad de los instrumentos en que constan: dice el art. 1045, in fine: son anulables los actos jurídicos si dependiesen de su validez de la forma instrumental y fuesen anulables los respectivos instrumentos. El vicio del instrumento substancial se traslada al acto mismo.

Consecuencias de la nulidad absoluta:

Estas están señaladas en los art. 1047 y 1048 y son de carácter imprescriptibles.

Consecuencias de la nulidad relativa:

Esta a diferencia de la nulidad absoluta puesto que ella nunca es declarada de oficio, no la puede aducir el ministerio fiscal, sólo la pueden invocar aquellas personas cuyo beneficio se ha establecido en la sanción; que el acto de nulidad relativa es subsanable por la confirmación y que la respectiva acción de nulidad es prescriptible. El plazo genérico de prescripción de nulidad es de diez años.

Confirmación:

La confirmación es un acto jurídico mediante el cual se expurga a otro acto jurídico inválido del vicio del que adolecía y en razón del cual era pasible de nulidad. Este concepto está determinado en el art. 1059: “la confirmación es el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que halla sujeto a una acción de nulidad.

Prescripción:

Es el medio por el cual, en ciertas condiciones, el transcurso del tiempo opera la adquisición o la modificación substancial de algún derecho. La prescripción puede ser adquisitiva y extintiva.

Trabajo realizado por los alumnos del grupo 8 : Nicolás Laurenzi, Javier Autuori y Pablo Parrino.

Conceptos:

Grupo Salvat: Yanina Palacio
Ramiro Ardanaz

Derecho:
Según Llambías, que adhiere e la tesis de Renard, el derecho es el orden social justo. Debido que él piensa que el orden que será impuesto tiene que ser justo, es decir ajustado a las características propias de lo ordenado, que es la conducta humana
Esta definición pone énfasis en el valor que encierra la justicia, en consecuencia todo ordenamiento en que no se encuentre vigente la idea de justicia, no se halla regido por el derecho.

Derecho objetivo y derechos subjetivos:
El derecho objetivo es justamente el orden social justo ya que es la regla de conducta exterior al hombre a quien se dirige. Esta constituido por las disposiciones jurídicas. En cambio desde el punto de vista subjetivo la voz de derecho tiene un significado diferente: es la facultad de determinada persona de exigir determinado comportamiento de otra.
Derecho subjetivo y objetivo de encuentran relacionados íntimamente ya que se corresponden y exigen recíprocamente.

Derecho y moral:
L a moral rige la conducta humana u finalidad es encauzar los actos hacia el bien de la persona individual. En cambio el derecho tiene por finalidad que los humanos conduzcan al bien común. Estos conceptos se encuentran vinculados y existen dificultades para establecer un a distinción. Pero se pueden vislumbrar algunas diferencias. La moral valora a la conducta humana en sí misma y se refiere a toda la vida humana de un individuo. El derecho rige la relación al alcance que tenga para los demás, este tiene una zona de influencia menor que la moral, pues existen casos en que el derecho no sanciona conductas inmorales. El campo que ocupa a este es el de la convivencia social, en cambio la moral es el de la intimidad el sujeto. En conclusión la moral valora las acciones del individuo, se dirige hacia lo más intimo de la conducta humana, tiende al bien individual. En cambio el derecho, mide la adecuación exterior de las acciones del individuo a un orden social establecido, es decir se dirige hacia un aspecto externo de esa conducta, siendo su finalidad el bien común.
Dalmacio Velez Sarfield, no confundió derecho y moral, pero al elaborar las normas jurídicas atendió a las directivas de la moral y las buenas costumbres. Ello se ve reflejado en los art del código civil que prohiben los actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres. Además con la reforma mediante la ley 17711, se introdujeron numerosas normas que robustecieron la vigencia de las normas morales en nuestro ordenamiento jurídico, como el principio que veda el abuso del derecho (art 1071), de la vigencia de la equidad que esta latente en varias soluciones logradas por esta ley ,de la importancia que s ha concedido a la buena fe y de la consideración de la lesión como vicio de acto jurídico.

Derecho natural y positivo:
Llamamos derecho positivo al conjunto de reglas jurídicas creadas por el hombre y se aplican dentro de una sociedad. En cambio el derecho natural es aquel que se encuentra regido por las leyes naturales que surgen de la naturaleza humana y llegan al hombre a través de su razonamiento, este fija los principios rectores de toda la organización social, que varían según las épocas y las sociedades. En tanto que el derecho positivo procura una aproximación creciente a la justicia, el orden que tiende a su perfección sin alcanzarla por completo, el derecho natural es la orientación de esa transformación: de ese dinamismo, es el atractivo de la justicia.

Derecho público:
Podemos definir al derecho publico como aquel que rige las relaciones jurídicas del; estado, como poder publico, comprende no sólo las relaciones con los sujetos particulares que se hayan en situación de subordinación sino también olas que se vinculan los sujetos de derecho publico entre sí.
Sus divisiones son:
Derecho constitucional: es el que organiza los poderes, atribuciones y deberes del Estado en sí mismo y su relación con los gobernados.
Derecho administrativo: es el que organiza el funcionamiento de la organización pública.

Derecho penal determina la represión de los hechos que ponen en peligro la digna subsistencia de la sociedad.
Derecho internacional publico: es el que rige las relaciones de los estados extranjeros entre sí.
Derecho eclesiástico: es el conjunto de normas que regulan las relaciones del Estado con la Iglesia.

Derecho privado:
Es el encargado de regular las relaciones jurídicas d los particulares entre sí.
Se divide en:
Derecho civil: que como tronco común, es el fondo residual subsiguiente después de los diversos desmembramientos ocurridos en el curso de la historia.
Derecho comercial: es el que rige las relaciones de los comerciantes y determina las consecuencias de los actos de comercio.
Derecho de trabajo: rige las relaciones de patrones y obreros.
Legislación rural: rige las relaciones de vecindad rural y resuelve las dificultades provenientes de la explotación agrícola ganadera.

Fuentes: son los medios de expresión del derecho como se constituye el derecho positivo. Las fuentes se dividen en materiales y formales. Son formales la ley, la costumbre y la jurisprudencia plenaria y materiales la jurisprudencia, la doctrina de los autores, la equidad y el derecho comparado.
Mientras las formales arguyen por su autoridad las materiales gravitan por su persuasión.

La ley:
Dice Renard es la regla emanada de la voluntad autoritaria de los gobernantes.
Características:
Socialidad. Se dicta para el hombre en cuanto miembro de la sociedad, y se dirige a gobernar las relaciones interindividuales;
Obligatoriedad. Esto supone una voluntad superior que manda y una voluntad inferior que obedece.
Orden publico. La ley emana de autoridad publica y por ello actúa en la línea de la soberanía política diferenciándose de las reglas impuestas por poderes privados, tales como la patria potestad o los poderes convencionales.
Coactividad. Es la característica propia de podo derecho positivo luce eminentemente en la ley que es su medio de expresión típico y privilegiado. Las sanciones de la ley son resarcitorias y represivas.
Normatividad; abarca un numero indeterminado de hechos y rige a quienquiera quede comprendido en el ámbito de su aplicación lo que distingue a la ley de otras expresiones de poder publico, tales como los actos administrativos.
Ley en sentido material y formal:
En sentido material es la que señala el contenido de la palabra y la caracteriza como una norma general, abstracta y permanente, destinada a regular obligatoriamente un número indefinido de casos. en esta acepción son leyes las constituciones, las leyes emanadas del poder legislativo, los decretos y reglamentos que dicta el pode ejecutivo, las ordenanzas, los edictos, los cánones de la iglesia,
En cambio será ley en sentido formal, solo las disposiciones obligatorias que emanan del órgano legislativo del estado. Las reglas así sancionadas se llaman leyes, cualquiera sea su contenido, tanto en el caso que impongan normas generales como particulares.

Clasificación según la sanción:
Leyes imperfectas: carecen de sanción y son mas bien exhortaciones legislativas tendientes a encausar en un cierto sentido la conducta de los hombres.
Leyes perfectas: son aquellas cuya sanción estriba en la nulidad.
Leyes menos que perfectas la infracción no es sancionada con la nulidad de lo obrado sino con otra consecuencia.
Leyes mas que perfectas: cuya violación no solo determina la nulidad del acto sino que además den lugar a otras sanciones adicionales.

Clasificación según la disposición legal:
Prohibitivas: describen un comportamiento negativo, prohiben determinando acto.
Positivas describen un comportamiento positivo, es decir que se haga algo determinado.

Clasificación según el alcance de imperatividad legal:
Imperativas: son aquellas que prevalecen sobre la autonomía de la voluntad. Su contenido es de orden publico. La conducta de las partes deben adecuarse a lo que la ley dice.

Supletorias: aquellas que están previstas para suplir la falta de convención o acuerdo de las partes.

Formación de la LEY:
El proceso de formación de la ley esta determinado en la respectiva constitución. Pueden originarse en cualquiera de las cámaras, por iniciativa de un diputado o senador, o del poder ejecutivo, y requieren el voto de ambos cuerpos legislativos, salvo respecto de detalles para los que puede prevalecer el voto de dos tercios de la cámara iniciadora sobre la opinión de la cámara revisora.
Cabe distinguir tres momentos:
La sanción es el acto por el cual el poder legislativo crea la regla legal.
La promulgación es acto por el cual el poder ejecutivo dispone el cumplimiento de la ley. Puede ser expresa o tácita.
La publicación es el hecho por el cual llega la ley al conocimiento público.

Vigencia de la ley:
Efectuada la publicación de la ley, ella entra en vigor a partir de la fecha que determine su texto. Es lo que dice el art 2 del código civil, si nada dice entra en vigor a partir de los ocho días siguientes de su publicación.

Derogación de la ley, puede ser expresa o tácita.
Expresa cuando un nueva ley dispone explícitamente que cese la ley anterior.
Tácita cuando resulta de una incompatibilidad existente entre la nueva ley y la anterior queda así derogada.

Caducidad de la ley: puede extinguirse la fuerza jurídica de una ley, ya sea por la constitución de una costumbre contraria a ella, ya por haberse operado un cambio tan sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta por el legislador que resulte absurda su aplicación.

Costumbre:
La costumbre consiste en una observancia constante y uniforme de un cierto comportamiento por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una unidad jurídica.

Especies de costumbres:
Costumbre secundum legem es la norma consuetudinaria que deriva su vigencia de una disposición de la ley. Como la que prevé el nuevo art 17 del código civil.
Costumbre preater legem: es la norma consuetudinaria que rige una situación no prevista por la ley.
Costumbre contra legem: es la constituida en contra de la ley, sin que corresponda distinguir entre consetud, abrogatoria y desetudo; como dice Geny en ambos casos hay desuso de la ley.

Jurisprudencia: la jurisprudencia es la fuente del derecho que resulta de la fuerza de convicción que emana de las decisiones judiciales concordantes sobre un mismo punto.
El valor de la jurisprudencia como fuente o medio de expresión del derecho es diverso según que ella halla sido dotada de o no por el ordenamiento legal de la calidad de la forma jurídica. En el primer caso la jurisprudencia es una fuente formal, es decir es regla emanada de autoridad competente externa al interprete con virtualidad bastante para regir su juicio, la doctrina sentada en sentencias plenarias de la cámara nacional de apelación, la que es obligatoria a las salas de las mismas cámaras y jueces dependientes a ella. Es fuente material porque la doctrina no esta impuesta como regla por el ordenamiento legal sino que vale por la fuerza persuasiva que emana de ella, conforme a la naturaleza de las cosas.

Doctrina: dice Planiol que la doctrina juega en la ciencia del derecho el mismo papel opinión pública en la política, es muy considerable, pues orienta a la interpretación que cuadra efectuar en el derecho y prepara con su labor critica y por el valor de la enseñanza, muchos cambios en la legislación y en la jurisprudencia.

Equidad:
La equidad es la versión inmediata y directa del derecho natural. Esta ampara los bienes fundamentales del hombre cuya privación trae consigo la perdida de la existencia o condición humana. Según se ha explicado, es la traducción

del derecho natural a las condiciones de tiempo, es decir historia concreta determinada.

Derecho comparado: el derecho comparado consiste en el diverso estudio de las diversas instituciones jurídicas a través de las legislaciones positivas.

Efectos de la ley con relación al territorio: cuando los elementos de la relación jurídica no están comprendidos en la misma jurisdicción estatal se plantea la cuestión de saber cuál es norma que habrá de regir el caso, si será del tribunal ante el cual se someta la controvercia o si será la ley extranjera.
Nuestro sistema se rige por el domicilio y las leyes en principio son de aplicación territorial. Así dice el art 1 del código “las leyes son obligatorias para todos los que habitan en el territorio de la república, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes.
Solo cuando la ley lo dispone se hará en ciertos casos aplicación de la de la ley extranjera, por los jueces de nuestro país, si están en pugna con nuestro orden social no podrán ser aplicadas, art 14 c.c.
Principio de irretroactividad de la ley del código. Nuevo artículo 3.
Las leyes no tienen efecto retroactivo a salvedad de disposición de lo contrario. La retroactividad establecida por ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Orden público: es el conjunto de principios eminentes, religiosos, morales, políticos y económicos, a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social
El tiempo en el derecho:
El código acepta los cómputos de los plazos del calendario gregoriano.

Codificación:
La codificación es un fenómeno constante en la reunión orgánica de todas las normas jurídicas unidas en un mismo cuerpo.
Ventajas:
Confiere unidad y coherencia a todo el sistema legislativo, con lo cual se evita la confusión de leyes dispersas y hasta contradictorias.
Facilita el adecuado conocimiento del ordenamiento legal y consiguientemente la aplicación del mismo
Favorece la conformación de un espíritu nacional por la supremacía que el código adquiere frente a las legislaciones locales.
Influye frecuentemente en el acrecentamiento cultural del país, sobre todo cuando la codificación de la obra ha sido bien lograda.
Inconvenientes:
Puede inducir al interprete a creer que todo queda resuelto en la aplicación del código.
Como consecuencia puede dar lugar al estancamiento del derecho y divorcio de éste con la vida.
Si para eludir el inconveniente apuntado se introducen en los códigos enmiendas parciales para acoger en su articulado las nuevas instituciones que de la vida exige, se corre el riesgo de quebrantar la sistematización y la coherencia del sistema legislativo, que es la mayor ventaja de la codificación.

Elementos de las relaciones jurídicas:
Sujeto: el sujeto activo o titular de la relación jurídica es la persona que puede ejercer la prerrogativa a que ella se refiere.
El sujeto pasivo es quien debe soportar inmediatamente al ejercicio de la prerrogativa del titular.
El objeto:
Esta constituido por el contenido de la prerrogativa del titular.
Causa:
La causa de la relación jurídica es el hecho del cual se deriva.

Personas y sus atributos:

Persona: todo ente dotado de aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. Esto lo dice el art 30 del c.c.
Persona de existencia visible: nuestro código las define en el art 51. “Todo ente que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible.”
Persona por nacer: en nuestro derecho se reconoce la existencia de la persona desde que es concebida en el claustro materno. Así dice el art 70. “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas

consecuentemente el art63 “son personas por nacer las que no habiendo nacido se encuentran en el seno materno.”
Personalidad condicional. En nuestro sistema legal el hecho del nacimiento tiene trascendencia respecto a la personalidad adquirida. Así dice el art74” si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido”
Instante en que se produce el nacimiento: el nacimiento habrá quedado consumado cuando el concebido haya sido expedido o sacado del claustro materno, y quede separado de la madre. Si se tuviesen dudas sobre el nacimiento con vida se presume que nació con vida. Salvo prueba en contrario

Derechos de la personalidad
Se denominan asi a los derechos innatos del hombre cuya privación importaría al aniquilamiento de su personalidad, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la libertad, al honor, etc.
Caracteres: son innatos, vitalicios, inalienables, imprescriptibles, extrapatrmoniales y absolutos.

Supuestos específicos de abuso de derecho:
El art 1071 supone la existencia de un derecho subjetivo determinado y desampara su ejercicio irregular.

Atributos inherentes a la persona: todas las personas en general están dotadas de cualidades intrínsecas y permanentes que concurren a construir la esencia de la personalidad y determinar al ente personal de su individualidad. Estos atributos no pueden existir sino en la persona y son calidades dependientes e inseparables del ente personal.
Los atributos en común a todas las personas son: el nombre, la capacidad, el domicilio, su patrimonio y el estado que es propio de las personas de existencia visible.

Nombre: el nombre es la designación exclusiva que corresponde a cada persona.
El nombre permite por si solo o con otras circunstancias la identificación de cada persona en relación a las demás.
El nombre constituye un valor en lo jurídico, en lo económico y en lo social. Importa que esa unidad valiosa enunciada en una palabra aparezca sin equívocos ni confusión posible.

Apellido: es la designación común a todos los miembros de una misma familia. Identifica al grupo familiar, pero vinculado al nombre de pila determina la identificación del individuo.
La adquisición del apellido puede ser originaria o derivada.
Adquisición originaria: puede ser de filiación matrimonial cuando el hijo concebido dentro del matrimonio tiene obligatoriamente el apellido del padre, al que puede agregar facultativamente el de la madre.
La filiación extramatrimonial, corresponde a los hijos concebidos fuera del matrimonio, y este va a llevar el apellido de padre o madre según quien lo haya reconocido o forzosamente por la admisión de una acción de filiación.
Filiación desconocida. La persona lleva un apellido común a menos que hubo a menos que se hubiese usado apellido, en cuyo caso se le impondrá este.
Filiación adoptiva: la adquisición del apellido adoptado se produce en el mismo momento en que en que la adopción se consuma.
Hay alguna diversidad en el apellido del adoptado según la adopción sea plena o simple:
Adopción plena: borra la filiación original del adoptado e injerta a este el de la familia del adoptante.
Adopción simple: es la que deja subsistir el parentesco de sangre del adoptado. La ley autoriza al adoptado agregar su apellido de sangre.
Adquisición derivada: es la que tiene lugar por el cambio de estado de una persona: apellido de la mujer casada: esta puede optar entre añadir el apellido del marido o no por la preposición “de”.
Apellido de la viuda esta conserva el nombre de casada mientras permanece en estado de viudez; si contrajera nuevas nupcias adquiere el apellido del segundo marido.
Apellido de la divorciada en principio conserva el apellido que llevaba antes del divorcio; su nombre como un derecho deber que le correspondía sobre el mismo, debería seguir siendo el que tenia antes del divorcio. Tal nombre era el de los hijos si los tenía, y era la que la permitía identificar en el ámbito social, profesional, etc.
Pero la privación del apellido marital se puede privar vía sanción:
Asi lo dispone el art 9 de la ley 18248. “cuando existiesen motivos graves, los jueces, a pedido del marido, podrán prohibir a la mujer divorciada el apellido de cónyuge”.
El sobrenombre: es la dominación familiar que suele darse a las personas y no sale del uso de los íntimos.
El seudónimo: es la denominación ficticia elegida por la persona para identificar con ella cierta actividad que desea dejar al margen de las relaciones ordinarias ligadas a su propio nombre y personalidad. Desempeña la función de un

verdadero nombre ya que esta protegido por la ley cuando hubiere adquirido notoriedad, goza de la tutela del nombre.
Protección jurídica de nombre:
Acción de reconocimiento. Esta acción corresponde al titular a quien se le desconoce el nombre, negándole el derecho de llevarlo, y la acción de impugnación o usurpación del nombre: esta supone el uso ilegitimo del nombre de otra persona y persigue la prohibición de su uso.
Estado:
Según Savatier " el estado de una persona es el conjunto de calidades extra patrimoniales deterninantes en su situacion individual y familiar". Este conjunto de calidades personales se traducen al modo de ser de las personasen la sociedad.
Hay posesión de estado cuando alguien disfruta de un determinado estado de familia, con independencia del titulo sobre el mismo estado.
La prueba del nacimiento, muerte de las personas, como así otros hechos constitutivos del estado de las persona, tales como el matrimonio, la filiación, la legitimación de los hijos se hace en el registro del estado civil de las personas.

Capacidad:
Se llama capacidad a la aptitud de las personas para ser titular de las relaciones jurídicas.
Esta aptitud es la calidad saliente de la personalidad jurídica a tal punto que no pueden falta en los individuos de una manera absoluta, porque tal carencia de la capacidad sería contradictoria de la personalidad que el derecho moderno predica para todos ellos. Tampoco puede existir una capacidad plena: siempre la capacidad de derecho es una cuestión de grados.
La capacidad de derecho es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y la capacidad de hecho es la capacidad para poder ejercer por si mismo los derechos que tiene.
La incapacidad es la ausencia de capacidad del sujeto; entonces se puede tener una incapacidad de hecho, cuando se carece de capacidad para ejercer por si mismo los derechos y obligaciones o una incapacidad de derecho cuando falta la aptitud para ser titular de determinados derechos.
Incapacidad absoluta: es la que no tiene excepción
Incapacidad relativa: es cuando tiene excepciones. Esta sólo puede predicarse a la incapacidad de hecho.

Inhabilitados: el régimen de inhabilitados o de semicapacidad, es el medio técnico escogido por el derecho contemporáneo para suplir las deficiencias psíquicas que adolecen ciertas personas médicamente normales, cuando esos defectos pueden traducirse en perjuicios patrimoniales para el sujeto y para su familia. Se podrán inhabilitar a los ebrios habituales, a los drogadictos, disminuidos mentales y pródigos.

Los incapaces de hechos se dividen en los que tienen una incapacidad absoluta art54 las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito..
Y los que sufren una capacidad relativaart55 "los menores adultos solo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan a otorgar".
Incapacidad de derecho. No es factible suministrar un elenco de incapaces de derecho, porque en verdad no hay quienes puedan ser jurídicamente calificados de esta manera. Hay, si dispersos de incapacidad de derecho en todo lo largo del articulado del código.

Menores
Son menores todas las personas que no hubieran cumplido 21 años.
El código los clasifica en menores impúberes a los que no tuviesen la edad de 14 años cumplidos y adultos a los que fueren de esta edad hasta los 21 años cumplidos.
Menores que han cumplido 19 años. El nuevo art128 " desde los 18 años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando salvo al respecto bajo las normas del derecho laboral. El menor que hubiere tenido titulo habilitante para el ejercicio de una profesión podrá ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. En los dos supuestos precedentes, el menor puede administrar y disponer de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos.
Cesación de la incapacidad: cesa la incapacidad d los menores el día que cumplieren 21 años y por su emancipación antes de ser mayores.

Emancipación civil: es la institución por la cual los menores de edad quedan liberados de la incapacidad que recae

sobre ellos.
Emancipación por matrimonio: deben tener la edad hábil para contraer nupcias, 18 años para el varón y 16 para la mujer y haber celebrado matrimonio. Estos tendrán las limitaciones de los arts 134 y135.
Emancipación por habilitación de edad, el cual ha cambiado la ley17711 con un régimen dual; ya que es necesaria la conformidad del menor y además el consentimiento expreso de ambos padres, por ejercer conjuntamente la patria potestad.

Dementes en general.
En la terminología usada por nuestro código se denomina demente a los enfermos mentales en general. Pero ha d preferirse la denominación de interdicto que se refiere propiamente al hecho, de la declaración judicial, determinante de la incapacidad.

Una vez que se cumplen con los requisitos para la declaración de interdicción se da un curador al mayor incapaz de administrar sus bienes.

Situación jurídica de los insanos no interdictos:
La capacidad del insano: mientras no se dicte la sentencia de interdicción, el insano es una persona capaz de gestionar sus derechos y proveer el cuidado o descuido de su persona. Lo cual se comprende porque la capacidad es asunto que maneja la ley y en este caso lo hace a través de un procedimiento especial de incapacitación que no ha sido cumplido.
Responsabilidad del insano: la materia de irresponsabilidad de las personas es independiente de la capacidad de ellas y depende en cambio del discernimiento que tenga en el momento de obrar.
Indole de los actos de los insanos: los actos jurídicos obrados por insanos no interdictos son anulables, es decir susceptibles de ser anulados por el pronunciamiento de este al respecto. La nulidad que recae sobre los actos obrados por insanos es meramente relativa ya que ella es en protección de la persona, para que su causa de inferioridad no se convierta en causas de males para los insanos.
Sordomudos: son los que no pueden hablar con los demás ni oír lo que se les dice, sin atender al origen de su deficiencia.

Domicilio:
El domicilio es el asiento jurídico de la persona
Hay distintas especies de domicilio
El domicilio general que se integra con dos especies. Domicilio legal y domicilio real. Algunos autores mencionan a el de origen, pero según se entiende es una división del domicilio legal.
A u vez el domicilio especial se integra con varias especies como: el domicilio convencional o de elección, el domicilio procesal o constituido, el domicilio conyugal, el domicilio comercial, el domicilio de las sucursales.
La importancia del domicilio es por la serie de aplicaciones que se hace de esta noción. El domicilio sirve para: determinar la ley aplicable, para fijar la competencia de los jueces o autoridades administrativas, para indicar el lugar donde han de efectuarse válidamente las notificaciones a la persona, para precisar el cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor.
Domicilio legal es forzoso, ficticio o puede serlo. Su división la hace el código en el art 90.
Domicilio real es voluntario y de libre elección y esta constituido por el corpus y el animo.

Extinción de la persona natural: termina la existencia natural de las personas con la muerte natural de ellas.

Presunción de muerte: la causa de presumir el fallecimiento de una persona es su ausencia en el lugar de su domicilio, calificada por la falta de noticia durante lapsos más o menos prolongados, según los casos.
Se puede declarar una ausencia simple en casos en que el ausente tenga bienes y no haya dejado algún mandato.
La ausencia por presunción de fallecimiento podrá declararse, según el caso ordinario, extraordinario genérico o extraordinario especifico.
Durante el juicio si se declara la ausencia, la sentencia no hace cosa juzgada ya que existe la posibilidad que el ausente aparezca.
La ley 14394 hace referencia a todo lo que puede ocurrir antes y después de la declaración de la ausencia por presunción de fallecimiento.

PERSONA JURÍDICA: Si bien están constituidas por individuos, son entes completamente distintos de las personas que las constituyen. Tales entes tienen patrimonio propio, sus derechos y obligaciones que pueden adquirir o contraer sus miembros. Para destacar mas su independencia, la persona jurídica puede estar constituida por determinadas personas y aun en el caso de que estas personas dejen e ser miembros de ella y en su lugar vengan otros individuos.
ESTADO NACIONAL-ESTADO PROVINCIAL: conforme al sistema de nuestra organización, el Codigo Civil reconoce tanto la personería jurídica del Estado Nacional como de los Estados Provinciales. Ambos son clases de personas jurídicas de carácter publico.
MUNICIPALIDAD: es un organismo político-edilicio, subordinado a una provincia y a su vez a una Nación. Es otra de las personas jurídicas de carácter publico.
LA IGLESIA CATOLICA: es mencionada por el nuevo articulo 33 como dentro de las personas jurídicas de carácter publico.
ORGANISMOS ESTATALES AUTARQUICOS: son entes a los cuales el Gobierno encomienda funciones publicas especificas, las dota de patrimonio propio y atribuciones para su administración. Las entidades autarquicas forman parte de las personas jurídicas de carácter publico.
ASOCIACIÓN: unión estable de una pluralidad de personas, independiente en su existencia del cambio de miembros, que tiene una constitución corporativa y un nombre colectivo, cuyos bienes son administrados por los mismos miembros. La asociación tiene por lo tanto miembros y administración propia.
ASOCIACIÓN COMERCIAL: persigue primordialmente un fin de lucro que redundara en beneficio de sus miembros, aunque indirectamente redunde en bien de la sociedad.
ASOCIACIÓN CIVIL: persiguen finalidades exentas de lucro y tienden mas directamente a la consecución del bien común.
LA ASAMBLEA: es la autoridad superior de la asociación, la cual esta integrada por todos los que según los estatutos pueden participar de ella.
ORGANISMO EJECUTIVO: manejo cotidiano de los asuntos sociales de la asociación. Oficia de autoridad permanente de la entidad, bajo la dependencia e instrucciones de la asamblea.
INTERVENTOR JUDICIAL: encargado de controlar y vigilar las acciones de los administradores ordinarios y capaz de ocupar su lugar en caso de que algún socio pida la remoción o sustitución de los dirigentes que abusen de sus funciones.
FUNDACIÓN: organización para la realización de un fin altruista, reconocida como sujeto de derecho, y que no consiste en una unión de personas. Nace a raíz del patrimonio y de la voluntad fundadora de una o mas personas.
ORGANISMO **ADMINISTRATIVO DE LA FUNDACIÓN:** tiene las facultades necesarias para el cumplimiento del objeto de la fundación, dentro de las condiciones que se establezcan en el estatuto. Esta integrado por un mínimo de tres personas.
AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE CONTROL: Organismo a cargo de la fiscalización del funcionamiento de la fundación y el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias a que se halla sujeta.
ESTATUTO: conjunto de disposiciones referentes a cada persona jurídica que consignan su nombre, domicilio y capacidad, fin de su institución, derechos y deberes de sus miembros y organismos directivos, formación e inversión de su patrimonio y destino de los bienes en caso de extinción de la entidad. Constituyen la carta fundamental de la institución y suministran las normas que rigen la vida de la entidad particular de que tratan.
SOCIEDAD: es un contrato mediante el cual dos o más personas aportan bienes para lucrar con el conjunto y dividir las utilidades obtenidas. Pero es un contrato peculiar que da origen a un nuevo sujeto de derecho que no se confunde con cada uno de los socios, y que es titular del patrimonio constituido con los bienes aportados por estos.
DERECHO SUBJETIVO: facultad reconocida por el ordenamiento jurídico para exigir de las demás personas un determinado comportamiento.

PATRIMONIO: conjunto de los derechos y obligaciones de una persona, susceptibles de apreciación pecuniaria. El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio.
DERECHOS PATRIMONIALES: siendo el patrimonio el conjunto de bienes de una persona, debe entenderse que son derechos patrimoniales los que revisten el carácter de bienes, es decir los que son susceptibles de tener un valor económico. Se dividen en derechos reales, derechos personales y derechos intelectuales.
DERECHOS REALES: son los que conceden al titular un señorío inmediato sobre la cosa, el cual es pleno o completo en el dominio, y menos pleno en las desmembraciones del dominio(usufructo, servidumbre, etc..) , y en los derechos sobre la cosa ajena.
DERECHOS PERSONALES: son aquellos que establecen relaciones entre personas determinadas, en razón de las cuales el respectivo titular puede exigir de alguien la prestación debida. Se denominan también derechos creditorios u obligaciones.
DERECHOS INTELECTUALES: derecho que tiene el autor de una obra científica, literaria o artística para disponer de ella y explotarla económicamente por cualquier medio.
BIENES: son los objetos materiales e inmateriales susceptibles de valor. El conjunto de bienes forma el patrimonio de la persona.
COSAS: objetos materiales susceptibles de tener valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.
COSAS INMUEBLES: son las que están fijas en un lugar determinado, no pudiendo ser trasladadas a otro lugar.
COSAS MUEBLES: son las que tienen la propiedad de ser trasladadas de un lugar a otro.
HECHOS JURÍDICOS: son los hechos que interesan al derecho, las cuales tienen la virtualidad de causar un efecto jurídico. Son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones.
ACTOS VOLUNTAROS: son los actos realizados con discernimiento, intención y libertad.
ACTOS INVOLUNTARIOS: son los actos realizados sin discernimiento, intención o libertad. Basta con que falte solamente uno de estos elementos para que el acto sea involuntario.
ACTOS LÍCITOS: son los actos que la ley no prohibe; quedan comprendidos en una zona amplia e indefinida, en cuya orbita se despliega autonómicamente la libertad humana.
ACTOS ILÍCITOS: son los actos reprobados por la ley; cuando causan daño, imputable al agente en razón de su culpa o dolo, originan la obligación de indemnizar al damnificado.
DISCERNIMIENTO: consiste en la aptitud del espíritu humano que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, y apreciar las consecuencias convenientes e inconvenientes de las acciones humanas.
INTENCIÓN: el segundo elemento interno de del acto voluntario es la intención del sujeto, que consiste en el propósito de la voluntad en la realización de cada uno de los actos conscientes.
LIBERTAD: es el tercer elemento de la voluntad consistente en la espontaneidad de la determinación del agente. Es la posibilidad que tiene efectivamente el agente de elegir entre diversos motivos.
CONDICIONES EXTERNAS: las condiciones internas de la voluntad son por si solas insuficientes para conformar el acto voluntario, que requiere la traducción al exterior del estado de conciencia del sujeto, mediante un hecho perceptible: tal es la manifestación de la voluntad.
DECLARACIÓN FORMAL: voluntad aquella cuya eficacia depende de la observancia de las formalidades exclusivamente admitidas como expresión de la voluntad.
DECLARACIÓN NO FORMAL: su eficacia es independiente del modo de expresión escogido por las partes, que conservan la libertad de elegir la forma del acto que ellas juzgan mas adecuadas para traducir su voluntad.
DECLARACIÓN EXPRESA: se entiende la manifestación de la voluntad de las partes realizada con la intención de exteriorizar dicha voluntad.
DECLARACIÓN TACITA : 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.
DECLARACIÓN PRESUMIDA POR LA LEY: esta manifestación de la voluntad es una subespecie de la manifestación tacita, con la particularidad de que es la ley la que deduce de la conducta cumplida por las partes, la existencia de una determinada voluntad.
EL SILENCIO COMO MANIFESTACIÓN TACITA DE LA VOLUNTAD: el silencio opuesto a actos, o una interrogación, no es considerado como una manifestación de la 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 del silencio actual y las declaraciones precedentes.
CONSECUENCIAS INMEDIATAS: son las que suelen suceder ordinariamente si ocurre el hecho originario. No son forzosas, pues pueden frustrarse por la intervención de una causa extraña. Pero de ordinario ellas resultaran de un hecho originario por su sola virtud creadora, o por la conexión de otro hecho que invariablemente acompaña al

primero.
CONSECUENCIAS MEDIATAS: derivan de la conexión del hecho originario con otro acontecimiento distinto, no asociado necesariamente al primero. Reciben este nombre porque las causa el hecho originario por medio de su vinculación con otro hecho diferente.
CONSECUENCIAS CASUALES: son las mismas consecuencias mediatas, cuando resultan imprevisibles para el agente.
CONSECUENCIAS REMOTAS: son las consecuencias que nada tienen que ver con el hecho originario sino que son productos de la sucesión de hechos posteriores.
DOLO: es el elemento intencional de los actos ilícitos que consiste en la intención de perjudicar o en la intención maligna de provocar el daño que el agente causa.
CULPA: consiste en la omisión de aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de las cosas, para evitar el daño sobreviniente.
ACTOS POSITIVOS: los actos jurídicos son positivos si es necesaria la realización de un acto para que un derecho comience.
ACTOS NEGATIVOS: los actos jurídicos son negativos si mediante la omisión de un acto se acaba un derecho.
ACTOS UNILATERALES: son unilaterales cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona.
ACTOS BILATERALES: son bilaterales cuando requieren el consentimiento unánime de dos o mas personas.
ACTOS ONEROSOS: son aquellos que confieren alguna ventaja a alguna de las partes que a su vez queda obligada a satisfacer determinada contraprestación.
ACTOS GRATUITOS: son los que benefician exclusivamente a una sola de las partes intervinientes, sin que ella quede obligada a contraprestación alguna.
ACTOS FORMALES: son aquellos cuya validez depende de la celebración bajo la forma exclusivamente indicada por la ley.
ACTOS NO FORMALES: son aquellos cuya validez es independiente de la forma de celebración.
SUJETO: Es el autor del acto, o persona de quien emana.
OBJETO: es la materia sobre la cual recae la voluntad del sujeto. Consiste en una cosa o en un hecho.
FORMA: es la manera como se relaciona el sujeto con el objeto, o sea la exteriorización de la voluntad del sujeto respecto del objeto, en orden a la consecución del fin propuesto.
CONDICION: es la cláusula por la cual se subordina la adquisición o la extinción de un derecho a la realización de un hecho incierto y futuro.
PLAZO: es una modalidad de los actos jurídicos por la cual se posterga el ejercicio de los derechos a que se refiere. Por extensión se denomina ordinariamente plazo al lapso que media entre la celebración del acto y el acaecimiento de un hecho futuro y necesario, al cual esta subordinado el ejercicio o la extinción de un derecho.
CARGO: es una obligación accesoria y excepcional que se impone al adquiriente de un derecho.
ACTOS SOLEMNES: son aquellos en los cuales la omisión de la forma legal establecida no solo provoca la nulidad del acto como tal sino que lo destituye de cualquier otro efecto civil.
ACTOS NO SOLEMNES: son aquellos a cuyo respecto la omisión de la forma legal establecida determina la nulidad del acto en cuanto tal, pero no le impide producir otros efectos diferentes.
INSTRUMENTOS PRIVADOS: son documentos firmados por las partes sin intervención de oficial publico alguno.
FIRMA: la firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada.
DOBLE EJEMPLAR: la segunda excepción al principio de libertad que rige la forma de los instrumentos privados,consiste en la exigencia de extender tantos ejemplares del documento como partes haya en el acto con un interés distinto.
FECHA CIERTA: los instrumentos privados, aun después de reconocidos, no prueban contra terceros ocontra los sucesores por titulo singular, la verdad de la fecha expresada en ellos.
FIRMA EN BLANCO: la firma en los instrumentos privados puede ser puesta después de llenarse el documento, o en blanco para que luego se llene de acuerdo a las instrucciones del firmante.
CARTAS MISIVAS: son comunicaciones escritas entre dos o mas personas.
INSTRUMENTOS PUBLICOS: son los instrumentos otorgados con las formalidades que la ley establece,en presencia de un oficial publico a quien la ley confiere la facultad de autorizarlo.
ESCRITURA PUBLICA: son las escrituras que otorgan los escribanos de registro,son documentos que no se identifican por si mismos, sino por el funcionario que los autoriza.
ESCRITURAS MATRICES: son las escrituras originales extendidas en el protocolo del escribano.
PROTOCOLIZACION: la protocolización de los documentos consiste en la incorporación de estos al protocolo de un escribano y otorgamiento del acta respectiva, que se denomina escritura de protocolización.
ESCRIBANOS PUBLICOS: los escribanos de registro son funcionarios publicos instituidos para recibir y

redactar, conforme a las leyes, los actos y contratos que les fueran encomendados y para dar carácter de autenticidad a los hechos, declaraciones y convenciones que ante ellos se desarrollaren, formularen o expusieren, cuando fuera requerida su intervención.
VICIOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS: se denominan vicios de los actos jurídicos a ciertos defectos congénitos de ellos, susceptibles de producir la invalidez de los actos que los padecen.
ERROR: es el falso conocimiento que se tiene de una cosa, mientras que la ignorancia es la ausencia de conocimiento acerca de algo.
ERROR DE HECHO: este error no vicia la voluntad sino que la destruye enteramente, puesto que impide la formación del acto. Recae sobre la naturaleza del acto efectuado.
ERROR DE DERECHO: la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no esta expresamente autorizada por la ley.
DOLO: 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.
DOLO PRINCIPAL: es el engaño determinante de la voluntad ajena.
DOLO INCIDENTAL: es el engaño que sin determinar la realización del acto, ha otorgado que la victima consienta en condiciones mas onerosas para ella.
VIOLENCIA: coerción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una persona para determinarla contra su voluntad, a la realización de un acto jurídico.
FUERZA: habrá falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible.
TEMOR REVERENCIAL: temor de desagradar a ciertas personas a quienes se debe respeto y sumisión.
SIMULACIÓN: declaración de un contenido de voluntad no real, emitido concientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.
SIMULACIÓN ABSOLUTA: es absoluta cuando se celebra un acto que nada tiene de real.
SIMULACIÓN RELATIVA: cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter.
ACCION DE SIMULACIÓN: accion que le compete a las partes del acto simulado o a los terceros interesados, a fin de que se reconozca judicialmente la inexistencia del acto ostensible, y con ello queden desvanecidos los efectos que se imputaban a dicho acto.
FRAUDE: cuando una persona enajena bienes, a fin de sustraerlos de la ejecución de sus acreedores, queda configurada la situación cuyo remedio procura la ley mediante la acción revocatoria concedida a los acreedores perjudicados por el fraude.
ACCION REVOCATORIA: solo frente a ciertas personas,los acreedores del enajenante de los bienes, el acto deja de ser eficaz, pudiendo tales personas prescindir de su realización, como si ello no hubiere ocurrido.
NULIDAD: sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico, en virtud de una causa existente en el momento de la celebración.
NULIDAD ABSOLUTA: se declara la nulidad absoluta en los casos en que se intenta proteger a la sociedad , es una sanción de interés general.
NULIDAD RELATIVA: se declara la nulidad relativa en los casos en que se busca resguardar a la persona propia de una incapacidad.
ACTOS NULOS: son los actos en los cuales el defecto o vicio es claro y por lo tanto no necesita de investigación para que deje de tener efecto.
ACTOS ANULABLES: son los actos en los cuales el defecto o vicio no es claro o no esta latente y por lo tanto requieren de investigación para su nulidad o confirmación.

- Conceptos -

- **DERECHO/DERECHO CIVIL**

Concepto de Derecho: El derecho es el ordenamiento social justo. Definiciones de diversos autores: para: Araux Castex : es la coexistencia humana pensada en función de justicia, Borda: derecho es el conjunto de normas de conducta humana establecidas por el estado con carácter obligatorio y conforme a la justicia ,Salvat: el derecho es el conjunto de reglas establecidas para regir las relaciones de los hombres en sociedad, Kelsen: el derecho es un orden para promover la Paz y tiene por objeto que un grupo de individuos pueda convivir de tal forma que los conflictos que se susciten entre ellos puedan solucionarse de una forma pacífica y de conformidad con un orden de validez general , la justicia es sustituida por la Paz ; pero ésta es fruto del Derecho. La moral y el Derecho: Coinciden en su objeto Material: la conducta del hombre , pero difieren en su objeto Formal, el enfoque con que encaran esa actividad. La moral rige la conducta en mira inmediata del bien de la persona individual, mientras que el Derecho rige la conducta en vistas del Bien común- como instauración de un Orden social que promueva la perfección natural del hombre. La Moral encauza los actos humanos hacia el bien; el Derecho encauza a los actos humanos inmediatamente a la obtención de bienes naturales y solo mediata y pasivamente el logro del Bien. Penetración del factor Moral en el Derecho Positivo Argentino: Vélez Sarsfield no confundió ambos órdenes (moral y jurídico); pero al elaborar Normas Jurídicas; siempre; atendió a directivas morales. Esto aparece en : el tratamiento moral del Acto jurídico; en la elevación a la categoría de valores irrenunciables (los particulares no pueden desconocer en sus convenciones a las que hacen al orden Público y a las Buenas Costumbres; Art. 21); en la regulación de la sanción de nulidad absoluta que recae sobre los actos violatorios del Orden Moral. Moral, Buenas Costumbres y Buena Fe: son directivas consagradas por la Ley 17.711 acentuó la penetración de la moral en el Código. Derecho natural y Derecho Positivo: Derecho es el ordenamiento social justo.

Derecho Natural : es el núcleo de ese ordenamiento que conforme a la naturaleza humana tiende a la instauración de la Justicia de la Sociedad . Derecho Positivo: es la positivación ; concreción del Derecho Natural; la traducción y su adapatación a las circunstancias sociales concretas de un momento histórico determinado . Las Ramas del **Derecho Positivo** : Conjunto de normas aplicadas coercitivamente por la autoridad pública. La más amplia clasificación opone al Derecho Público y al Derecho Privado: la distinción se basa en el interés protegido ;por el Derecho Público : el Estado y la Cosa Pública y por el Derecho Privado: lo pertinente a la utilidad de los particulares . Principales divisiones del Derecho Público:

- Derecho Constitucional: Organiza los poderes , atribuciones y deberes del estado en sí mismo y en su relación con los gobernados
- Derecho Administrativo: Organiza el funcionamiento de la administración Pública
- Derecho Penal: Determina la represión de los hechos que ponen en peligro la digna subsistencia de la Sociedad
- Derecho Internacional Público: Rige las relaciones de los Estados Extranjeros entre sí
- Derecho Eclesiástico: Conjunto de normas que regulan las relaciones de la Iglesia Católica con el Estado

Principales divisiones del Derecho Privado:

- Derecho Civil: fondo residual subsistente después de los diversos desmembramientos ocurridos en el curso de la Historia
- Derecho Comercial: Rige las relaciones de los comerciantes y determina las consecuencias de los Actos de comercio
-

Derecho del Trabajo: Rige relaciones patrones / obreros

Concepto Actual de Derecho Civil: rige al hombre como tal ; sin consideración de sus actividades o profesiones; en sus relaciones entres sí y con el Estado que tengan por objeto satisfacer necesidades de carácter humano. Dominio de aplicación del Derecho Civil: el derecho Civil comprende todas las relaciones jurídicas de Derecho Privado que no quedan incluídas en un ordenamiento especial

- **DERECHO OBJETIVO Y SUBJETIVO**

Derecho Objetivo: el derecho como objeto de conocimiento, como el ordenamiento social justo; las leyes por ejemplo, como regla de conducta exterior al hombre a quien dirige.
Derecho Subjetivo: derecho como la prerrogativa de la persona para exigir de los demás un determinado comportamiento. Éstas nociones no son antagónicas; se corresponden y exigen recírpocamente.

- **FUENTES DEL DERECHO**

Etimológicamente; la palabra " fuente" significa : manantial de donde surge o brota el agua de la Tierra. Pero en la Ciencia Jurídica se usa para designar el Origen de donde proviene el Derecho (fuentes del Derecho= Medios de expresión del Derecho). Teoría de las fuentes del Derecho: Clasificación de Gény: Fuentes formales – fuentes científicas ; las fuentes formales son los hechos sociales imperativos emanados de autoridades externas al intérprete. La ley, la costumbre, la tradición y la autoridad y las fuentes científicas(materiales) las provee la propia materia del derecho: la conducta del hombre y provienen de la libre investigación científica del intérprete (libre por que el intérprete no obedece a la directiva de 1 autoridad externa y científica porque en esa tarea no pueden encontrarse bases sólidas más que en los elementos objetivos que solo la ciencia puede revelar; ésta labor consta de 2 elementos : 1º la interrogación a la Razón y a su conciencia que hace el intérprete para descubrir en la naturaleza de su ser las bases mismas de al Justicia , 2º la consulta de los fenómenos sociales para descubrir las de su armonía y los principios de orden que ellos requieren . Por lo tanto el intérprete del derecho ; tiene dos clases de medios de expresión del Derecho: Las fuente Formales: la Ley, la Costumbre, la norma emanada de 1 tribunal de casación , éstas arguyen por su Autoridad y la Fuentes Materiales : la jurisprudencia, la Doctrina , la Equidad , Derecho Comparado, éstas gravitan por la Persuasión que de ellas emana .

- **CONCEPTOS DE : COSTUMBRE, DOCTRINA , EQUIDAD, JURISPRUDENCIA**

La Costumbre : forma espontanea de expresión del Derecho; consiste en la observancia "constante" y "uniforme" de un cierto comportamiento por los miembros de una comunidad social con la convicción de que responde a una necesidad jurídica; está compuesta de 2 elementos : el objetivo y el subjetivo. El objetivo: uniformidad, generalidad, duración y el elemento subjetivo: la Convicción . especies de costumbre: a) Costumbre secundum legem : es la norma consuetudinaria que deriva su vigencia de una disposición de la ley ; art. 17 del Código Civil (luego de su modificación por la Ley 17711: " los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se reiferan a ellos..."b) Costumbre praeter legem: es la consuetudinaria que rige una situación no prevista por ley (en teoría pura se discute la posibilidad de que pueda haber algún margen de aplicabilidad para éste tipo de costumbre) pero la Jurisprudencia ha aceptado la vigencia de la costumbre praeter legem en diversos supuestos de vacíos en la legislación (Art. 17711: " los usos y costumbres no pueden crear derechos... en situaciones no regladas legalmente", c) Costumbre contra legem: Constituída en contradicción de la ley, la Jurisprudencia no ha aceptado la virtualidad jurídica de la costumbre contra legem, salvo en materia de remates; la Doctrina en cambio acusa una sensible evolución a favor de la validez de la costumbre contra legem.
La Jurisprudencia: es la fuente de derecho que resulta de la fuerza de convicción que emana de las

decisiones judiciales concordantes sobre un mismo punto; su valor como fuente o medio de expresión del derecho es diverso según que haya sido dotada o no por el ordenamiento legal de la calidad de Norma Jurídica.
La Doctrina: Importancia: la doctrina juega en la ciencia del Derecho el mismo papel que la opinión pública en la política (Planiol); orienta la interpretación que cuadra efectuar del Derecho y prepara (por su labor crítica y por el valor de la enseñanza) muchos cambios en la legislación y en la Jurisprudencia.
La Equidad : es la versión inmediata y directa del derecho Natural, el derecho natural interpretado objetivamente por el Juez. proporciona el criterio para arribar a una solución de especie ; la penetración de éste principio de equidad ha sido reconocido por la ley 17711 por ej. Arts. 907, 954, 1069).

- **LA LEY**

Es la regla emanada de la voluntad autoritaria de los gobernantes (Renard). Es una regla social obligatoria establecida de modo permanente por la autoridad pública y sancionada por la fuerza (Planiol) . Caracteres de la Ley : 1º Socialidad: se dicta para el hombre en cuanto miembro de la Sociedad y se dirige a gobernar las relaciones interindividuales, 2º obligatoriedad: esto supone una voluntad superior que manda y una voluntad inferior que obedece , 3º Origen Público: la ley emana de la autoridad pública y por ello actúa en la línea de la soberanía política diferenciándose de la reglas impuestas por poderes privados ,4º Coactividad: ésta característica propia de todo derecho positivo luce en la ley que es su medio de expresión típico y privilegiad, 5º Normatividad: abarca un nº indeterminado de hechos y rige quienquiera que quede comprendido en el ámbito de su aplicación lo que distingue a la Ley de otras expresiones del Poder Público. Ley en sentido Material y Ley en sentido Formal. Ley en sentido material: norma escrita sancionada por la autoridad pública competenete (ej. La Constitución Nacional y las Constituciones Provinciales , leyes dictadas por el Congreso Nacional y por las legislaturas provinciales) ley en sentido Formal: Acto emanado del Poder Legislativo ; en el orden nacional dispuesto según los arts. 77 a 84 de la Constitución Nacional. En el orden provincial; la leyes son dictadas por las legislaturas de cada provincia; reciben un Nº que las identifica (según su contenido) serán al propio tiempo o no leyes en sentido material. Clasificación de las leyes en Sentido Material: pueden clasificarse desde distintos puntos de vista: *a) según la Sanción* : *Leyes imperfectas: carentes de Sanción, son exhortaciones legislativas tendientes a encausar en un cierto sentido la conducta de los hombres, *Leyes perfectas: aquellas cuya sanción estriba en la nulidad de lo obrado en infracción de lo que ellos ordenana o prohíben (art. 953, 1327, 2335 Código Civil), * Leyes menos que perfectas: la infracción no es sancionada con la nulidad ; sino con otras consecuencia (Art. 934 Código Civil), *Leyes más que perfectas : aquellas cuya violación no solo determina la nulidad del acto ; sino que da lugar a la aplicación de otras sanciones adicionales (Art. 910, 922, 941, 942 1045, 1066 y 1067 Código Civil), *b) según el sentido de la disposición legal* : *Leyes Prohibitivas : son las que prescriben un comportamiento negativo; vedan la realización de algo que se podría efectuar si no mediase la prohibición legal, * Leyes Dispositivas : son las que prescriben un comportamiento positivo; es decir que imponen que se haga algo determinado *c) según el alcance de la imperatividad legal* : *Leyes Imperativas : son aquellas que prevalecen sobre cualquier acuerdo diverso de los particulares sometidos a ellas; su contenido es de Orden Público, *Leyes Supletorias ; son las que las partes pueden modificar sustituyendo su régimen por el convencional que hubiesen acordado; solo rigen en caso de ausencia de voluntad de los particulares.

- **CONFLICTO TERRITORIAL DE LAS LEYES**

Concepto de Territorio: está integrado por el suelo, el espacio aéreo, el mar territorial, los ríos limítrofes, los golfos, bhías, ensenadas, las Embajadas y legaciones, los barcos de guerra argentinos, los barcos y aeronaves mercantes de bandera argentina. En nuestro país las leyes son en principio de aplicación territorial; Art. 1 del Código Civil: " las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la república , sean ciudadanos o extranjeros domiciliados o transeúntes"; la regla general es la aplicación territorial de la Ley solo cuando ésta misma ley lo dispone ; se hará en ciertos casos la aplicación extraterritorial de la Ley; aplicación de la ley extranjera por los jueces de nuestro país; Art. 14 dl Código

Civil: " Las leyes extranjeras no serán aplicables cuando su aplicación se oponga al Derecho Público o criminal de la República , a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos o a la moral y buena costumbre"; y los diversos casos de aplicación territorial de la ley están mencionados en los arts. del 6 al 12 del Código Civil.La capacidad de hecho: la capacidad es la ley del domicilio de la persona que se trate; así lo disponen los arts. 6 y 7 del C.C. Todo lo referente a la capacidad o incapacidad de la persona por razón de minoridad, alienación, sordomudez, ausencia, celebración del matrimonio, prodigalidad. Queda sujeto a la ley del Domicilio de la Persona.

- **CONFLICTO TEMPORAL DE LAS LEYES**

El antiguo art. 3 versaba: que las leyes disponían a futuro; no tiene efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos adquiridos, el principio de Irretroactividad aparece confundido con el de respeto de los Derechos Adquiridos. Las leyes eran retroactivas cuando afectaban derechos adquiridos al amparo de una legislación anterior, en cambio si solo afectaban meras expectativas no había propiamente retroactividad de la ley y la nueva ley debía ser aplicada art. 4044 derogado por la ley 17711. Es muy dificil que una ley modifique otra anterior sin afectar de una manera los derechos adquiridos al amparo de aquella, si se consideran retroactivas las leyes que afectan derechos nacidos o adquiridos bajo la legislación anterior todas las leyes serían retroactivas . También los arts 4 y 5 (leyes interpretativas y leyes de orden público)fueron derogados por la ley 17711. Nuevo art 3: a partir de su entrada en vigencia las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes , no tiene efecto retroactivo (sean o no de orden público) salvo disposiciones en contrario. La retroactividad establecida opr la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales, a los contratos en ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias.

- **CÓDIGO CIVIL ARGENTINO**

Derecho Civil : es una disciplina fundamental, con un alto contenido residual puesto que comprende todas las relaciones jurídicas de Derecho Privado que no quedan incluídas en un ordenamiento especial y suministra a todas las demás ramas del derecho privado los lineamientos básicos tales como la Teoría de las personas ,de las cosas ,de los hechos jurídicos en general. El dominio de aplicación del derecho civil se ejerce a través de 4 instituciones fundamentales : 1)Personalidad , 2)Familia, 3) Patrimonio: a) derechos reales, b) derechos personales , c) derechos intelectuales, 4) Herencia. Código Civil Argentino: sancionado el 01/01/1871 hasta ese entonces rigieron en nuestro país distintas leyes : Nueva Recopilación de 1567 (leyes provenientes del Fuero Real), Fuero Juzgo, Fuero Viejo de Castilla, Las Partidas. A partir de la revolución de Mayo se dictan leyes de Derecho Privado: La Libertad de Vientres, Abolición de la Nobleza, Abolición de Fueros personales en la pcia. de Bs. As., la formalidad de las escrituras públicas se exigió para los contratos de Sociedad , se fijó el plazo de desalojo , etc. CODIFICACIONES: la cristalización del D. Civil como D. Nacional se opera con la Codificación. Codificar= es la reunión de todas las leyes de un país en un solo cuerpo de leyes racionalmente formado y asentado sobre principios armónicos y coherentes. Antecedente Históricos: Leyes de Manú, 1º códigos Romanos, Corpus Juris Civilis, Código de Napoleón, Código Francés. Caracteres de la codificación : 1) Unidad : unifica en su contenido las leyes relativas a 1 rama del derecho, 2) Exclusividad : al sancionarse contiene todas las normas existentes sobre la materia, 3) Sistematización : la materia se presenta de un modo orgánico conforme a un método que asigna a cada instrumento su lugar adecuado, 4) Homogeneidad: se trata de una ley que trata una sola materia . Ventajas de la Codificación: a) Confiere unidad y coherencia a todo el sistema legislativo evitando la anarquía de las leyes dispersas, b) Facilita el conocimiento del ordenamiento legal y su aplicación, c) Favorece la conformación de un espíritu nacional por la supremacía que el código adquiere frente a las legislaciones locales. Inconvenientes de la Codificación : a) Puede inducir al intérprete a creer que está todo resuelto en el mismo, b) Como consecuencia puede dar lugar al estancamiento del Derecho ,c) Las enmiendas parciales que acogen las nuevas instituciones muchas veces quiebran su sistematización y coherencia. El método es de suma

importancia en una obra de codificación ; por el carácter sistemático de ésta y la amplitud de su objeto; el utilizado por Vélez consistió en dividir el Código así: 1) Dos títulos preliminares: a) de las leyes; b) de los modos de contar los intervalos del derecho y 2) Cuatro Libros: a) de las personas, b) de los derechos personales en las relaciones civiles, c) de los derechos reales, d) de los derechos reales y personales. Los grandes principios del Código Civil: a) Principio de la Autonomía de la Voluntad; b) responsabilidad fundada en la culpa, c) Propiedad absoluta, d) Familia fundada en el Matrimonio indisoluble.

- **INTERPRETACIÓN DE LA LEY**

Interpretar es buscar el sentido y valor de la norma para medir su extensión precisa y apreciar su eficiencia en cuanto al gobierno de la relaciones jurídicas. Especies de Interpretación (teniendo en cuenta el órgano que efectúa la interpretación : 1) La interpretación legislativa ; efectuada por el mismo legislador, 2) La interpretación judicial; efectuada por los Tribunales de Justicia, 3) La interpretación doctrinaria ; es la que emana de los autores de obras jurídicas. Elementos de la Interpretación : a) Elemento gramatical: es al que alude el Art. 16 del Código Civil al indicar " Las palabras de ley...", b) Elemento lógico: cuando el elemento gramatical resulta insuficiente, se acude a la investigación lógica de la norma que intenta la reconstrucción del Pensamiento y de la voluntad del legislador,c) Elemento histórico: ya que el pensamiento actual , no es sino un desenvolviemiento y elaboración del pensamiento de ayer , d) Elemento sociológico: proviene de la dócil

- **ABUSO DE DERECHO**

Sentada la existencia de derechos subjetivos, es necesario cuidarse de los excesos en que se suele incurrir en el ejercicio de ellos: ¿ Cuando debe reputarse que un derecho a sido ejercido abusivamente ?: a) Cuando con el solo propósito de perjudicar a un 3º, b) Cuando la conducta del titular de un derecho ha derivado en perjuicios que podrían haberse evitado, c) Cuando el derecho se ha ejercido en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se lo otorgó, d) Cuando va contra la moral y las buenas costumbres, buena Fe; el punto moral es el más decisivo. En nuestro derecho: antiguo Art. 1071: " El ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto". Vélez no aceptaba el carácter absoluto de los derechos ; su ejercicio limitado por razones de conveniencia social y de moral. Éste antigua Art. ha sido derogado por la ley 17711, quedando así: Art. 1071: " El ejercicio **regular** de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto ." No siempre el ejercicio de un derecho está protegido por la ley debe tratarse de un ejercicio regular , con esto decimos que tiene que ser : justo, legítimo , moral.

- **DERECHOS PERSONALÍSIMOS**

Son los derechos innatos del hombre, cuya privacidad implicaría el aniquilamiento o desmedro de la personalidad. Se distinguen por ser innatos, vitalicios, inalienables, imprescriptibles, extrapatrimoniales y absolutos. Los derechos personalísimos son: el derecho a la vida, se encuentra protegido por disposiciones diversas que ofrecen una túrela de carácter público independiente de la voluntad de los individuos. El derecho a la vida comprende el derecho a la integridad corporal, que resguarda la personalidad contra los atentados parciales a la vida de las personas. El derecho a la libertad es otro derecho inherente a la persona, y es protegido por normas del derecho público y del derecho privado. El derecho al honor y la integridad moral esta resguardado por normas penales que protegen el honor y el buen nombre de las personas, incriminando las calumnias, las injurias y las acciones contra la honestidad y el pudor; y por normas civiles que obligan al resarcimiento de daños y perjuicios que se causaren con tales hechos. El derecho al honor y a la integridad moral se traduce en el derecho de la intimidad que se expresa en el artículo 31, ley 11.723, que prohíbe la reproducción fotográfica de la

imagen de una persona. El derecho a la intimidad es un correlato del derecho de la privacidad, consagrado con el artículo 1071 bis del Código Civil, ya que condena el ejercicio abusivo de la libertad en desmedro de la intimidad ajena. El citado artículo, implica un reconocimiento categórico del derecho a la intimidad, en consonancia con la penalización del abuso de la libertad.

- **PERSONA**

Es todo ente dotado de la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. Art. 30: " son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones", especies de personas: Personas de existencia visible y Personas de existencia ideal (art.31). Persona de existencia visible :(art. 51) todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad , sin distinción de cualidades o accidentes . Personas de existencia ideal: El derecho considera también sujetos de derecho a personas morales o colectivas , las llamadas personas jurídicas.

- **COMIENZO DE LA EXISTENCIA**

En nuestro derecho se reconoce la existencia de la personalidad humana desde la concepción del ser en el claustro materno , Art. 70. desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y el Art. 63: " son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno. Personalidad Condicional: art. 74: " si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno , serán considerados como si no hubiesen existido". Condición Jurídica de la Persona por nacer: a) desde el punto de vista de la Personalidad el concebido es " persona" para el derecho, pero obstenta esa investidura " sub conditione", b) desde el punto de vista de la capacidad de hecho es persona absolutamente incapaz, Art. 54, ya que no puede celebrar por sí mismo acto alguno , su representante es quien ejerce sus derechos, c) desde el punto de vista de la capacidad de derecho es persona de capacidad restringida: En principio goza de amplia capacidad para adquirir bienes ; pero según la generalidad de la doctrina no para obligarse. Derechos que pueden adquirir : según el art. 64 : " tienen lugar la representación de las personas por nacer siempre que éstas hubiesen de adquirir bienes por donación o herencia".. Todos los derechos adquiridos de la persona por nnacer ; están bajo la amenaza de su nacimiento sin vida: Art. 70: " ...antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido..." y agrega " ... esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida , aunque fuera por instantes después de estar separados de la madre. Período o época de la concepción : la importancia de la fijación de éste período es fundamental para establecer la suerte de los derechos que pudiere haber adquirido el concebido . Determinación del período de la concepción: Art. 76: " la época de la concepción de los que naciesen vivos queda fijado en todo el espacio de tiempo comprendido entre el maximun y el minimun de la duración del embarazo" y el Art. 77 " El máximo de tiempo del embarazo se presume que es de 300 días y el mínimo de 180 días ; excluyendo el día del nacimiento. Ésta presunción admite prueba en contrario". Con respecto a las medidas para verificar el embarazo ; el Art. 78 es determinante al respecto: " No tendrá jamás lugar el reconocimiento judicial del embarazo, ni otras diligencias como depósito y guarda de la mujer embarazada... ni a requerimiento de la propia mujer antes o después de la muerte del marido, ni a requerimiento de éste o de partes interesadas". El nacimiento : Cuestión de la Viabilidad: si alguna duda cabe si el nacimiento fue con o sin vida , la ley presume que ha sido con vida, Art. 75: "En caso de duda de si hubiera nacido con vida o no , se presupone que nacieron vivos , incumbiendo la prueba que alegare lo contrario", con respecto a la viabilidad , el Art. 72 estipula: " 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"

- **CAPACIDAD/ FORMAS NEGATIVAS INCAPACIDADES**

La capacidad: es la aptitud de la persona para ser titular de las relaciones jurídicas; ésta aptitud no puede faltar en el individuo de una manera absoluta , tampoco puede existir en ninguno de manera

plena e intacta. Caracteres : a) es susceptible de grados, mayor o menor extensión, b) Reputado como principio general, c) las incapacidades como limitaciones excepcionales de la capacidad emanan siempre de la ley y son de interpretación estricta **Capacidad de Derecho:** Cuando se tiene aptitud para adquirir cierto derecho, **la Capacidad de Hecho** : Cuando se tiene aptitud para ejercer por sí mismo sus derechos. La incapacidad ; es la ausencia de la capacidad del sujeto; puede ser de hecho: cuando se carece de la aptitud para ejercer por sí mismo los derechos que se tienen y de derecho cuando falta la aptitud para ser titular de determinada relación jurídica. ¿ En qué difieren?: a) en cuanto la fundamento de su institución , b) en cuanto a la posibilidad de remediarlas , c) en cuanto al sentido de prohibición que comportan, d) en cuanto al rigor de la sanción que recae sobre los actos de los incapaces, e) en cuanto a su subdivisión por categorías , f) en cuanto al criterio determinado de la ley aplicable. En la incapacidad de hecho: a) se instituye en razón de una insuficiencia psicológica del sujeto para el pleno ejercicio de sus derechos, b)la incapacidad se suple por la institución de un representante, c) sentido de protección, d) la ley reacciona benignamente impone una nulidad relativa, e) puede presentar dos categorías absolutas y relativas, f) se rigen por la ley de domicilio de la persona; mientras que la incapacidad de derecho: a) se sustenta en razones de orden moral, b) no es susceptible de remedio, c) no es par favorecer, d) la ley recae rigurosamente , nulidad absoluta, e) no pueden ser absolutas (ya que sería la destitución del sujeto del carácter de persona), f) se sujetan a la ley territorial. Incapacidad absoluta y relativa: la incapacidad absoluta: no tiene excepción , por ejemplo la persona por nacer en el orden de su inacapacidad de hecho no admite excepción alguna y la incapacidad relativa: cuando tiene excepciones, solo puede predicarse respecto de la capacidad de hecho.

- **MENORES**

El concepto en cuestión es sistematizado por el Código Civil para regular su condición jurídica. Según el artículo 126: “Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de 21 años de edad”.
El Código Civil califica a los menores en dos categorías, los impúberes y los adultos; “Son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de 14 años cumplidos, y los adultos, los que fueren de esa edad hasta los 21 años cumplidos”(art. 127 del Código Civil).
La condición de capacidad de los menores impúberes se califica por su incapacidad de hecho absoluta (art. 54, inc. 2 del C.C). El grado de incapacidad que regula a los menores adultos es la incapacidad de hecho relativa, es decir, están incapacitados jurídicamente respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlo. (art. 555 del C.C). Desde los 18 años de edad, el menor adquiere capacidad laboral, sin depender para ello, del consentimiento o autorización de su respectivo representante, y capacidad profesional para ejercer por cuenta propia una profesión, sin necesidad de previa autorización, a condición de habre obtenido el título habilitante (art.128).
La cesación de la incapacidad de los menores esta regulada en el artículo 128 del C.C, primer párrafo: “Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día que cumplieren 21 años, y por su emancipación antes de que fueren mayores”. La mayoría de edad habilita al sujeto para la ejecución de todos los actos de la vida civil y la emancipación borra la incapacidad con anticipación a la mayoría de edad. Esta se adquiere por el matrimonio, ya que los sujetos obtienen capacidad civil, con las limitaciones impuestas por el artículo 134 y 135 del C.C, y por la emancipación por habilitación de edad, cumplidos los 18 años, mediante decisión den quien ejerza sobre ellos la patria potestad (art.131 del C.C).

16. DEMENTES

Dicha categoría se utiliza jurídicamente para gobernar la condición jurídica de los insanos o enfermos mentales inhibidos para el manejo de sí mismos y de sus bienes. El artículo 54 del C.C los declara personas absolutamente incapaces de hecho, y el artículo 140-142 regula su situación ene el ordenamiento jurídico. De estos artículos se desprende los requisitos formales indispensables para declarar la interdicción de los insanos, a saber; la denuncia debe ser hecha por la parte legítima, la

declaración de demencia debe justificarse por exámenes previos facultativos y se debe verificar la dolencia por la sentencia del juez competente (el del domicilio del denunciado).
Los efectos jurídicos de la declaración de demencia se proyectan sobre la capacidad del sujeto e inciden sobre la validez de los actos jurídicos por el obrados. Además, provoca la designación de una representante definitivo para el gobierno de las personas y sus bienes. En cuanto a los actos jurídicos posteriores a la interdicción, el artículo 472 del C.C los declara nulos, de nulidad relativa, ya que se fundamenta en la protección del declarado incapaz. El artículo 473 hace referencia a los actos anteriores a la declaración de demencia: "... podrán ser anulados, si la causa de interdicción declarad por el juez existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados. 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".Dicho artículo consagra la seguridad jurídica con respecto a terceros de buena fe a título oneroso.
Por último, el régimen legal que regula a los dementes pronuncia la cesación de su incapacidad, mediante el artículo 150 del C.C: "La cesación de la incapacidad por el completo restablecimiento de los dementes, sólo tendrá lugar después de un nuevo éxamen de sanidad hecho por facultativos, y después de la declaración judicial, con audiencia del Ministerio de Menores".

17. INHABILITADOS

Son inhabilitados quienes, de acuerdo con el art 152 del CC , por embriaguez o consumo habitual de estupefacientes, estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio. O bien, quienes discernidos en sus facultades, cuando sin llegar al supuesto previsto en el art. 141 del CC, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad, puede resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio. Finalmente quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusieran a su familia a la perdida del patrimonio. Solo procederá en este caso la inhabilitación, si la persona imputada tiene cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio.

18. PROTECCIÓN DE INCAPACES E INHABILITADOS

La Representación y la Asistencia constituyen los dos modos principales mediante los cuales se garantiza la igualdad ante la ley de aquéllas personas declaradas incapaces, toda vez que de esta declaración no surge menoscabo alguno de sus Derechos.
A tales fines, la Representación se constituye cuando se designa un Representante al incapaz, quien actúa de manera Legal e Individual, quedando a cargo del Ministerio de Menores la Representación promiscua del incapaz. (art 59 del CC) En el caso de los dementes e inhabilitados, quien ejerce su Representación legal es el curador que se designe a tales efectos, así como los son los padres en el caso de los hijos no emancipados, etc. (art 57 del CC)
Por otra parte la Asistencia no sustituye al incapaz en el ejercicio de sus Derechos como sucede con la Representación. La primera actúa de manera conjunta con el titular de los derechos, con su voluntad, y con la voluntad de quien le asiste.

19. NOMBRE, ESTADO, DOMICILIO

NOMBRE

Es un atributo de la personalidad.
Es la designación exclusiva que corresponde a cada persona. Es necesario, innembrgable, único, inalienable, ininmutable, indivisible e imprescriptible.

Conceptos Vinculados

NOMBRE DE PILA Es el elemento individual del nombre que sirve para distinguir a la persona dentro de su familia. Suceptible de forma masculina y femenina indica el sexo de la persona designada. La reglamentación para la elección del nombre individual se encuentran en la ley 18.248 y corresponden a la observancia de clausulas básicas en contra de la extravagancia, la confusión , etc.

APELLIDO Es la desiganción común a todos los miembros de una misma amilia. identifica al grupo familiar, pero vinculado al nombre de pila determina la filiación del individuo.

Acciones vinculadas con la protección del nombre

- Acción en defensa del buen nombre: Determina el cese del uso del nombre por existir malicia al denominar un producto personaje de fantasía con el nombre del individuo reclamante, produciendo daño moral y material.
- Reconocimiento de nombre: Acción que corresponde al titular del nombre al cual se le desconoce el mismo. Posibilita la reparación mediante publicación oficial de la sentencia.
- Acción de impu gnación del nombre: Se da en los casos de usurpación del nombre por un individuo al cual no le pertenece. Persigue la prohibición del uso ilegítimo del nombre.

ESTADO

Es un atributo de la personalidad que determina la forma de ser de la persona física dentro de su familia y en sociedad.
Presenta varios caracteres, a saber: esta fuera de la autonomía de la voluntad y es regido por la regulación de orden público; es intrasmisible e inalienable; irrenunciable; imprescriptible, indivisible y recíproco.
Genera efectos jurídicos tales como las acciones de estado, origina el derecho de familia y hereditario, etc.

Acciones vinculadas al estado de una persona

- Acción de reclamación de estado: La ejerce el accionante del cual el demandado desconoce su estado.
- Acción de impugnación de estado: Reconoce la inexistencia o falsedad del estado que se atribuye el demandado.

DOMICILIO

Presenta dos géneros, General y Especial. A su vez se subdividen en distintas especies

General El asiento jurídico de una persona. Rige la generalidad de las relaciones jurídicas de la misma. Es el domicilio por antonomasia. Es único, legal y necesario.

- Legal (Art 90) El domicilio 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.

- Real (Art 89) El lugar donde las personas tienen establecido el asiento principal de su residencia y negocios.

Especial Es el que produce efectos limitados a una o varias relaciones jurídicas. Puede ser múltiple y no es necesario.

- Convencional o de elección El que elige una u otra parte del contrato para que surta efecto respecto del mismo contrato.
- Procesal o constituido El que ha de constituirse para los efectos del juicio, notificaciones, emplazamientos, intimaciones, etc.
- Conyugal El domicilio común de los esposos.
- Comercial El domicilio de los comerciantes que produce efectos especialmente para el cumplimiento de las relaciones comerciales.
- Sucursales En el caso de las empresas con muchas sucursales, estas tienen domicilio especial en el sitio en el cual se encuentren solo para las obligaciones contraídas por los agentes locales.

Conceptos Vinculados

RESIDENCIA Alude al lugar donde habita ordinariamente la persona. Es una expresión vulgar.
HABITACIÓN Es el lugar donde se encuentra la persona accidental o momentaneamente.

20.AUSENCIA SIMPLE/ FIN DE LA EXISTENCIA

Para referirnos a la situación jurídica aludida, nos enfocamos en la ley 14.394, Art. 15: "Cuando una persona hubiere desaparecido del lugar de su domicilio o residencia, sin que de ella se tengan noticias, y sin haber dejado apoderado, podrá el juez, a instancia de la parte interesada, designar un curador a sus bienes, siempre que el cuidado de estos lo exigiere. La misma regla se observara si, existiendo apoderado sus poderes fueren insuficientes, no desempeñare el mandato o este hubiere caducado".
Del artículo citado se desprenden los requisitos para la declaración de Ausencia.: la desaparición de la persona, la existencia de bienes que exijan cuidado y la falta de apoderado. La concurrencia de dichos extremos legales autorizan la consecuente declaración de ausencia de la persona en cuestión.
Por otra parte, quienes pueden denunciar la Ausencia es toda persona que tenga un interés legítimo respecto de los bienes del ausente, ante el juez competente (Art. 16, ley 14.394). El efecto de la declaración de Ausencia es la institución de un representante, que tendrá a su cargo la custodia y conservación de los bienes abandonados. Pero, basta que la presencia del "ausente" se verifique para que cese su "desaparición" y la representación sustentada en ella. Esto implica que la cúratela del ausente cesa por (Art. 21, ley 14.394); la presentación del ausente, sea en persona o en apoderado, por su muerte o por el fallecimiento presunto, judicialmente declarado. Cabe destacar, que el Código Civil en su artículo 103 alude a la muerte natural de las personas como causante de la extinción de su existencia y elimina la muerte civil como circunstancia jurídica capaz de provocar la fin de la existencia de las personas. La última causa mencionada merece una atención especifica, detallada a continuación.

21. PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO

Es la situación marcada por la ausencia prolongada de una persona del lugar de su domicilio o residencia, calificada por la falta de noticias sobre su paradero, no obstante las averiguaciones efectuadas por sus allegados. La consecuente declaración judicial del ausente con presunción de fallecimiento, proyecta sus efectos sobre las diferentes relaciones jurídicas constituidas en cabeza del "desaparecido".En este sentido, la presunción de fallecimiento conlleva efectos distintos de los originados por la muerte "comprobada", en lo que atañe a la disolubilidad del matrimonio, el régimen de bienes y las derivaciones que causa la "eventual" reaparición del presuntamente fallecido. Asimismo, la presunción de fallecimiento se declara por diversas causas, que determinan los casos de "presunción de fallecimiento". Ellos son; el caso ordinario , que requiere la prolongación de la ausencia sin noticias

durante 3 años, el caso extraordinario genérico , consistente en que el "desaparecido" haya estado en un suceso susceptible de ocasionar su muerte y no se tengan noticias suyas durante el transcurso de 2 años. Por último, el caso extraordinario especifico que causa la declaración de presunción de fallecimiento cuando el "desaparecido" ha estado en una nave o aeronave naufragada o perdida, y se carece de noticias suyas por seis meses.
De esta manera, las causas que dan lugar a la declaración judicial de "presunción de fallecimiento"se presentan en hipótesis diferentes, para las que rigen los efectos legales de la declaración admitida.
Los conceptos analizados anteriormente hacen mención a circunstancias diversas (ausencia o presunción de fallecimiento) que provocan la extinción de las personas. Ahora, pasamos a estudiar la existencia de las personas jurídicas. El artículo 32 del Código Civil define a la persona jurídica como: *"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".*

22. PERSONAS JURÍDICAS / PERSONAS JURÍDICAS DE EXISTENCIA IDEAL

Son conceptualizadas por el codificador, quien distingue en personas jurídicas de carácter público y de carácter privado. Además, presenta a las personas de existencia ideal, propiamente dichas, que se constituyen como sujetos de derechos sin requerir de una autorización del Estado para funcionar en el ordenamiento jurídico. Su actuación esta condicionada a que la constitución y designación de sus autoridades se acredite por escritura pública o por instrumentos privados de autenticidad certificada por un escribano público. En esta clase de persona jurídica se encuentran las sociedades civiles y comerciales, el consorcio de propiedad horizontal, la sociedad conyugal y las "simples asociaciones".
Las personas jurídicas de existencia ideal de carácter público son; el Estado Nacional, las provincias, los municipios, las entidades autárquicas y la Iglesia Católica. Las de carácter privado son las asociaciones y fundaciones que tienen por objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, o subsistan exclusivamente de las asignaciones del Estado y obtengan autorización para funcionar (Art.33 del Código Civil).
Las personas jurídicas de carácter público son las entidades ideales reconocidas como sujetos de derechos por su conexión con la existencia de la Nación, y las personas jurídicas de carácter privado son lo sujetos de derecho por un acto constitutivo y un acto de autorización estatal que les confiere personalidad y capacidad (principio de especialidad).
Cabe destacar, que el reconocimiento expreso de las personas jurídicas de carácter privado en nuestro sistema legal, se sustenta en la Teoría De la Realidad. La concepción teórica adoptada por el codificador le otorga a las "personas colectivas" un reconocimiento como entes de derecho con facultades para producir efectos jurídicos. Son entidades que poseen una voluntad real, independiente de la de sus miembros constitutivos, y por ende actúan con capacidad propia en el sistema normativo. Esta teoría, tiene su correlato en la Teoría del Órgano, que le otorga una responsabilidad, como sujetos de derecho, diferente a las de sus componentes individuales. Asimismo, esto es consagrado en el artículo 36 del Código Civil: *"Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio"...* . Este principio, se concretiza en la independencia de personalidad que ostentan las personas jurídicas de carácter privado.
La teoría de la realidad se confronta teóricamente con la Teoría de la Ficción, que sostiene que las personas jurídicas "colectivas", son entes ficticios creados por el sistema normativo por razones de utilidad, y en efecto carecen de voluntad real para moverse en la arena jurídica. Como entes carentes de voluntad, dependen de la actividad que en su nombre cumplen los representantes. Esta noción teórica de persona jurídica se complementa con la Teoría de la Representación, que le atribuye la responsabilidad de actuar jurídicamente a los representantes instituidos por la carencia de voluntad real, ya que la personalidad de las personas "colectivas" es sólo para fines útiles y de convivencia social.
De esta manera, el Código Civil consagra una concepción teórica que se sistematiza en nuestro ordenamiento legal.

23. ASOCIACIONES Y FUNDACIONES

El art. 33 designa a las asociaciones y fundaciones dentro de la categoría de personas jurídicas de carácter privado. Asimismo es preciso destacar las diferencias que pueden presentar tales personas en función de su diversa estructura.

Por un lado se presenta la estructura de tipo Asociación, que se caracteriza por tener miembros o socios que reciben el beneficio de la actividad que desarrolla la institución. Otro carácter que la define es que el estatuto se origina en la voluntad de sus miembros que pueden modificarlo de conformidad a las previsiones contenidas en el mismo. Asimismo, en fin de las mismas se realiza en su seno, pues tiende al beneficio de los propios asociados. Por último, la asociación se distingue en que los socios de aquélla tienen derecho a exigir de la entidad la prestación de los servicios y beneficios previstos en los estatutos.

Por otra parte encontramos la estructura tipo Fundación que se distingue por carecer de miembros, sólo tienen administradores y beneficiarios de la institución que son externos a ella. Además, el estatuto de la fundación se origina en la voluntad del fundador, que es persona ajena a la misma. Por tanto, la fundación no puede cambiar su propio estatuto, resultando este de una rigidez mayor que el de las propias asociaciones. Por último, la fundación se distingue ya que sus beneficiarios carecen del derecho a exigir de la entidad la prestación de los servicios y beneficios, y solo la autoridad pública por intermedio de sus organismos de fiscalización y contralor pueden rectificar las desviaciones de los estautos en las cuales hayan incurrido los administradores de la entidad.

De esto resulta que la Asociación, según la definición que toma J.J Llambías de Enneccerus, es: "Una unión estable de una pluralidad de personas, independiente de su existencia del cambio de miembros, que tiene una constitución corporativa y un nombre colectivo, cuyos bienes son administrados por los mismos miembros las asociación tiene por lo tanto miembros y administración propia".

Las asociaciones se clasifican en comerciales o civiles, según se propongan o no un fin utilitario. Las comerciales perciben, lógicamente, un fin de lucro, que trae beneficios a sus miembros, aunque indirectamente redunde en bien de la sociedad. Dentro de esta categoría se encuentran las sociedades anónimas, reguladas por la ley 19.550.

Por otra parte, las asociaciones civiles persiguen finalidades excentas de lucro y tienden a la consecución del bien común. Finalmente, nos resta definir a la Fundación, nuevamente, según Enneccerus, la Fundación es una organización para la realización de un fin altruista reconocida como sujeto de derecho, y que no consiste en una unión de personas. Al mismo tiempo, según el art 1º de la ley 19.836 "Las fundaciones son personas jurídicas que se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinados a hacer posibles sus fines."

24. PATRIMONIO

El conjunto de Derechos que sirven para la satisfacción de las necesidades económicas de las personas y pueden apreciarse en dinero.Mientras que para los clásicos, como Aubry y Rau, es una "universalidad de derecho" y un atributo de la personalidad, para los modernos es inconcebible clasificar al patrimonio junto con atributo de la personalidad como el nombre o la capacidad.

25. BIENES Y COSAS/CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS EN RELACIÓN A LAS PERSONAS/ BIENES DE DOMINO PÚBLICO Y DE DOMINIO PRIVADO

Cosas muebles: que pueden ser trasladadas de un lugar a otro. Lo son tanto si se mueven por sí mismas como si lo hacen por una fuerza externa.

cosas inmuebles: son las que están fijas en un lugar determinado, no pudiendo ser trasladadas a otro lugar. pueden serlo por naturaleza ó por accesión física, estas últimas son aquellas que se encuentran adheridas al suelo, de manera perpetua.(artículo 2315). También las cosas pueden ser inmuebles por accesión moral, en lugar de física, esto es cuando una cosa mueble es puesta por su propietario como accesorias a un inmueble sin estarlo físicamente, esta debe estar al servicio de aquel y con carácter

permanente. . Por último dice el artículo 2317 que son inmuebles por carácter representativo los instrumentos públicos donde constare la adquisición de derechos reales sobre inmuebles, con excepción de los derechos reales de hipoteca y anticresis.
Cosas fungibles: aquellas cosas en que todo individuo equivale a otro de su misma especie, y pueden sustituirse unos por otro de la misma calidad y cantidad.
Cosas no fungibles: cosas que no pueden ser sustituidas como por ejemplo la obra de arte original de un gran artista.
Cosas consumibles: son aquellas cuya existencia termina con el primer uso y terminan para quien deja de poseerlas en su individualidad.
Cosas no consumibles : son las que no dejan de existir por su primer uso, aunque sean susceptibles de consumirse o deteriorarse después de algún tiempo.
Cosas indivisibles : Cuando la división de una cosa torna antieconómico su aprovechamiento
Cosas principales : existen por y para sí mismas.
Cosas accesorias: son determinadas por otra cosa y siguen su suerte.

26. FRUTOS Y PRODUCTOS

Frutos: las cosas que provienen periódicamente de otra, sin alterar su sustancia. Pueden ser civiles(rentas provenientes del uso o goce de la cosa), industriales, cuado la cosa produce mediando el trabajo humano ó naturales, en el caso que la cosa produce espontáneamente
Productos: los que una vez extraídos de la cosa no se renuevan en ella y la dejan disminuida en su sustancia.

27. HECHOS JURÍDICOS

Son todos los acontecimientos susceptibles de adquirir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones.

28. ACTOS VOLUNTARIOS/ACTOS INVOLUNTARIOS

Los hechos humanos puden ser voluntarios o involuntarios. La voluntad, para ser considerada juridicamente debe cumplir sus condiciones internas y sus condiciones externas. Las condiciones internas de la voluntad son la intención, el discernimiento y la libertad. Las causas obstativas de la intención son el error o ignorancia y el dolo . La causa obstativa de la libertad es la violencia, como intimidación o como fuerza física y las causas obstativas del discernimiento son la insania y la incapacidad. Respecto a las condiciones externas, ningún hecho tiene el carácter de voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste. La declaración de la voluntad puede ser formal o no formal, positiva o tácita, o inducida por una presunción de la ley.

29. ACTOS JURÍDICOS

Son los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos. Son positivos o negativos, unilaterales o bilaterales.

30. FORMA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Los actos jurídicos pueden ser formales o no formales; los 1º son aquellos para los que la ley exige determinada forma, sin la cual carecen de valor legal; los 2º no requieren ninguna solemnidad; basta con que se pruebe el consentimiento para que goce de plena validez. El Art. 974 del Código Civil establece que: " Cuando por éste Código , o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes ." El principio es el de la Libertad de las formas; solo cuando la ley expresamente exija una determinada solemnidad, el acto deberá considerarse formal.
Al mismo tiempo los actos Formales se dividen en :

*Solemnes: la forma es exigida como requisito inexcusable de la validez del acto (ad solemnitatem). El incumpliemiento de ella trae aparejada la nulidad del negocio jurídico aunque se pruebe de manera inequívoca la manifestación de voluntad.
*No solemnes: la forma es exigida como medio de prueba (ad probationem) . Tal es por ejemplo el caso de la compraventa de inmuebles ; la ley exige que sea hecha en escritura pública (Art. 1184 Cod. Civil), pero en la práctica de los negocios, las operaciones se cierran por medio de un instrumento privado: el boleto de compraventa. Éste boleto no da derecho al comprador a exigir la entrega del inmueble , pero sí a reclamar del vendedor el otorgamiento de la escritura (Art. 1185), cumplido lo cual estará en condiciones de de entrar en posesión del bien.

31. INSTRUMENTOS PÚBLICOS

Se llaman Instrumentos Públicos a aquellos a los cuales la ley les reconoce autenticidad, es decir, a los que se prueban per sé sin la necesidad de reconocimiento de la firma como los privados .
Ordinariamente interviene en su otorgamiento un oficial público, pero éste no es un requisito esencial para todos los instrumentos públicos. Intervención de un oficial público salvo casos de excepción: El oficial público debe estar legalmente nombrado por la autoridad competente, pero a falta en su persona para el nombramiento no quita a sus actos el carácter de Instrumento Públicos.
Competencia del oficial Público, es decir que debe obrar dentro de los límites de sus atribuciones no sólo respecto de la naturaleza del acto, sino también dentro del territorio
Incompatibilidad por interés directo o parentesco (hasta parientes de 4º grado)
Cumplimiento de las formalidades legales (que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad.

32. VICIOS DE LOS ACTOS VOLUNTARIOS

Son los defectos congénitos en ellos, suceptibles de producir la invalidez de los actos que los padecen.
Pueden ocurrir sobre el OBJETO, la FORMA, o el SUJETO

DEFECTOS EN EL SUJETO Cuando se obra sin discernimiento o capacidad.

DEFECTOS EN EL OBJETO Cuando este es ilegítimo o prohibido por la ley

DEFECTOS EN LA FORMA Inobservancia de las formalidades exigidas por la ley respecto a ciertos actos jurídicos.

VICIOS DE LOS ACTOS VOLUNTARIOS a) Vicios de la Voluntad 1) Ignorancia o error
2) Dolo
b) Vicios de la Libertad 1) Violencia

VICIOS PROPIOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS a) Vicios de la buena fe 1) Simulación
2) Fraude

ERROR Falso conocimiento que se tiene de una cosa.

Radical No vician la voluntad sino que la destruyen enteramente.
Escencial Dan lugar a la sanción de nulidad.
1. Sobre la persona
2. Sobre la sustancia
3. Sobre la causa principal

Accidentales versan sobre cualidades accidentales del acto. No provocan nulidad

IGNORANCIA Ausencia de conocimiento acerca de algo.

DOLO la acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto es toda ascerción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin [el de conseguir la realización de un acto]
Para determinar la anulación del acto el dolo debe haber sido grave, debe haber sido causa determinante de la acción, debe haber ocasionado un daño importante y no debe haber habido dolo por ambas partes. Puede ser principal, cuando es el engaño determinante de la voluntad ajena, o incidental, cuando logra el consentimiento de la victima en condiciones más onerosas.

VIOLENCIA Coerción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una persona para determinarla contra su voluntad en la realización de una cto jurídico. Puede ser física o moral,

FUERZA La voluntad se manifiesta bajo el imperio de una presión física irresistible.

INTIMIDACIÓN o VIOLENCIA MORAL Cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal innminente y grave en su persona libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes y ascendientes.

SIMULACIÓN Cuando se encubre el carácter jurídico de una cto bajo la apariencia del otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas o cuando por el se constituyen o trasnmiten derechos a personas interpuestas que no son aquéllas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.
Puede ser absoluta, cuando el acto celebrado nada tiene de real, o Relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter.

FRAUDE Cuando una persona insolvente enajena bienes, a fines de sustraerlos de la ejecución de sus acreedores. Es necesario para que haya fraude que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor, o que antes ya se hallase insolvente, que el crédito en cuestión sea de fecha anterior al acto del deudor, exepto que la enajenación sea efectudad para eludir la responsabilidad ulterior por un crimen posterior al fraude.

33. LESIÓN SUBJETIVA

Incorporado al ordenamiento a traves de la ley 17.711 determina que se considera vicio del acto el aprovechamiento que una de las partes realice de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra. Se configura cuando una de las partes, expotando alguna de estas particularidades, obtuviera una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se puede demandar la nulidad absoluta del acto invocando este vicio.

34. NULIDAD Y ANULACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Nulidad de los actos jurídicos

Sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico, en virtud de una causa existente al momento de la celebración (causa originaria).
Acto nulo: cuando el vicio que obsta la validez del acto jurídico tiene una actuación patente en el acto mismo, la nulidad es manifiesta, la imperfección del acto es taxativa, rígida, determinada. Es invalidado por la ley misma
Acto anulable: cuando la causa de invalidez del acto jurídico tiene una actuación latente, oculta, es fluida e indefinida, no es manifiesta. Resulta invalidado por la sentencia del juez. Es una nulidad

intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial.
Nulidad absoluta: cuando el acto jurídico (sea nulo o anulable) es contrario al orden público o a las buenas costumbres adolece de nulidad absoluta. Sufre todo el peso de la sanción legal. Es declarable de oficio por el juez y todo interesado(excepto la parte que sabía o debía saber el vicio del acto) tiene la facultad de alegarla, al igual que el Ministerio Público. Es imprescriptible y no es susceptible de confirmación.
Nulidad relativa: cuando el acto jurídico (sea nulo o anulable) no afecta el orden público ni las buenas costumbres, solo es pasible de una nulidad relativa. La misma se establece en función de la protección del interés de un particular, es por esto que la misma no puede ser declarada por el juez sino a petición de parte. La acción de nulidad relativa prescribe, como regla general, en el plazo de diez años, salvo excepciones expresas de la ley como cuando el acto adolece de un vicio de la voluntad o cuando la sanción de nulidad proviene de la ausencia de capacidad de hecho del agente, casos en los cuales la prescripción es de dos años. Es susceptible de confirmación
Excepción de nulidad: es la acción legal que pueden interponer las partes de un acto jurídico que aún no ha sido ejecutado, para paralizar las acciones que normalmente derivan de la celebración de los actos válidos. Esta acción da lugar a la certificación judicial de que el acto obrado era nulo.
Acción de nulidad: es la acción legal que puede interponer la parte que aspire a desvirtuar las consecuencias materiales de un acto que ha sido ejecutado.
Confirmación de un acto jurídico: es un acto jurídico mediante el cuál se expurga a otro acto jurídico inválido del vicio de que adolecía y en razón del cual era pasible de nulidad. La misma puede ser expresa o tácita.
Confirmación expresa: es aquella que se realiza por escrito (según coincide Llambías y Borda esta no puede ser verbal). El instrumento de confirmación expresa debe contener bajo pena de nulidad, la sustancia del acto que se quiere confirmar, el vicio de que adolecía y la manifestación de la intención de repararlo.
Confirmación tácita: es la que resulta de la ejecución voluntaria, total o parcial, del acto sujeto a la acción de nulidad.

- **Julia Conget - Anabella Lucardi - María del Sol Costa - Nahuel Berguier**

Conceptos generales

Derecho
Concepto: Es el ordenamiento social justo. Para que el derecho sea verdaderamente tal, el orden impuesto ha de ser justo. No es una técnica generadora de principios para la conducta social, sino que está al servicio de fines que la trascienden. La técnica es solo la parte instrumental de un programa mas vasto, y que consiste en la instauración de un orden social justo.
Derecho objetivo y subjetivo: El derecho como ordenamiento social justo, es en su sentido objetivo la regla de conducta exterior al hombre a quien se dirige; en su sentido subjetivo alude al poder que concede a las personas para satisfacer intereses humanos. Ambos no son antagónicos, se corresponden y se exigen recíprocamente.
Orden jurídico y moral: Moral y derecho tienen el mismo objeto material, que es la actividad humana, difieren en el enfoque con que encaran esa actividad. La moral rige la conducta en miras del bien individual, el derecho la rige en vista del bien común. Por lo tanto el derecho no es el bien de la persona, sino la justicia entendida como la proporción entre las exigencias de la persona y los bienes aptos para proveer esas exigencias.
Derecho natural y positivo: El derecho natural es el núcleo del ordenamiento jurídico, es aquel que surge de la naturaleza humana y le es revelado al hombre por la razón. Es universal e inmutable, rige los grandes principios rectores de la organización social. El derecho positivo debe ajustarse a él, es el derecho naturas el que le imparte directivas, que tienden a la instauración de la justicia, imponiéndole una barrera cuando lo contradice y se convierte en injusto. Por su parte el derecho positivo es la traducción y garantía de la libertad la dignidad, la igualdad, la familia, las asociaciones, la propiedad, todo ello es de derecho natural.
Derecho positivo : Entendido el derecho positivo como el conjunto de normas sancionadas por la autoridad competente, se hace necesario clasificar tales normas:
Derecho y deber jurídico: Todo derecho impone un deber, el primero es la visibilidad de hacerlos valer frente a alguien (obligado), el segundo implica la obligación de cumplir frente a alguien (acreedor).
Abuso de derecho: es solo aplicable en derecho civil, es un cuasidelito. Consiste en la realización de un acto abusivo del derecho que se posee, con o sin intención de causar daño, lo relevante es el daño que causa. La ley no acordará protección a quien intente hacerlo, si ya fuese hecho, el autor será responsable de daños y perjuicios
Derecho público y privado: La clasificación se remonta al derecho romano, opone el derecho público al privado basándose en la distinción del interés protegido: D.público refería al Estado y a la cosa pública, y D. privado a los particulares.
El pensamiento doctrinario moderno toma en cuenta la calidad del sujeto de derecho: si la norma alude al Estado como poder público es de D. público; si se refiere a sujetos particulares o al Estado como persona jurídica es de D. privado.

Divisiones del derecho público: (Tutela intereses generales)
D. Constitucional : Organiza poderes, atribuciones y deberes del Estado y regla sus relaciones con los gobernados
D. Administrativo : Organiza la administración pública.
D. Penal : sanciona los hechos que atentan contra el orden social.
D. Internacional : regula las relaciones de los Estados entre sí.
D. Eclesiástico : regula las relaciones de la Iglesia con el Estado.
División del derecho privado: (Tutela intereses particulares)
D. Comercial : Regula las relaciones y consecuencias del comercio.
D. del trabajo : rige las relaciones entre patrones y obreros.
D. Civil : tronco común del que se desmiembran las demás ramas del derecho.
Legislación rural: rige las relaciones referentes a la explotación agrícola-ganadera.

Derecho Procesal : es de derecho público y privado en función de procedimiento que se trate; tiene rango de accesorio o subsidiario.

Derecho Civil: Es la disciplina fundamental, puesto que comprende todas las relaciones jurídicas de derecho privado no incluidas en un ordenamiento especial. Suministra a las demás ramas del derecho, los lineamientos básicos de la ciencia del derecho, tales como la teoría de las personas, de las cosas y de los hechos y actos jurídicos.
Su dominio de aplicación se ejerce a través de 4 instituciones:

• Persona: considera a las personas en sí mismas y organiza su desenvolvimiento en la sociedad, estableciendo las condiciones por las cuales son sujetos de derecho. Se subdivide en:
• Existencia e individualización de las personas físicas
• Capacidad de las personas físicas
• Existencia, capacidad e individualización de las personas jurídicas
• Familia: Rige las relaciones de la sociedad primaria y define el estado de cada uno de sus miembros. Se subdivide en:
• Matrimonio, celebración, sus efectos sobre personas y bienes, sanción y disolución.
• Filiación extramatrimonial y adoptiva.
• Parentesco
• Patria potestad, tutela y curatela.
• Patrimonio: regla las relaciones derivadas de la apropiación de la riqueza y el aprovechamiento de los servicios. Se subdivide en:
• derechos reales
• derecho de las obligaciones y personas
• derechos intelectuales
4) Herencia: regula la transmisión de bienes “mortis cusa”, pone especial conexión la institución de la familia con la institución del patrimonio.

Fuentes del derecho
Son los medios por los cuales se expresa el derecho, disponiendo directivas para la interpretación de los jueces se dividen en:
Fuentes formales: La ley, la costumbre y la jurisprudencia plenaria
Fuentes materiales: la jurisprudencia, la doctrina, la equidad y el derecho comparado.

La ley: Norma social obligatoria, emanada de autoridad competente y con carácter general. es anterior al hecho y tiene fuerza abstracta.
Es la principal fuente del derecho que no excluye la existencia de otras fuentes
Ley en sentido formal y material: La ley en su sentido material es la norma escrita sancionada por la autoridad competente. En su sentido formal es toda disposición sancionada por el poder legislativo según los mecanismos constitucionales. Según su contenido serán materiales: leyes del poder legislativo nacional o provincial que sientan normas generales; o formales: ciertos actos de autoridad que carecen del requisito de generalidad y se traducen en privilegio para una determinada persona.
Clasificación de leyes
Según su estructura y técnica de aplicación:
Rígidas : disposiciones precisas y concretas, da la solución por si misma, sin dejar margen de interpretación.
Flexibles: se limitan a enunciar conceptos generales, al aplicarlas el juez tiene un campo de interpretación más amplio.
Según la naturaleza de la sanción:
Leyes perfectaes : la sanción es la nulidad del acto.
Plus quam perfectae : la sanción es la nulidad del acto mas una pena civil accesoria.
Minus quam perfectae : el acto mantiene su validez pero impone una pena menor como el resarcimiento.
Imperfectaes: carentes de sanción, expresan exhortaciones legislativas tendientes a encauzar la conducta de los hombres.
Según la imperatividad legal: La ley se caracteriza por su coactividad, pero ella puede ser más o menos rigurosa. Según su régimen pueden o no ser dejadas de lado:
Imperativas: prevalecen sobre cualquier acuerdo entre los particulares, su contenido es de orden público: rigen en el sector autoritario del derecho: capacidad, familia, derechos reales.
Supletorias: también son llamadas interpretativas, por cuanto el legislador ha pretendido interpretar la voluntad inexpresada de las partes. Las partes pueden, de común acuerdo, modificarlas o dejarlas sin efecto. Regulan en materia de obligaciones y contratos que han sido confiados al libre juego de la iniciativa privada.
Según el sentido de la disposición legal
Prohibitivas: son las que prescriben un comportamiento negativo, prohíben la realización de algo que se podría efectuar de no mediar la prohibición legal. Pueden haber previsto o no la sanción.
Dispositivas: prescriben un comportamiento positivo, imponen que se haga algo.
Legislación Argentina: En razón del sistema federal de nuestra constitución política, conviven dos ordenamientos:

el nacional originado en el Gobierno de la Nación y el provincial que proviene de la potestad legislativa de cada Provincia. Para evitar fricciones, la Constitución Nacional deslindó la competencia propia de cada una de ellas: se confiere al Congreso Nacional el dictado de los códigos de fondo (civil, comercial, penal, de minería, Etc.), y como la aplicación de tales códigos corresponden a los Tribunales Federales y Provinciales, se confiere a las Provincias el dictado de los códigos de procedimiento.
Formación de las leyes: En el orden nacional pueden originarse en cualquiera de las dos Cámaras Legislativas, a instancia de un diputado, un senador o el Poder Ejecutivo.
En su proceso se distinguen tres momentos:
i) Sanción: acto por el cual el P. Legislativo crea la regla.
ii) Promulgación: acto por el cual el P. Ejecutivo dispone el cumplimiento de la ley, puede ser expreso (decreto) o tácito (no devuelve el proyecto observado a la cámara de procedencia dentro de los 10 días hábiles.
iii) Publicación: acto por el cual se da a conocimiento de la sociedad la ley, a través de la publicación en el boletín oficial. No puede reputarse su vigor si no es conocida por el pueblo.
Vigencia de las leyes: Si la ley no lo indica en su texto, la fecha de entrada en vigencia será a partir del octavo día de su publicación en el boletín oficial.
Derogación de las leyes: La atribución de derogar las leyes compete al poder que las originó, puede ser en forma expresa: cuando el texto de la ley dispone el cese de la ley anterior; o tácita: cuando hay incompatibilidad entre ambas. La incompatibilidad debe ser absoluta, basta una pequeña posibilidad de conciliar ambas normas para que el intérprete deba atenerse a esa complementación.
Leyes generales y especiales: Una ley especial deroga una ley general, pero esta última no deroga a una ley especial, salvo que aparezca clara la voluntad de derogatoria en el espíritu del nuevo ordenamiento.
Caducidad de la ley: Independientemente de su derogación, puede extinguirse la fuerza jurídica de una ley, ya sea por el nacimiento de una norma consuetudinaria o por los modernos principios de la interpretación jurídica que puede considerar absurda su aplicación en las circunstancias sociales actuales.

La costumbre: En tanto la ley es la forma reflexiva del derecho, la costumbre es su forma espontánea de expresión. Es la observancia constante y uniforme de un comportamiento por los miembros de una comunidad, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica. De esta definición surgen dos elementos:
Objetivo: serie de actos semejantes, uniformes, repetidos e ininterrumpidos, deben poseer generalidad. Para reputar constituida una costumbre se establecen los datos sociales que permitan verificar la existencia de una norma consuetudinaria, independientemente de su práctica en el tiempo.
Subjetivo: radica en la convicción de que la observancia de la práctica responde a una necesidad jurídica, es esto lo que la diferencia de otras prácticas que no generan normas jurídicas, como los usos sociales.
Especies de costumbres
Secundum legem : es la norma consuetudinaria que origina su vigencia en la ley, precisamente en el Art. 17 del C.C., que dispone que solo pueden crear derechos cuando la ley así lo disponga o en casos no reglados legalmente. De este tipo son las costumbres a las que se refiere el Art.950 del C.C. cuando sujeta las formas de los actos jurídicos al régimen de las leyes y costumbres del lugar.
Praeter legem : norma consuetudinaria que rige una situación no prevista por la ley. Reviste un carácter de fuente del derecho, en tanto la jurisprudencia ha admitido su vigencia en casos tales como el nombre, prácticas comerciales, Etc.
Contra legem : constituye una contradicción a las leyes vigentes. Ante distintas opiniones doctrinarias, la jurisprudencia no ha aceptado la virtualidad jurídica de las costumbres “contra legem”, salvo en materia de remates.

Jurisprudencia: Es la fuente del derecho resultante de los fallos tribunalicios que sirven de precedente para futuros pronunciamientos. No es necesario que los fallos coincidentes sobre una misma materia sean reiterados, una sola sentencia sienta jurisprudencia; es lo que en el derecho anglosajón se denomina “Leading case”. Sin duda una jurisprudencia reiterada y constante tiene mayor solidez como fuente.
Su valor como fuente del derecho: Reviste gran importancia, porque son los tribunales los que, con su jurisprudencia concilian la ley con los constantes movimientos sociales y cubren las lagunas de la ley. Su valor como fuente del derecho es formal por cuanto constituye una regla externa al intérprete, suficiente para regir su juicio; y material porque trasunta su valor por la fuerza que emana de ella conforme a la naturaleza de las cosas.
Unificación de la jurisprudencia: Es una necesidad social y la mejor garantía de la estabilidad jurídica. Los fallos jurisprudenciales no tienen fuerza obligatoria, aunque haya sido sentada por los tribunales de los cuales dependen jerárquicamente (salvo la jurisprudencia plenaria). Pero hay una razón que lleva a los jueces a fallar en sentido coincidente, y es que si un mismo problema recibe interpretaciones diferentes se crea incertidumbre jurídica, y hasta pueden alterarse derechos y obligaciones de las personas.

Recurso de inaplicabilidad de la ley: Su finalidad consiste en el mantenimiento de una interpretación unificada de la ley dentro del ámbito territorial. Mientras jueces y tribunales de instancia deciden acerca de todas las cuestiones de hecho y derecho, el Tribunal de Casación solo juzga acerca de cuestiones de derecho. Agotada la 1º instancia, queda el apelar al tribunal de Casación, como hay uno solo, queda asegurada la uniformidad de la ley.
Recurso extraordinario: El propósito del mismo no es la unificación de la interpretación de la ley, sino asegurar el pleno imperio de la Constitución nacional y las leyes nacionales, evitando que por formas de interpretación, los Tribunales Provinciales dejen sin efecto normas de orden nacional o incurran en arbitrariedad. La Corte no puede juzgar sobre los hechos, su decisión está limitada a cuestiones de derecho. No están sujetas al recurso extraordinario la interpretación que estos tribunales hagan de los códigos civil, comercial, penal, de minería y de trabajo, pues no legislan sobre materias de interés general.
Tribunales plenarios: Es la interpretación de la ley hecha por las Cámaras Nacionales de Apelaciones, reunidas en Tribunal Plenario para unificar la jurisprudencia de las salas, y así evitar sentencias contradictorias. Será de aplicación obligatoria para las Salas y Jueces de 1º instancia, respecto de los cuales la Cámara que se pronuncia es el Tribunal de Alzada. Solo podrá volverse sobre ella como consecuencia de una nueva sentencia plenaria.

La doctrina: En el derecho moderno, la doctrina de los tratadistas carece de toda fuerza obligatoria, sin embargo, suele ser citada con frecuencia. De ahí que constituyen una fuente material del derecho, no impera en virtud de una autoridad sino como expresión del derecho. Su valor depende del prestigio del jurista, y si hay opinión unánime de juristas, es difícil que los jueces se aparten de ella. Las cuestiones dudosas o controvertidas se deciden por la postura que frente a ello asume la doctrina.

La equidad: Es la versión directa del derecho natural, es la que ampara los derechos fundamentales del hombre, cuya privación trae consigo la pérdida de la existencia o condición humana. La ley, a pesar de ser suprema, no ha podido prever la variedad y multiplicidad de los casos, el juez se sirve de la equidad cuando el legislador es oscuro o incompleto, para atenuar el vigor de una ley o para hacer imperar el equilibrio de una relación jurídica. En el fondo se trata de una aplicación de la idea de justicia, y como ésta es un elemento integrador del ordenamiento jurídico, no puede considerársela extraña a la ley.

Derecho comparado: Consiste en el estudio de las diversas instituciones jurídicas a través de las legislaciones positivas vigente en diferentes países, es una disciplina del derecho nacional, que contribuye a reforzar soluciones de éste o insinuar sus cambios. En la comparación se busca ventajas, inconvenientes y resultados adquiridos. Es de vital importancia en cuanto a la evolución socio-económica de los pueblos.
Interpretación y aplicación del derecho
La sentencia: Los órganos de aplicación del derecho son los jueces, pero ello exige una previa interpretación. Como éstos no pueden dejar de dictar sentencia bajo el pretexto del silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, para elaborar la sentencia se apoyarán en la ley y su espíritu, en las leyes análogas y en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso, las costumbres, la equidad, la doctrina y la jurisprudencia.
Efectos de la ley con relación al tiempo: Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. Este principio de irretroactividad incorporado al Código Civil, constituye una guía orientadora para el Juez, pero no rige para el legislador que puede dejarlo de lado en ciertas materias. Pero deja de ser un criterio interpretativo para ser una exigencia constitucional, ya que en ningún caso la retroactividad podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.
Efectos de la ley con relación al territorio: Cuando los elementos de una relación jurídica no están comprendidas en la misma jurisdicción, surge el problema de cual será la norma que ha de aplicarse: si será la del tribunal ante el cual se plantea la controversia o si ha de ser una ley extranjera en cuyo ámbito tiene su sede tal o cual elemento de la relación jurídica. En nuestro ordenamiento jurídico las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes; las leyes extranjeras solo podrán aplicarse cuando no se opongan al derecho público o criminal nacional, a la religión del estado, a la tolerancia de cultos, a la moral y buenas costumbres, cuando no fueran incompatibles con el Cód.Civil ni meros privilegios.

La codificación
Concepto: Fenómeno de la evolución jurídica, consiste en la reunión orgánica de todas las normas vigentes de un país eliminando las que han caído en desuso o confunden la comprensión del derecho
Código: Cuerpo de leyes racionalmente formado y asentado sobre principios armónicos y coherentes, que recogen de la tradición jurídica lo que debe ser conservado, y que da cauce a las ideas y aspiraciones de la época en que se realiza.

Características del código :
Unidad : unifica en su contenido las reglas concernientes a una rama del derecho, en un texto o cuerpo único.
Exclusividad: Al tiempo de su sanción debe contener toda regla jurídica vigente.
Sistematización. Es la nota científica, pues la materia a que se refiere está presentada de una manera orgánica, conforme a un método que asigna a cada institución un lugar adecuado.
Código Civil Argentino : En 1854 el Presidente B. Mitre designa a D. Vélez sarfield como redactor del Código civil, quien culminara su obra en 4 años. En Agosto de 1869, el proyecto es enviado al Congreso Nacional, siendo aprobado a libro cerrado por ley N° 340. La entrada en vigencia es a partir del 1 de Enero de 1871.
Método utilizado por Vélez sarfield
Dos títulos preliminares
- de las leyes
- de los modos de contar los intervalos del derecho

4 Libros
1) de las personas, dividido en 2 secciones
a) trata de la personas en general
b) de los derechos personales en las relaciones de familia
2) de los derechos personales en las relaciones civiles
3) de los derechos reales
4) de los derechos reales y personales
Patrimonio

Universalidad jurídica, conformado por el conjunto de bienes de una persona esto es, de objetos materiales (cosas), e inmateriales (derechos de crédito, derechos reales, derechos intelectuales y obligaciones) susceptibles de valor económico. (Art. 2312).

Bienes : en su sentido genérico se refiere a objetos materiales e inmateriales susceptibles de valor económico, en su sentido restringido se refiere a objetos inmateriales económicamente valiosos, éstos últimos son los derechos
Patrimonios separados : en un principio, el patrimonio es único e indivisible, pero se puede tener más de uno, la constitución de patrimonios separados deben surgir de la ley. Bienes adquiridos, frutos y productos del patrimonio separado ingresan a él, todos los demás ingresan al patrimonio principal.
Patrimonio como garantía: Es la prenda común, es la garantía del pago de las deudas, los acreedores tienen derecho a ejecutar los bienes del deudor moroso, pero este puede disponer de ellos hasta tanto se sustancie el proceso de ejecución y se trabe embargo.
Acreedores privilegiados: La preferencia surge de la ley o se originan en un derecho real: hipoteca, anticresis, prenda; las partes no pueden alterar ese orden. Los privilegios generales recaen sobre todos los bienes, los especiales recaen sobre un determinado bien.
Acreedores quirografarios : carecen de toda preferencia y cobran en última instancia y a prorrateo de sus créditos, en el caso de que los bienes no alcancen para cubrir las deudas.

Derechos patrimoniales:
Derechos reales : es la facultad que se tiene sobre una cosa y que importa poder de señorío, goce y disposición de la cosa. Como institución, trasciende al individuo, su organización y régimen jurídico está por encima del titular del dominio.
Derechos personales : es la facultad que se tiene de exigir de otra persona el cumplimiento de una obligación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer. Representan la coordinación de voluntades iguales y soberanas; nacen, viven y se extinguen por el libre arbitrio de los titulares.
Derechos intelectuales : es una tercera categoría de D. patrimoniales, de naturaleza *"sui generis"*. Consiste en un derecho de explotación económica temporaria de las obra o idea intelectual, temporario porque no son susceptibles de aprehensión económica; pertenecen a la sociedad.
Derecho moral del autor : es un derecho personalísimo de naturaleza extrapatrimonial, imprescriptible e intransmisible. El autor puede modificar su obra, prohibir su publicación, o incluso destruirla aunque hubiera cedido sus derechos intelectuales, quedando obligado a indemnizar al cesionario.

Cosas: objetos materiales susceptibles de valor económico, ese valor implica que pueden ser aprehendidos por el individuo. Ocupan un lugar en el espacio y pueden ser sólidas, liquidas o gaseosas. Este concepto es también aplicable a la energía y fuerzas naturales susceptibles de apropiación.
Clasificación de las cosas

Muebles e inmuebles : esta distinción está basada en la posibilidad de movimiento
Los inmuebles permanecen fijos en un lugar, y pueden serlo por naturaleza, por accesión, por destino o por carácter representativo, aquellos que fueran separados del suelo, cese de la inmovilización, pasan a ser muebles. Los muebles: son aquellos que pueden moverse por sí (semovientes) o por fuerza externa, y pueden serlo por naturaleza, por carácter representativo, por anticipación.
Fungibles y no fungibles : la distinción reside en la posibilidad de que una cosa puede ser cambiada o no por otra unidad de la misma especie. Las cosas no fungibles son aquellas
Que no pueden reemplazarse de manera perfecta. En determinados casos la subjetividad del titular determina la fungibilidad de la cosa.
Consumibles y no consumibles : las cosas consumibles desaparecen con el primer uso o desaparecen del patrimonio de quien pertenecen; las cosas no consumibles no desaparecen con el primer uso arenque estén destinadas a desaparecer en el tiempo. La consumibilidad depende de la naturaleza de las cosas, pero en determinados casos, el destino que le de su titular cambia su carácter.
Divisibles y no divisibles : divisibles son las cosas que pueden partirse en porciones reales, cada una de las cuales forman un todo homogéneo y análogo. Las cosas indivisibles son las que cuya partición implique su destrucción o desaprovechamiento económico.
Registrables y no registrables : el dominio de inmuebles deben registrarse, por su lado las cosas muebles se dividen en aquellas registrables (semovientes y locomóviles), y aquellas cuyo registro es imposible.
Principales y accesorias : las cosas principales tienen existencia propia; las cosas accesorias tienen existencia y naturaleza determinada por las cosas a las cuales están adheridas. Cuando se adhieren sin alterar su sustancia, son principales aquellas a las que se han adherido con el fin de complemento. Si al adherirse no se distingue una de otra, se tiene por principal la de mayor valor, si los valores fueran iguales, la de mayor volumen; si valores y volúmenes fueran iguales, no hay cosa principal.
Frutos y productos: Los frutos son las cosas que provienen periódicamente de otra sin alterar su sustancia; los productos también provienen de otra cosa, pero un vez extraídos no son renovables en ella, disminuyendo así su sustancia.
Frutos naturales: son los que se producen sin la intervención del hombre.
Frutos civiles: provienen del uso y goce de la cosa concedida a otro, o de la privación del uso de ella. Son accesorios, pues no lo produce la cosa.
Frutos industriales: derivan de la actividad humana.
Dentro y fuera del comercio : están fuera o dentro del comercio según puedan o no servir de objeto de relaciones jurídicas patrimoniales. La comercialidad no se vincula con la apropiación y goce, sino con la posibilidad de enajenarlas o disponer de ellas. Por ello no están en el comercio todas las cosas expresamente prohibidas o cuya enajenación dependen de una autorización pública, las primeras son absolutamente inenajenables y las segundas lo son relativamente.
Generalidades: los bienes inmuebles y los bienes muebles sin intención de transportarlos, se rigen por las leyes del lugar donde están situadas, los bienes muebles que el titular lleva consigo, se rigen por la ley del domicilio.
La transmisión de bienes inmuebles o la constitución de derechos reales sobre ellos, deben realizarse por instrumento. Los bienes muebles se pueden negociar por instrumento privado o sin formalidad alguna.
La adquisición de inmuebles por prescripción requiere 10 años de posesión continuada de buena fe y a justo título, 20 años si carece de estos requisitos, si se trata de cosas muebles la posesión de buena fe otorga el derecho de propiedad inmediato, salvo que la cosa fuera robada o perdida.
Los derechos reales de hipoteca y anticresis recaen sobre bienes inmuebles, la prenda sobre cosas muebles.
Bienes de dominio público : los caracteriza el uso y goce directo por parte de la comunidad, son inalienables y el Estado actúa como administrador; puede ejercer acciones posesorias, disponer de los frutos, conceder permisos a particulares. Para afectar un bien a la sociedad basta un acto administrativo o el uso inmemorial de ellos, para la desafectación se necesita una ley. Una vez desafectado es susceptible de embargo o enajenación.
Bienes de dominio privado : Son los que posee el Estado como persona jurídica; los que están afectados a un servicio público no pueden embargarse pero si pueden venderse o arrendarse; los que no se encuentran afectados a servicios públicos (bienes vacantes o mostrencos) son embargables, pueden venderse, gravarse o ser adquiridos por usucapión.
Bienes de la Iglesia Católica : pertenecen a las iglesias parroquiales, quedando el derecho de administración a la Iglesia, la cual no responderá por créditos y deudas de cada una de ellas.
Dentro de ellos también existe una distinción entre dominio público y privado, los primeros son los que están afectados al culto y son inembargables, inalienables e imprescriptibles.
Bienes de los particulares: Después de enumerar los bienes del Estado nacional y provinciales, municipales y de la Iglesia, el Código civil dice que todo lo demás pertenece a los particulares.

Casos especiales : puentes y caminos en terrenos de particulares, pertenecen a ellos aunque permitan el y uso y goce a todos. Por otro lado el uso y goce de lagos no navegables pertenece a los ribereños, pero son propiedad del Estado. Vertientes que nacen y mueren en una heredad, pertenecen al titular de la misma.

Hechos jurídicos
Relación jurídica : En toda relación jurídica hay 3 elementos: sujeto, objetos y causa. Siempre existe un hecho que antecede a la relación, al derecho le interesa solo los hechos jurídicos.
Hechos voluntarios
Condiciones internas : intención, discernimiento y voluntad, de no tener algunos de estos elementos, los hechos no producen obligación.
Discernimiento: es la aptitud del individuo para distinguir la conveniencia de realizar o no una acción, es el entendimiento. Las causas obstativas son la inmadurez y la insanía.
Intención: es el impulso que mueve a la voluntad para la consecución de un fin, cuando existe discordancia entre el propósito y el resultado, el acto es inintencionado. La buena intención es la que configura la noción jurídica buena fe y las causas obstativas son el error y la ignorancia (equívoco) o el error provocado por un tercero mediante maniobra engañosa (dolo). Se presume la buena fe hasta prueba en contrario.
Libertad : es la espontaneidad en la determinación de efectuar el acto, sin que se ejerza coacción externa. El acto sin libertad es imputable al actor intelectual, es indispensable probar que el impulso fue sustituido por voluntad extraña.
Condiciones externas : Para conformar el acto voluntario es necesario la exteriorización de la voluntad, toda conducta que permita inferir cual es la voluntad.
Formas de la manifestación de la voluntad
Formal o informal : la manifestación formal es la que está regida por la ley (escrituras) y la no formal son las dejadas a elección de las partes (casamiento).
Expresa o tácita : expresa es aquella que se efectúa de manera verbal o escrita, y tácita es aquella que se infiere de una conducta inequívoca.
El silencio : debe tomarse a éste como la abstención de decir o escribir palabras o de realizar signo inequívoco Por lo cual en principio no puede tomarse como manifestación d la voluntad, pero en algunos casos la ley le atribuye ese alcance.
Hechos ilícitos : para que exista, desde el punto de vista jurídico, es necesario que sea contrario a la ley y que haya causado daño a terceros. Por daño debe entenderse todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, comprende el daño directo e indirecto, actual, futuro o eventual, patrimonial o moral.
Delitos y cuasidelitos : Los delitos son aquellos que se efectuaron con intención de producir efectos contrarios a la ley; los cuasidelitos son actos voluntarios, solo que resultan dañosos por negligencia.
Teoría de imputabilidad : Para establecer la responsabilidad se debe considerar la magnitud del daño, la proporción que corresponda a factores extraños (concausa) y la medida en que sea justo, conforme a culpa o dolo, imputar. Cuanto mayor sea e deber de obrar con prudencia y conocimiento de las cosas, mayor es la responsabilidad de las consecuencias.
Consecuencias inmediatas: el autor responde por todo
“ “ mediatas: responde el autor que obró con dolo o culpa
“ “ casuales: no hay imputabilidad, salvo que se tuviera conciencia de las consecuencias
Consecuencias remotas: no hay imputabilidad, no se pudieron prever
Teoría de la previsibilidad : La previsibilidad es la que determina la responsabilidad, la que cesa cuando comienza el caso fortuito. Pueden darse 3 supuestos
- E sujeto previó la consecuencia dañosa y actuó
- El sujeto pudo prever y no lo hizo
- El sujeto no previó ni pudo prever

Actos involuntarios : Los daños causados por actos involuntarios se responden con indemnización en el caso de que el daño benefició al autor. Por razones de equidad, en los casos de irresponsabilidad, se responderá con indemnización teniendo en cuenta las situaciones patrimoniales de autor y victima. Si el responsable es inimputable, la responsabilidad recaerá sobre quienes tienen a su cargo a personas carentes de discernimiento.

Actos jurídicos : Son los actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato establecer relaciones jurídicas entre las personas. Son los acontecimientos susceptibles de producir adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones. Se dividen en:
Positivos o negativos: Según determinan la obligación de hacer o no hacer

Unilaterales o bilaterales: según sea la voluntad de una persona o de 2 o mas personas.
Actos entre vivos o de última voluntad: Los primeros comienzan a existir a partir de su celebración, aunque la obligación se exija ulteriormente; los segundos comienzan a existir después de la muerte del disponente.
Gratuitos u onerosos: los primeros benefician a una de las partes sin crear obligación de las partes, los segundos benefician sin crear obligación de contraprestación.
Formales y no formales: Los primeros se conforman bajo normas prescriptas por la ley, para la validez de los segundos no se necesitan de formas de celebración.
Patrimoniales y extramatrimoniales: los primeros tienen contenido económico, los segundos carecen de ese contenido.
Principales y accesorios: los primeros no dependen de un acto precedente, los segundos si dependen de un acto anterior. Si el acto precedente es invalidado, lo es también el accesorio, pero no sucede a la inversa.
De Administración y de disposición: los de administración tienden a la conservación y explotación del patrimonio (alquiler), y los de disposición lo modifican de manera sustancial.
Puros y simples: presentan solo los elementos esenciales del acto: sujeto, objeto y forma.
Modales: además de presentar los elementos comunes, presentan otros elementos que postergan la ejecución del acto (plazo), que inciden en la existencia del derecho a que se refieren (condición) o imponen una obligación anexa (cargo).

Elementos del acto jurídico
Sujeto: es el autor del acto, para que los efectos del acto se obtengan, la voluntad del sujeto debe estar calificada por la capacidad.
Objeto : determinado por los fines que persiguen los sujetos de la relación jurídica, la ley solo se limita a marcar cuales son las cosas y los hechos que no pueden constituirse en objeto, éstos no pueden ser aquellos que no están en el comercio, que son hechos imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o perjudiquen a terceros.
Forma : es la manera como se relacionan los sujetos con los objetos, es la manifestación de la voluntad con respecto al objeto en pos de un fin jurídico.
Efectos del acto jurídico: Los actos jurídicos solo producen efectos para las partes que intervienen en él. Este principio no es absoluto, pues hay excepciones como en el caso de los actos unilaterales a favor de terceros.

Integrantes de los actos jurídicos
Partes : aquellas personas que por sí o por medio de un representante se han obligado a ciertas prestaciones y/o adquirido derechos. Se denominan también otorgantes.
Sucesores : Personas que ocupan el lugar del causante a su muerte, de manera activa y pasiva si se trata de herederos universales, en cambio si se trata de herederos singulares, el acto se extiende solo con respecto a la cosa que han heredado.
Terceros : Toda persona ajena a la relación jurídica y a quienes no afecta el acto jurídico, aunque esta regla tiene excepciones como el caso de los acreedores quirografarios.
Representante. Persona que en virtud de un mandato convencional o legal, actúa en nombre de otra, ejerciendo prerrogativas de éste.
Actos formales : Son aquellos para los que la ley les exige determinadas formalidades, sin la cuales carecen de validez legal. Se dividen en:
No solemnes. La forma es exigida como medio de prueba y protección de los derechos de un tercero, con ellos se puede acreditar la obligación de la contraparte.
Solemnes: La forma es exigida para la validez del acto, su incumplimiento da nulidad al negocio jurídico aunque se pruebe de manera inequívoca la manifestación de la voluntad.
Instrumentos formales : Son aquellos que las partes otorgan sin la presencia de oficial público, es válido si se ha cumplido con las formalidades, pero es anulables si hubo dolo, violencia o simulación. Puede ser nulo el instrumento, pero válido y exigibles el acuerdo si se prueba por otros medios. En ellos impera el principio de liberalidad, pero tiene dos limitaciones: la firma y el doble ejemplar.
La firma : Con ella se considera que el otorgante ha tenido la intención de hacer suyo la declaración del contenido en el documento. Los instrumentos privados carecen de valor probatorio hasta tanto se tenga por reconocida la firma por el interesado y declarada por el juez. El firmante está obligado a reconocimiento de su firma, el silencio hace presumir que es suya. Una vez reconocida y declarada la firma tiene el mismo valor probatorio del instrumento público.
Doble ejemplar : El C.C. dispone que haya tantos ejemplares como partes para ponerlos en igualdad de condiciones con respecto a la prueba. Esta formalidad es de orden público y las partes no pueden renunciar a ella, solo podrán suplirla por el depósito del único ejemplar ante escribano público y de común acuerdo.

Instrumento público : es otorgado con las formalidades que la ley exige ante oficial público. Prueba per sé su autenticidad sin necesidad de reconocimiento de la firma que los suscribe. Esa fe pública que se le reconoce, deriva de la intervención del oficial público, posee fuerza ejecutoria, su fecha es considerada cierta y las copias extraídas legalmente de ellos, tienen el mismo valor legal.
Formalidades: varían según el instrumento del que se trate, pero hay una que es común a todos, que es la firma de las partes intervinientes, la omisión de cualquiera de ellas dará lugar a la nulidad. Si alguna de las partes no supiera o no pudiera firmar, el oficial hará constar y otra persona firmará en su lugar (firma a ruego)
Validez como Inst. privados de los Inst. públicos : Los instrumentos públicos que fueran emanados de un oficial público incompetente o que no tuviera las formas debidas, vale como instrumento privado si están firmados `por las partes. Los instrumentos privados asentados, a pedido de parte, en el libro de protocolo, no se transforman en instrumento público, solo adquieren de este modo fecha cierta.
Escrituras públicas : Instrumento público otorgado ante escribano público, debidamente asentadas en el libro de protocolo, en idioma nacional. Consta de: encabezamiento, exposición, estipulación, cierre de la escritura, lectura y ratificación con la firma de las partes.
Modalidades: elementos accesorios de los actos que alteran los efectos normales de los mismos:
Condición: cláusula por la cual se subordina la adquisición o extinción de un derecho a la realización de un hecho incierto y futuro, solo puede surgir de las partes.
Plazo: cláusula por la cual se difieren o limitan en el tiempo los efectos de un acto jurídico.
Cargo : Obligación accesoria que se impone al que recibe un derecho, si es un cargo imposible, el acto es nulo.

Vicios de los actos jurídicos
Concepto : defectos congénitos de los mismos, susceptibles de producir la invalidez del acto, se dividen vicios de forma y sustanciales
Vicios de forma : provienen de la inobservancia de las formalidades exigidas por la ley.
Vicios sustanciales : se diferencian en dos grupos: vicios de la voluntad, porque inciden en algún elemento de ella (error o ignorancia, dolo y violencia); y defectos de la buena fe (simulación y fraude). Mientras los vicios de la voluntad afectan a los hechos voluntarios, los vicios de la buena fe solo pueden concurrir en los actos jurídicos, por lo que se denominan vicios propios de los actos jurídicos.
Teoría de error : el error es el falso conocimiento que se tiene de una cosa, la ignorancia es la ausencia de conocimiento acerca de esa cosa. La ley trata unitariamente a ambos como vicios de la voluntad que producen idénticas consecuencias.
Error de hecho
Error excluyente de la voluntad : destruye la voluntad pues impide la formación del acto, recaen sobre la naturaleza o el objeto del mismo. En ambas hipótesis (error excluyente de la voluntad), no procede la nulidad porque el acto nunca existió.
Error esencial: si no impiden la formación del acto dan lugar a la nulidad a instancia de la parte cuya voluntad está viciada por el error padecido, versan sobre la persona con quien se celebra el acto, o sobre la cualidad sustancial de la cosa, en este caso es anulable y de nulidad relativa.
Error accidental : son errores accidentales porque no ejercen influencia sobre la validez del acto, son errores irrelevantes como el error de cálculo, cantidad, o alguna calidad accidental o accesoria de la cosa, no invalidan el acto aunque hayan sido Determinantes de la celebración.
Excusabilidad del error esencial : no todo error puede fundar un pedido de nulidad del acto jurídico, para hacerlo es necesario que sea excusable, es decir que haya habido razón para errar, pero cuando la ignorancia de las cosas deriva de una negligencia culpable, el error es inexcusable y quien incurrió en ello no puede invocar nulidad. El recurso de Excusabilidad no dará lugar e los casos de error excluyente de la voluntad, pero la culpa de la persona equivocada se sancionará por los daños y perjuicios sufridos por la parte que haya confiado en la apariencia de los hechos.
Si se trata de hechos ilícitos, se excluye la responsabilidad de los agentes, solo si la ignorancia o error fuese sobre el hecho principal que constituye el acto ilícito, si fuera sobre alguna circunstancia accesoria, el error no exime la responsabilidad del agente.
Error de derecho: la ignorancia de las leyes o el error de derecho no impiden los efectos legales de los actos lícitos, ni eximen de la responsabilidad por los actos ilícitos, fundamentándose en la seguridad jurídica. Las excepciones solo deben ser autorizadas por la ley.

El dolo
Concepto: encierra tres acepciones de la palabra: a) designa la intención de hacer un daño y permite distinguirlo del cuasidelito, b) significa el incumplimiento deliberado de la obligación contraída, c) es un vicio de los actos

jurídicos.
Dolo como vicio de la voluntad : es cualquier forma de artificio, simulación o engaño utilizado para determinar a una persona a celebrar un acto jurídico: acción dolosa. Puede consistir en un acto positivo (vender la copia de un cuadro asegurando la autenticidad), pero también se miente en el silencio: omisión en callar la verdad ante la equivocación de la otra parte.
Dolo principal: el engaño es el determinante de la voluntad ajena, da derecho a pedir la anulación del acto, arenque la nulidad sea relativa y puede confirmarse el acto, da derecho también a pedir indemnización por daños y perjuicios sufridos por la referida anulación.
Dolo incidental : engaño que no determina la celebración del acto pero logra que la persona consienta condiciones más onerosas. Da lugar a que el que lo ha cometido indemnice a la victima por los daños causados. No anula la validez del acto ni da derecho a pedirlo.
Dolo directo: es aquel cometido por alguna de las partes celebrantes.
Dolo indirecto : proviene de un tercero con respecto a la relación, si hubiera connivencia con una de las partes, ésta será responsable solidario de los daños causados, si lo ha ignorado, solo responderá el tercero.
Prueba : corresponde a la parte que lo invoca y puede valerse de todos los medios, puede dirigirse contra el autor del dolo o contra sus sucesores universales. En caso de los sucesores personales, se accionará contra ellos cuando se trate de la cosa heredada. No puede accionarse contra terceros adquirentes de buena fe.
Condiciones que dan lugar a la nulidad : debe ser grave, causa determinante del consentimiento, ocasionar un daño grave y que no haya sido recíproco.
Sanciones: Cuando el dolo reúne todas las condiciones mencionadas, da lugar a la nulidad y la indemnización de daños y perjuicios. En principio el acto es nulo, pero la sanción de nulidad solo puede ser articulada por la víctima. Es una nulidad relativa, el acto no es nulo sino anulable. La víctima puede optar por dejar subsistir el acto en plenitud y reclamar solo daños y perjuicios.
Si el dolo no reúne la totalidad de las condiciones, no da lugar al a nulidad del acto, aunque el damnificado puede recurrir a la acción resarcitoria a menos que él también haya incurrido en dolo. Si el dolo fue recíproco, ninguna de las partes podrá aducir nulidad o reclamar indemnización.
Prescripción de la acción : ocurre a los dos años contados a partir de que el engaño fue conocido.

Violencia
Se produce cuando el consentimiento ha sido conseguido por medio de la violencia física o moral. Los requisitos necesarios para que de lugar la acción son amenazas injustas, que se refieran a un mal inminente y grave que pueda ser dirigida a la persona, honra o bienes de un individuo o a cualquier persona, con el convencimiento que se actuó para evitar un mal a ese tercero. En el caso de amenazas, no cuentan si fueran dirigidas a ejercer un derecho regular.
Sanciones : corresponden las mismas que para el caso del dolo, de igual manera que en lo que se refiere a las pruebas y en lo que atañe a la violencia ejercida por un tercero.
Temor reverencial . El temor de los descendientes a sus ascendentes, de la mujer a su marido, del subordinado a su jefe, no es causa suficiente para anular los actos, pero si mediaron actos intimidatorios, el juez podrá considerar la impresión que éstos causaron en la persona
Estado de necesidad : llamado también vicio de lesión, es la coacción ejercida por acontecimientos exteriores, es decir cuando el agente ha obrado bajo necesidades apremiantes. Estos actos serán invalidados cuando la desproporción de la explotación por parte del contratante, es notable y subsiste al momento de la demanda. Solo los contratos onerosos pueden estar viciados de lesión, la víctima puede optar por la nulidad o el reajuste del contrato, la contraparte puede también adelantarse ofreciéndolo.
Prescripción : el plazo es de 2 años, igual que en el caso de dolo, solo que en este caso se contará a partir de la celebración del acto.

Simulación:
Jurídicamente es utilizada para ocultar ciertas actividades, es la declaración de una voluntad no real. Per se no es ilícita, pero por lo general lleva como propósito un fin contrario a la ley o a los intereses de terceros. Tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo apariencia de potro, o tiene cláusulas ficticias, fechas que no son verdaderas o constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas (testaferro).
Caracteres: a) supone una declaración de voluntad ostensible y otra oculta, esta última es la que expresa la verdadera voluntad; b) tiene por objeto provocar un engaño; c) se concierta de común acuerdo entre las partes para engañar a un tercero, o entre una de ellas y un tercero con el fin de engañar a la contraparte.
Simulación absoluta o relativa: es absoluta cuando se celebra un acto que no tiene nada de real; es relativa cuando el acto aparente esconde otro real; puede recaer sobre: a) la naturaleza del acto; b) el contenido del contrato

y c) la persona contratante.
Simulación lícita ó ilícita: la simulación no reprobada por la ley es aquella que a nadie perjudica ni tiene fines ilícitos; si en cambio perjudica a terceros o es contraria a la ley se convierte en ilícita.
Actos fiduciarios: es la transmisión de un derecho para un fin económico que no exige tal transmisión.
Acción de simulación: es la declaración judicial de inexistencia del acto y sus efectos. Pueden ejercer la acción las partes o cualquiera de los terceros interesados, tales como acreedores, fiadores, herederos perjudicados, etc.
Acción de las partes: cuando la simulación es lícita, la acción deducida de las partes es procedente, no se les puede negar el derecho de establecer el verdadero estado de las cosas. En el supuesto de que la simulación fuera ilícita las partes no tendrán derecho a accionar, salvo que se propongan destruir las apariencias lesivas de derechos ajenos o dejar sin efecto el fraude a la ley.
Contradocumento: es la verdadera declaración de las partes por escrito, de carácter secreto y destinado a probar la simulación; si expresara una modificación de la voluntad expresada en el acto, ya no sería un contradocumento sino un nuevo acto. Debe emanar de la parte a quien se opone o su representante, no requiere formas especiales ni doble ejemplar; basta que demuestre claramente la simulación. Solo podrá prescindirse de él cuando existan circunstancias que hagan inequívoca la simulación.
Acción de sucesores universales : éstos ocupan el lugar del otorgante de un acto simulado, pero si la simulación es en perjuicio de ellos deben considerarse terceros respecto de ese acto; pueden valerse de toda clase de pruebas, incluso las presunciones. Idéntica conclusión debe adoptarse en el caso de un acto simulado en perjuicio de una persona y celebrado por su representante.
Prescripción: el plazo prescribirá a los dos años tanto en la simulación relativa o absoluta. Cuando la acción as ejercida por terceros, el plazo corre desde el momento que el accionante ha tenido pleno conocimiento de la simulación, no basta una simple sospecha. Cuando la acción es ejercida por las partes, el plazo corre desde el momento en que una de ellas tenga intención de desconocer el acto aparente y hacer prevalecer el acto real.
Contra quien se entabla la acción : Por vía de acción, corresponde entablarla contra todos los autores del acto simulado; en el caso de vía de excepción, la acción solo puede dirigirse contra el autor de la simulación y no contra quien fue ajena a ella, como es el caso de la simulación por interposición de persona.
Efectos de la nulidad : Si la simulación es absoluta, la acción persigue la nulidad; si es relativa, persigue destruir la apariencia y demostrar el acto ostensible.
Los actos simulados son anulables, salvo que la simulación sea presumida por la ley, en cuyo caso son nulos. Si se trata de un simulación relativa, queda en pie el acto querido en la convención oculta; declarada la simulación, el vencedor podrá exigir a la contraparte derechos resarcitorios.
Efectos con respecto a terceros : El interés de éstos puede consistir en la nulidad o la validez. La acción ejercida por terceros tiende a mantener el patrimonio del deudor, por lo tanto es una acción conservatoria que puede ser ejercida incluso por los acreedores bajo plazo o condición, las contrapartes son solidariamente responsables. Esta acción beneficia a la totalidad de los acreedores, aunque no hayan sido parte en el juicio
Protección de sucesores singulares de buena fe : en el supuesto de que el adquiriente ficticio burlase la confianza que se le dio, constituyendo un derecho a favor de un tercero, el enajenante no tiene derecho contra el sucesor singular de buena fe, solo le queda la acción de indemnización contra quien defraudó su confianza. De buena fe debe considerarse a aquel que ignoraba el acto simulado que servía de antecedente a su derecho, si fuera de su conocimiento no podrá pedir protección legal.
La ley dispone que la nulidad sea procedente contra el sucesor a título singular, sea de buena fe o no, haya adquirido derechos a título gratuito.
Conflicto entre terceros con intereses opuestos
- Entre acreedores quirografarios del enajenante y sucesores a título singular del adquiriente, debe resolverse por estos últimos, siempre que fueran de buena fe y a título oneroso.
- Entre acreedores quirografarios de ambos simulantes, la prioridad es de los acreedores del propietario aparente.
- Entre los acreedores del enajenante ficticio, los del adquiriente y los del sucesor singular de éste a buena fe, la prioridad es de los últimos, ya que con respecto al sucesor de buena fe el acto es válido.

Fraude
Concepto: cuando una persona insolvente enajena bienes para sustraerlos de la ejecución de sus acreedores, la ley acude en protección de ellos mediante la acción revocatoria o pauliana, que le permite hacer ejecución del bien enajenado.

Persona
Concepto: desde el punto de vista biológico y metafísico, persona significa hombre. Desde el punto de vista jurídico, persona designa a todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.
Principio de la existencia : la existencia de la persona comienza desde el momento de la concepción en el seno

materno, es a partir de ese momento que el derecho le reconoce
Personalidad jurídica.
Condición del nacimiento con vida : la existencia de la persona esta subordinada al hecho de que nazca con vida, si muere antes de ser separada del seno materno, se reputará como nunca existida. Basta que haya vivido fuera del seno materno, aunque solo sea por un instante, no es indispensable que se haya cortado el cordón umbilical, en caso de duda, debe reputarse que si, incumbiendo la prueba a quien alegue lo contrario. Además el C.C. dispone que no importa que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, pero si exige que hayan tenido algún signo de humanidad. En el caso de que naciera más de un hijo vivo en un solo parto, los nacidos son considerados de igual edad y con igualdad de derechos.
Concepción y embarazo : la época de la concepción, se establecerá en todo el espacio comprendido entre el maximun (300 días) y el minimun (180 días), de la duración del embarazo, excluyendo el día del nacimiento.
Atributos de la personalidad : la persona natural por el hecho de existir, tiene la protección del derecho, esa protección se traduce en la concesión de atributos: derechos de la personalidad, nombre, estado, domicilio, capacidad.
Derechos personalísimos : son aquellos que son innatos al hombre como tal y de los cuales no puede ser privado, pues importaría su aniquilamiento. Estos derechos son: el derecho a la vida, al honor y a la privacidad, a la libertad, a la integridad física.
Caracteres de los derechos personalísimos
Innatos : se adquieren con el nacimiento
Vitalicios: acompañan al ser humano durante toda su vida.
Inalienables : no son susceptibles de enajenación, están fuera del comercio.
Imprescriptibles : no se extinguen con el transcurso del tiempo.
Extramatrimoniales: aun cuando la lesión a ellos hagan nacer un derecho patrimonial
Absolutos. Se ejercen erga-omnes contra cualquiera que los vulnere

Fin de la existencia
El fin de la existencia jurídica de las personas se produce con al muerte e las mismas, para que ello suceda es necesario que la muerte sea probada, por lo cual, para tenerla por acreditada es necesaria la presencia del cadáver y testigos que lo hayan identificado Esto se traduce en un trámite fácil y expeditivo en cuanto se trata de cualquier muerte, natural o violenta, con presencia del cadáver. La disyuntiva surge cuando no hay cadáver para identificar, como sucede en el caso de desaparición en desastre aéreo o marítimo, o en una ausencia, prolongada en el tiempo, sin causa aparente.
La ley 14394 de 1954, en su artículo 33 ha puesto punto final a esta controversia, disponiendo el agregado al Art. 108 del C.C, dar por comprobada la muerte y proceder a la inscripción de la misma en el Registro, en los casos que la desaparición se hubiese producido en circunstancias que no dejen lugar a dudas, de igual modo se aplicará en los casos en que no fuese posible la identificación del cadáver.

Conmorencia: Es factible que en un accidente mueran varias personas, y entre ellas se encuentren un padre y su hijo casado. Nuestro Código ha dispuesto establecer la muerte de todas las personas al mismo tiempo y que no podrá alegarse entre ellas transmisión alguna de derechos.
Ausencia: puede ocurrir que una persona desaparezca de su domicilio y del ámbito de sus actividades sin que nadie conozca su paradero y si se prolongara, y la misma importa un abandono de su familia y bienes, y más aun si mediaren circunstancias (naufragio, guerra, accidente de aviación, catástrofes) que hagan más que probable sospechar una presunta muerte.
Declaración de muerte presunta: Si la ausencia se prolonga en el tiempo, el abandono de su familia y bienes y el hecho de que no se tenga noticia alguna del ausente, hacen nacer la presunción de muerte. El término que deberá esperarse para darse por cierta, difiere en dos supuestos: casos ordinarios y extraordinarios.
Casos ordinarios: la desaparición de una persona de su propio ámbito, sin que medie accidente que pueda haber causado su muerte, la ley declarará su presunta muerte a los tres años, haya dejado o no apoderado, el término se cuenta a partir de la última fecha que se tuvo noticia de la existencia de la persona. Declarando la fecha presuntiva de la muerte el último día del primer año y medio.
Casos extraordinarios: Si la persona hubiera desaparecido a raíz de un accidente u otro hecho capaz de provocarle la muerte, la ley prevé, dos hipótesis diferentes:
Cuando la persona se hubiera encontrado en el lugar de un incendio, terremoto o acción de guerra, se declarará su presunta muerta al término de dos años, contados a partir de la fecha en que ocurrió o pudo haber ocurrido el siniestro. Declarando como fecha presuntiva de la muerte el día del suceso y si éste no se conociera el día del término de la época en que hubiera ocurrido

• Si la persona se encontraba en un buque o aeronave, naufragada o desaparecida, el plazo se reduce a 6 meses. Contándose a partir del último día que se tuvo noticias del buque o avión siniestrado. Declarando la fecha presuntiva de la muerte el día último en que fuera visto el buque o aeronave.
La sentencia fijará también la hora presuntiva del fallecimiento, en caso de no poder hacerlo se tendrá en cuenta la última hora del día declarado como tal.
Pedido de declaración de presunto fallecimiento: la ley dispone el beneficio de pedir la declaración de muerte presunta a todas las personas que tengan algún derecho legítimo sobre los bienes del ausente, el cónyuge, sea heredero o no, siempre que demuestre un interés patrimonial o de otro orden (tenencia de los hijos, disolución del matrimonio, separación de patrimonio, etc.).
Efectos de la sentencia con respecto a los bienes: la ley dispone que los herederos reciban los bienes, previo inventario ante escribano público y con comparencia de los interesados, se hará la partición de bienes y se anotarán en el Registro de la Propiedad a nombre de los mismos, haciendo la prenotación, por la cual los herederos podrán tomar la posesión pero
no enajenar ni gravar los bienes registrables hasta la entrega definitiva de los bienes
Reaparición del ausente o de un heredero con mejor derecho: No resulta imposible pensar en el supuesto que luego de realizada la partición y entregados los bienes a los herederos, reaparezca el ausente (en forma personal o por apoderado), o tal vez se presente un heredero con mejor o igual vocación hereditaria (un hijo extramatrimonial, reconocido judicialmente, un heredero constituido en testamento abierto posteriormente a la partición, etc.). Los nombrados están en pleno derecho de reclamar la entrega de los bienes o la parte proporcional que les correspondiere. Si bien los poseedores de los bienes están obligados a devolver dichos bienes, son suyos los frutos percibidos durante el período que duró la posesión de buena fe. Por el contrario los de mala fe están obligados a devolver los frutos percibidos y los que, por su culpa, no se hayan percibido.

Menores

Son menores aquellos que habiendo nacido, no han alcanzado la edad de 21 años.

Incapacidad de los menores : La mayoría de edad se adquiere, y con ella la plena capacidad civil, a los 21 años. Hasta ese momento los menores son incapaces, pero es indudable que durante ese largo lapso de tiempo su situación jurídica no puede ser exactamente la misma, porque la realidad de la vida exige soluciones diferentes.
El sistema de nuestro Código : Siguiendo la tradición romana, nuestro codificador estableció dos categorías de menores: impúberes y adultos, según tengan menos o mas de 14 años. Los impúberes son incapaces absolutos: los menores impúberes son considerados absolutamente incapaces, mientras que los adultos lo son de manera relativa Según el nuevo Art. 128 del C.C. autoriza, desde los 18 años, al menor a celebrar contratos de trabajo en actividad honesta aun en contra de la voluntad expresa de sus padres o tutores, claro que si la legislación exigiera otra edad por razones de insalubridad u otro motivo, habrá que atenerse a lo que estas leyes especiales dispongan. Además este artículo, en su 3º párrafo autoriza a dichos menores a disponer libremente los bienes que adquieran con el usufructo de su trabajo y estar en juicio civil o penal vinculados a ellos.
Cesación de la incapacidad : Se alcanza por medio de la mayoría de edad o por emancipación.
Mayoría de edad : se cumple al alcanzar los 21 años, la incapacidad cesa a partir de la 0 hora del día en que se cumple
Emancipación por matrimonio : Los menores que contrajeran matrimonio, se emancipan y adquieren la capacidad civil, no podrán aprobar las cuentas de sus tutores ni darles finiquito, no podrán hacer donaciones de los bienes que huebieren recibido a título gratuito ser fiadores. La emancipación tiene lugar aunque el matrimonio se haya efectuado sin autorización, pero si se ha producido sin ella carecerá hasta la mayoría o habilitación de edad del derecho de administrar o disponer los bienes adquiridos a título gratuito antes o después del matrimonio. Éstos seguirán siendo administrados por padres o tutores quienes tendrán derecho al usufructo o a la décima, respecto de los demás bienes, en especial de los del fruto de su trabajo, podrán administrar y disponer libremente.
La emancipación es irrevocable, se mantiene aunque el matrimonio se haya disuelto por muerte de unos de los cónyuges o por divorcio, haya o no hijos. Tampoco podrá revocarse aunque se demuestre que el menor haya hecho uso inconveniente o abuso de ella.
Nulidad del matrimonio : si el matrimonio fuera anulado, se tendrá como no celebrado (no putativo), la emancipación queda sin efectos, sin embargo subsiste para el cónyuge de buena fe. El cese de la emancipación será a partir del día en que la sentencia sea cosa juzgada. Los actos celebrados desde el casamiento son válidos siempre que se hubieran obrado dentro de los límites que establece la ley.
Emancipación dativa o por habilitación de edad : es necesario que el menor haya cumplido 18 años, la autorización paterna o judicial si tuviera tutor, en el caso que los padres se opusieran, el menor no podrá pedirla al juez.

La autorización paterna debe otorgarse por escritura pública que se inscribirá en el registro civil, la judicial no exige escritura pública, pero sí su asiento en el registro para su publicidad. Es revocable, para ello bastará probar que el menor ha hecho uso inconveniente o abusó de ella.

Capacidad e incapacidad

Capacidad: es la aptitud que tiene la persona para ser titular de relaciones jurídicas. Único atributo que hace a la naturaleza y esencia de la persona.
Capacidad de derecho: (de goce) no pude faltar de manera absoluta porque sería contradictorio a los derechos de la personalidad, tampoco existe plena, es una cuestión de grado. La regla es la capacidad, la ley marca la incapacidad.
Capacidad de hecho (de obrar) aptitud de las personas naturales para actuar por sí mismas en la vida civil.
Características : susceptible de grado, es reputada principio general para favorecer a todos los no exceptuados, emana siempre de la ley.
Incapacidad de derecho : ausencia de aptitud de una persona para ser titular de una determinada relación jurídica, aspecto estático del derecho y se sustenta generalmente en razones de orden moral.
Incapacidad de hecho : ausencia de la aptitud de una persona para ejerce pos sí misma los derechos que se tienen. Aspecto dinámico del derecho, se instituye en razón de una insuficiencia para el pleno ejercicio de sus derechos.
Rigor de la sanción : la nulidad acompaña a toda contravención de toda incapacidad, es su contrapartida.
Incapacidad de hecho : impone una nulidad relativa que solo puede ser articulada por el incapaz
Incapacidad de derecho : la ley impone la nulidad absoluta.
Ley a aplicarse : para la incapacidad de hecho, rige la ley del domicilio, para la incapacidad de derecho, rige la ley del territorio.
Incapacidad absoluta : es la que no tiene excepción, la de la persona por nacer, no implica la aniquilación de la persona pues el sujeto no desaparece como ente de derecho, ni se modifica su aptitud para adquirir derechos. Justamente para protegerlo se sustituye en el ejercicio de los mismos por otro que actúa por cuenta y obra suyo. No obstante hay ciertos derechos que el incapaz no pude realizar por sí mismo ni por medio de su representante, es lo que ocurre con los derechos personalísimos como por ejemplo el testamento. La incapacidad de derecho no pude ser absoluta por que ello implicaría la aniquilación de la persona o su muerte civil.
Incapacidad relativa : solo puede aplicarse a la capacidad de hecho, por que supone una condición básica y excepciones parciales a esa condición general. Tratándose de la incapacidad de derecho no pude hablarse de incapaces relativos, porque no existen incapaces de derecho, sino personas que carecen de incapacidad de derecho para ciertos actos.

Alumno: Patricia Molas – 12.096 559

NULIDADES - Trabajo de Investigación - Integrantes: Casarini Leticia - Calvo Quijano Luciana - Mirmi Dolores - Rodríguez Diego
- 2005-

❖ CONCEPTO

Según la concepción clásica (Borda, Llambías, Aráuz, Castex, Lafaille, Etcheverry Boneo, Boffi, Boggero, entre otros): "*Es la sanción legal que priva a un acto jurídico de sus efectos propios o normales, a raíz de una causa originaria (defecto o vicio) existente en su momento de celebración.*"[1]

La otra corriente, entre cuyos sostenedores figuran Cardini, Gerosa, Carroc y Nieto Blanc, considera que es un remedio jurídico. Éste último dice que la nulidad "es un remedio jurídico con un procedimiento técnico- legal para salvar las imperfecciones del acto jurídico o hacerlas operar en materia limitada, resguardando determinados intereses". [2]

Para Salvat y López Olaciregui "la nulidad comporta una situación de ineficacia, consistente en la frustración *erga omnes*, a que queda reducido un acto jurídico, en virtud de defectos de otorgamiento y a través de un proceso de impugnación y declaración privada o judicial".[3]

❖ CARACTERES

Teniendo en cuenta la concepción mayoritaria pueden desprenderse de ella los siguientes caracteres que distinguen a la nulidad de otras instituciones jurídicas que introducen la caducidad de los derechos o de sus efectos:

- Es una *sanción legal*, es decir, encuentra su fuente en la fuerza imperativa de la ley, no puede ser creada por los magistrados judiciales o de la voluntad de las partes del acto; teniendo en cuenta que la sanción consiste según Borda en la privación de los efectos propios del acto jurídico defectuoso. Esta característica diferencia a la nulidad de la revocación o rescisión, que operan en virtud de la voluntad particular.
  Algunos autores como Nieto Blanc cuestionan el carácter sancionatorio de la nulidad porque considera que la invalidez no constituye la violación de un imperativo jurídico sino el tratamiento particular de las imperfecciones de los actos que tienden a ser negocios jurídicos. Es decir que la nulidad sería una calificación que corresponde a la reacción del orden jurídico frente a un acto de estructura imperfecta.
- *Priva al acto jurídico de sus efectos propios o normales*, estos son los que las partes se propusieron lograr cuando celebraron el acto. Pero ello no impide que el acto produzca otros efectos no queridos, como cita el art. 1056 del Código Civil. Bajo este aspecto, el acto no está funcionando como acto jurídico sino como acto ilícito.
  Pero hay excepciones en que la ley detiene el efecto destructivo de la nulidad como ocurre frente a los terceros de buena fe que han adquirido a título oneroso derechos sobre un inmueble, en virtud de un acto nulo o anulable (art. 1051), o en los casos de demencia notoria, en que la nulidad puede hacerse valer contra contratantes a título oneroso y de buena fe.
- *Se produce a raíz de una causa originaria (vicio o defecto), existente en el acto al momento de su celebración.* Esos defectos consisten en la falta de algún requisito que conforme a la ley debe estar presente en el acto al celebrarse. Estos requisitos se refieren a cada uno de los elementos de los actos jurídicos, como la forma y su contenido.
  Para que proceda la nulidad deben ser: -defectos originarios o constitutivos, es decir, que existan con anterioridad o contemporaneidad al momento de otorgarse el acto; -defectos orgánicos o intrínsecos, es decir, que están ubicados dentro del mismo acto y; -defectos esenciales de modo que si el defecto no es esencial el acto subsistirá.
- Debe mediar *sentencia judicial*, existir un proceso de impugnación y declaración. Esta impugnación judicial es necesaria sea el acto nulo o anulable, conforme al art. 1038 "se reputan tales aunque su nulidad no haya sido juzgada", no significa que la nulidad no deba

ser invocada. Por la impugnación se llega a la declaración judicial que d estado a la nulidad.

- Es *calificación del negocio jurídico*: la nulidad es un concepto exclusivamente referido de los actos jurídicos que son aquellos que producen efectos propios queridos por las partes.

El verdadero *fundamento* de la nulidad se encuentra en la protección que mediante la privación de los efectos del acto y la correspondiente sanción, el legislador brinda a un interés vulnerado en un acto jurídico, dicho interés puede ser de orden público o de carácter particular.

❖ DIFERENCIA CON OTROS INSTITUTOS

-

➢ Nulidad e inoponibilidad

1- La nulidad rige erga omnes, priva al acto de sus efectos normales, ya sea con respecto a las partes o con respecto a terceros, si bien accidentalmente pueden derivar efectos a favor de terceros; la inoponibilidad, mantiene la validez del acto entre las partes peor no produce efectos respecto de determinadas personas ajenas a él, las que pueden comportarse como si el acto no existiese.

2- En la nulidad el vicio se haya en el origen del acto; en la inoponibilidad puede ser sobreviniente.

3- La nulidad confiere acción y excepción; la inoponibilidad solo confiere excepción.

4- La nulidad absoluta es irrenunciable, imprescriptible y no confirmable; la inoponibilidad es renunciable y prescriptible.

5- En la nulidad los efectos pueden ser excesivos; en la inoponibilidad se limitan estrictamente al interés amparado por la ley.

Son supuestos de inoponibilidad, entre otros, los siguientes: el acto celebrado en fraude de los acreedores, son inoponibles a estos, pero conservan su validez entre las partes y aún respecto de los acreedores cuyo crédito tienen fecha posterior al acto impugnado; los instrumentos privados que carecen de fecha cierta (art. 1034); la hipoteca no registrada es eficaz entre las partes, pero no puede ser opuesta a terceros, salvo al escribano y testigos intervinientes (art. 3135); los contra documentos que dejan sin efecto o modifican actos simulados, no son oponibles a terceros (art. 960 y 966); los actos de disposición cumplidos por el titular de un dominio revocable, no pueden oponerse al propietario anterior, una vez resuelto el derecho del primero (art. 2660 y 2670); el efecto retroactivo de la confirmación de un acto que adolece de nulidad relativa, no es oponible a los terceros que tuviesen derechos adquiridos con anterioridad a la confirmación (art. 1665); la nulidad del acto que es inoponible a los terceros de buena fe y a título oneroso.

➢ Nulidad, invalidez, ineficacia

Para Belluscio, “la ineficacia es un concepto jurídico más amplio que abarca situaciones en las que los actos carecen de vigor para producir sus efectos”. Según este autor, además de la nulidad, que es producto de una sanción legal, la ineficacia puede provenir de la naturaleza de las cosas o de la voluntad de las partes (actos estériles), o bien por caducidad del derecho (art. 3799, muerte del legatario antes que el testador) y por revocación, rescisión o resolución.”[4]

Para Aráuz Castex “la nulidad, o sea, la declaración de que algo no es, es un genero amplísimo que comprende todos los actos a los que en derecho se priva de efectos en virtud de hechos que operan al tiempo de su celebración. Las distinciones deben efectuarse dentro de la categoría nulidad, no fuera de ellas. La única categoría que se le asemeja, aunque distinta de la nulidad, es la inoponibiliadad. Las demás no tienen razón de ser”. [5]

La jurisprudencia resolvió que: “la invalidez de un acto jurídico se produce cuando éste padece de efectos intrínsicos, esto es, cuando se encuentra viciado alguno de sus elementos esenciales o presupuestos necesarios. La ineficacia acaece cuando encontrándose aquellos en regla la inidoneidad proviene de alguna circunstancia de hecho extrínseca al negocio, pero requerida por la ley”[6]

En cuanto a la revocación, la misma supone dejar el acto sin efecto por la sola voluntad de una de las partes. Por su parte la rescisión importa dejar sin efecto para el futuro un acto jurídico, por mutuo consentimiento de las partes. Y por último la resolución es la extinción de un acto jurídico en virtud de una cláusula expresa o implícitamente contenida en él; la causa de la ineficacia está prevista en el acto mismo, pero depende de un acontecimiento posterior. Teniendo en cuenta esto cabe afirmar que la

revocación, la rescisión y la resolución suponen un acto perfectamente válido y eficaz, que deja de producir efectos o no produce ninguno, en virtud de la voluntad de las partes; mientras que en la nulidad, en cambio, la ineficiencia deriva de la ley y es originaria; no se trata de actos que desde el comienzo reúnen todos sus requisitos legales.

- **Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos**

Son dos categorías conceptuales que no tiene parentesco entre sí. La nulidad es una sanción o calificación de la ley que recae sobre un acto jurídico efectivo, para privarlo de sus efectos propios, o para significar la carencia de esos efectos. La inexistencia de los actos jurídicos es una "noción primordial del razonamiento y de la lógica" que corresponde a ciertos hechos materiales, a los cuales falta algún elemento esencial para ser un acto jurídico, sea el sujeto, el objeto o la forma. Ver Teoría del acto inexistente

❖ CLASIFICACIÓN

-

Rivera menciona que existen diferentes clasificaciones en base a distintos conceptos de distinción. Así en nuestro derecho civil patrimonial, existen las siguientes clases de nulidades:

- Nulidad expresa y nulidad virtual (o implícita, según el carácter expreso o tácito de la sanción legal:
- *Actos nulos y actos anulables* (o actos de nulidad manifiesta y no manifiesta); de acuerdo con la manera como se presenta el vicio;
- *Nulidad absoluta y relativa*, según el valor amparado por la sanción;
- *Nulidad total o parcial*, según la extensión de la sanción de nulidad.
- Otros autores, como Llambías, reconocen una quinta clasificación: *Nulidad manifiesta y no manifiesta,* según la actuación patente o latente de la causa de invalidez.

Pero luego destaca que ésta sistematización de nulidades no es admitida unánimemente. Así:

- Por su parte, autores como el propio Rivera, Salvat, López Olaciregui, Zannoni, Arauz Castex, Borda, Lloveras de Resk, entre otros, identifican las nulidades manifiestas y no manifiestas con los actos nulos y anulables.
- Algunos autores cuestionan la existencia de las nulidades virtuales, y otros consideran que no son un tipo o clase de nulidades;
- Otra tesis, que está hoy abandonada, es la de autores como Moyano, Llerena, Etcheverry Boneo y de algunos fallos de los tribunales. Los mismos se referían a actos nulos o con nulidad absoluta y a actos anulables o con nulidad relativa, como si se tratara de términos correlativos o sinónimos.

Estas divergencias doctrinarias tienen su origen, entre otras cosas, e la diversidad de fuentes de que se sirvió Velez Salfierd en la elaboración del Título VI, del Libro II, Sección II del Código Civil. En esta materia, pueden advertirse tres fuentes de influencia en el codificador: el Esboço, el Código Civil chileno y la doctrina francesa, particularmente Aubry y Rau.

-

- **NULIDADES EXPRESAS Y NULIDADES IMPLÍCITAS O VIRTUALES**

-

-

Art.1037 establece que *"los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen"*

Esto ha dividido a la doctrina nacional en cuanto a la admisión de las nulidades denominada virtual o implícita.

La doctrina negativa esta en retroceso por lo que nos ocupamos de las doctrinas positivas: según la mayoría de los autores nacionales, nuestro ordenamiento admite la nulidades virtuales, de manera que la sanción de la nulidad puede surgir expresa o implícitamente así lo considera Segovia, López Llambías, Rivera, Nieto Blanc, Borda.

- **Fundamento**

El Art. 18 dispone “los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro defecto para el caso de contravención. Este precepto determina una nulidad implícita correspondiente a cada prohibición legal.

Así por ejemplo El código Civil se limita a exigir la firma como requisito de validez de un instrumento privado (Art. 1012) pero nada dispone para el supuesto en que ella falte. Sin embargo por aplicación del Art. 18 la sanción de nulidad es la que corresponde a la violación de lo dispuesto por el artículo 1012.

- **Alcance**

Los que sostienen esta postura aclaran que admitir las nulidades implícitas no importa reconocer las posibilidad de crear judicialmente supuestos de nulidad sino aceptar la existencia de nulidades que derivado de la ley, no están consagradas por ellas de manera expresa o literal sino que” pueden imponerse mediante un razonado sobreentendido de su letra y de su espíritu”(Cifuentes)

Por otra parte, si bien el Art. 1037 hace referencia al Código, se debe dar al precepto un alcance amplio como si se refiriera también a las nulidades determinadas por leyes especiales. Ello sin perjuicio de dejar sentado que la invalidez tiene carácter excepcional y que la nulidad solo se admite cuando a aparezca establecida por el legislador, debiendo optando en la duda, por la validez del acto.

- **Jurisprudencia**

La jurisprudencia ha adoptado en general también por aceptar la existencia de otras nulidades además de las que expresamente aparecen en la norma. en este sentido se ha resuelto que si bien toda nulidad debe fundarse en una disposición legal que la establezca, ella no quiere decir que la sanción deba estar consagrada en términos sacramentales o expresos ya que puede resultar de una prohibición o condición legal.

Sin embargo nuestros magistrados se han cuidado de señalar que el Art. 1037 del Cod Civ establece que los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos que las que en el código se establecen .La seguridad de las relaciones jurídicas exige que así sea .Si los jueces pudieran declamar libremente la nulidad de un acto jurídico, ningún derecho podría considerarse nunca definitivamente adquirido

Así mismo se ha resuelto que la interpretación del Art. 1037 respecto de la necesidad de que las nulidades sean expresas, no debe excluir el principio indiscutible que entre la validez y la nulidad debe optarse por la validez.

- **<u>Teoría del acto inexistente</u>**

-

La inexistencia de actos jurídicos, es una” noción primordial del razonamiento y de la lógica” (según Moyano).

La nulidad es una sanción de la ley que recae sobre un acto jurídico real o existente, es decir, que reúne los elementos esenciales de tal, a saber sujeto objeto y forma específica o esencial

La inexistencia es una noción conceptual-no legal-, que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos que no obstante tener la apariencia de los actos jurídicos, no son tales por carecer de algún elemento esencial de ellos, sea el sujeto, sea el objeto, se a la forma específica.

A no ser acto jurídico se lo denomina acto jurídico inexistente.

En la inexistencia es solo el entendimiento que nos muestra si algo es no es acto jurídico auque aparente serlo, no es posible tratarlo como lo que no es ni imputar los efectos propios de los actos jurídicos efectivos y reales.

La introducción del concepto se atribuye a Zachariae y fue adoptado y difundido por Demolombe y Laurent y especialmente Aubry y Rau quienes enseñan que “el acto que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto y en ausencia de los cuales es imposible concebir su existencia, debe ser considerado no solamente como nulo sino como inexistente”

Para Bonnecase”un acto jurídico es inexistente cuando faltan uno o varios de sus elementos orgánicos, o quizás mas bien, específicos.

La idea de organismo aplicada al derecho ha sido expuesta por Ihering, pero esta idea debe

relacionársela con otra: la de la forma específica adaptada a las cosas de la vida jurídica.

La forma especifica es la expresión de un ser perteneciente a una categoría determinada y resulta ineludiblemente del conjunto de los elementos sin los cuales no se concibe ese ser. Clasificando así a los elementos en dos: psicológicos, una manifestación de voluntad y los materiales: un objeto y según los casos un elemento formal, según esta postura si faltase alguno de estos elementos orgánicos el acto será inexistente.

Borda junto a otros autores como Machado, Moyano , Castigliones y Segovia admiten la categoría de los actos inexistentes, este autor reconoce ciertos supuestos extremos permiten considerar al acto jurídico inexistente A) si falta acuerdo de voluntades o si hay disentimiento entre las partes; o si una de ellas ofrece vender su casa de Córdoba y la otra acepta comprar la de Buenos Aires(error sobre el objeto); o si una ofrece en locación una propiedad y la otra acepta comprarla (error sobre la naturaleza del acto): o si se trata de un contrato celebrado a nombre de una persona de quien no se tiene la representación, si el objeto de la obligación es un cosa no susceptible de existir o hechos materialmente imposibles, como vender un pedazo de cielo. C)la falta de de la forma exclusivamente ordenada por ley no obsta en principio, para considerar inexistente el acto; el propio código establece que son obligaciones naturales las que proceden de actos jurídicos a los cuales faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles, si embargo en algunos casos la formalidad legal consiste en la intervención de un oficial público, que no se limita ya, como el escribano autorizante, a dar fe de lo que ocurrió ante él, sino que integra con su actuación al acto jurídico celebrado por las partes; tal ocurre con el matrimonio, que queda celebrado cuando el oficial publico, en nombre de la ley declara unidos a los contrayentes. En este caso la omisión de la formalidad legal supone la inexistencia del acto. Lo mismo ocurre en el caso de una adopción no otorgada por juez competente

-

- **Alcance práctico de la distinción de nulidad e inexistencia.**

En principio dijimos que la nulidad es una sanción de la ley, cuyo régimen esta dado por la misma fuente jurídica que la establece y que determina cuales consecuencias se han de distinguir en tal supuesto y en tal otro. En cambio no ocurre esto si el acto material obrado es un acto jurídico inexistente, pues entonces lo efectos no son dictados por el sistema legal de sanciones que no se ocupa de la nada jurídica, la situación material resultante debe quedar regida por las disposiciones que a ella sena aplicables-obligaciones de dar, posesión, percepción de frutos y productos, plantación ,edificación, enriquecimiento sin causa-con absoluta independencia de la apariencia de acto jurídico que le ha sido concomitante y del sistema legal de sanciones previsto para los actos jurídicos efectivos y reales.

- **Diferencia entre el funcionamiento de una y otra:**

En cuanto a las facultades del juez.

La inexistencia del acto jurídico puede ser verificada sin necesidad de que ese punto haya sido incluido en litis formada por la demanda y su contestación. Constituye una cuestión de hecho susceptible de acreditarse en el período de pruebas. Ante la comprobación de la inexistencia del acto jurídico que parecía como real, el juez sacará las consecuencias racionales pertinentes a los fines de admisión o rechazo de la acción entablada

En cambio el acto nulo (nulidad manifiesta), en principio requiere que para que sobre él recaiga el pronunciamiento judicial, que la cuestión de nulidad haya sido articulada por las partes mediante acción o excepción. Solo cuando el acto nulo es también de nulidad absoluta puede actuar el juez de oficio.

Por último, al acto anulable no puede ser anulado de oficio en ningún caso ni aun cuando fuese de nulidad absoluta (Arg. Art. 1047 Cod .civil)

*En cuanto a la oportunidad procesal de articulació*n.

La inexistencia del acto puede ser invocada aun después de trabada la litis, si resulta acreditada en el período de prueba, pero no podrá ser aducida en caso contrario.

En cambio, la nulidad absoluta (sea acto nulo o anulable) puede ser alegada en cualquier estado del juicio, antes de la citación para sentencia, es una consecuencia de carácter de orden público que reviste la nulidad absoluta y que no le corresponde, al acto inexistente.

Con respecto a la nulidad relativa (sea el acto nulo o anulables) ha de ser alegada en la demanda o la contestación, no siendo útil la ulterior alegación.

En cuanto al derecho de alegar la inexistencia o la nulidad

El acto inexistente puede ser alegado como tal por cualquier interesado en la inexistencia, aun por el que lo ha ejecutado sabiendo o debiendo saber el impedimento que obstaba al nacimiento del acto.

En cambio la nulidad absoluta (sea acto nulo o anulable)"puede alegarse por todos lo que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba "(Art.1047.Cod.Civ)

La nulidad relativa (sea acto nulo o anulable) solo puede alegarse por aquel en cuyo beneficio se ha establecido la invalidez. (Art. 1048)

En cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal.

La inexistencia del acto no puede ser invocada por el Ministerio Fiscal, que carece de interés en que sea o no tomada por una realidad una pura apariencia que afecta al patrimonio de particulares

En cambio, la nulidad absoluta (sea acto nulo o anulable) puede ser alegada por el ministerio fiscal, en el interés de la moral o la ley (Art. 1047 Cod Civ)

En cuanto a los efectos del acto entre las partes.

Los efectos del acto anulable se rigen por lo dispuesto en el Art. 1050 "la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo lugar o al mismo estado en que se hallaban antes dela acto anulado.

El Art. 1053 dice "si el acto fuere bilateral, y las obligaciones correlativas consistiesen ambas en suma de dinero o en cosas productivas de frutos, no habrá lugar a la restitución respectiva de intereses o frutos , sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensas entre si.

El Art. 1054 Si de dos objetos que forman la materia del acto bilateral, uno solo de ellos consiste en una suma de dinero, o en una cosa productiva de frutos, la restitución de los intereses o de los frutos debe hacerse desde el día en que la suma de dinero fue pagada, o fue entregada la cosa productiva de frutos.

Art. 1055 Si la obligación tiene por objeto cosas fungibles no habrá lugar a la restitución de las que hubiesen sido consumidas de buena fe.

Estos artículos importan acordar al acto anulable un cierto efecto en cuanto a las partes vienen a quedar en una situación distinta a la que se hubiese presentado si el acto no se hubiese cumplido, no obstante lo dispuesto en el Art. 1050. En cambio el acto inexistente no es regido por los Art. 1053-1055, sino que, de suyo, no produce ningún efecto. La situación resultante debe ser considerada con entera abstracción del acto inexistente que le ha servido de antecedente accidental, y debe regirse por los principios legales que corresponden a esa situación por si misma.

Por ejemplo la venta de un inmueble anulable por dolo de un tercero. Por aplicación del Art. 1053 el comprador restituye el inmueble, pero conserva los frutos percibidos con anterioridad a la demanda de nulidad, que se compensan con los intereses del precio pagado. Ésta solución que puede ser perjudicial para el vendedor es diferente a la que correspondería aplicar tratándose de un acto inexistente.

En lugar del ejemplo anterior supóngase la venta de un inmueble, inexistente porque el vendedor proponente falleció antes de haber sabido la aceptación del comprador (Art. 1149 Cod. Civ.) , en cuyo caso no ha alcanzado a perfeccionarse el contrato por defecto del consentimiento. Si los herederos del vendedor ignorando la verdadera situación, entregan el inmueble y reciben el precio, pueden antes de la escrituración intentar una acción reivindicatoria. En ese supuesto el aparente comprador se hará dueño de los frutos percibidos con anterioridad a la demanda de reivindicación, según que haya tenido o no buena fe es decir, según que supiese o no que su aceptación había sido recibida después del fallecimiento del proponente.

La situación se rige por los artículos 2422 y siguientes del Código Civil que trata sobre " De las obligaciones y derechos del poseedor de buena o mala fe".

En cuanto a los efectos del acto respeto a terceros. El enajenante de una cosa por un acto inexistente puede recobrarla siempre del tercer adquiriente, salvo que éste sea de buena fe y se trate de una cosa mueble (Art. 2412 Cod Civ)

En cambio el enajenante de una cosa inmueble por un acto anulables no puede recobrarla, en principio, del tercer adquiriente de buena fe que hubiese habido la cosa antes de la sentencia de anulación (Art. 1046 Cod Civ)

En cuanto a los efectos del matrimonio.El matrimonio inexistente no produce efectos civiles aun

cuando las partes tuviesen buena fe (Art. 172 Cod Civ).La unión subsiguiente de los interesados será concubinato y los hijos habidos se considerarán extramatrimoniales.

En cambio el matrimonio nulo aun de nulidad absoluta, si al menos uno de los cónyuges es de buena fe, es conceptuado para éste matrimonio putativo (Art. 221, 222, y 225 Cod Civ)

En cualquier caso de nulidad de matrimonio, los derechos de los terceros de buena fe no son afectados (Art. 226 Cod Civ)

Otra cosa ocurre con los matrimonios inexistentes.

- **Crítica; refutación (Borda)**

A) Nuestro código no alude a esta categoría de invalidez y según es sabido, no se pueden declarar otras nulidades que las que en el código se estableces (Art. 1037).Pero ya se ha dicho la inexistencia de los actos es ajena a al teoría de las nulidades.

Es innecesario que el Código legislara sobre este punto, porque no hace falta declarar la invalidez de lo que no existe.

B) Es un concepto jurídico inútil, pues de el se desprenden los mismo efectos que de los actos nulos de nulidad absoluta. Pero este es un evidente error; hay consecuencia muy distintas .Borda piensa que la mas seria objeción es de orden gramatical. La expresión actos inexistentes es contradictoria, lo que no existe no puede llamarse acto. Pero como de alguna manera hay que designar a estas situaciones, a estas meras apariencias, nos parece que no traería ninguna utilidad apartarse de una designación que aunque objetables tiene en su favor una larga tradición.

La teoría de al acto inexistente deber ser acogida por nuestro derecho así lo piensa Borda Llambias y Moyano.

➢ ACTOS NULOS Y ACTOS ANULABLES

Nuestro Código no define los conceptos con claridad de nulidad y anulabilidad (actos nulos y anulables), sólo los enumera en los arts. 1041 a 1045, de manera que la doctrina ha debido comparar a unos y otros, para extraer de esa confrontación el criterio adecuado de la distinción.

- **Actos nulos**

Los actos nulos pueden tener este carácter por fallas referentes al sujeto, al objeto o a la forma.

- Actos nulos por falla en cuanto al sujeto:

Para que el sujeto pueda expresar válidamente su voluntad, éste debe estar dotado de capacidad. Así lo enuncia el art. 1040, diciendo: *"El acto jurídico para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho".*

La capacidad puede ser de hecho o de derecho. Por lo tanto, la nulidad puede corresponder a la carencia de una o de otra.

I) *Carencia de Capacidad de Hecho:*

Se distinguen dos categorías de personas, según que su incapacidad sea absoluta o relativa.

Respecto de las primeras el art. 1041 dice: "*Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria"* Ejemplos de esto son los actos jurídicos realizados por menores impúberes, insanos interdictos, o sordomudos declarados incapaces. Llambías menciona que la última parte del artículo puede dar lugar a confusión, ya que las personas absolutamente incapaces no lo son por depender de una representación necesaria sino por su insuficiencia de discernimiento, presumida por la ley.

Mientras que en cuanto a las personas relativamente incapaces, el art. 1042 dispone: *" Son también nulos los actos jurídicos otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto…"* Se refiere a los menores adultos a quienes se los declara "incapaces de ciertos actos o del modo de ejercerlos".

II) *Capacidad de hecho restringida:*

El art. 1042 , segunda frase, continua diciendo: *"Son también nulos los actos jurídicos… que dependiesen de la autorización del juez o de un representante necesario…",* entendiéndose que así será cuando se hubiere omitido dicha autorización. Como podría ser ciertos actos de los menores emancipados y de los representantes necesarios de los incapaces, que requieren autorización judicial.

Así, según el art. 135, los menores emancipados habilitados para los actos de la vida civil están impedidos para efectuar algunos actos sin la autorización del juez: respecto de los bienes adquiridos por titulo gratuito sólo tendrán la administración y deberán solicitar autorización judicial para disponer de ellos, salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de estos fuera mayor de edad. Otra de las categorías que queda excluida es la de los actos obrados por representantes necesarios de incapaces, en exceso de las facultades conferidas por la ley. Cabe destacar que la autorización judicial no es un requisito de forma sino un elemento integrante de la capacidad del sujeto o de la representación requerida por la ley, dando lugar, por ello, a una nulidad relativa.

En cuanto al representante necesario contempla los supuestos en que la ley permite la actuación personal del incapaz (menor adulto o inhabilitado) siempre que concurra la voluntad complementaria del respectivo representante, padre, tutor o curador.

III) *Incapacidad de derecho*

El art. 1043 esboza: *"Son igualmente nulos los actos otorgados por personas, a quienes por este Código se prohíbe el ejercicio del acto de que se tratare".* El acto por el cual el padre compra bienes al hijo que está bajo su patria potestad, seria un ejemplo claro de esto (art. 1160; 1361)

- Actos nulos por falla en cuanto al objeto:

La ineficacia del acto, por este motivo, tiene lugar cuando la ley presume, sin admitir prueba en contra, la realización del fraude o simulación, o cuando sencillamente prohíbe el objeto del acto.

I) *Simulación o fraude presumidos por la ley:*

El art. 1044 inc. 1° reza: *"Son nulos los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulación o fraude presumidos por la ley…"* La presunción *juris et de jure* de la ley fija definitivamente la índole del acto celebrado. Ejemplo el arrendamiento hecho por el marido, después de que la esposa interpuso demanda de divorcio, en el caso de simulación(art 1297); en el caso de fraude, por ejemplo, el pago adelantado del alquiler si se conociese la insolvencia del locador (art. 1575). El art. 3741 establece: "El fraude a la ley puede probarse por todo género de pruebas".

II) *Objeto Prohibido:*

El objeto del acto debe ser lícito, es decir, que no recaiga sobre prohibición alguna de la ley. El art. 1044 inc 2° "Son nulos los actos jurídicos…cuando fuese prohibido el objeto principal del acto…" Las prohibiciones referidas al objeto del acto están enunciadas en el art. 953.

A este respecto un primer grupo de fallos jurisprudenciales se relaciona con el aspecto ilícito del contenido del acto, mientras que un segundo grupo aha contemplado la falla del contenido moral del acto jurídico.

- Actos nulos por fallas en cuanto a la forma:

Puede resultar de la omisión de la forma establecida por la ley con carácter exclusivo o de la nulidad del instrumento si el acto depende para su validez la forma instrumental (art. 1044)

I) *Omisión de la forma legal exclusiva*

"Son nulos los actos jurídicos…cuando no tuviesen la forma exclusivamente ordenada por la ley" (art.1044). Se refiere a los actos formales solemnes o no solemnes, por ejemplo el matrimonio celebrado ante persona carente de investidura de jefe del Registro Civil (art 172); la transmisión o constitución de derechos reales sobre inmuebles que no se hiciere en escritura pública (art.1184)

II) *Nulidad refleja*

"Son nulos los actos jurídicos cuando dependiesen para su validez de la forma instrumental y fuesen nulos los respectivos instrumentos." (art.1044). Sólo si el acto requiere y depende para su validez de forma instrumental y el instrumento es nulo, si se omite es claro que no es llenada la forma requerida por la ley. La nulidad del instrumento arrastra la nulidad del acto instrumentado.

Pero a la inversa la nulidad del acto jurídico nunca acarrea la invalidez del instrumento en que está otorgado. Así, la nulidad del acto instrumentado deja intacta la eficacia probatoria del instrumento respecto de los hechos cumplidos.

III) *Nulidad de los instrumentos*

Este supuesto no está incluido en nuestro Código en los arts. 1041 a 1044. pero Llambías reconoce, de acuerdo al criterio de distinción que expondremos más adelante, ciertos instrumentos nulos; por ejemplo: los instrumentos públicos otorgados frente a oficial público incapaz (art 983) , o

incompetente (art. 980 y 981) ; los instrumentos públicos otorgados ante oficial público interesado en el acto (art 985), siempre que el interés surja del mismo instrumento. Si en cambio el interés estuviese oculto y se requiriese la investigación judicial, el instrumento sería anulable; los instrumentos públicos sin llenar las formas prescriptas por las leyes bajo pena de nulidad; las escrituras públicas no efectuadas ene. Protocolo o sin orden cronológico o carentes de las indicaciones establecidas en el art. 1004; los instrumentos privados de los contratos perfectamente bilaterales carentes de doble ejemplar.

- **Actos Anulables**

Siguiendo el mismo método adoptado para los actos nulos, analizaremos los actos anulables, según que la causa de la eventual invalidez concierne al sujeto, al objeto o a la forma del acto jurídico.

- En cuanto al sujeto

Hay tres situaciones diferentes contempladas por el art. 1045 en las que el elemento esencial del acto jurídico, constituidopor el sujeto, aparece afectado o viciado:

I) *Incapacidad Natural o Accidental*

El art. 1045 inc. 1° dice: *"Son anulables los actos jurídicos cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquier causa se hallasen privados de su razón"*. Es el caso de los actos jurídicos realizados por los insanos no interdictos, los actos jurídicos efectuados por sordomudos que no supieses darse a entender por escrito, no interdictos, los efectuados en estado de embriaguez completa, los realizados en estado de cólera, terror o venganza, entre otros.

En este sentido Llambías realiza una consideración que expresa que el término utilizado por Velez Sarfield "incapacidad accidenta" es inconcebible ya que es sólo la ley la que maneja el asunto de la incapacidad y se está predicando una incapacidad, si bien accidental de personas que son capaces pese al accidente mentado y que seguirán siéndolo hasta que la ley las declare incapaces. En realidad debería referirse a personas que han obrado a personas que han obrado en estado de falta de discernimiento. A este respecto, el art. 921 establece que *"Los actos de los dementes que no fuecen practicados en intervalos lúcidos y los practicados por los que por cualquier accidente esten sin uso de la razón"*

Los actos comprendidos en el ert. 1045, cláusula primera, son especialmentelos siguientes:

-los actos jurídicos otorgados por insanos no interdictos;

-los actos jurídicos efectuados por sordomudos que no supiesen darse a entender por escrito, no interdictos;

-los actos jurídicos realizados en estado de delirio febril, sonambulismo o hipnotismo;

-los actos jurídicos ejecutados en estado de embriaguez completa, sin perjuicio de responsabilidad del agente si llego a ese estado voluntariamente. En este caso se los actos ilícitos practicados en estado de embriaguez, se tendrán por voluntarios si no se probare que ésta fue involuntaria, (art. 1070)

-los actos jurídicos realizados bajo el efecto de fuertes emociones de miedo, terror, cólera o venganza que lo priven de la razón.

Cabe destacar lo expuesto por el art. 473 modificado por la ley 17.711 que dice: *"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".* De esta manera siempre será menester acreditar la notoriedad de la demencia para poder invocarla con respecto a los contratantes de buena fe y a título oneroso.

II) *Incapacidad de Derecho Desconocida:*

Según Llambías este art. Sólo contempla los supuesto de incapacidad de derecho ya que puede disimularse esta condición de manera tal de imposibilitar a quienes contratan con él o que puedan oponerse a la celebración del acto, la celebración de su verdadero carácter. La dolosa actividad del sujeto da lugar en ese caso a la anulabilidad, en la cual la suerte del acto cumplido dependerá del juicio que forme el magistrado de las circunstancias.

III) *Vicios de la Voluntad*

El art. 1045 clausula 4° dispone: "*Son anulables los actos jurídicos… cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación"* Este precepto incluye dentro de la misma especie de invalides, por una parte los actos que adolecen del vicio de la voluntad (error, fraude o simulación); y por otra parte los actos que exhiben ciertas particularidades como son el caso del fraude y la simulación, por las cuales el

interés y resguardo de los terceros y aún del propio interesado (simulación) y la ley admite la impugnación de dichos actos.

Además como establece el art. 954 (modificado por la ley 17.711) los actos viciados por dolo podrán ser también anulables.

- En cuanto al objeto

Dice el art. 1045 inc. 3°: "*Son anulables los actos jurídicos…cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho*". Ejemplo de esto son: la venta de cosa ajena ya que requiere la investigación de hecho, la locación de servicios profesionales que encubren un contrato inmoral e ilicito, el contrato de locación de una casa destinada a prostíbulo, etc.

- Actos anulables en cuanto los instrumentos que constan

El art. 1045 "in fine", dice *"Son anulables los actos jurídicos si dependiesen para su validez de la forma instrumental y fuesen anulables los respectivos instrumentos"* Si la formalidad instrumental es condición de la validez del instrumento, la causa que puede dar origen a la anulación reacciona sobre el acto mismo, erigiéndose en causa eventual de dicho acto. El vicio del instrumento sustancial se traslada al acto mismo.

Criterio de distinción

-Según *Rivera:*

*En los actos nulos el defecto se presenta al magistrado de modo manifiesto y rígido.

- *El defecto es manifiesto* cuando surge patente del acto, se presenta sin lugar a dudas y no da lugar a discusión. No es necesario que la patente se presente ab initio, al celebrarse el acto, sino en el momento en el que el juez resuelve. Es decir, el vicio es manifiesto a los ojos del juez, aunque pudiera no ser evidente para los terceros o las partes al tiempo de realizarse el acto.

En este caso, como menciona Zannoni, el juez puede subsumir ese vicio en una hipótesis normativa prevista, sin sujeción a una previa e imprescindible valoración de circunstancias contingentes para detectarlo.

Un ejemplo consiste en el caso de un menor que vende un inmueble; luego el representante legal promueve la acción de nulidad: el juez interviniente subsumirá el vicio en la previsión normativa expresa y objetivamente, bastándole comparar la fecha de nacimiento según la partida con la fecha de la escritura de venta, y sin necesidad de ninguna otra investigación, lo declarará nulo.

En suma, es manifiesto el vicio que no requiere investigaciones, pues, retomando a Zannoni, en los supuestos que la ley califica actos nulos, son referencias normativas destinadas a ser aplicadas por una operación lógica de subsunción.

- *El defecto es rígido*, ya que se presenta fijo, no susceptible de gardos, de más o de menos y es idéntico en la misma especie de acto jurídico. En vicio es taxativo porque está figurado por la ley, que a priori dispone la invalidez del negocio que se celebra con tal defecto.

Así, de la rigidez del defecto pasamos a la rigidez de la ley, porque la exigencia de la ley en los actos nulos es asimismo rígida, dado que la forma con la cual fulmina dicha falla es categórica; tal acto es inválido.

Retomando el ejemplo anterior, el vicio es rígido pues el límite que marca el cese de la incapacidad es el día que los menores cumplen 21 años (art. 126 y 128), es fijo, no admite variaciones en más o en menos y es igual en los actos jurídicos de la misma especie, vale decir, no varia de un contrato de compraventa a otro.

*Por el contrario, en los actos anulables, el defecto que padece el acto es no manifiesto para el juez.

- *El defecto no es manifiesto* porque el acto jurídico presenta aparentemente reunidos todos los requisitos de validez pero hay un vicio que se encuentra oculto en la estructura del negocio.

Aquí el juez, para declarar la nulidad del acto jurídico, deberá previamente realizar una investigación judicial valorando todas las circunstancias de hecho para descubrir el defecto oculto.

Así, por ejemplo, es anulable el vicio de error (art. 1045). El juez no puede, sin más, subsumir el defecto a la previsión normativa, ya que deberá realizar una iunvestigación a efectos de comprobar, de acuerdo con las pruebas que produzca quien alegue, por ejemplo, si el error de hecho fue esencial (arts. 924 a 927), si a su vez fue excusable (art. 929) para luego decidir sobre la ineficiencia del negocio.

- *El defecto es flexible* o graduable, porque se presenta en el acto jurídico en forma indefinida, fluida; es susceptible de más o de menos y varía en la misma especie de acto jurídico.

Y a su vez, de la flexibilidad del defecto pasamos a la flexibilidad de la ley. Pues la exigencia de la ley en los actos anulables es también elástica, ya que la falla del acto que no cumple esa exigencia es indefinida. Más allá de que la ley alude al error, dolo o incapacidad accidental (art. 1045) como causa de anulabilidad, son referencias que atienden a hechos, a diferencia que en los actos nulos son referencias normativas precisas.

Cuando se trata de mera anulabilidad, la ley por sí misma no invalida al acto, sino que plantea que ese acto puede ser inválido un vez que el juez en su sentencia defina y declare que la causa de la imperfección existe y reviste la intensidad suficiente como para arrastrar la ineficacia del acto.

-En una relación muy estrecha con lo expuesto recientemente de Rivera, *Borda*, tienen en cuenta para que un acto sea nulo o anulable, el carecer manifiesto o no de su invalidez respectivamente. Como menciona Llambía, la visibilidad del acto.

Cabe destacar lo dispuesto por el art. 1038 de que: *"la nulidad de un acto es manifiesta, cando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada"*; como también lo establecido por el art. 1046 que en cuanto a los actos anulables establece que: *"…se reputan válidos mientras no sean anulados y solo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que las anule."*

-Por otra parte, Llambías señala que existen actos donde el vicio no aparece patente en el acto, pero no obstante, es indiscutible que se trata de actos nulos. De esta manera, no pueden identificarse los actos nulos con las nulidades manifiestas. Pues, la nulidad será manifiesta o no manifiesta, según que el vicio esté atente u oculto; mientras que los actos nulos o anulables revelan, en su criterio, si es la ley o no, por sí misma y sin cooperación de otro órgano o poder, la que aniquila el acto vedado.

El acto nulo es tal porque adolece de una falla rígida, determinada, dosificada por la ley, invariable e idéntica en todos los actos de la misma especie. En este caso, la ley puede por sí misma y sin más, decretar la ineficacia del acto, que como es independiente de todo juzgamiento ulterior, opera desvirtuándola acto de sus efectos propios desde su mismo origen.

El acto anulable, en cambio, padece una falla que es por su propia índole, o se presenta, fluida, indefinida, variables en los actos de la misma especie e intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial. En este supuesto, se exige, por la misma índole del acto, la necesidad de la sentencia; ya que a su respecto la ley no puede sino establecer un principio de sanción de invalidez, que será desenvuelto, definido y regulado por el juez en función de las circunstancias particulares del caso, estimadas según su criterio. La plenitud de la ineficacia del acto jurídico deriva directamente de la sentencia judicial.

-

-

- **<u>Nulidades absolutas y nulidades relativas</u>**

Velez Salfierd no precisó los casos que corresponden a la nulidad absoluta o nulidad relativo; así, este criterio de distinción en examen, es una pauta interpretativa extraída del diverso funcionamiento de la nulidad absoluta y relativa, conforme a lo preceptuado por los art. 1047 y 1048

Como expresa Borda, cabe sostener que la *nulidad absoluta* obedece a una razón de orden público, de interés social; de ahí que pueda pedirla cualquiera y que, inclusive, el juez pueda y deba declararla de oficio, si apareciere manifiesta, aunque nadie la hubiere pedido; de ahí también que los actos viciados de tal nulidad no pueden confirmarse, puesto que no se trata ya de amparar el interés de las partes intervinientes, sino el social. Por el contrario, la *nulidad relativa* se establece exclusivamente en interés de las partes intervinientes, únicas que pueden pedirla.

- **Consecuencias de la nulidad absoluta**

La nulidad absoluta presenta las características consignadas en el art. 1047 y otras que han aportado la doctrina:

- Debe ser declarada de oficio por el juez, cuando aparece manifiesta en el acto. Debe hacerse notar

que en el caso la declaración de nulidad es un imperativopara el juez. Pero debe tratarse de una nulidad manifiesta que corresponde a los actos nulos. Por tanto, si el acto es anulable, no siendo manifiesta la nulidad, no puede ser ésta declarada de oficio, requiriéndose la demanda pertinente.

- Puede ser articulada por el Ministerio Público, en el interés de la moral y de la ley. Por tanto el fiscal es titular de la acción de nulidad, en este caos, ya que a él le está confiado el cuidado de la colectividad.
- Puede ser alegada por todos los que tengan interés en hacerlo, ya que la acción está abierta a favor de todos, pues la pretensión de quienquiera coincide con la directiva de la ley tendiente a aniquilar un acto que ella reprueba por violatorio del orden público. Sólo basta justificar que se tiene el interés legítimo suficiente.

  El derecho anterior está vedado por la ley a aquel que ha ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.
- No es susceptible de confirmación. Pues si la nulidad absoluta es la sanción civil más rigurosa, instaurada en salvaguarda del orden público que el acto inválido ha quebrantado, no es admisible que ella pueda desaparecer por el mero designio particular en ese sentido. Si los interesados quieren dar valor al acto deberán hacerlo nuevamente si es que no subsiste la causa de la nulidad.
- La acción para obtener la declaración o el pronunciamiento de la nulidad absoluta es imprescriptible. Si bien el Código nada dice al respecto, tal s conclusión de la jurisprudencia y de la doctrina n general. Es una consecuencia de la imposibilidad de confirmar el acto, pues sería contradictorio negar la confirmación y admitir la prescripción, ya que esto último equivaldría a permitir la confirmación tácita del acto por el solo transcurso del lapso de la prescripción. Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia*: "… El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original."*

- **Consecuencias de la nulidad relativa**

- El art. 1048, cláusula 1ª, establece que: *"la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de partes…".* Solo al propio interesado o a su representante, le incumbe decidir si le conviene impugnar el acto u optar por su mantenimiento.
- En art. 1048 continua diciendo*: "…ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el sólo interés e la ley…"* ya que la nulidad relativa no está instaurad en función del interés general. En cambio, podría aducirse por el Ministerio de Menores, subsidiariamente, en representación de un incapaz que estuviese interesado en la nulidad especialmente si el representante legal omitiese cuidar del incapaz, y con tal que fuese indudable el provecho que pueda reportar la invalidez.
- El art. 1048 finaliza diciendo que la *"nulidad relativa no puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes."* Lo cual importa en el sentido de que la nulidad relativa tiene un beneficiario en particular en cuyo favor opera la sanción de invalidez.

  Así, pueden pedirla:
  - el Ministerio de Menores, por lo explicado anteriormente;
  - el representante legal de la persona en cuya cabeza se ha originado la acciónsin requerir de autorización judicial y sin perjuicio de la rectificación de su actitud pasiva que pueda hacer el Ministerio de Menores;
  - los sucesores universales pueden ejercer la acción de nulidad correspondiente al causante, a menos que ella se refiera a derechos intrasmisibles a los herederos.

  Y no pueden pedirla:
  - según el art. 1049, refiriendose a los supuestos de incapacidad de hecho y de vicios de la voluntad que dice*: "la persona capaz no puede pedir ni alegar la nulidad del acto, fundándose en la incapacidad de la otra parte. Tampoco puede pedirla por razón de violencia, intimidación o dolo, el mismo que lo causó, ni por error de la otra parte el que lo ocasionó."*
  - Los sucesores singulares carecen de acción, ya que la transmisión del derecho a su favor importa la confirmación del acto inválido precedente (art. 1063). Con lo que su título ha quedado expurgado de la falla que padecía.
  - Los demás terceros, también carecen de acción. Pero ante la pasividad del titular de la acción, sus acreedores pueden ejercerla por vía de la acción subrogatoria. Y si el titular renunciara a la

acción de nulidad en perjuicio de los acreedores, podrán impugnar la renuncia mediante la acción revocatoria para luego aducir la nulidad por la acción oblicua.

- La nulidad relativa es subsanable por la confirmación del acto. (Ver confirmación)
- Es prescriptible. Ya que la ley admite un lapso determinado para provocar la declaración de nulidad (acto nulo) o para solicitar el pronunciamiento judicial e la anulación (acto anulable). Si el interesado permanece inactivo durante ese lapso, la acción de nulidad quedará extinguida por la prescripción, y desde ya, no será posible alterar la situación material existente.

- Se puede afirmar que padecen *nulidad absoluta* los siguientes actos nulos o anulables:

1. los actos nulos anulables por la ilicitud de su objeto (conf. arts.1044, cláusula 2ª y 1045, cláusula 3ª)
2. los actos nulos o anulables de objeto inmoral (íd. anterior y arg. art.953 “in fine”)
3. los actos formales carentes de la forma legal exclusiva (art.1044, cláusula 3ª)
4. los instrumentos nulos o anulables

- Igualmente se puede concluir que sólo revisten una *nulidad meramente relativa*:

1. los actos nulos obrados por incapaces de hecho, sin que quepa distinguir si la incapacidad es absoluta o relativa
2. los actos nulos obrados por representantes necesarios de los incapaces en exceso de sus atribuciones, o sin la debida intervención del Ministerio de Menores
3. los actos obrados sin discernimiento
4. los actos efectuados mediando los vicios de la voluntad (error, dolo, violencia)

En cuanto a los actos nulos o anulables en razón de la incapacidad de derecho del agente (arts. 1043 y 1045) no es posible predecir si a ellos corresponde una nulidad absoluta o relativa. Es menester descubrir previamente si es un interés público o privado el que resguarda la sanción de nulidad.

Independencia de las nulidades absolutas y relativas y los actos nulos y anulables.

Esta independencia se admite especialmente en el examen del fundamento y del criterio distintivos y del funcionamiento de una y otra clasificación. Por otra parte, quedan incluidos en una y otra categoría actos diferentes, de manera que existen actos nulos de nulidad absoluta y de nulidad relativa, así como hay actos anulables de nulidad absoluta y actos anulables de nulidad relativa. *Ver cuadro I y II del anexo I*

- **<u>Nulidad total o parcial</u>**

Siguiendo tanto a Rivera, como a Borda y a Llambías según la extensión de la sanción respecto del contenido del acto, la nulidad será total o parcial. En el primer caso, todo el acto resultará ineficaz; en el segundo, sólo la cláusula o disposición viciada.

Al respecto el art. 1039 reza: *“la nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables”*.

Atento a ello, las nulidades parciales, que han sido admitidas pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia en materia testamentaria. Así Borda sostiene que en los testamentos es fácil concebir la separabilidad de la cláusula; la nulidad de un legado, de la institución de herederos, no tiene por qué perjudicar las restantes disposiciones de última voluntad. (arts. 3630, 3715, 3730)

Pero en materia de actos jurídicos bilaterales, particularmente en los contratos, han sido fuertemente restringidas. Como expresa Bibiloni, los contratos importan un todo homogéneo, un conjunto: en ellos los contratantes no han querido una parte del acto desestimando otra, sino el todo; cada cláusula es una de las condiciones del consentimiento prestado. De allí que no parece aceptable, en principio, aislar sus cláusulas para admitir la nulidad parcial.

Empero, Borda, a pesar de compartir lo mencionado anteriormente, exhibe ciertos casos en que las cláusulas son *separables* y donde la nulidad de una no invalida todo el acto. Y no de una cláusula fundamental, relativa al objeto, la causa, etc., porque sería inconcebible la nulidad parcial.

Así, por ejemplo:

- el caso de las cláusulas nulas sustituidas *de jure* por normas imperativas; verbigracia: ciertas cláusulas de irresponsabilidad incluidas en los contratos de adhesión son nulas, sin que ello afecte al acto; la convención que fije al contrato de locación un término menor que el establecido por la ley es de ningún valor, pero la relación jurídica se mantiene en vigencia;
- puede ocurrir, asimismo, que del contexto del acto resulte indudable que sin esa cláusula el acto hubiere también concluido.
- Finalmente, hay que admitir que l parte afectada por la nulidad de una cláusula tiene derecho a mantener la validez del restante convenio, si aún así le conviniera y, en este caso, nada justificaría la nulidad total.

Cabe aclarar entonces, que subyace en esta materia el principio general de conservación del acto jurídico.

La aplicación de la nulidad parcial será analizada posteriormente en los efectos. (Ver pag)

- **Nulidades manifiestas y no manifiestas**

-

Por su parte, *Rivera y Borda* identifican las nulidades manifiestas y no manifiestas con los actos nulos y anulables respectivamente, explicado este criterio con anterioridad. (Ver pag. 10). Borda menciona que esta clasificación comprende a los mismos actos incluidos en cada categoría de la clasificación de actos nulos y actos anulables. Los actos nulos son los que adolecen de nulidad manifiesta, o patente. Los actos anulables son, en cambio, los de nulidad no manifiesta o latente.

Pero como menciona Rivera, existe una posición minoritaria que la distingue como una clasificación independiente y diversa, cuyo criterio de distinción estaría en la forma de presentarse el vicio.

Según esta posición, no en todo supuesto de acto nulo el vicio originario del negocio está manifiesto. *Cifuentes* menciona un ejemplo según el cual, en el caso de una persona afectada de incapacidad de derecho, como el padre con respecto a su hijo bajo patria potestad, que adquiere los bienes de este por interpósita persona o testaferro, permaneciendo detrás del personero. Otro ejemplo puede ser el supuesto de negocio concluido por un demente interdicto, cuya sentencia no fue inscripta en el Registro civil o lo fue en una jurisdicción extraña a la del lugar en el que se concluyo el negocio, sin que de ello informe el Registro.

En este mismo sentido, *Llambías* realiza esta distinción ya que el vicio no esta patente pero igualmente se trata de actos nulos.

Este autor explica que el vicio que obsta a la validez del acto puede estar patente en el mismo o, por el contrario, estar oculto, de modo que se requiera de una investigación para ponerlo de relieve. Ésta diferenciación es la que origen en nuestro sistema legal, como en el de Freitas, a la clasificación de nulidades manifiestas y no manifiestas (o dependientes de juzgamiento según la terminología del Esbozo). (Remitirse al criterio de distinción entre actos nulos y anulables desarrollado por Llambías)

❖ Efectos de la nulidad en los Actos Jurídicos

Cuando hacemos referencia a efectos de la nulidad entendemos principalmente las consecuencias jurídicas que produce la declaración de nulidad.

La nulidad priva al acto jurídico de sus efectos propios o normales, es decir aquellos que las partes tuvieron en mira al otorgarlo, dejando sin efecto al negocio jurídico que se caracteriza primordialmente por tener como fin inmediato la producción de esos efectos jurídicos queridos por las partes (art. 944 C.Civil.).

De esta forma la nulidad origina la sanción que recae sobre las personas y consiste en la negación de las adquisición, modificación o extinción de derechos de los derechos a los que estaba destinado el acto, dando lugar a las correspondientes restituciones si el mismo se ejecutó. Dicho de otra forma, una vez dictada la sentencia de nulidad y encontrándose ésta firme, las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de ejecutarse el acto; de ello desaparecen los derechos y

obligaciones que hubieran nacido de aquel acto y, su consiguiente restitución si lo ameritase.

El principio es sencillo, la nulidad –entendida como negación del acto jurídico- tiene la virtud de que no se produzcan los efectos propios del acto; de tal modo que busca como resultado volver las cosas al estado en que se encontraban antes de que el acto jurídico se otorgue.

- ***Principio General***

El art. 1050 del Cód. Civil dispone: *"La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado".*

El efecto de la declaración de la nulidad del negocio jurídico es la extinción de todos los derechos reales o personales causados en el acto anulado; y el deber de restitución de las cosas que correspondiese.

Sin embargo este principio no es absoluto, existen ciertas excepciones a favor de los terceros de buena fe que hubiesen adquirido derechos reales o personales a título oneroso (art.1051 Cód.Cilvil):

Algunos autores han discutido y puesto en tela de juicio si el artículo 1050 del C.Civil establece un verdadero principio general; otros por su parte cuestionan su aplicación a los actos nulos. *De esta forma surgen las distintas interpretaciones sobre el alcance del principio general:*

- *Tesis que niega la existencia de un principio general contenido en el artículo 1050 del Cód.Civil.*

Moyano entiende que la nulidad priva al acto jurídico de sus efectos propios o normales, pero le niega al art.1050 el carácter de principio general por considerar que esta norma, y las que le siguen, no regulan efectos propios de la nulidad, reconociendo en ellas sólo consecuencias de otros institutos que, a veces, funcionan simultáneamente con la nulidad.

De esta forma para Moyano los efectos que produce la sentencia de la nulidad tienen su origen en la aplicación de normas jurídicas que regulan específicamente distintos institutos. De este modo las restituciones a que da lugar la nulidad no son efectos de esa sentencia, sino de los títulos que se poseían al tiempo de otorgarse el acto, por lo cual, el derecho a exigir la pertinente restitución no surge de la sentencia de nulidad, sino de la eventual acción que se haya entablado para obtenerla y en la cual se deberá probar el derecho a la restitución.[7]

En breves palabras Borda establece que la obligación de restituir entendida por Moyano no proviene de la nulidad, sino del título que pueda invocar cada parte sobre la cosa entregada; el fundamento de la restitución es la subsistencia del derecho preexistente al acto nulo, que éste ha dejado inalterado.

- *Tesis que aplica los arts.1050 y siguientes sólo respecto de los actos anulables; Según Llambías.*

Paras Llambías, los art. 1050 y siguientes del Código Civil son aplicables solamente a los efectos de la sentencia de nulidad de los actos anulables, al referirse a la "*nulidad pronunciada por los jueces*" y sólo los actos anulables requieren una sentencia para ser invalidados (art.1046).

Por otro lado Llambías distingue que en los actos nulos la invalidez proviene exclusivamente de la ley con independencia de toda sentencia judicial, por ser nulos *"aunque su nulidad no haya sido juzgada"* de acuerdo al art.1038. De tal forma, si un acto nulo se hubiese ejecutado, le serán aplicables, a las consecuencias que haya producido, las normas preexistentes al acto nulo (pago indebido, etc.).[8]

Refuerza esta postura en las siguientes consideraciones:

- Tiene en cuenta el sistema de Freitas, en el Esbozo de este autor se oponen continuamente las nulidades que sólo declaran los jueces (actos nulos) a aquellas otras que juzgan por sentencia

(actos anulables).

- El art.1050 no habla de de acto nulo, sino de acto anulado y es indudable que “nulo” y “anulado” son calificaciones que no pueden convenir a una misma e idéntica realidad. El acto nulo no requiere ninguna operación ulterior que lo invalide, esto es, que lo anule, puesto que está invalidado por sí mismo, en razón del vicio congénito, ya definido por la ley, que lo desvirtúa. En cambio el acto es anulable es reputado válido mientras no sea anulado, y requiere indispensablemente de la sentencia para quedar anulado. Sólo los actos anulables pueden después de un cierto momento ser actos anulados.
- El examen de los artículos que siguen al 1050 analizado, corrobora la convicción formada. El art.1051 vuelve a hablar del “acto anulado” para contemplar la suerte de los derechos derivados a favor de los terceros. El art. 1052 insiste en referirse a la “anulación” del acto y a la obligación de restituir que proviene de dicha anulación, siendo incuestionable que, tratándose de actos nulos, la obligación de restituir no deriva de una anulación imposible, sino de la sola ejecución de un acto que, por ser “nulo”, carece de idoneidad para causar la adquisición de derecho alguno. En fin, los art. 1053, 1054 y 1055, por su evidente correlación con los anteriores, sólo pueden ser referidos a los actos anulables y a las consecuencias emanadas de la sentencia de anulación.

    - *Teoría según Borda adhiriéndose al principio y contraponiéndose a Llambías.*

Como tantos otros autores Borda de por sentado el principio general del artículo 1050 del Código Civil; por otro lado cuestiona la posición de Llambías estableciendo que el argumento central de su tesis es el siguiente: si en los actos nulos la invalidez es independiente de la sentencia, no es posible asignar a ésta la fuerza destructora de las consecuencias producidas, sino al acto mismo. Pero esta idea no tiene fuerza decisiva. Aún tratándose de nulidades dispuestas *ab intio* por la ley, la sanción no significa privar de todos sus efectos a los actos nulos, de modo que la misma ley, no la sentencia, les atribuye a veces efectos muy importantes. Y aunque Borda cree que la interpretación de Llambías es muy interesante, sostiene que los art. 1053 y siguientes son muy claros en cuanto se refieren a los actos nulos como anulables.

Esta tesis es la sostenida por la mayoría de la doctrina contemporánea (López Olaciregui, Lloveras de Resk, Zannoni, Cifuentes)

- *Tesis que limita el efecto retroactivo de las nulidades*

Según una interpretación minoritaria de la doctrina, se considera que el artículo 1050, en cuanto consagra la retroactividad de los efectos de la nulidad pronunciada por los jueces, sólo funcionaría respecto de los actos nulos, pues los anulables se reputan válidos hasta la sentencia que los anula, de acuerdo con el art. 1046.

Sin embargo, esta posición inicial fue limitada, abriéndose paso a una segunda tesis interpretativa, que destacó que el art. 1046 por un lado y los art. 1050 a 1052 por el otro, corresponden a fuentes diversas: de modo tal, que el primero debía interpretarse en el sentido de que el acto anulable se reputa válido mientas no fuese anulado, pero sólo respecto a terceros, pues entre las partes operaría siempre la retroactividad de los art. 1050 y siguientes. En otras palabras, según esta postura, respecto de los terceros la retroactividad sólo es posible si el acto es nulo de pleno derecho, pero es irretroactivo el efecto cuando el acto es anulable.

- *Tesis respecto del principio general según Rivera.*

Considera que el art. 1050 consagra el principio general del efecto retroactivo de la nulidad de los actos jurídicos, aplicable tanto a los actos nulos como a los anulables.

La existencia de un vicio en el negocio jurídico siempre dará lugar a la intervención de un juez, sea el acto nulo o anulable y dictada la sentencia, sólo existe una nulidad: la pronunciada por el juez.

Contrapone a Llambías respecto al art. 1038 en cuanto a los actos nulos se reputan tales aunque su nulidad no haya sido juzgada; no cree que ello pueda significar que la nulidad en caso de conflicto, no deba ser siempre invocada frente a un tribunal ya que por nulo que sea el acto, nadie puede hacer

justicia por mano propia.

- ***Jurisprudencia***

Pocos son los pronunciamientos judiciales que establecen o niegan en forma expresa, si la norma del art. 1050 contiene un principio general en materia de efectos de la nulidad de los negocios jurídicos, salvo algún fallo aislado que dijo : “El principio sentado por esta norma tiene carácter general y se aplica tanto a los actos nulos como a los anulables”.

- Efectos de nulidad entre las partes

Se deben distinguir dos situaciones:

A) La declaración de nulidad antes de la ejecución del acto; en este supuesto, si el acto es nulo y no se ha ejecutado, el demandado puede denunciar la nulidad cuando ésta es absoluta; cuando la nulidad es relativa, solo pueden demandarla aquellos en cuyo interés se estableció la sanción (art. 1047 y 1048).
Si se tratara de un acto anulable, la demandada puede reconvenir un oponer la excepción de nulidad.

B) La declaración de nulidad después de ejecutado el acto, produce los siguientes efectos:

-*Obligación de restituir*

Al respecto, el art. 1052 dispone: *“La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado”.* El art. 1052 del Código Civil no es sino, la recepción, en materia de nulidades de la teoría del enriquecimiento sin causa.

Existen algunas excepciones a la obligación de restituir:

1) Teniendo en cuenta el art.1051, si la obligación tiene por objeto cosas fungibles, no deben sustituirse las que hubieran sido consumidas de buena fe. El codificador se refiere a las cosas “fungibles” cuando debió decir “consumibles”. Para que procesa esta excepción es necesario que la parte que las consumió haya obrado de buena fe; si obro de mala fe debe restituir su valor. La buena fe a que se refiere este art. radica en el desconocimiento de los vicios que pudieran tener los antecedentes del acto celebrado.
2) Otra excepción es la del incapaz que no está obligado a restituir, salvo que la parte capaz acreditara que la prestación se haya en poder del incapaz o que redundara en provecho manifiesto de aquel (art. 1165). El art. se refiere a los incapaces de hecho y la contraparte debe ser una persona capaz.
3) *En materia de* ***frutos*****,** El Art. 1053 dice “si el acto fuere bilateral, y las obligaciones correlativas consistiesen ambas en suma de dinero o en cosas productivas de frutos, no habrá lugar a la restitución respectiva de intereses o frutos, sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensas entre si”.
   El art.1054 explica que en el supuesto de uno sólo de los objetos que forman la materia del acto bilateral consistiese en una suma de dinero o de una cosa productiva de frutos, la restitución de los intereses o de los frutos debe hacerse desde el día en que la suma de dinero fue pagada o entregada la cosa productiva de frutos. Al respecto la jurisprudencia resolvió que el artículo 1054 si bien está literalmente referido sólo a los intereses o frutos puede ser analógicamente aplicado a la actualización monetaria del crédito.
4) Cuando se hubiera pagado una deuda cuyo título era nulo o anulable por vicio de forma, no procede la repetición del pago (art.791 inc.3).

-*Productos*-

El Código nada dice respesto de ello en el título de las nulidades; en consecuencia debe aplicarse la regla del art. 2444; según la cual tanto el poseedor de mala fe como el de buena fe, debe restituir los productos que hubieran obtenido de la cosa, que no entren en la clase de frutos propiamente dichos.

-Indemnización de daños

Los actos anulados, si bien no producen los efectos que le son propios, subsisten o bien como hechos jurídicos o como hechos ilícitos, y dan lugar a la reparación del daño causado y al pago de los intereses. (art.1056).

- *Efectos de la nulidad respecto de terceros-*

Rige en principio la norma general contenida en el art.1051, procede distinguir según se trate de cosas muebles o inmuebles.

A) Cosas muebles: El tercero de buena fe y a título oneroso no está obligado a restituirlas.
B) Cosas inmuebles: Según el art. 1051, el adquiriente de buena fe y a título oneroso, sea el acto nulo o anulable, tampoco debe restituir. Si el tercero no está obligado a restituir la parte que transmitió debe resarcir o indemnizar las pérdidas o los intereses (art.1057). Es lo que se denomina carácter sustitutivo o complementario de la nulidad. Esta acción es independiente de la acción de nulidad.

Supuesto que la acción de nulidad fuera procedente, la parte interesada puede reclamar del tercero, bien la restitución de la cosa, bien la indemnización de daño provocado por el acto nulo, siempre que no exceda el valor de aquella.

Naturalmente esta opción sólo cabe si la nulidad es relativa, pues siendo absoluta, no es posible admitir la sustitución del efecto normal de la nulidad (que es la restitución), pues ello importaría mantener en pie un acto en cuya invalidez está interesado el orden público. Y si se probara la mala fe del tercero, estará obligado, no sólo a restituir sino también a pagar los daños y perjuicios resultantes del acto (art. 1056).

- **Modo de hacer valer la nulidad**

La impugnación judicial puede tener lugar por vía de acción o de excepción.

Por vía de acción es cuando el impugnante toma la iniciativa de requerir la declaración judicial de nulidad; la excepción es cuando la persona deduce la impugnación a título de defensa.

El art. 1058 bis. Introducido por la ley 17.711 preceptúa: la nulidad o anulabilidad sea absoluta o relativa, puede oponerse por vía de acción o de excepción. De esta forma se distingue: -si el acto se cumplio, el impugnante debe ejercer necesariamente la acción para obtener la restitución de lo que entregó o la obligación de un compromiso que aparece contrayendo; - si el acto no se cumpilo y la otra parte lleva el caso a la justicia con el fin de obtener la ejecución de las obligaciones surgidas del acto viciado, el objeto legitimado podrá defenderse oponiendo una excepción de nulidad.

A) La nulidad invocada por vía de acción: la acción de nulidad debe ser intentada contra todos los que intervinieron en el acto jurídico a fin de que la sentencia pueda surtir, respecto de estos, los efectos de la cosa juzgada.
Por otra parte, la acción de nulidad, en cuanto a potestad jurídica tiene una vida propia e independiente. En especial esa acción puede extinguirse por prescripción, en el supuesto de que la nulidad sea relativa, pues las acciones dirigidas a la declaración de nulidad absoluta son imprescriptibles. La vía procesal para la acción de nulidad es el proceso ordinario

B) La nulidad invocada por vía de excepción: cuando el acto defectuoso no ha sido ejecutado, la parte legitimada dispone de una excepción de nulidad que podrá interponer como defensa frente a la pretensión de la otra parte las obligaciones surgidas del acto viciado.

❖ CONFIRMACIÓN

➢ Concepto

El articulo 1059 lo define como “el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto a una acción de nulidad.”

Es un acto jurídico mediante le cual se expurga a otro acto jurídico inválido del vicio de que adolecía y en razón del cual era pasible de nulidad(Llambías)

Es un acto por el cual se sanean o purgan los vicios de otro acto anterior que estaba sujeto a una acción de nulidad. Importa la renuncia esta acción.(Borda)

Otros han subrayado que lo que se elimina son los efectos de la causa de nulidad(Albaladejo)

Diferencias con otros actos jurídicos con los cuales presenta alguna analogía.

Se diferencia de la ratificación, en cuanto esto importa la aceptación de lo manifestado por otro a nombre nuestro sin autorización para ello, con lo cual no se abre opinión acerca de la validez de la manifestación. En cambio la confirmación se refiere a una manifestación antecedente propia o hecha por representante autorizado, de la que se desea expurgar los vicios existentes en ella.

Se distingue del reconocimiento, en cuanto éste consiste en la admisión de la exactitud de ciertos hechos sin entrar en al consideración de su valor. Toda confirmación implica reconocimiento pero no a la inversa.

En cuanto a la novación ésta extingue una obligación precedente mediante la formación de una nueva, en tanto la confirmación no hace nacer una obligación nueva, sino que refiriéndose a la ya existente, la sanea de los vicios que la invalidaban.

➢ Actos susceptibles de confirmación

Los actos susceptibles de confirmación son los que adolecen de nulidad relativa. Art.1058 “La nulidad relativa puede ser cubierta por confirmación del acto”.En cambio no lo son los absolutamente nulos Art. 1047 “la nulidad absoluta no es susceptible de confirmación.”

La nulidad absoluta constituye la sanción mas rigurosa y como esta constituida en resguardo del interés publico no puede ser renunciada por la vía de la confirmación.

En cambio la nulidad relativa es una nulidad de protección, tiene siempre un destinatario: la persona en cuyo beneficio de ha establecido la sanción de nulidad. Lógicamente el particular beneficiado puede renunciar la beneficio y confirmar el acto.

➢ Forma .Especies de confirmación.

“La confirmación puede ser expresa o tácita” Art. 1061.

La confirmación expresa es al que se realiza por escrito. Llambias coincide con Borda en que no hay confirmación expresa verbal. Esta confirmación expresa se constituye en un acto formal, ya que ella debe hacerse por escrito, los requisitos exigidos por el Art. 1061 que continúa diciendo “El instrumento de confirmación expresa debe contener, bajo pena de nulidad 1) la sustancia del acto que se quiere confirmar 2) el vicio de que adolecía. 3) la manifestación de la intención de repararlo.

Pero si el acto a que se refiere la confirmación de aquellos que deben celebrarse bajo una forma instrumental determinada, entonces la confirmación para ser valida debe revestirse de la misma forma que corresponde al acto confirmado. Es lo que dispone el Art. 1062 “ la forma del instrumento de confirmación debe ser la misma y con las misma solemnidades que estén exclusivamente establecidas para el acto que se confirma”

En cuanto a la sanción aplicable por omisión de la forma adecuada se ha entendido que es la nulidad del instrumento. Sin embargo Llambías aclara que si el acto a confirmar es formal esta confirmación debe ajustarse a al misma forma que corresponda ala acto que se desea confirmar (Art. 1062 y 1184), la omisión de la forma importa la nulidad de la confirmación(Art. 1044).En cambio, si el

acto que se confirma no es formal, tampoco lo es la respectiva confirmación, pudiendo ésta acreditarse por cualquier medio de prueba.

-

- Confirmación tácita

Según en Art. 1063 “la confirmación tácita es la que resulta de la ejecución voluntaria total o parcial, del acto o la acción de nulidad”

- Prueba de confirmación

A quien alega la confirmación le incumbe la prueba de ella , la cual puede rendirse por cualquier medio.

Probada la existencia de al confirmación, quien invoque la carencia de la eficacia convalidatoria por falta de la forma adecuada deberá rendir la prueba de su aserción.

➢ Requisitos

El Art. 1060 dice “los actos nulos o anulables no pueden ser confirmados por las partes que tengan derecho a demandar o alegar la nulidad, antes de haber cesado la incapacidad o vicio de que ella provenía y no concurriendo ninguna otra que pueda producir la nulidad del acto de confirmación.”

-Este se traduce en 2 requisitos

1) Es necesario que haya cesado la incapacidad o vicio que proveía la nulidad, por ejemplo que el menor no puede confirmar, hasta cumplir los 21 años, los actos celebrados durante la minoridad, un contrato celebrado bajo la presión de la violencia no puede ser confirmado sino después que ésta haya cesado

2) Que no concurra ninguna causal de nulidad del acto de confirmación.

➢ Naturaleza de la confirmación

Es un acto jurídico unilateral.

1) Es un acto jurídico porque su autor la realiza con el fin inmediato de establecer una relación jurídica válida (Art. 944) o mejor dichos de liberar a la relación existente del peligro de aniquilación

2) Es unilateral por que solo basta para crearla la voluntad de una sola persona, en el caso la que es titular de la acción de nulidad.

Por eso el Art.1064 dice “la confirmación sea expresa o tácita, no exige el concurso de la parte a cuyo favor se hace”

Aubry y Rau presumen que “la otra parte ha dado por anticipado su adhesión a la confirmación, en el momento en que el acto fue celebrado”

De esto se desprenden dos consecuencias

1) No puede revocarse ulteriormente, porque el efecto sanante de ella se produce por la sola declaración de la voluntad del confirmante y queda consumido con ella

2)cuando se instrumenta por escrito privado no requiere doble ejemplar.

➢ Efectos de la confirmación entre las partes y con relación a terceros

Con relación a las partes, la confirmación tiene efecto retroactivo al día en que tuvo lugar el acto entre vivos o al día del fallecimiento del disponente en los actos de última voluntad (Art. 1065)

Con relación a las partes del acto inválido la confirmación remonta a sus efectos expurgatorios del vicio causante de la nulidad , a la fecha de celebración de dicho acto.

Esta retroacción se explica por cuanto la confirmación se identifica con el acto inválido precedente. Su efecto cosiste en expurgar a este acto del vicio que lo invalidaba, por lo que necesariamente debía proyectar su influencia sobre todo el lapso trascurrido desde que dicho acto pudo ser eficaz.

Este precepto fija dos momentos de posible eficacia: en cuanto a los actos entre vivos, la retroactividad de la confirmación remonta a la fecha de celebración, por cuanto a partir de ahí comienza la existencia de tales actos (Art. 951).En cambio cuando la confirmación se refiere a las disposiciones de última voluntad, ella opera a partir del fallecimiento del disponente, pues esa es la fecha en que tales

disposiciones comienzan a existir (Art. 952)

A diferencia de lo anteriormente explicado por Llambías, Borda aclara que en el caso de actos de última voluntad, la confirmación tiene efectos retroactivos al día del fallecimiento del causante" existe un gran error, porque lejos de haber retroactividad hay postergación de los efectos de la confirmación hasta el momento de la muerte del causante, lo que es propio de todos los actos de última voluntad.

En cuanto a los terceros "este efecto retroactivo no perjudicará los derechos de terceros" Art.1065, por ende si se hubiesen trasmitido derechos a sucesores singulares antes de la confirmación, estos quedan firmes, por ejemplo: un menor vende a otra persona un inmueble, luego de llegar a la mayoría de edad, lo enajena a un tercero solo grava a su favor con un derecho real de hipoteca, usufructo etc., estos actos no se ven afectados por una posterior confirmación de la venta primitiva.

ANEXO I

CUADRO I

Funcionamiento de la nulidad	***Absoluta***	***Relativa***
Declaración de oficio por el juez cuando el vicio está manifiesto en el acto	Sí, (Art. 1047, cláusula 1ª)	No, (art. 1048)
Facultad de todo interesado (excepto la parte que sabia o debía saber el vicio del acto) para alegar la nulidad	Sí, (art. 1047, cláusula 2ª)	No, (art. 1048)
Alegación por el Ministerio Público	Sí, (art. 1047, cláusula 3ª)	No, (art. 1048)
Confirmabilidad del acto viciado	No, (Art. 1047, cláusula 4ª)	Sí, (art. 1058)
Renunciabilidad del acto viciado	No, (art. 872 y 19)	Sí, (arts. 872 y 19)
Prescriptibilidad de la acción de nulidad	No	Sí, (arts. 4030, 4031 y nuevo art. 4023, parte final)

CUADRO II

Núm	***Clase de Acto***	***Índole de la causa de invalidez***	***Intensidad de la sanción de invalidez***
1	Acto de incapaz absoluto	Nulo (art. 1041)	Nulidad relativa (art. 1049, 1164 y 4031)
2	Acto del menor adulto	Nulo (art. 1042)	Nulidad relativa (art. 1049, 1164 y 4031)
3	Acto impedido del menor emancipado. Acto de representante legal sin autorización judicial,	Nulo (art. 1042)	Nulidad relativa (art. 1049, 1164 y 4031)

	cuando se requiera.		
4	Acto de incapaz de derecho	Nulo (art. 1043) o anulable (art. 1045, cláusula 2ª), según que la incapacidad fuere o no conocida al tiempo de formarse el acto)	Nulidad absoluta o relativa, según que la sanción tutela un interés público o privado
5	Simulación o fraude presumidos por la ley.	Nulo (art. 1044, cláusula 1ª)	Nulidad absoluta
6	Objeto ilícito o inmoral.	Nulo (art. 1044, cláusula 2ª) o anulable (art. 1045) cláusula 3ª si la ilicitud o inmoralidad depende de una investigación de hecho	Nulidad absoluta
7	Carencia de forma legal exclusiva.	Nulo (art. 1044, cláusula 3ª)	Nulidad absoluta
8	Instrumento sustancial nulo.	Nulo (art. 1044, “in fine”)	Nulidad absoluta
9	Acto de incapaz accidental o natural	Anulable (art. 1045, cláusula 1ª)	Nulidad relativa (art. 1049)
10	Acto de voluntad viciada, error, dolo, o violencia	Anulable (art. 1045, cláusula 4ª)	Nulidad relativa (art. 1159)
11	Instrumento sustancial o anulable (art. 989)	Anulable (art. 1045, “in fine”)	Nulidad absoluta

---

ANEXO II

Nulidad de los actos jurídicos

▼▼▼▼▼▼▼

Concepto:

> “*Es la sanción legal que priva a un acto jurídico de sus efectos propios o normales, a raíz de una causa originaria (defecto o vicio) existente en su momento de celebración.”*

Clasificación:

- Manifiesta y no manifiesta: (art. 1038) Según que el vicio sea patente, fácilmente apreciable, o que para comprobarlo requiera una investigación.

- Nulabilidad y anulabilidad: (arts.1041 a 1046) Para algunos, coinciden con las nulidades manifiestas y no manifiestas. Para otros, es nulo si el vicio es rígido y es anulable, si el vicio se puede dar en mayor o menor medida.
  Nulos: 1041 a 1044//// Anulables: 1045

- Absoluta y relativa: ◦Absoluta: ♦interés público debe ser declarada

de oficio por el juez
♦pueden alegarla todos los que tengan interés
♦puede ser pedida por el Ministerio Público
♦no pueden confirmarse
♦la acción es imprescriptible

◦Relativa: ♦no puede ser declarada de oficio por el juez
♦sólo procede a petición de parte
♦sólo pueden pedirla aquellos en cuyo beneficio está establecida
♦es confirmable
♦la acción es prescriptible

- Total y parcial: (art. 1039) Según que la totalidad o sólo una parte del acto sea inválido

Confirmación

▼▼▼

Concepto:

"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" (art.1059)

Actos confirmables: Sólo los de nuldad relativa, los de nulidad absoluta no son confirmables.

Requisitos: a) que haya desaparecido la causa de invalidez.
b) que no concurra ninguna otra causal de nulidad.

Forma: ♦Expresa: por escrito- debe contener: 1) la sustancia del acto que se quiere confirmar
2) el vicio que adolecía
3) la manifestación de la intención de repararlo
4) la forma del instrumento de confirmación debe ser la misma del acto que se confirma

♦Tacita: la que resulta de la ejecución voluntaria del acto sujeto a una acción de nulidad.

Efectos: Sanea el acto con efecto retroactivo al día de la celebración del acto o al día del fallecimiento del causante.
Este efecto retroactivo no puede perjudicar los derechos de terceros (art.1065)

ANEXO III

❖ **ARTÍCULOS MENCIONADOS A LO LARGO DEL TRABAJO**

Art. 18.- los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención.

Art.126.- Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años.

Art.128.- Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veintiún años, y por su emancipación antes que fuesen mayores.

Desde los dieciocho años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respecto las normas del derecho laboral. El menor que hubiere obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión podrá ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización.

En los dos supuestos precedentes el menor puede administrar y disponer libremente los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos.

Art.135.- Los emancipados adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes, pero respecto de los adquiridos por título gratuito antes o después de la emancipación, sólo tendrán la administración; para disponer de ellos deberán solicitar autorización judicial, salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de éstos fuere mayor de edad.

Art.172.- Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Art.221.- Si el matrimonio anulado hubiese sido contraído de buena fe por ambos cónyuges producirá, hasta el día en que se declare su nulidad, todos los efectos del matrimonio válido. No obstante, la nulidad tendrá los efectos siguientes:

1ro. En cuanto a los cónyuges, cesarán todos los derechos y obligaciones que produce el matrimonio, con la sola excepción de la obligación de prestarse alimentos de toda necesidad conforme al artículo 209;

2do. En cuanto a los bienes, será de aplicación a la sociedad conyugal lo dispuesto en el artículo 1306 de este Código.

Art.222.- Si hubo buena fe sólo de parte de uno de los cónyuges, el matrimonio producirá, hasta el día de la sentencia que declare la nulidad, todos los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto al esposo de buena fe. La nulidad, en este caso, tendrá los efectos siguientes:

1ro. El cónyuge de mala fe no podrá exigir que el de buena fe le preste alimentos;

2do. El cónyuge de buena fe podrá revocar las donaciones que por causa del matrimonio hizo al de mala fe;

3ro. El cónyuge de buena fe podrá optar por la conservación, por cada uno de los cónyuges, de los bienes por él adquiridos o producidos antes y después del matrimonio, o liquidar la comunidad integrada con el de mala fe mediante la aplicación del artículo 1315, o exigir la demostración de los aportes de cada cónyuge, a efectos de dividir los bienes en proporción a ellos, como si se tratase de una sociedad de hecho.

Art.223.- Si el matrimonio anulado fuese contraído de mala fe por ambos cónyuges, no producirá efecto civil alguno. La nulidad tendrá los efectos siguientes:

1ro. La unión será reputada como concubinato;

2do. En relación a los bienes, se procederá como en el caso de la disolución de una sociedad de hecho, si se probaren aportes de los cónyuges, quedando sin efecto alguno las convenciones matrimoniales.

Art.224.- La mala fe de los cónyuges consiste en el conocimiento que hubieren tenido, o debido tener, al día de la celebración del matrimonio, del impedimento o circunstancia que causare la nulidad. No habrá buena fe por ignorancia o error de derecho. Tampoco lo habrá por ignorancia o error de hecho que no sea excusable, a menos que el error fuere ocasionado por dolo.

Art.225.- El cónyuge de buena fe puede demandar, por indemnización de daños y perjuicios al de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia.

Art.226.- En todos los casos precedentes, la nulidad no perjudica los derechos adquiridos por terceros, que de buena fe hubiesen contratado con los supuestos cónyuges.

Art.472.- Si la sentencia que concluya el juicio, declarase incapaz al demandado, serán de ningún valor los actos posteriores de administración que el incapaz celebrare.

Art.473.- Los anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser anulados, si la causa de la interdicción declarada por el juez, existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados.

Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y a título oneroso.

Art.791.- No habrá error esencial, ni se puede repetir lo que se hubiese pagado, en los casos siguientes:

1ro. Cuando la obligación fuere a plazo y el deudor pagase antes del vencimiento del plazo;

2do. Cuando se hubiere pagado una deuda que ya se hallaba prescripta;

3ro. Cuando se hubiere pagado una cuyo título era nulo, o anulable por falta de forma, o vicio en la forma;

4to. Cuando se pagare una deuda, que no hubiese sido reconocida en juicio por falta de prueba;

5to. Cuando se pagare una, cuyo pago no tuviese derecho el acreedor a demandar en juicio, según este Código;

6to. Cuando con pleno conocimiento se hubiere pagado la deuda de otro.

Art.921.- Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón.

Art.924.- El error sobre la naturaleza del acto jurídico anula todo lo contenido en él

Art.927.- Anula también el acto, el error respecto al objeto sobre que versare, habiéndose contratado una cosa individualmente diversa de aquélla sobre la cual se quería contratar, o sobre una cosa de diversa especie, o sobre una diversa cantidad, extensión o suma, o sobre un diverso hecho.

Art.929.- 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.

Art.944.- 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.

Art.952.- La existencia de las disposiciones de última voluntad comenzará el día en que fallecieren los respectivos disponentes, o en que la ley presumiese que hubiesen fallecido (art. 117).

Art.953.- 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.

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.

Art.960.- Si hubiere sobre la simulación un contradocumento firmado por alguna de las partes, para dejar sin efecto el acto simulado, cuando éste hubiera sido ilícito, o cuando fuere lícito, explicando o restringiendo el acto precedente, los jueces pueden conocer sobre él y sobre la simulación, si el contradocumento no contuviese algo contra la prohibición de las leyes, o contra los derechos de un tercero.

Sólo podrá prescindirse del contradocumento para admitir la acción, si mediaran circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación.

Art.966.- El tercero a quien hubiesen pasado los bienes del deudor, puede hacer cesar la acción de los acreedores, satisfaciendo el crédito de los que se hubiesen presentado, o dando fianzas suficientes sobre el pago íntegro de sus créditos, si los bienes del deudor no alcanzaren a satisfacerlos.

Art.983.- Los actos que autorizase un oficial público suspendido, destituido o reemplazado después que se le haya hecho saber la suspensión, destitución o reemplazo, serán de ningún valor, pero son válidos los actos anteriores a la noticia de la cesación de sus funciones.

Art.1004.- Son nulas las escrituras que no tuvieren la designación del tiempo y lugar en que fuesen hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia fuese requerida. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos, pueden ser penados por sus omisiones con una multa que no pase de pesos 300.

Art.1034.- Los instrumentos privados, aun después de reconocidos, no prueban contra terceros o contra los "> sucesores por título singular, la verdad de la fecha expresada en ellos

TÍTULO 6. De la nulidad de los actos jurídicos

Artículo 1037:

Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen.

Artículo 1038:

La nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada.

Artículo 1039:

La nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables.

Artículo 1040:

El acto jurídico para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho.

Artículo 1041:

Son nulos los acto jurídico otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria.

Artículo 1042:

Son también nulos los actos jurídicos otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto, o que

dependiesen de la autorización del juez, o de un representante necesario.

Artículo 1043:

Son igualmente nulos los actos otorgados por personas, a quienes por este Código se prohíbe el ejercicio del acto de que se tratare.

Artículo 1044:

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.

Artículo 1045:

Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos.

Artículo 1046:

Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase.

Artículo 1047:

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación.

Artículo 1048:

La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley, ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes.

Artículo 1049:

La persona capaz no puede pedir ni alegar la nulidad del acto fundándose en la incapacidad de la otra parte. Tampoco puede pedirla por razón de violencia, intimidación o dolo, el mismo que lo causó, ni por el error de la otra parte el que lo ocasionó.

Artículo 1050:

La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado.

Artículo 1051:

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.

Artículo 1052:

La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado.

Artículo 1053:

Si el acto fuere bilateral, y las obligaciones correlativas consistiesen ambas en sumas de dinero, o en cosas productivas de frutos, no habrá lugar a la restitución respectiva de intereses o de frutos, sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí.

Artículo 1054:

Si de dos objetos que forman la materia del acto bilateral, uno solo de ellos consiste en una suma de dinero, o en una cosa productiva de frutos, la restitución de los intereses o de los frutos debe hacerse desde el día en que la suma de dinero fue pagada, o fue entregada la cosa productiva de frutos.

Artículo 1055:

Si la obligación tiene por objeto cosas fungibles no habrá lugar a la restitución de las que hubiesen sido consumidas de buena fe.

Artículo 1056:

Los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas.

Artículo 1057:

En los casos en que no fuese posible demandar contra terceros los efectos de la nulidad de los actos, o de tenerlos demandados, corresponde siempre el derecho a demandar las indemnizaciones de todas las pérdidas e intereses.

Artículo 1058:

La nulidad relativa puede ser cubierta por confirmación del acto.

Artículo 1058 bis:

La nulidad o anulabilidad, sea absoluta o relativa, puede oponerse por vía de acción o de excepción.

TÍTULO 7. De la confirmación de los actos nulos o anulables

Artículo 1059:

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

Artículo 1060:

Los actos nulos o anulables no pueden ser confirmados por las partes que tengan derecho a demandar o a alegar la nulidad, antes de haber cesado la incapacidad o vicio de que ella provenía y no concurriendo ninguna otra que pueda producir la nulidad del acto de confirmación,

Artículo 1061:

La confirmación puede ser expresa o tácita. El instrumento de confirmación expresa, debe contener, bajo pena de nulidad: 1) la sustancia del acto que se quiere confirmar; 2) el vicio del que adolecía y 3) la manifestación de la intensión de repararlo.

Artículo 1062

La forma del instrumento de confirmación debe ser la misma y con las mismas solemnidades que estén exclusivamente establecidas para el acto que se confirma.

Artículo 1063

La confirmación tácita es la que resulta de la ejecución voluntaria, total o parcial, del acto supuesto a una acción de nulidad.

Artículo 1064:

La confirmación, sea expresa o tácita, no exige el concurso de la parte a cuyo favor se hace.

Artículo 1065:

La confirmación tiene efecto retroactivo al día en que tuvo lugar el acto entre vivos, o al día del fallecimiento del disponente en los actos de última voluntad. Este efecto retroactivo no perjudicará los derechos de terceros.

Art.1149.- La oferta quedará sin efecto alguno si una de las partes falleciere, o perdiere su capacidad para contratar: el proponente, antes de haber sabido la aceptación, y la otra, antes de haber aceptado.

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

Art.1165.- Declarada la nulidad de los contratos, la parte capaz para contratar no tendrá derecho para exigir la restitución de lo que hubiere dado, o el reembolso de lo que hubiere pagado, o gastado, salvo si probase que existe lo que dio, o que redundara en provecho manifiesto de la parte incapaz.

Art.1184.- Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública:

1 - Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro;

2 - Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión;

3 - Los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones;

4 - Las convenciones matrimoniales y la constitución de dote;

5 - Toda constitución de renta vitalicia;

6 - La cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios;

7 - Los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes, y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública;

8 - Las transacciones sobre bienes inmuebles;

9 - La cesión de acciones o derechos procedentes de actos consignados en escritura pública;

10 - Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública;

11 - Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los pagos parciales, de intereses, canon o alquileres.

Art.1297.- Repútase simulado y fraudulento, cualquier arrendamiento que hubiese hecho el marido después de la demanda puesta por la mujer sobre la separación de bienes, si no fuese con consentimiento de ella, o con autorización judicial. Repútase también simulado y fraudulento todo recibo anticipado de rentas o alquileres.

Art.1361.- Es prohibida la compra, aunque sea en remate público, por sí o por interpuesta persona:

1 - A los padres, de los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad;

2 - A los tutores y curadores, de los bienes de las personas que estén a su cargo y comprar bienes para éstas, sino en los casos y por el modo ordenado por las leyes;

3 - A los albaceas, de los bienes de las testamentarías que estuviesen a su cargo;

4 - A los mandatarios, de los bienes que están encargados de vender por cuenta de sus comitentes;

5 - A los empleados públicos, de los bienes del Estado, o de las municipalidades, de cuya administración o venta estuviesen encargados;

6 - A los jueces, abogados, fiscales, defensores de menores, procuradores, escribanos y tasadores, de los bienes que estuviesen en litigio ante el juzgado o tribunal ante el cual ejerciesen, o hubiesen ejercido su respectivo ministerio;

7 - A los Ministros de Gobierno, de los bienes nacionales o de cualquier establecimiento público, o corporación civil o religiosa, y a los Ministros Secretarios de los gobiernos de provincia, de los bienes provinciales o municipales, o de las corporaciones civiles o religiosas de las provincias.

Art.1575.- Presúmese que el pagos adelantado no fue de buena fe, aunque alegue el locatario la cláusula de su contrato, por la cual se obligaba a hacerlo:

1o. Cuando los pagos fuesen hechos por arrendamientos de mayor tiempo que el que el arrendador podía contratar;

2o. Si el locatario, no obstante la prohibición del contrato de no poder subarrendar, hubiese subarrendado la cosa, y recibido pagos adelantados;

3o. En relación a los acreedores del locador, si hizo pagos adelantados después de publicada su falencia;

4o. En relación a los acreedores hipotecarios del locador, o rematadores y adjudicatarios del inmueble arrendado, si fuesen hechos sin estar obligados por el contrato;

5o. En relación a los acreedores quirografarios del locador; si hizo los pagos después de estar embargadas las rentas o alquileres;

6o. Cuando no siendo obligado por el contrato, y sabiendo la insolvencia del locador, le hizo pagos anticipados;

7o. En relación a los adquirentes de la cosa arrendada por enajenaciones voluntarias del locador, y a los cesionarios de la locación o de los alquileres o rentas, por cesiones voluntarias del locador, probándose que el locatario lo hizo sabiendo o teniendo razón de saber la enajenación o la cesión.

Art.1646.- Tratándose de edificios u obras en inmuebles destinados a larga duración, recibidos por el que los encargó, el constructor es responsable por su ruina total o parcial, si ésta procede de vicio de construcción o de vicio del suelo o de mala calidad de los materiales, haya o no el constructor proveído éstos o hecho la obra en terreno del locatario.

Para que sea aplicable la responsabilidad, deberá producirse la ruina dentro de los diez años de recibida la obra y el plazo de prescripción de la acción será de un año a contar del tiempo en que se produjo aquélla.

La responsabilidad que este artículo impone se extenderá indistintamente al director de la obra y al proyectista según las circunstancias, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieren competer.

No será admisible la dispensa contractual de responsabilidad por una ruina total o parcial.

Art.1665.- En los casos en que se faculta alegar la existencia de la sociedad, puede ella probarse por los hechos de donde resulte su existencia, aunque se trate de valor excedente a la tasa de la ley, tales son:

1 - Cartas firmadas por los socios, y escritas en el interés común de ellos;

2 - Circulares publicadas en nombre de la sociedad;

3 - Cualesquiera documentos en los cuales los que los firman hubiesen tomado las calidades de socios;

4 - La sentencia pronunciada entre los socios en calidad de tales.

Art.2412.- La posesión de buena fe de una cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella, y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida.

Art.2422.- Sucediendo la reivindicación de la cosa, el poseedor de buena fe no puede reclamar lo que haya pagado a su cedente por la adquisición de ella; pero el que por un título oneroso y de buena fe, ha adquirido una cosa perteneciente a otro, que el propietario la hubiera difícilmente recuperado sin esta circunstancia, puede reclamar una indemnización proporcionada.

Art.2444.- Tanto el poseedor de mala fe como el poseedor de buena fe, deben restituir los productos que hubieren obtenido de la cosa, que no entran en la clase de frutos propiamente dichos.

Art.2660.- Las distancias que prescriben los artículos anteriores se cuentan desde el filo de la pared donde no hubiese obras voladizas; y desde el filo exterior de éstas, donde las haya; y para las oblicuas, desde la línea de separación de las dos propiedades.

Art.2667.- La misma excepción se aplica a la condición resolutoria impuesta en el caso de ingratitud del donatario o legatario, y a la inejecución de las cargas impuestas a estos últimos.

Art.3135.- La constitución de la hipoteca no perjudica a terceros, sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a ese efecto. Pero las partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el escribano y testigos, no pueden prevalerse del defecto de inscripción; y respecto de ellos, la hipoteca constituida por escritura pública, se considera registrada.

Al constituir la hipoteca, el propietario puede, con consentimiento del acreedor, reservarse el derecho de constituir ulteriormente otra de grado preferente, expresando el monto a que ésta podrá alcanzar.

Art.3630.- La nulidad de un testamento por vicio en sus formas, causa la nulidad de todas la disposiciones que contiene; pero si se han llenado las formas, la nulidad de la institución de herederos por cualquier causa que fuere, no anula sus otras disposiciones.

Art.3715.- La preterición de alguno o todos los herederos forzosos, sea que vivan a la fecha del testamento o que nazcan después de otorgado, no invalida la institución hereditaria; salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido.

Art.3730.- La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica la validez de la institución del heredero, ni los derechos del llamado antes.

Art.3741.- Toda disposición a beneficio de un incapaz es de ningún valor, ya se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso, o ya se haga bajo el nombre de personas interpuestas. Son reputadas personas interpuestas el padre y la madre, los hijos y descendientes, y el cónyuge de la persona incapaz. El fraude a la ley puede probarse por todo género de pruebas.

Bibliografía

- Borda, Guillermo, Manual de Derecho Civil, Parte General, Ed. Perrot Bs.As.1991
- Código Civil de la República Argentina y leyes complementarias, Ed. Argentinas 2002.
- Llambías Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil Parte General Parte II, Ed. Abeledo- Perrot Bs.As 2001
- Rivera Julio Cesar, Instituciones de Derecho Civil Tomo II, Ineficacia de los actos jurídicos

---

- NULIDADES -

COMISION 6811

PROFESOR/A DR. GUSTAVO ALONSO
DRA. LAURA DE LUCA

ALUMNOS

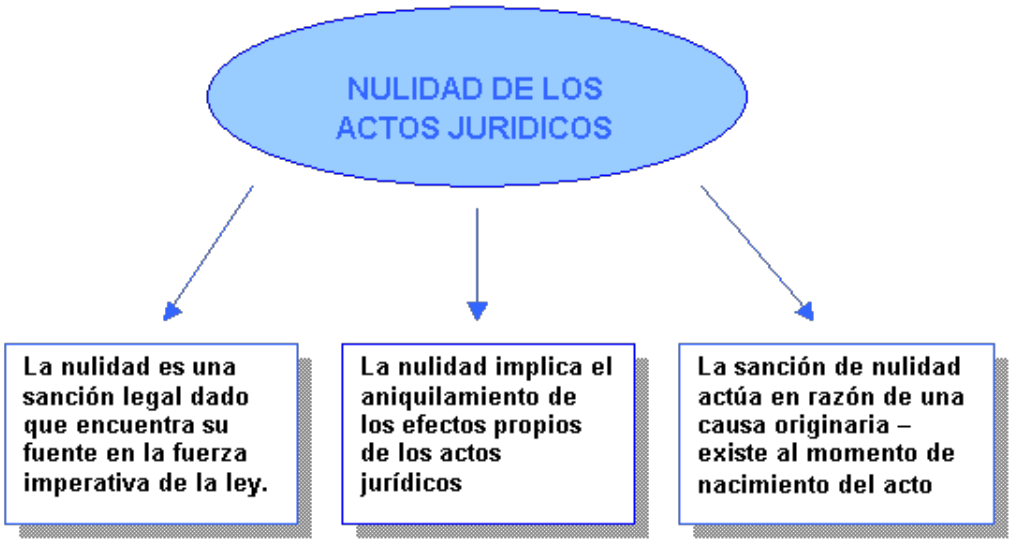
Nayla Domínguez
Maria Laura Garmendia
Claudia Santillán
Gabriel Destro
Gonzalo Adot

Primer autor bajo análisis: Llambías

1. Nulidad de los Actos Jurídicos. Concepto

Para Llambías la nulidad de los actos jurídicos, citando a la teoría clásica, es una sanción legal que priva de sus efectos a un acto jurídico, en virtud de una causa existente al momento de la celebración.

2. Caracteres que distinguen a la nulidad de otras sanciones civiles o instituciones jurídicas.



3. Nulidad e Inexistencia de los actos jurídicos

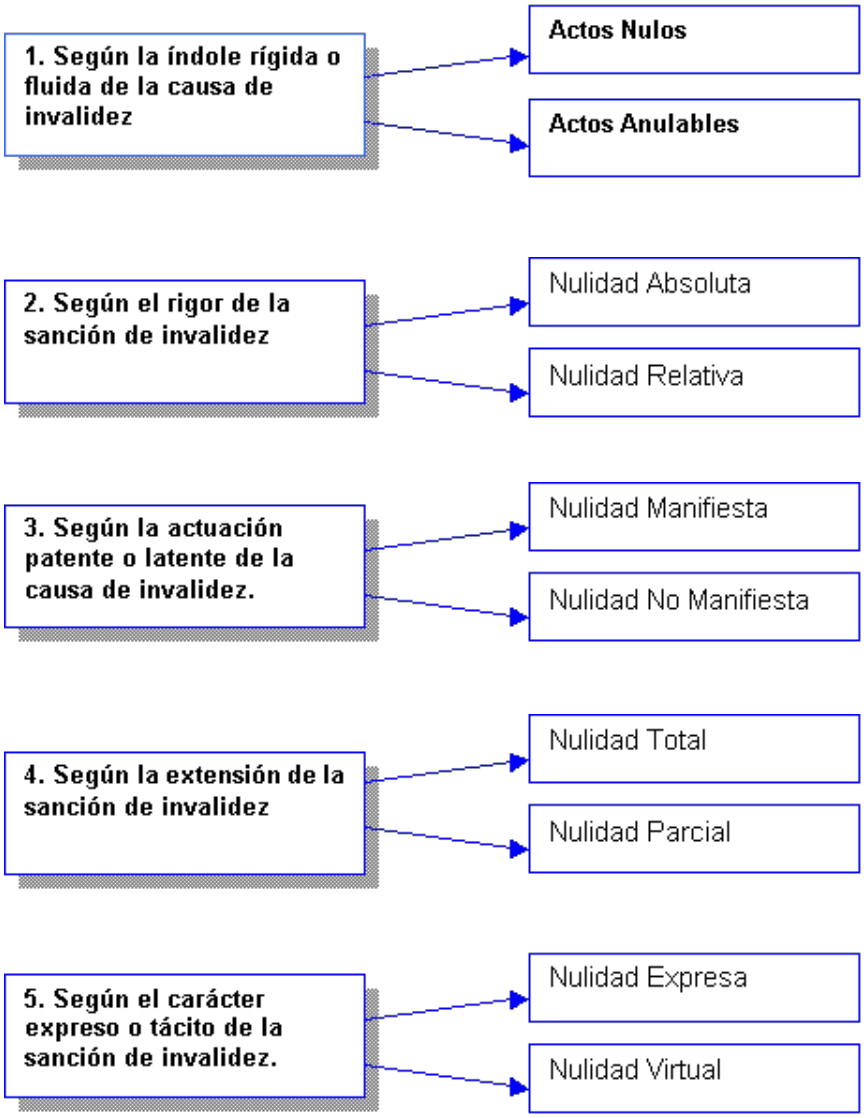
Llambías citando a Planiol sostiene que la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos son 2 categorías que carecen de parentesco entre sí. La nulidad es una sanción de la ley que recae sobre un acto jurídico efectivo para privarlo de sus efectos propios, o para significar la carencia de esos efectos. En cambio, la inexistencia de los actos jurídicos corresponde a ciertos hechos materiales de los cuales falta algún elemento esencial para ser un acto jurídico, sea el sujeto, el objeto o la forma.

4. La cuestión de la nulidad implícita

El Art. 1037 del Código Civil establece que *los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en éste código se establece*.

Esta situación plantea si conforme al mencionado artículo del Código es indispensable que la sanción de nulidad esté formalmente expresada en el texto o si es posible que el intérprete descubra una incompatibilidad entre la norma y la eficacia de cierto acto jurídico.
Según la opinión de Segovia, Llerena, Salvat, Etcheverry, Boneo, Castiglione y Neppi, nuestro ordenamiento jurídico no rechaza las nulidades virtuales, de manera que la sanción de nulidad resulta establecida expresa o implícitamente por el Código Civil argentino. Llambías adhiere a esta opinión.

5. Clasificación de Nulidades:



Llambías solo reconoce como trascendentes para el derecho a dos de las cinco clasificaciones de nulidades mencionadas precedentemente: clasificación en cuanto a actos nulos y anulables y clasificación de nulidades en cuanto absolutas o relativas. Estas clasificaciones serán desarrolladas en el punto 6.

5.1 Nulidades Manifiestas y no Manifiestas

Las nulidades manifiestas y no manifiestas se caracterizan porque el vicio que obsta la validez del acto puede estar presente en el mismo –manifiesta- o estar oculto de modo que se requiera una investigación para ponerlo en relieve.
De la obra de Borda, se desprende que los actos nulos son los que adolece de nulidad manifiesta o patente, mientras que los actos anulables son los de nulidad no manifiesta o latente.

5.2 Nulidades totales y parciales

Las nulidades totales y parciales como clasificación, dice el autor, carece de importancia para el derecho y se refiere a la extensión de la sanción de nulidad respecto del contenido del acto; será parcial cuando la nulidad de una disposición en el acto no perjudique a las otras disposiciones válidas, esto es, en la medida que sean separables - actos jurídicos complejos, formados por diversos actos jurídicos con objetos y sujetos propios-. Será total cuando abarque a todos los actos jurídicos.

5.3 Nulidades expresas y Nulidades Virtuales

Las nulidades expresas y virtuales se diferencian entre sí porque las nulidades expresas se encuentran taxativamente enunciadas en el código, mientras que las nulidades virtuales son aquellas en las que el sujeto intérprete descubre una incompatibilidad entre la norma y la eficacia de los actos jurídicos.

6. Actos Nulos y Actos Anulables

La distinción entre actos nulos y anulables para Llambías es de vital importancia puesto que el rigor científico de la distinción permite dominar todas las virtualidades contenidas en la teoría de las nulidades. Distinciones como estas adquieren importancia en situaciones

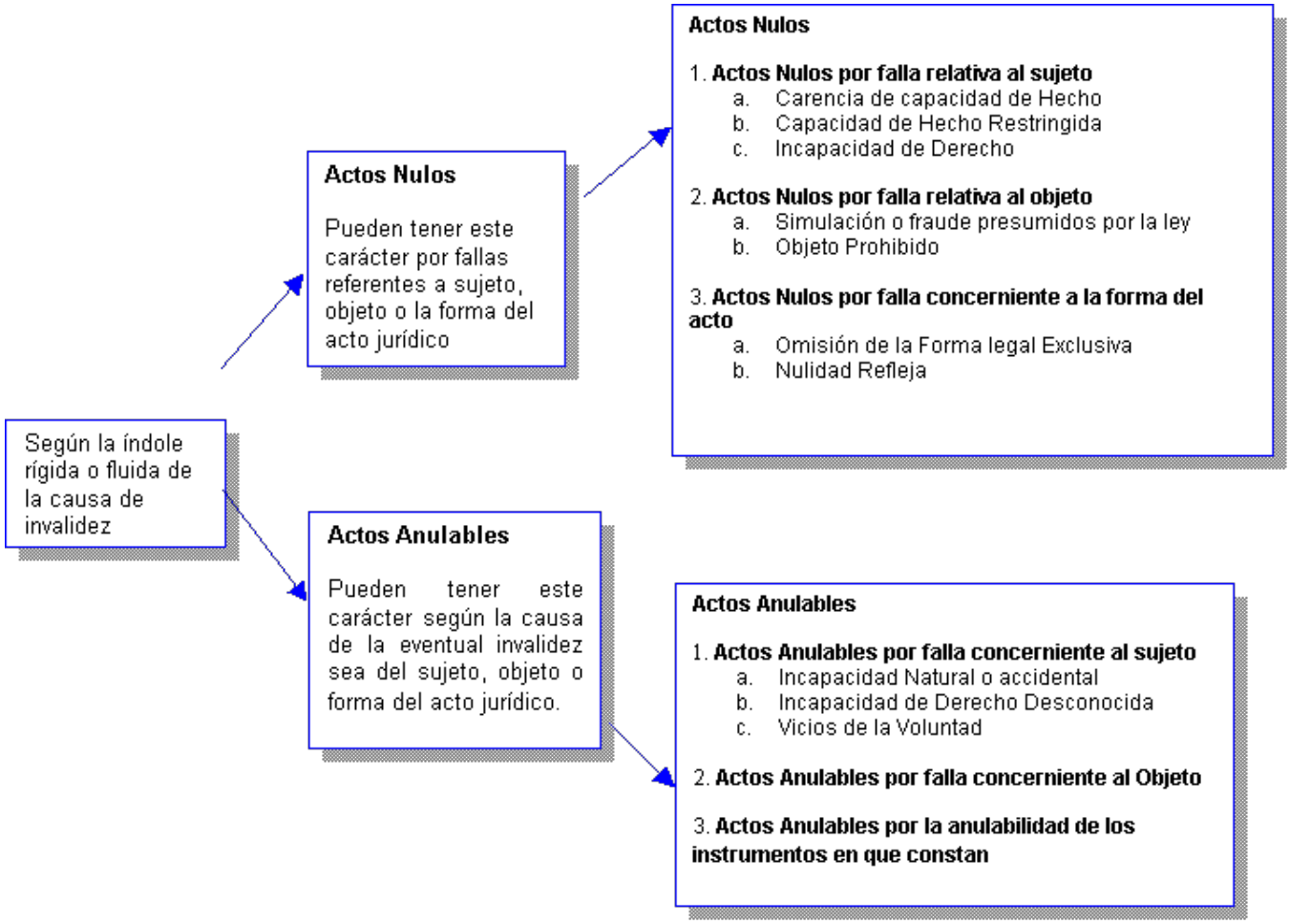
que no son claras en los hechos, considerando la sanción civil que acarrea una declaración de esta índole.

Llambías descarta tesis que buscan fundamentar la distinción entre actos nulos y anulables tales como tomar el parámetro de la mención expresa o no en un ordenamiento jurídico; la falla total o parcial de alguno de los elementos del acto o la el carácter manifiesto o no de la invalidez.

La tesis a la que adhiere el autor sostiene que un acto es nulo porque adolece de una falla rígida, determinada, dosificada por la ley, invariable e idéntica en todos los actos de la misma especie. El acto anulable padece de una falla que es por su propia índole, o se presenta fluida, indefinida, variable en los actos de la misma especie e intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial, la misma determinará la manera de regular la situación en función a las circunstancias particulares de cada caso. Por ser una falla latente, la función judicial se torna necesaria.

Las consecuencias del mencionado criterio son muy importantes. Siendo el acto nulo o sin valor, por una falla que la ley ha definido como tal, su carácter vicioso no ha podido escapar a la comprensión de las partes que intervienen en el acto jurídico que conocieron o debieron conocer el vicio del acto.
El acto anulable vive una existencia innegable hasta el pronunciamiento de la sentencia que lo destruye. Los derechos transmitidos, en principio, se transmiten.

El siguiente esquema intenta mostrar con más claridad los defectos que se presentan en los actos jurídicos de manera tal que puedan ser clasificados como actos nulos o actos anulables.



Ahora estamos en condiciones de abordar el análisis pormenorizado de los tres elementos de los actos jurídicos que pueden conllevar a la sanción de nulidad.

Llambías distingue tres grandes grupos de fallas

- Las referidas al sujeto
- Las referidas al objeto
- Las referidas a la forma de exteriorizar la voluntad.

Actos Nulos

Fallas relacionadas con el sujeto

Para que el sujeto exprese validamente su voluntad, el mismo debe estar dotado de capacidad.

1 Carencia de capacidad de Hecho

Otorgados por incapaces absolutos de hecho:
-Actos de los menores impúberes
-Actos de insanos interdictos
-Actos de sordomudos interdictos
Carencia de capacidad relativa de Hecho
-Actos de los menores adultos

2 Capacidad de Hecho Restringida. Representación Necesaria insuficiente.

Actos otorgados por personas de capacidad de hecho restringida en exceso de la misma
Tal es el caso de los menores emancipados que realizan actos que la ley expresamente prohíbe como aprobar las cuentas de los tutores y darles finiquito, hacer donación de bienes recibidos a titulo gratuito o afianzar obligaciones.
Actos otorgados por los representantes necesarios de los incapaces en exceso de las facultades legales.
Tal es el caso de aquellos tutores que cuentan con la administración de los bienes del menor y los enajenan sin autorización judicial.
Actos jurídicos que dependiesen de la autorización de un representante necesario y éste faltase.

3 Incapacidad de derecho relativa.

-Tutor o albacea que se priva de adquirir los bienes que administra y actos semejantes.
-Hipoteca constituida por una sociedad anónima a favor de la esposa de uno de sus directores.
-La conformidad prestada por el ex – incapaz, a las cuentas de su ex – curador, otorgado dentro del mes siguiente a la rehabilitación.
-Un poder otorgado a favor del hijo del escribano que otorgo el acto.

Actos Anulables

Fallas relacionadas con el sujeto

No hace aclaración para los actos otorgados por los sujeto pero vale lo comentado para actos nulos.

1 Incapacidad natural o accidental

Son anulables los actos jurídicos cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquier causa se hallaren privados de su razón.
-Actos jurídicos de sordomudos no interdictos
-Actos jurídicos de insanos no interdictos
-Actos realizados en estado de delirio febril, sonambulismo o hipnotismo.
-Actos jurídicos efectuados en estado de embriaguez completa, sin perjuicio de la responsabilidad del agente si llego a ese estado voluntariamente.
-Actos realizados bajo el efecto de fuertes emociones de miedo, terror, cólera o venganza.

2 Incapacidad de derecho desconocida

Son anulables los actos jurídicos cuando no fuere conocida su incapacidad (la del agente) impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto. El aspecto específico de la invalidez radica en el desconocimiento de incapacidad

3 vicios de la voluntad

Son anulables los actos jurídicos cuando tuviesen el vicio de error violencia fraude o simulación

Como actos que vician la voluntad	Error violencia
Como actos con ciertas particularidades	Fraude Simulación

El autor menciona al dolo como una omisión "accidental" del codificador, que debe ser reconocido como un vicio.
El fraude implica inoponibilidad del acto y no anulabilidad.
La simulación plantea la falta de existencia del acto y no anulabilidad.

Actos Nulos

Fallas relacionadas concernientes al objeto del acto

1 Simulación o Fraude presumida por la ley

Simulación: esto sucede cuando se intenta ocultar la efectiva realidad del acto.
-Venta efectuada por el causante a favor de un heredero forzoso.
-Transmisión hereditaria a favor del cónyuge ascendente o descendente de una persona incapaz para suceder.
Fraude: cuando existe mala fe de las o las partes.
-Los pagos de deudas no vencidas efectuadas por el fallido después de la fecha presunta de cesación pagos

2 Objeto Prohibido

Para que el acto sea valido es menester que el objeto sea licito, es decir que:
-La sociedad para dar remate entre el martillero y dos personas.
-El testamento logrado por la captación de la voluntad del testador
Falla de contenido moral del acto jurídico: en esta categoría se incluyen negocios como la compra venta de un negocio de posada –albergue transitorio- o el contrato social cuando las partes se compromete a aportar la clientela y la otra aportara su profesión de abogado.
El autor considera a este grupo de fallas como actos anulables y no como actos nulos.

Actos Anulables

Fallas relacionadas concernientes al objeto del acto

Son anulables los actos jurídicos cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho.

Como ejemplos podemos mencionar:

- La venta de cosa ajena, puesto que este carácter requiere para ser establecido una investigación de hecho
- La locación de servicios profesionales que encubren un contrato inmoral o ilícito.
- El contrato de locación de una casa destinada a un prostíbulo si este destino no surge del acto sino de las circunstancias exteriores probadas en el juicio.

El codificador, menciona el autor, no da un listado de actos anulables sino que indica las fallas que podrían padecer los elementos del acto jurídico y deban dar lugar a la anulabilidad del mismo.

Actos Nulos

Fallas relacionadas concernientes a la forma

1 Omisión de la forma legal exclusiva

Son nulos los actos jurídicos cuando no tuviesen la forma exclusivamente ordenada por la ley. Se refiere a los actos formales solemnes o no solemnes.
-El testamento que no cumpla con las formas legales.
-El nombramiento de tutor que no fuere hecho por escritura pública o testamento.

2 Nulidad Refleja

Aquí se cumple el principio nulo el instrumento, nulo el acto, cuando el instrumento es esencial. Son nulos los actos jurídicos cuando dependiesen para su validez de la forma instrumental y fuesen nulos los respectivos instrumentos.

3 Nulidad de los instrumentos

El código no incluye la nulidad de los instrumentos públicos o privados. Son instrumentos nulos:
-Los instrumentos públicos otorgados ante oficial público incapaz.
-Instrumento público otorgado ante oficial público interesado en el acto y el interés surja del mismo.

Actos Anulables

Fallas relacionadas concernientes a la forma

Son anulables los actos jurídicos si dependiesen para su validez de la forma instrumental y fuesen anulables los respectivos instrumentos.

-Esta cláusula permite dejar el acto incólume si el mismo puede probarse de otra manera que no sea mediante el instrumento sujeto a anulación.

-Ahora si el vicio del instrumento substancial se traslada al acto mismo.

El codificador, menciona el autor, no da un listado de actos anulables sino que indica las fallas que podrían padecer los elementos del acto jurídico y deban dar lugar a la anulabilidad del mismo.

7. Nulidad absoluta y Nulidad relativa

El criterio de distinción es la trasgresión del orden público. La nulidad absoluta afecta a los actos que contradicen el orden público. La nulidad relativa alcanza a los actos inválidos que por no entrar en conflicto con el orden público son reprobados por la ley para proteger un interés particular, así también se los conoce con el nombre de nulidad de protección.

7.1 Consecuencias de la nulidad absoluta

-

- Puede y debe ser declarada por el juez (aún sin petición de parte cuando aparece manifiesta en el acto).
- Puede alegarse por todos los que tengan interés de hacerlo (salvo el que ha ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba). Basta alegar interés legítimo sufriente.
- Puede pedirse que sea declarado por el Ministerio Público, en el interés de la moral o de la ley. El fiscal es titular de la acción de nulidad.
- No es susceptible de confirmación, es decir no puede desaparecer por el designio particular de un sujeto.
- La acción para obtener la declaración o el pronunciamiento de la nulidad absoluta es imprescriptible.

7.2 Consecuencias de la nulidad relativa

-

- Nunca se declara de oficio
- No puede ser aducida por el Ministerio Fiscal
- Solo puede ser invocada por las personas en cuyo beneficio se ha establecido la sanción
- La acción de nulidad es prescriptible
- La acción de nulidad es subsanable con la confirmación

8. Funcionamiento de las Nulidades Absolutas y Relativas

-

-

El funcionamiento de esta clasificación determinará quiénes pueden aducir la invalidez del acto, si el acto es confirmable y si la acción de nulidad es renunciable o prescriptible.

Funcionamiento de la nulidad	
1. Declaración de oficio por el juez cuando el vicio esta manifiesto en el acto	**Absoluta** **Si**, (Art. 1047 cláusula 1°) **Relativa** **NO** (Art. 1048)
2. Facultad de todo interesado (excepto la parte que sabía o debía saber el vicio del acto) para alegarla nulidad	**Absoluta** **Si,** (Art. 1047 cláusula 2°) **Relativa** **NO** (Art. 1048)
3. Alegación por ministerio público	**Absoluta Si,** (Art. 1047 cláusula 3°) **Relativa No** (Art. 1048)
4. Confirmabilidad del acto viciado	**Absoluta NO** (Art. 1047 cláusula 4°) **Relativa SI** (Art. 1058)
5. Renunciabilidad de la acción de nulidad.	**Absoluta NO** (Art. 872 y 19) **Relativa SI** (Art. 872 y 19)
6. Prescriptibilidad de la acción de nulidad.	**Absoluta NO** ("L.L", t. 8, p. 789; "J.A", 1944, III, p. 841 **Relativa SI** (Art. 4030, 4031 y nuevo art 4023 parte final)

El autor busca demostrar la falta de relación entre las clasificaciones de actos nulo-anulable y nulidad absoluta y relativa, salvo en la declaración de

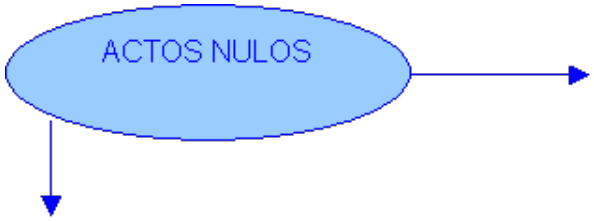
oficio de la nulidad, donde se requiere que el carácter absoluto de la sanción corresponda a un acto nulo.
Si el acto es nulo, el juez no puede dejar de declarar una nulidad que esta determinada por la ley, so pena de cometer un delito penal[1]. En cambio si el acto es anulable, depende del criterio del juez que es quien pronuncia la nulidad.

9. Naturaleza del acto los actos sujetos a la clasificación de nulidad - anulabilidad y nulidad absoluta y relativa

A partir de una clasificación es difícil comprender la naturaleza de un acto jurídico sujeto a la sanción de nulidad prevista por la ley. Sin embargo el autor hacer un camino inverso partiendo de la naturaleza del acto para brindar una demostración de la independencia de ambas clasificaciones.

Acto	Clase de Acto	Índole de la causa de invalidez	Intensidad de la sanción de invalidez
1	Acto de Incapaz Absoluto	NULO (Art. 1041)	Nulidad Relativa[2]
2	Acto del Menor Adulto	NULO (Art. 1042)	Nulidad Relativa[3]
3	Acto impedido de menor emancipado. Acto del representante legal sin autorización judicial, cuando de requiera.	NULO (Art. 1042)	Nulidad Relativa[4]
4	Acto del incapaz de derecho	Nulo (Art. 1043) o anulable (Art. 1045, cláusula 2°) según que la incapacidad fuere o no conocida al tiempo de formarse el acto.	Nulidad absoluta o relativa, según que la sanción tutele un interés público o privado.
5	Simulación o fraude presumidos por la ley	NULO (Art. 1044, cláusula 1°)	Nulidad Absoluta
6	Objeto ilícito o inmoral	Nulo (Art. 1044 cláusula 2°) o anulable (Art. 1045, cláusula 3°) Si la ilicitud o inmoralidad depende de una investigación de hecho.	Nulidad Absoluta
7	Carencia de forma legal exclusiva	NULO (Art. 1044, cláusula 3°)	Nulidad Absoluta
8	Instrumento sustancial nulo	NULO (Art. 1044, in fine)	Nulidad Absoluta
9	Acto del incapaz accidental o natural	ANULABLE (Art. 1045, cláusula 1°)	Nulidad Relativa[5]
10	Acto de voluntad viciada (error-dolo-violencia)	ANULABLE (Art. 1045, cláusula 4°)	Nulidad Relativa[6]
11	Instrumento sustancial anulable (Art. 989)	ANULABLE (Art. 1045, in fine)	Nulidad Absoluta

10. Efectos de la nulidad



Situación Respecto de los Terceros
Los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, no se verán perjudicados por la repercusión de la declaración de nulidad o pronunciamiento de anulación. (Art. 1051)

Situación Respecto de las partes:

1. Acto no Ejecutado: Las partes disponen de una excepción que pueden oponer en cualquier momento y paralizará las acciones que normalmente derivan de la celebración de actos válidos

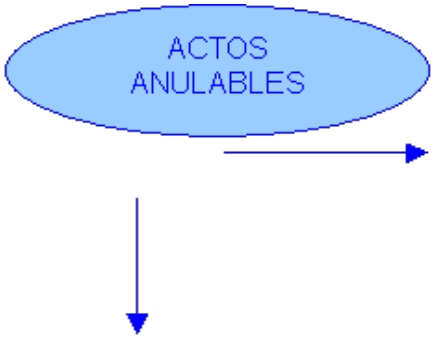
2. Acto Ejecutado: La parte que busca la nulidad se verá precisada de iniciar acción judicial. La sentencia de nulidad solo verifica o declara cuál es el verdadero alcance de la situación existente antes de declararse el acto nulo y carente de efectos. El acto nulo es tal aunque no haya sido cosa juzgada.

-Restituciones: la obligación de restituir existe, pero no proviene de la nulidad sino del título que pueda invocar cada parte sobre la cosa entregada.

-Frutos: la sentencia de nulidad no surte efectos en el régimen de frutos, cuya posesión depende de la buna o mala fe.

-Intereses: los intereses como fruto del capital sigue el criterio anterior.

Excepción: los incapaces del acto no quedan obligados a restituir las prestaciones recibidas cuyo valor no subsista en el patrimonio.



Situación Respecto de los Terceros

1. Anulación anterior a la adquisición: cuando la anulación del acto antecedente ha tenido lugar antes de la adquisición del tercero, no tiene eficacia la transferencia, puesto que nada queda de lo que el tredens pudiera disponer.

2. Anulación del acto antecedente posterior a la adquisición efectuada por el tercero:

Para Llambías –como para Borda- la sentencia de anulación no opera retroactivamente sino en las relaciones de las partes. Si el principio del Art. 1046 es que los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados.

Situación Respecto de las partes

1. Acto no Ejecutado:

Cuando el acto todavía no ha sido ejecutado y una de las partes pretenda hacerlo valer, la otra puede en todo tiempo oponer a la demanda la excepción de nulidad, lo que dará lugar, luego de aprobado el vicio del acto, a la sentencia de anulación que convertirá al acto anulable en acto nulo. No se aplica para los juicios ejecutivos.

2. Acto Ejecutado:

No obstante la transitoria validez del acto anulable, la sentencia lo convierte en un acto nulo a partir de la fecha de la sentencia pasa a ser cosa juzgada. Con efecto retroactivo, la sentencia de nulidad vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado. En el caso de Restituciones, la anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud a las consecuencias del acto. En el caso de cosas consumibles, si las cosas fueren fungibles no habrá lugar a la restitución de las cosas consumibles. Respecto al régimen de frutos remitimos al análisis hecho para Borda, con el que coincide en criterio

---

Segundo autor bajo análisis: Rivera

1. Concepto: La nulidad predica un tipo de ineficiencia (la denominada ineficiencia estructural) que se produce en razón de defectos o vicios atinentes a la estructura del negocio jurídico. Asimismo, es una ineficiencia absoluta porque el negocio jurídico queda destituido de su condición "*erga omnes*"

En cuanto al origen de la teoría, dice que, si bien el derecho romano no llego a elaborar una teoría sistemática de las nulidades, los cimientos de esta se encuentran en aquel derecho. Es decir, el derecho romano no llego a elaborar una teoría orgánica de la materia de nulidades de los actos jurídicos, pero, a pesar de ello encontramos en la sabiduría de sus normas las bases que permitirían elevar el edificio de la teoría.

Para Rivera, la nulidad es:"una sanción legal que priva a un acto jurídico de sus efectos propios o normales por adolecer de defectos originarios orgánicos y esenciales, a través de un proceso de impugnación y declaración"

2. Caracteres de la nulidad:

Las características principales de la nulidad son:

A) La nulidad como sanción
B) Es de carácter legal
C) Es calificación del negocio jurídico
D) Aniquilación de los efectos propios del acto jurídico
E) Por defectos originarios, orgánicos y esenciales
F) A través de un proceso de impugnación y declaración

a) La mayor parte de la doctrina considera que la nulidad tiene naturaleza de sanción.
La sanción (o pena) consiste en la privación de los efectos del propio acto defectuoso
Rivera entiende que la sanción se aplica no sobre el acto sino sobre las personas. Por eso la ley sanciona a quien provoco la nulidad del acto, imponiéndole la obligación de repara los daños y la devolución de lo recibido negándole los derechos que tenia por causa del mismo.
El dice que la nulidad no es en si misma la sanción integra, sino el paso previo para poder aplicarla

b) La nulidad solo puede ser establecida por la ley

c) La nulidad es un concepto exclusivamente referido a los negocios jurídicos, que son aquellos que producen efectos propios queridos por las partes

d) La nulidad priva al acto jurídico de sus efectos propios o normales; estas son los que las partes se propusieron lograr cuando celebraron el acto
Sin embargo, cabe señalar que excepcionalmente la ley detiene el efecto destructivo de la nulidad, como ocurre frente a los terceros de buena fe que han adquirido a titulo oneroso derechos sobre un inmueble, en virtud de un acto nulo o anulable

e) La nulidad es una ineficiencia determinada por defectos del negocio
Rivera hace dos observaciones con respecto a esto:
La primera es que esos defectos consisten en la falta de algún requisito que conforma a la ley debe estar presente en el acto al celebrarse.
La segunda dice que para que proceda la nulidad y no otro supuesto de ineficacia se debe cumplir tres requisitos

- ser defectos originarios o constitutivos
- ser defectos orgánicos o intrínsecos
- ser defectos esenciales

Lo primero se refiera a que los defectos deben ser anteriores o contemporáneos al momento de realizarse el acto. Lo segundo se refiere a que deben estar en el acto mismo y lo tercero se refiere a que por su gravedad, los defectos representan fallas de requisitos importantes

f) El acto defectuoso no es automáticamente ineficaz, sino que es susceptible de serlo. Para ello hay un proceso que va desde el defecto a la impugnación y de esta a la nulidad
Dicha declararon puede ser privada o judicial, es decir que las partes se pueden poner de acuerdo o pueden recurrir a la justicia
La impugnación judicial es necesaria porque mediante esta se llega a la declaración de nulidad

3. Fundamento de la nulidad:

Al igual que toda doctrina, esta tiene un fundamento. Si un acto jurídico se ha celebrado sin que se cumpla con los requisitos de validez que exige la ley, es decir que se ha realizado en contra de la ley y no conforme a ella, la voluntad particular a la hora de realizar el acto no será reconocida como causa de efectos y el acto no producirá los efectos que las pastes tenían en vista
De esto se induce que el fundamento de la nulidad como doctrina se encuentra en la protección jurídica que los legisladores brindan.

4. La nulidad invocada por vía de acción o de excepción

Si las partes no se ponen de acuerdo con respecto a la existencia de la nulidad, entonces deberán someterse a la justicia
La impugnación judicial puede tener lugar por vía de acción o por vía de excepción, según lo dice el artículo 1058 bis, introducido por la ley 17 711:
" La nulidad o anulabilidad, sea absoluta o relativa, puede oponerse por vía de acción o por vía de excepción"
Es por vía de acción cuando el impugnante toma la iniciativa de requerir la declaración judicial de nulidad. Si el acto se cumplió, el impúgnate debe ejercer necesariamente la acción para obtener la restitutucion de lo que entrego o la liberación del compromiso que aparece contrayendo
La acción debe ser intentada contra todos los que intervinieron en el acto jurídico, a fin de que la sentencia pueda surtir, respecto de estas, los efectos de la cosa juzgada

Es por vía de excepción cuando ese persona deduce la impugnación a titulo de defensa, al tiempo que la contraria le exige el cumplimiento de un acto. Si el acto no se cumplió y la otra parte lleva a cabo acciones judiciales con el fin de obtener la ejecución de las obligaciones, el sujeto podrá defenderse oponiendo una excepción de nulidad.

5. Clasificación de las nulidades en el código civil Argentino:

Rivera, tras una larga elaboración, concluye que en nuestro derecho civil patrimonial existen las siguientes clases de nulidades:

A) Nulidad expresa y nulidad virtual
B) Actos nulos o anulables
C) Nulidad absoluta y relativa
D) Nulidad parcial o total

En el sistema del código civil Argentino los actos jurídicos pueden estar en cualquiera de estas 4 situaciones:

- Nulos de nulidad absoluta
- Nulos de nulidad relativa
- Anulables de nulidad absoluta
- Anulables de nulidad relativa

A) Nulidades expresas y nulidades implícitas o virtuales

El artículo 1037 del Código Civil introduce el principio de que los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este código se establecen
Este texto provoco una división en la doctrina nacional porque divide a los que aceptan las nulidades virtudes y los que no
Según la opinión de la mayoría nuestro ordenamiento acepta las nulidades virtuales, de manera que la sanción de la nulidad puede surgir expresa o tácitamente.
El articulo 18 dispone “los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención” Esto implica la aceptación de sanción de nulidades implícitas a cada prohibición legal
Sin embargo, los sostenedores de esta postura aclaran que la existencia de nulidades implícitas deriva de aceptar que hay nulidades que no están expresamente consagradas en el código y que la aplicación de ellas puede ponerse mediante un razonado sobreentendido de sus letras y de su espíritu
En general, la jurisprudencia también ha adoptado una postura de aceptación de la existencia de las nulidades virtuales además de las que textualmente aparecen en la norma

Actos nulos y anulables

El criterio de distinción es la forma en que se presenta el vicio o el error y de ahí surge si es nulo o anulable.

ACTO NULO	ACTO ANULABLE
El defecto se presenta al magistrado de modo manifiesto y rígido. Con manifiesto se refiere a que aparece patente ante los ojos del magistrado y sobre el no cabe discusión. El vicio debe ser manifiesto a la vista del juez, aunque no lo sea a la vista de terceros. Además el vicio se debe presentar sin lugar a dudas, sin la necesidad de una investigación Rígido se refiera a que no es susceptible de grados. El vicio se presenta definido porque esta prefigurado por la ley que de antemano advierte la nulidad de tal acto con tal vicio En los actos nulos el juez no debe investigar el vicio, solo constatarlo El articulo 1038 del CC dice que” los actos tales serán reputados nulos, aunque su nulidad no haya sido juzgada” El acto es nulo desde el momento de su celebración	El vicio se presenta oculto para el juzgador y es graduable Se dice que el vicio se encuentra no manifiesto porque en apariencia el acto cumple con todos los requisitos de la ley pero hay un vicio oculto. Para declarar la nulidad el juez deberá, previamente, realizar un investigación judicial y valorar todas las circunstancias del hecho para poder descubrir el vicio El defecto el flexible o graduable porque se presenta en forma indefinida y por eso es susceptible de mas o menos según el acto jurídico El articulo 1046 del CC dice que los actos anulables “…serán reputados validos mientras no sean anulados y solo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que las anulase” El acto es nulo desde el momento que es declarado como tal

Anteriormente a la reforma de 1968 el efecto de los actos nulos y anulables sobre terceros de buena fe que hubiesen adquirido inmuebles era distinto ya que en el primer supuesto el peso de la nulidad caía también sobre estos mientras que e el segundo supuesto solo caía sobre las partes involucradas directamente. Ahora los terceros de buena fe tienen protección jurídica con respecto a este tema

Nulidades absolutas y relativas

Por el sentido y gravedad del defecto y, en consecuencia, por el interés afectado con el acto alcanzado con la sanción de nulidad, está será absoluta o relativa. En este punto el Código Civil no precisa los casos que corresponden a la nulidad absoluta y relativa

Nulidad Absoluta	Nulidad relativa
El acto padece de un defecto esencial y permanente El defecto es sustancial. Por esto se quiere decir que el vicio afecta a un interese general. En la nulidad absoluta lo que esta en juego es el interés general. El interés general es el bien común, las buenas costumbres y es orden público. También pueden ser de nulidad absoluta los actos que ponen en juego los intereses privados, cuando este interés privado este en función del interés general	El acto padece de un vicio que no es absolutamente sustancial y no es perdurable Se dice que el vicio no es absolutamente sustancial porque afecta a un interés particular, mas allá de las partes que estén involucradas. El defecto no puede ser perdurable, es decir no puede proyectarse en el tiempo. Esto quiere decir que el vicio puede ser reparable
-Debe ser declarada de oficio por el juez cuando el defecto aparezca manifiesto en el acto nulo -Puede invocarse por todos los que tengan interés legitimo en hacerlo, salvo el que sabia o debía saber el vicio invalidante -Puede ser articulada por el ministerio publico -No es susceptible de confirmación -La acción es irrenunciable -La acción es imprescriptible	-No corresponde que el juez la declare de oficio -Solo puede ser pedido por aquellos en cuyo beneficio ha sido acordada -No puede ser invocada por el ministerio publico (salvo en el caso del ministerio pupilar cuando este actúa en representación de los incapaces) -El acto viciado puede ser confirmado -La acción es renunciable -La acción es prescriptible

Nulidad parcial y nulidad total

El criterio de distinción es la extensión de la sanción. Según esta la nulidad será parcial o total. En el primer caso todo el acto será ineficaz, en el segundo sola la o las cláusulas viciadas. El articulo 1039 de C.C dice"La nulidad de un acto jurídico puede ser completa o solo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones, siempre que sean separables"

Alcance de la nulidad parcial

El artículo 1039 deja bien en claro que para que la nulidad sea aplicada, la cláusula viciada debe ser separable de las demás sin afectar al acto

Analizaremos por separado el alcance de las nulidades parciales en cada una de las materias.

Alcance de las nulidades parciales en los contratos:

Para la aplicación de este alcance es importante respetar los siguientes recaudos

A) Negocio único: LA nulidad parcial se presenta cuando el vicio aparece en un negocio único y no en negocios por separado y distintos salvo que estos tengan tal relación que uno no pueda subsistir sin el otro
B) Negocio divisible: El negocio unitario debe ser divisible, vale decir, que sus partes o cláusulas sean separables
C) Eficacia funcional: Prueba; Podrá aplicarse la nulidad parcial cuando la parte valida del negocio siga satisfaciendo los intereses socio-económicos de los contratantes, que motivaron oportunamente la celebración del negocio
D) Supuestos legales: En muchos casos es la ley la que avala la aplicación de nulidades parciales
E) Quid de las transacciones: Otras veces en cambio veda la aplicación de esta especie de nulidad
F) Proyecto de unificación legislativa de 1987

La nulidad parcial en los testamentos

En los testamentos, la noción de nulidad parcial ha sido aceptada pacíficamente, pues en estos casos es mas concebible separa las cláusulas. Esto quiere decir que el vicio en una de las cláusulas del testamento no significa que todas las demás cláusulas sean

perjudicadas. Pero si el vicio de una cláusula se encuentra en la forma entonces todo el testamento caería.

Principales supuestos de la nulidad.

Dada la independencia de las clasificaciones básicas de las nulidades un negocio jurídico puede ser:

- Nulos de nulidad absoluta
- Nulos de nulidad relativa
- Anulables de nulidad absoluta
- Anulables de nulidad relativa

Ahora vamos a investigar sobre los distintos tipos de actos nulos y anulables, aludiendo también si se trata de nulidad absoluta o relativa.

Actos nulos. Enumeración

-

ARTÍCULO 1041. Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria.

ARTÍCULO 1042. Son también nulos los actos jurídicos otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto, o que dependiesen de la autorización del juez, o de un representante necesario.

ARTÍCULO 1043. Son igualmente nulos los actos otorgados por personas, a quienes por este Código se prohíbe el ejercicio del acto de que se tratare.

ARTÍCULO 1044. 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.

Esta enumeración es ejemplificativa pues cabe declara la nulidad en el supuesto de alguna falla del acto si que encuadre exactamente en estos ejemplos

Actos nulos por fallas relativas al sujeto.

Los actos nulos relativos a fallas del sujeto a los que se refieren los artículos 1041 a1044 están precedidos por una norma preceptuada en el artículo 1040. “El acto jurídico para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho.”

Esta norma se refiere a la capacidad como atributo de la personalidad. Debe tenerse en cuenta que alude a quien actúa como parte, pues el otorgante puede ser incapaz sin por que ello se afecte la validez del negocio

Enumeración de los actos nulos

A) Actos ejecutados por incapaces absolutos de hecho (Art. 1041) La nulidad es relativa pues lo que esta en juego es un interés particular. En consecuencia, si el acto es conveniente puede ser confirmado posteriormente

B) Actos ejecutados por incapaces relativos de hecho (art1042) La nulidad es también relativa e este caso, pues lo que la ley protege es el interés particular del menor adulto

C) Actos ejecutados sin poder de legitimación (Art. 1042) En esta disposición entran todas las personas que son capaces de hecho pero carecen de disposición. Quedan comprendidos los siguientes casos: Menores emancipados, en la hipótesis del articulo135, inhabilitados según articulo 152 bis y representantes no autorizados

D) Actos realizados por incapaces de derecho a su respecto (Art. 1043) La norma se refiere a la nulidad de los actos realizados por quienes no están capacitados para llevar a cabo esos actos

Actos nulos por fallas ostensibles relativas al objeto: (Art. 1044 segunda cláusula)

“Son nulos los actos jurídicos… cuando fuese prohibido el objeto principal del acto”,

Esto quiere decir que para que el acto se considere nulo, la falla debe estar manifiesta en el acto, de lo contrario seria anulable

Actos nulos por ilicitud de la causa

La causa es un elemento autónomo e importante en el negocio jurídico por lo que una falla en ella puede provocar la nulidad del acto

Actos nulos por fallas relativas a la forma. (Art. 1044 tercera cláusula). El texto se refríe a los actos formales solemnes cuya

observancia hace a la validez del acto

Nulidad refleja:

La norma contempla una especie que queda comprendida en el supuesto general analizado. Es decir que la nulidad del instrumento acarreara la nulidad del acto, si este dependiese se la forma absoluta

Actos nulos por fallas relativas al contenido o modo de querer el acto

Entre los requisitos que debe reunir el acto se nombran la buena fe y el modo de efectuarlo. En este sentido el fraude, la simulación y la lesión son vicios de la buena fe. Los analizaremos por separado.

A) Simulación. Son casos de simulación presunta los nombrados en el articulo 1297 del código civil. "Reputase simulado o fraudulento, cualquier arrendamiento que hubiese hecho el marido después de la demanda puesta la mujer sobe la separación de bienes, si no fuese con consentimiento de ella, o con autorización judicial. Reputase también simulado y fraudulento todo recibo anticipado de rentas o alquileres"

No basta entonces con que se celebre un acto de simulación o fraudulento, sino que estos vicios deben estar presumidos por la ley. La sanción prevista es la nulidad absoluta, aunque en algunos casos se otorga la nulidad relativa para proteger los intereses particulares.

B) Fraude presumido por la ley: Son las hipótesis presumidas en el 1297 con los artículos complementados por el 1575 que agrega una serie de supuestos más. La sanción prevista es la ineficacia o inoponibilidad

Actos anulables; Enumeración.

ARTÍCULO 1045. Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos.

Actos anulables por fallas relativas al sujeto..

- Actos ejecutados sin discernimiento: Con esto se refiere a los actos de los dementes no interdictos y a la privación accidental de la razón, que contempla supuestos tales como actos otorgados en estado de embriaguez, drogadicción, etc.…, supuestos que son anulable y de nulidad relativa

- Actos ejecutados con incapacidad de derecho oculta: o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto. Cuando la incapacidad de halle oculta el supuesto es anulable

Actos anulables por fallas ocultas relativas al objeto (Art. 1045 tercera parte) La norma alude a aquellos negocios que padecen fallas en el objeto, por no cumplir los recaudos legales, pero padecen ocultas y por ende es necesaria una investigación para determinarlos.

Actos anulables por ilicitud oculta : Si la ilicitud se encuentra oculta es un acto anulable y no nulo.

Actos anulables por fallas relativas a la forma (Art. 1045 ultima parte): Si depende de la forma y esta está viciada y el vicio esta oculto, entonces se trata de casos de nulidad refleja.

Actos anulables por fallas relativas al contenido o modo de querer el acto (Art. 1045 cuarta parte) Por demás, las normas mencionan los vicios de la voluntad y de la buena fe: error, violencia, lesión o simulación; todos supuestos de actos anulables

6 Consecuencias de los actos inexistentes:

Al igual que los actos nulos de nulidad absoluta, los inexistentes pueden ser declarados tales a pedido de cualquier interesado o, de oficio por el juez; no son confirmables y la acción es imprescriptible.
Cuando media una inexistencia los actos no producen ningún tipo de efectos.
Los adquirentes de buena fe y a título oneroso no están amparados de la declaración de actos inexistentes.
La inexistencia pude ser declarada de oficio, y sin previo juicio contradictorio.
Llambías agrega que la declaración puede pedirse incluso por quien fue culpable de es situación.

7 Efectos de la nulidad

El principio general sentado en el Art. , "la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto anulado".

a- si el acto no fue ejecutado declarada la nulidad, no es posible exigir el cumplimiento de las obligaciones que de él derivan. Si la nulidad no ha sido declarada, puede ser puesta por vía de excepción por el interesado.

b- Si el acto fue ejecutado total o parcialmente:

La anulación obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido en razón del acto anulado. Art. 1050.

Con respecto a los frutos:

- "Si el acto fuera bilateral y las obligaciones correlativas consistiesen en sumas de dinero o en cosas productivas de frutos, no habrá lugar a la restitución respectiva de intereses o de frutos sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensarán entre sí". Art. 1053

La compensación solo tendrá lugar en caso de que ambos contratantes sean de de buena o de mala fe.

- "Si de dos objetos que forman la materia del acto bilateral, uno de ellos consiste en una suma de dinero o en una cosa productiva de frutos, la restitución de los intereses o de los frutos debe hacerse desde el día en que la suma de dinero fue pagada, o fue entregada la cosa productiva de frutos" art. 1054.

Para Borda aquí se obliga al poseedor tanto de buena como mala fe a restituir los frutos desde el momento de la entrega de la cosa.

Productos:

Según el Art. 2444, tanto el poseedor de mala fe como el de buena fe deben restituir los productos que hubiesen obtenido de la cosa".

Gastos y mejoras:

Se aplica el principio general descrito en los Art. 2427 y siguientes, respecto de los poseedores de buena y mala fe.

8 Daños y perjuicios:

El Art. 1056, impone la obligación de indemnizar los perjuicios derivados de del acto anulado.
Para Borda no es un efecto propio de la nulidad ya que puede que haya nulidad sin indemnización, porque el fundamento está en la culpa o el dolo. La nulidad y la indemnización son sanciones independientes entre sí.
A la indemnización se aplican las reglas de los hechos ilícitos del Art. 105, la reparación debe ser integral, los responsables de la nulidad son solidariamente responsables, Art. 1081 y 1109, y el daño moral será siempre indemnizable, Art. 1078, sin que su procedencia o improcedencia quede librada al criterio judicial.

9 Privilegio de los incapaces

"Declarada la nulidad de los contratos, la parte capaz para contratar no tendrá derecho a exigir la restitución de de lo que hubiere dado o reembolso de lo que hubiere gastado o pagado, salvo si probara que existe lo que dio o que redundara en provecho manifiesto para el incapaz". Art. 1165.

La norma se refiere solo a los incapaces de hecho, y es una excepción en materia de nulidades.
Es necesario que el acto no se haya originado en el dolo o violencia ejercida por el incapaz sobre la otra parte.
El privilegio del incapaz no depende de la buena o mala fe de la parte capaz ya que éste pudo ignorar la incapacidad.

10 Efectos respecto a terceros

Derechos adquiridos sobre inmuebles.

"Los derechos personales y reales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulad, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual, salvo los derechos de los terceros adquirentes de de buena fe y a titulo oneroso, sea el acto nulo o anulable".

Después de la reforma de la ley 17711, los subadquirentes por titulo oneroso y de buena fe quedan cubiertos contra los actos nulos y anulables. Ellos pueden rechazar cualquier acción de reivindicación.

Si el tercero es de mala fe y conocía la causa de la nulidad de la anterior transmisión o de titulo gratuito, la nulidad anterior deja sin efecto a los derechos adquiridos. Art. 1051.

Efectos especiales de ciertos actos anulables

A pesar de la declaración de nulidad, por disposición expresa de la ley, producen ciertos efectos.

Actos solemnes

Los actos a los que le falten las formalidades que la ley exige dan origen a obligaciones naturales; no obstante la nulidad, una vez

cumplido el acto, no hay lugar a repetición.

Instrumentos públicos

Los instrumentos públicos nulos por falta de forma o incompetencia del oficial público valen como instrumentos privados si estuviesen firmados por las partes aunque no cumplan con el requisito de doble ejemplar.

Mandato

El nuevo mandato, aunque sea nulo por vicio de forma, revoca el anterior Art. 1973.

Testamentos

Toda enajenación de la cosa legada, sea por titulo gratuito u oneroso, o con pacto de retroventa, causa la revocación del legado, aunque la enajenación resulte nula, y la cosa vuelva al dominio del testador. Art. 3838.

Matrimonio putativo

Es el matrimonio nulo pero contraído de buena fe. En este caso la nulidad no tiene efectos retroactivos, y el acto producirá todos los efectos del matrimonio válido hasta el día que se declarase la nulidad, no solo con relación a la persona y bienes del cónyuge, sino también con respecto a los hijos, que se reputan legítimos.

Modo de hacer valer la nulidad

La nulidad puede oponerse por vía de acción o de excepción**:** el interés de la persona que pretende la nulidad de un acto puede consistir en cambiar el status del derecho o mantenerlo.

La excepción de la nulidad no es oponible en juicio ejecutivo, la excepción de la nulidad puede oponerse dentro de los términos de prescripción de la acción. Lo que no puede hacerse por vía de acción tampoco puede hacerse por vía de excepción.
La acción de nulidad debe intentarse contra todos los que intervinieron como partes en el acto impugnado. Y si se trata de una nulidad formal la demanda deberá dirigirse también contra el escribano interviniente.

Prescripción de la acción de nulidad.

Trátese de actos nulos o anulables prescribe en el plazo común de 10 años, salvo que la ley fije plazos menores. Art. 4023. Como ocurre con la nulidad de los actos otorgados por incapaces, que prescribe a los dos años. Pero en cambio la acción derivada de una nulidad absoluta es imprescriptible.

Confirmación de los actos jurídicos

Es el acto por el cual se sanean o purgan los vicios de otro acto anterior, que estaba sujeto a una acción de nulidad. Art. 1059.
Supone un acto realmente otorgado por el mismo interesado o por su representante, pero que adolece de un vicio susceptible de provocar su invalidez.

Actos susceptibles de confirmación

Solamente los actos que adolecen de nulidad relativa son susceptibles de confirmación. Art. 1058.
Por el contrario no lo son los actos absolutamente nulos ya que mediando una razón de interés social en la invalidez los contratantes no pueden imponer su voluntad.

Requisitos

Para poder confirmar un acto es necesario:

1- que haya cesado la incapacidad o el vicio de que provenía la nulidad.

2- Que no ocurra ninguna causal de nulidad del acto de confirmación.

Formas

La confirmación puede ser expresa o tácita.

Expresa cuando se manifiesta por escrito la voluntad de convalidar el acto viciado. El instrumento público o privado debe contener:

1- la sustancia del acto que se quiere confirmar, no es necesaria la copia textual, bastando un resumen que permita individualizarlo.

2- El vicio de que adolecía.

3- La manifestación de la intención de repararlo.

4- La forma debe ser la misma con las mismas solemnidades que estén exclusivamente establecidas para el acto que se confirma.

Tácita, es la que resulta de la ejecución total o parcial de las obligaciones impuestas por el acto viciado, que importa la confirmación del acto.

La confirmación sea expresa o tácita es unilateral, y no exige el concurso de la parte a cuyo favor se hace. Art. 1064. Por este motivo, no requiere aceptación de la contraparte, ni doble ejemplar.

Efectos retroactivos

Entre las partes la confirmación tiene efectos retroactivos al día de la celebración del acto originario, si fuera entre vivos. Art. 1065. Esta retroactividad es la esencia de la confirmación, que es una renuncia a ejercer la acción de nulidad y reconocer plenamente la validez del acto originario.

En el caso de actos de última voluntad, la confirmación tiene efectos retroactivos al día del fallecimiento del causante. Para Borda hay postergación de los efectos de la confirmación hasta el momento de la muerte del causante.

La retroactividad no perjudica a terceros Art. 1065.

Tercer autor bajo análisis: Guillermo A. Borda:

Para Borda existen dos tipos de "Sanciones de los actos jurídicos prohibidos por las leyes".
Hay sanciones que procuran reestablecer el estado de las cosas alterado por el hecho ilícito:

1- La nulidad: intenta borrar los efectos contrarios a la ley.
2- La acción de daños y perjuicios: permite que la víctima sea reparada por los perjuicios sufridos. En el ámbito extracontractual la única sanción posible es la indemnización de los daños.

También hay sanciones que imponen un castigo o sanción:
Estas son sanciones de tipo represivas, algunas pertenecen al campo civil, como la pérdida de la patria potestad de los hijos, por parte del padre que los hubiere abandonado.
Otras corresponden al campo penal, como la prisión, multas, etc.

A diferencia, LLambías divide las sanciones en tres tipos: resarcitorias, represivas y cancelatorias las cuales implican la caducidad de derechos o potestades, la ley cancela su título para el futuro. Estas últimas no son consideradas por Borda.

Concepto de Nulidad:

Dentro de las primeras sanciones esta la "nulidad", que es la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, existente en el momento de su celebración. Definición en la cual concuerdan tanto LLambías como Borda.
La nulidad no priva al acto de todos sus efectos, sino que lo priva de sus efectos esenciales, aquellos que las partes tuvieron en mira al celebrarlo.

Clasificación de las nulidades:

a- Actos Nulos y Anulables.
b- Nulidad Absoluta y Relativa.
c- Nulidades Manifiestas y No Manifiestas
d- Nulidad Total y Parcial.
e- Nulidades Expresas y Virtuales.

Luego de algunos conceptos básicos nos expandiremos en el tema.

Nulidad e Inoponibilidad:

Nulidad implica la invalidez completa de acto, es posible invocarla *"erga omnes"*.

- Los efectos pueden ser excesivos.
- El vicio es originario.

Inoponibilidad: implica la ineficacia del acto con respecto a ciertas personas, pero conserva su validez entre las partes y con relación a los demás terceros.

- Los efectos se limitan al interés amparado por la ley.

- El vicio pude ser posterior en alguno de sus aspectos.

Un ejemplo de inoponibilidad es el instrumento privado que carece de fecha cierta, que no es oponible a terceros (Art. 1034).

Actos Inútiles o Estériles:

La ineficiencia resulta de la naturaleza de las cosas o de la misma voluntad de las partes. La esterilidad del acto resulta de de una imposición de las circunstancias y no de la ley, como en los actos nulos, ni siquiera la propia ley podría tornarlos eficaces.
Un ejemplo, es la venta de una cosa futura que ni siquiera llega a existir.

Caducidad:
La ineficacia de un acto caduco surge de una causa posterior la celebración del acto. A la inversa la invalidez del acto nulo deriva de una causa originaria. Ejemplo, un testamento hecho por una persona no casada, caduca si ésta contrae matrimonio posteriormente.

Revocación:
La revocación de un acto implica dejarlo sin efecto por la voluntad de una de las partes. Puede ejercerse libremente por Ej., en los testamentos. Otras veces solo hay lugar a la revocación en las hipótesis expresamente previstas por la ley, Ej.: la donación solo puede ser revocada por ingratitud del donatario (Art.1858).

Rescisión:
Consiste en dejar sin efecto para el futuro un acto jurídico, por mutuo consentimiento de las partes.

Resolución:
Produce la extinción de un acto jurídico en virtud de una cláusula expresa o implícitamente contenida en él. La causa de la ineficacia está prevista en el acto mismo, dependiendo de acontecimientos posteriores. Ej. La condición resolutoria.
La revocación, rescisión, y la resolución responden a actos perfectamente válidos y eficaces que dejan de producir efectos o no producen ninguno mediando la voluntad de las partes. Por el contrario la nulidad, la ineficacia derivan de la ley y es originaria.
Planteados éstos conceptos en los que Borda hace hincapié, retomamos la clasificación de las nulidades.

a) Actos nulos y Anulables:

El Código no expresa cual es el criterio de distinción entre ambos, Vélez Sarfield se limitó a enumerar los actos nulos y los anulables.

Son actos nulos: (están establecidos en los Art. 1041 y siguientes).

- Los actos jurídicos otorgados por quienes adolecen de incapacidad de hecho, sea absoluta o relativa (Art.1041-1042);
- los otorgados por incapaces de derecho (Art. 1042) cuando refiere a las personas relativamente incapaces.
(Art.1043) y que prohíbe el ejercicio del acto de que se tratare;
- los que dependan de autorización judicial para realizar un acto determinado;
- los agentes que hubieran 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 (Art.1044)

Para Borda, entran en la categoría de actos nulos, aquellos cuyo vicio se halla manifiesto, patente en el mismo acto. Aquí el papel del juez es pasivo, se limita a comprobar la existencia de una invalidez declarada de pleno derecho por la ley. Es una nulidad precisa, rígida, susceptible de estimación cuantitativa, taxativamente determinada por la ley.
Un Ej.; son los actos celebrados por un demente declarado, que se reputan como nulos, el juez solo comprueba la celebración del acto y la interdicción legal.
Los jueces podrán declarar de oficio una nulidad absoluta solo en el caso de que el acto sea nulo.

Con respecto a los actos nulos, LLambías, dice que pueden tener éste carácter por fallas en el “sujeto”: para ser válido el acto debe ser otorgado por una persona capaz de cambiar el estado de su derecho, la capacidad puede ser de hecho o de derecho, por lo tanto la carencia de alguna de una u otra puede llevar a la nulidad.

En el “objeto” la ineficacia del acto tiene lugar cuando la ley presume, sin admitir prueba en contra, la realización de fraude o simulación o cuando prohíbe el objeto del acto.

Fallas en la forma: la nulidad puede resultar de la omisión de de la forma establecida por la ley con carácter exclusivo, o de la nulidad del instrumento si el acto depende para su validez de la forma instrumental, (nulidad refleja), y el instrumento fuera nulo.

Son actos anulables: (Art. 1045)

- los actos jurídicos cuando sus agentes actuaran con una incapacidad accidental como si por cualquier causa se hallaren privados de su razón.
- los otorgados por personas cuya incapacidad impuesta por la ley no fuese conocida al tiempo de firmarse el acto.
- cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho.
- cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación. Borda incluye entre ellos al dolo. Con respecto al fraude y

simulación, refiere a los casos en que no sean presumidos por la ley, si así fuera serian actos nulos.

- cuando dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos.

Según borda la causa de la invalidez de estos actos no aparece manifiesta en ello. Es necesaria una investigación por parte de juez, ya que por sí misma la ley es impotente para aniquilar el acto. La anulación depende de las circunstancias de hecho, es flexible, variable susceptible de valoración judicial. Ej. Cuando el juez debe juzgar la validez de un acto celebrado por un demente no declarado.
Los jueces no pueden declarar de oficio la nulidad absoluta de un acto si éste fuera anulable, o sea, la nulidad no estuviera manifiesta. Los actos anulables se reputan válidos hasta el día en que se declare la sentencia que los anulase (Art.1046).

De igual modo que con los actos nulos, LLambías distingue las causas de la invalidez de los actos anulables pueden ser fallas en el sujeto, en el objeto, o en la forma.

Fallas en el sujeto: cuando aparece afectado o viciado; pueden ser por incapacidad natural o accidental, por la incapacidad de derecho ignorada impuesta por la ley al tiempo de la celebración de acto y por la voluntad viciada del agente, cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación. También LLambías considera que la ausencia en éste Art. del dolo es involuntaria.

Fallas en el objeto: “son anulables los actos jurídicos cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho” Art. 1045. El carácter larvado del vicio que está latente, pero no patente en el acto, impone al legislador la necesidad de remitir al la aplicación de una sanción de invalidez al criterio de juez, si éste aprecia que la falla denunciada existe y que incide sobre lo principal.

Fallas en la forma: “los actos jurídicos si dependen para su validez de la forma instrumental y fuesen anulables los respectivos instrumentos (Art.1045), puede anular el acto.

b) Nulidad Absoluta y Relativa

Nulidad absoluta:

Obedece a una razón de orden público, interés social, de ahí que pueda pedirla cualquier persona excepto por el que ha ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; exceptuando cuando el objeto apareciere en el instrumento acompañado de la demanda del que formó parte del acto.

- El juez, puede y debe declararla de oficio, “solo” si apareciere manifiesta en el acto, aunque nadie la hubiera pedido. También pueden pedirla el Ministerio Público en salvaguardia de la moral o la ley.

- Los actos viciados de tal nulidad no son susceptibles de confirmación, (atr. 1047). Porque no se puede convalidar un acto cuando es la sociedad la interesada en su invalidez.

- La acción derivada de la nulidad absoluta no es prescriptible, pues de aceptarse se podría llegar a una confirmación tácita. Además lo contrario a los intereses públicos, no se subsana con el transcurso del tiempo.

Nulidad relativa:

Se establece exclusivamente en interés de las partes intervinientes, y son las únicas que pueden pedirla. No puede ser declarada por el juez sino a pedido de aquellos en cuyo beneficio la hubiera establecido la ley.
- El ministerio público no puede pedir la nulidad si actúa como Agente Fiscal, pero el asesor de menores como representante promiscuo de los incapaces y en defensa de ellos si puede.

- El Art.1049, establece que la persona capaz no puede pedir ni alegar la nulidad de un acto fundándose en la incapacidad de la otra parte. Tampoco puede pedirla por razón de violencia, intimidación o dolo, el mismo que lo causara, ni por error el que la ocasionó.

- Los actos que están viciados de nulidad relativa son susceptibles de confirmación (Art.1058), no obstante el vicio y su derecho a reclamar la nulidad, si las partes prefieren mantener la vigencia del acto, pueden hacerlo.

- La acción nacida de una nulidad relativa es prescriptible (Art. 1289).

Nulidad surgida de una incapacidad de derecho

Borda comenta que la jurisprudencia está dividida:

- Algunos piensan que el principio general de todas las incapacidades de derecho son absolutas. Arguyendo de que todas las incapacidades de derecho obedecen a una razón de interés público, lo cual Borda considera exagerado, diciendo que la prohibición a los mandatarios de comprar en subasta pública, responde a intereses privados.

- Otros fallos fueron resueltos sobre la base de que ciertos actos celebrados por incapaces de derecho adolecen de nulidad relativa.

Borda llega a la conclusión de que no siempre los incapaces de derecho determinan una nulidad absoluta. En cada caso el juez apreciará si está interesada en la invalidez una razón de orden público o solo se pretendió proteger el interés de los particulares, y así resolverá si la nulidad es relativa o absoluta.
Llambías concuerda con borda en éste sentido.

Actos otorgados por incapaces absolutos

Hay una corriente que los reputa de nulidad absoluta, apoyándose en que en tales casos hay falta discernimiento y por eso existe un interés público en que estos actos sean nulos.
Para borda adolecen de nulidad relativa.

- porque no todos los incapaces absolutos carece de discernimiento, Ej. Los sordomudos que no saben a darse a entender por escrito.
- Los dementes no declarados carecen de discernimiento pero la nulidad de sus actos es relativa.
- No se entiende como la falta de uno de los elementos internos de los actos voluntarios como el discernimiento lleva a una nulidad absoluta y la falta de los otros, intención y libertad solo relativa.
- El Art. 921, que establece que los menores impúberes y los dementes carecen de discernimiento, no es muy respetada, ya que los memores impúberes están autorizados a realizar numerosos actos.
- La nulidad de los actos de los incapaces ha sido establecida en su protección, y solamente ellos pueden invocarla.
- El Art. 4031 establece que prescribe a los dos años la nulidad de las obligaciones contraídas por los que están bajo curatela, lo que permite a los dementes confirmar el acto por el transcurso del tiempo. Y ésta es una característica de la nulidad relativa únicamente.

c) Nulidades manifiestas y no manifiestas

Nulidades manifiestas: la nulidad de un acto es manifiesta cuando la ley lo ha declarado nulo expresamente. Es una nulidad patente en el autodeclarada de pleno derecho por la ley.

Nulidades no manifiestas: los actos anulables o la nulidad que no es manifiesta, depende de juzgamiento. La invalidez debe ser apreciada por el juez, luego de una valoración de las circunstancias de hecho.

d) Nulidad Total o Parcial

Nulidad total: todo el acto jurídico resulta ineficaz

Nulidad parcial: solo resulta ineficaz la cláusula o disposiciones viciadas. Pero la nulidad de la cláusula suele arrastrar consigo a todo el acto. En base a ello el Art. 1039 establece que “la nulidad parcial de una disposición en el acto no perjudica las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables”. En principio no es válida la nulidad parcial de un contrato ya que cada cláusula forma parte de un conjunto. Pero hay casos en que las cláusulas son separables y la nulidad de una no invalida todo el acto.

e) Nulidades expresas y virtuales:

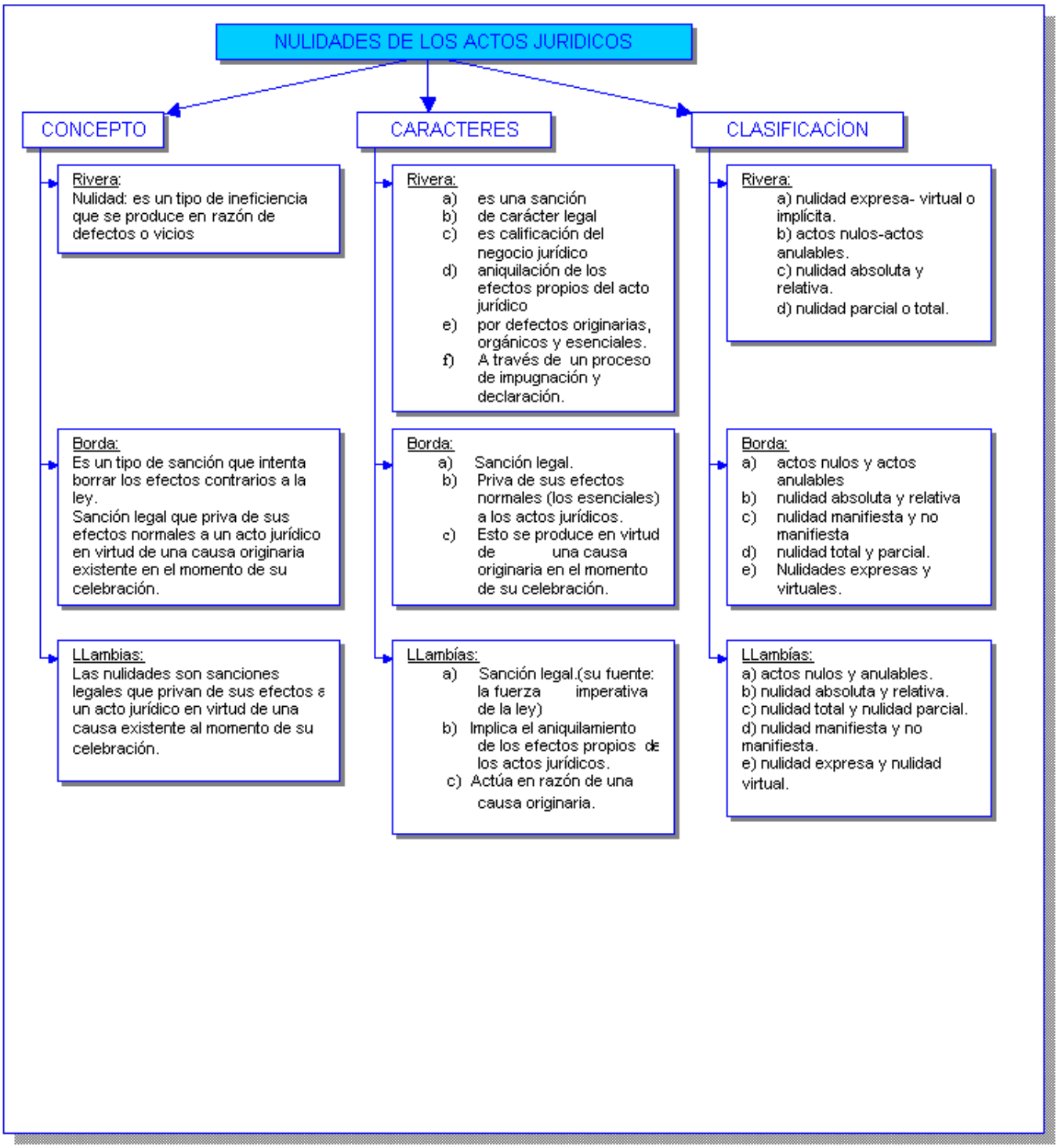
Nulidad expresa: son aquellas que están expresas en las leyes, el Art. 1037, establece “que los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen”. Los que siguen la interpretación literal pensaban que no pueden producirse otras nulidades que las expresamente previstas por la ley

Nulidad virtual: en nuestro derecho surge de éste Art. que no es necesario que la palabra nulidad esté expresa en la ley, basta que de sus disposiciones no pueda resultar otra consecuencia que la invalidez.

Actos inexistentes
Esta teoría tiene origen en la doctrina francesa y postula que hay ciertas situaciones que solo tienen la apariencia de un acto jurídico, pero no lo son, por esa razón no corresponde llamarlos actos nulos ya que el acto no existe. La nulidad supone algo que declarar inválido. Por lo tanto este acto inexistente no corresponde a la teoría de las nulidades.
Para Borda solo puede haber actos inexistentes en ciertos supuestos:

- si falta el acuerdo entre partes o si hay disentimiento entre ellas: cuando la parte aparente no prestó, en verdad el consentimiento.
- Si el objeto de la obligación es una cosa no susceptible de existir, o hechos materialmente imposibles.
- La falta de forma exclusiva impuesta por la ley en principio no hace al acto inexistente, pero en los casos en que la formalidad consiste en la presencia de un oficial público que integra con su actuación el acto jurídico celebrado entre las partes., en éste caso la omisión de la formalidad de la ley supone la inexistencia del acto. Ej.; la ausencia del escribano público en el matrimonio.

En nuestro Código no se mencionan este tipo de actos. Borda resalta la contradicción de que lo que no existe no puede llamarse acto. Sin embargo concuerda con Llambías en que la teoría de los actos inexistentes debe ser acogida por nuestro derecho.



ANEXO I

ARTICULOS DEL CODIGO REFERIDOS A NULIDADES

SECCION SEGUNDA - De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones

TITULO VI - De la nulidad de los actos jurídicos

ARTÍCULO 1037. Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen.

ARTÍCULO 1038. La nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada.

ARTÍCULO 1039. La nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables.

ARTÍCULO 1040. El acto jurídico para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho.

ARTÍCULO 1041. Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria.

ARTÍCULO 1042. Son también nulos los actos jurídicos otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto, o que dependiesen de la autorización del juez, o de un representante necesario.

ARTÍCULO 1043. Son igualmente nulos los actos otorgados por personas, a quienes por este Código se prohíbe el ejercicio del acto de que se tratare.

ARTÍCULO 1044. 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.

ARTÍCULO 1045. Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos.

ARTÍCULO 1046. Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase.

ARTÍCULO 1047. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación.

ARTÍCULO 1048. La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el sólo interés de la ley, ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes.

ARTÍCULO 1049. La persona capaz no puede pedir ni alegar la nulidad del acto fundándose en la incapacidad de la otra parte. Tampoco puede pedirla por razón de violencia, intimidación o dolo, el mismo que lo causara, ni por el error de la otra parte el que lo ocasionó.

ARTÍCULO 1050. La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado.

ARTÍCULO 1051. 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.

ARTÍCULO 1052. La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado.

ARTÍCULO 1053. Si el acto fuere bilateral, y las obligaciones correlativas consistiesen ambas en sumas de dinero, o en cosas productivas de frutos, no habrá lugar a la restitución respectiva de intereses o de frutos, sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí.

ARTÍCULO 1054. Si de dos objetos que forman la materia del acto bilateral, uno solo de ellos consiste en una suma de dinero, o en una cosa productiva de frutos, la restitución de los intereses o de los frutos debe hacerse desde el día en que la suma de dinero fue pagada, o fue entregada la cosa productiva de frutos.

ARTÍCULO 1055. Si la obligación tiene por objeto cosas fungibles no habrá lugar a la restitución de las que hubiesen sido consumidas de buena fe.

ARTÍCULO 1056. Los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas.

ARTÍCULO 1057. En los casos en que no fuese posible demandar contra terceros los efectos de la nulidad de los actos, o de tenerlos demandados, corresponde siempre el derecho a demandar las indemnizaciones de todas las pérdidas e intereses.

ARTÍCULO 1058. La nulidad relativa puede ser cubierta por confirmación del acto.

ARTÍCULO 1058 bis. La nulidad o anulabilidad, sea absoluta o relativa, puede oponerse por vía de acción o de excepción.

---

[1] La pena se denomina prevaricato y esta tipificada en el Art. 269 del Código Penal

[2] Art. 1049, 1164, 4031 del Código Civil

[3] Art. 1049, 1164, 4031 del Código Civil

[4] Art. 1049, 1164, 4031 del Código Civil

[5] Art. 1049 del Código Civil

[6] Art. 1159 del Código Civil

Art. 1139 CC: Se dice también en este Código, que los contratos son a **título oneroso, o a título gratuito:** son a título oneroso, cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle: son a título gratuito, cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte.

Se adquiere un bien a título gratuito cuando es recibido por **herencia, donación o legado**.

Art. 3279 CC: La **sucesión** es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la **herencia** de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero en este Código.

Art. 1789 CC: Habrá **donación**, cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa.

Legado es una liberalidad hecha en un testamento, por la que se transmiten al beneficiario derechos o excepciones de carácter patrimonial, sobre objetos particulares (Borda).Distinción con *la donación* .- La donación es un contrato; produce sus efectos desde el momento de la celebración; es, en principio, irrevocable. El legado es un acto unilateral *mortis causa*, produce sus efectos recién a partir del fallecimiento del testador, es revocable en todo momento según la libre voluntad del disponente.

Acto de Administración: Es aquel cuya esencia radica en la conservación de bienes, procurando que den las rentas, utilidades o productos que correspondan. Prototipo es el contrato de arrendamiento. O lo podemos definir también como aquel que, si alterar la integridad del patrimonio se dirige a su mantenimiento, fructificación y mejoramiento observando que, para distinguir cuando un acto ha de calificarse como de administración, no se debe fijar la atención en su naturaleza objetiva, sino en la función que dicho acto cumple en relación al patrimonio.

Acto de Disposición: Son aquellos por los que se compromete la existencia, individualidad o valor del patrimonio o alguno de sus elementos, produciendo un cambio actual en la situación patrimonial preexistente teniendo particular importancia los de carácter real: enajenación, gravamen, afectación, etc.

Abuso de derecho - (C. Nac. Civ., sala C, 5/8/1999 - Consorcio Avenida de los Incas 3206/16 v. Butler, Santiago y otro).

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, agosto 5 de 1999.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?
El Dr. Galmarini dijo:1. **El consorcio actor, mediante apoderada, demanda a Santiago Butler y a Delfina C. Nicotera de Butler con el fin de que se los condene a retirar el perro que alojan en el departamento** ubicado en el piso 3º B, del edificio de Av. de los Incas 3206/16, fundando su reclamo principalmente en el art. XVI, subcapítulo 23 inc. h del reglamento de copropiedad, que entre las obligaciones de los propietarios menciona: "No alojar animales, cualquiera sea su especie, en sus unidades ni en ningún sector común del edificio", aunque también invoca los arts. 6 incs. a y b y 15 ley 13512 (1).

Con sustento en la inexistencia de daño, y tras destacar el juez que por la ausencia de derecho no encuadra el caso en un ejercicio abusivo de éste, rechaza la demanda, con costas, y hace saber a los demandados que deberán adoptar todas las previsiones necesarias para que se mantenga la situación de hecho que surge de estas actuaciones relativa a la ausencia de molestias a los vecinos.Apela únicamente el consorcio actor y expresa agravios a fs. 240/243, cuyo traslado fue contestado a fs. 247/248.2. Deben distinguirse los supuestos en que el reglamento de copropiedad explícitamente prohibe alojar animales en el edificio, sea en las unidades, como en las partes comunes, de aquellos otros en que no se contempla explícitamente esa prohibición, a los que igualmente son aplicables las normas comunes de convivencia previstas en la ley específica.En el primer supuesto, la demanda tiende a hacer cumplir las disposiciones reglamentarias a las que los copropietarios deben adherir y quedan obligados desde que adquirieron la unidad, para lo cual no es exigible la existencia de daño.

Como bien señala el apelante, en este expediente no se reclama una indemnización sino el cumplimiento del reglamento de copropiedad. En el segundo supuesto si el copropietario infringiera las normas comunes de convivencia consagradas por el art. 6 inc. b ley 13512 sería exigible la prueba de la perturbación de los vecinos o de las demás situaciones allí contempladas.Como bien recordó Elena I. Highton de Nolasco al emitir su voto en la sala F de este tribunal, en los autos "Consorcio Blanco Encalada 4692/98 v. Martín, Susana s/cumplimiento de reglamento de copropiedad s/sumario", L. 242784, el 8/10/1996: "Si bien muchos fallos mencionan la necesidad de que el can cause molestias, inspire temor, provoque olores o ruidos con sus aullidos o ladridos, la mayoría de las veces se trata de casos en que no existe expresa disposición reglamentaria por la cual ha de estarse a la norma genérica del art. 6 ley 13512 que requiere perturbación con ruidos o de cualquier otra manera de la tranquilidad de los vecinos; o la prohibición está redactada en términos más amplios, justamente prohibiendo la tenencia de animales que puedan causar daños o molestias al vecindario, que puedan desprender malos olores, que sean antihigiénicas, etc. (C. 2ª Civ. y Com. La Plata, 8/7/1994, LL Bs. As. 1995-61l; C. Nac. Civ., sala G, 20/6/1989, Isis sumario 00005285, JA 1991-IV-37; C. Nac. Civ., sala E, 1/8/1968, ED 27-420, JA 1968-VI-90; C. Nac. Civ., sala B, 18/2/1972, ED 42-276, JA 14-1972-363; C. Nac. Civ., sala D, 16/2/1976, JA 1978-III-308; C. Nac. Esp. Civ. y Com., sala 6ª, 17/6/1981, LL 1981-D-486)". La distinguida colega, tras mencionar el criterio según el cual si en el reglamento se prohibe la tenencia de animales no es exigible al actor la prueba de que el animal causa molestias, pues lo que se prohibe es la simple tenencia y no la tenencia que ocasiona perjuicio (C. Nac. Civ., sala A, 31/5/1973, ED 49-232), cita el criterio seguido por esta sala C, según el voto del Dr. Agustín Durañona y Vedia, en cuanto a que "cuando la acción es instaurada por el consorcio de propietarios no es requisito de su progreso la prueba de un perjuicio real derivado de la violación de la prohibición de...; como no lo es de ninguna otra pretensión que haga valer dicho ente en resguardo de la observancia de las noras estatutarias o legales establecidas para preservar la estabilidad, salubridad, seguridad o estética del edificio, su óptimo aprovechamiento común, la utilización de todos los copropietarios en la medida de sus derechos y la armónica convivencia" (C. Nac. Civ., sala C, 8/2/1884, "Linch S.C.A. v. Rud, Carlos A. y otros", ED 109-407/413, esp. p. 411, fallo n. 37953).

Frente a los precedentes mencionados discrepo con el sentenciante en cuanto a la trascendencia que otorga a su conclusión de que en el caso no se ha acreditado la existencia de daño o molestias a los vecinos.Por otra parte, es inadmisible la interpretación que efectúa el sentenciante de la cláusula XVI-23-h) del reglamento, pues no corresponde concluir que deben entenderse "como que los propietarios `se obligan a no alojar animales que causen daño o molestias a sus vecinos'". Es claro el inc. h del art. 23 de la cláusula XVI, en cuanto prevé entre las obligaciones a cargo de los propietarios "no alojar animales cualquiera sea su especie,en sus unidades ni en ningún sector común del edificio". Nada dice acerca de que se trate de animales "que causen daño o molestias a sus vecinos", ni tampoco el último párrafo de la cláusula autoriza a hacer una interpretación como la que efectúa el juez. Ese párrafo dice: "El incumplimiento de los puntos precedentemente establecidos, hará al propietario de la unidad, responsable de los daños emergentes como consecuencia de su omisión".

Es de observar que esa previsión está referida no sólo al inc. h antes mencionado, sino a todos los que la preceden, esto es desde el inc. a hasta el inc. i, y el hecho de que genéricamente se haya previsto la responsabilidad, del propietario incumplidor de alguna de las obligaciones enunciadas con anterioridad en esa cláusula, por los daños emergentes del incumplimiento, esto es, la obligación de indemnizar los respectivos daños y perjuicios, no significa que aquellas obligaciones de los copropietarios sólo rijan si se producen daños, pues se trata de previsiones acordadas para asegurar el funcionamiento del régimen comunitario específicamente contemplado para el edificio de la Av. de los Incas 3206/16.
La responsabilidad por los daños mencionada en el final de la cláusula, no es el único efecto del incumplimiento, sino que éste por sí sólo genera el derecho del consorcio de copropietarios a reclamar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los demandados cuando adquirieron la unidad, o la adopción de medidas necesarias para que cese la infracción (arg. art. 15 ley 13512).

Como bien acota el apelante, la interpretación del juez propondría un sistemático incumplimiento de los contratos a través del pago de una indemnización, algo así como la tarifación del incumplimiento, lo cual es evidentemente inadmisible por apartarse de lo dispuesto por los incs. 1 y 2 del art. 505 CCiv.Resulta aplicable al caso lo afirmado por la Dra. Highton de Nolasco en el precedente recordado acerca de que la demandada compró en un edificio cuyo reglamento prohibía la tenencia de animales y quien compra bajo este régimen está en la obligación de someterse a sus disposiciones, pues quien adquiere una unidad en un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal, adhiere al estatuto, pues la incorporación al consorcio importa la total e incondicional adhesión a las previsiones contenidas en el reglamento de copropiedad y administración, el que reviste naturaleza contractual, debiendo las partes ajustarse a sus disposiciones como a la ley misma.

La estricta observancia de sus disposiciones es de fundamental importancia para el mantenimiento del sistema creado por la ley 13512. El reglamento de copropiedad vigente en virtud de una adhesión sucesiva de los copropietarios tiene tanto valor como el que éstos hubieran acordado a consecuencia de un acto deliberativo en conjunto (C. Nac. Civ., sala F, 8/10/1996, L. 242784, "Consorcio Blanco Encalada 4692/98 v. Martín, Susana", y antecedentes allí citados). Evidentemente no basta la alegación de ignorancia por los demandados de la prohibición contenida en el relamento, pues frente a las obligaciones que asumían en el momento de adquirir la unidad debieron cerciorarse previamente de que estaba permitido tener animales en ese edificio.Si se consideran injustas o lesivas las cláusulas del reglamento, se ha señalado que la vía para corregirlas es la reforma promovida ante la asamblea de propietarios (C. Nac. Civ., sala F, antecedente citado y otro del 13/2/1980, ED 88-490). La Dra. Highton de Nolasco en el mismo voto mencionado anteriormente puso de resalto que el administrador inició la acción según instrucciones provenientes de asambleas, destacando que si bien éstas deben contar con quorum y mayorías suficientes, una vez realizadas y habiendo tomado determinaciones, no pueden desconocerse bajo la argumentación de la cantidad de propietarios presentes (antecedente cit. del 8/10/1996).No cabe duda de que si en ninguna de las tres asambleas en las que se trató la cuestión de la perra de los demandados se dispuso la modificación del reglamento, la prohibición sigue vigente. Si bien del fracaso por falta de quorum en la convocada específicamente para dejar sin efecto la cláusula puede extraerse que no hubo voluntad de los copropietarios ausentes para efectuar la reforma, esto no autoriza a concluir -como lo hace el sentenciante- que la asistencia a las otras dos asambleas de sólo seis y trece o catorce copropietarios en un edificio de veintiocho unidades, hace presumir que los ausentes no están molestos con la perra, ni tenían interés en la realización de este juicio, pues se trata de meras conjeturas del juzgador, sin el debido respaldo para constituir presunción, que en nada inciden para la solución del caso.

Por un lado, lo cierto es que no se dispuso por la vía pertinente la modificación reglamentaria y la vigencia de la cláusula que prohibe tener animales torna intrascendente que existan o no propietarios molestos. Por otro, en la asamblea del 27/4/1995, doce de los catorce copropietarios presentes decidieron votar por iniciar las acciones judiciales, uno por no hacer juicio y uno por la abstención, lo cual es revelador de que la promoción de esta acción fue decidida por la vía reglamentaria pertinente, única forma válida y eficaz para expresar la voluntad de los integrantes del consorcio de copropietarios.3. Si se ha violado la cláusula del reglamento que prohibe la tenencia de animales, surge el derecho de los integrantes del consorcio a reclamar el retiro del animal y la adopción de medidas tendientes al cese de la infracción. Pero cabe considerar ahora si se trata de un ejercicio abusivo del derecho como insinúa el juez por entender que la presencia del animal no causa daño y con el retiro forzoso se puede causar.

La jurisprudencia ha considerado que no media abuso de derecho por parte de un consorcio que requiere excluir animales del edificio, aun cuando con anterioridad ello fuera permitido. En todo caso la anterior conducta permisiva obsta a que para lo pasado se reclamen indemnizaciones u otras responsabilidades, pero no significa consentimiento para lo futuro, atendiendo a que de una irregularidad como es la tenencia de animales no

se derivan renuncias tácitas a las disposiciones reglamentarias (conf. arg. art. 874 CCiv.) (C. Nac. Civ., sala B, 29/10/1993, L. 134688, "Consorcio Florida 1065 v. Dergarabedian, María y otros s/cumplimiento de reglamento de copropiedad", voto del Dr. De Mundo; íd., sala F, antecedente cit. del 8/10/1996).La circunstancia de que la perito psiquiatra luego de señalar que "no es posible precisar qué tipo de alteraciones podrían presentarse en esta familia en el caso de alejamiento de la perra" haya expresado en términos más asertivos al responder las impugnaciones a fs. 190/192 en cuanto a los trastornos de índole depresivo de la Sra. Butler y a la alta probabilidad de sufrir trastornos emocionales en el caso de alejamiento compulsivo de la perra, a mi juicio no bastan para encuadrar el caso en la hipótesis de abuso de derecho, pues se trata de cuestiones en sí mismas ajenas a la relación contractual que regula el vínculo entre los coproietarios integrantes del consorcio. Los problemas emocionales que en términos generales puedan producirse en la familia Butler o más específicamente en la patología psiquiátrica de la esposa, no constituyen causa suficiente para apartarse de las normas estatutarias que regulan la convivencia, como para hacer prevalecer el interés individual sobre el colectivo. La decisión por la asamblea de encarar estas actuaciones y el mantenimiento de la prohibición de tener animales en el edificio, no configuran actos que contraríen los fines tenidos en mira por la ley al regular el régimen de la propiedad horizontal, o por el reglamento de copropiedad que impuso la prohibición. La probabilidad de que la aplicación de la ley genere algún perjuicio al incumplidor, no impide que el titular ejerza su derecho, ya que en su caso ese perjuicio podría ser un efecto no querido que derivaría de una causa ajena a la obligación exigible, cual es el estado psíquico o emocional de uno o de varios de los integrantes el grupo familiar.

La relación afectiva de los dueños con su perra y las secuelas sentimentales que pueda provocar una sentencia desfavorable a sus intereses, no pueden obstar a su dictado. Tampoco puede repercutir en la solución la probabilidad del agravamiento circunstancial de los trastornos depresivos de la Sra. de Butler mencionados por la perito, cuando se trata del ejercicio regular de un derecho proveniente del estatuto que rige la vida comunitaria. El reclamo del consorcio tampoco excede los límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres a que se refiere el art. 1071 CCiv. Más allá de que los copropietarios eventualmente decidan acceder voluntariamente, en actitud solidaria con los demandados, a admitir en forma excepcional la permanencia de la perra, a mi juicio las previsiones del artículo citado no alcanzan para imponer compulsivamente un comportamiento indulgente hacia los demandados, que importa un apartamiento de las normas comunitarias, siempre que no se conceda la excepción por la vía reglamentaria o se modifique la cláusula obstativa. No ha de soslayarse la actitud negligente de los demandados, quienes debieron advertir la existencia de la prohibición cuando compraron la unidad, teniendo en cuenta que años antes de esa adquisición ya tenían la perra. No es atendible imponer una solución contraria al interés común de los integrantes del consorcio hasta ahora manifestado mediante las normas reglamentarias y las asambleas realizadas en consecuencia.Cabe destacar que el consorcio ha procedido prudentemente y de conformidad con el reglamento de copropiedad en el tratamiento de las cuestiones relacionadas con la permanencia de la perra en la unidad de los demandados.

Esto puede observarse en las actas de las tres asambleas en las que se trató el tema. En la primera, realizada el 20/12/1994, donde el Sr. Butler pone de manifiesto que no conocía el reglamento y ante su pedido de tiempo para adoptar una decisión, la asamblea fija el lapso de noventa días para definir la situación. La segunda, el 7/4/1995, se convocó para tratar la reforma del reglamento en lo relativo a la tenencia de animales domésticos, pero no se logró la asistencia de los 2/3 del total necesarios para la modificación. La tercera, el 27/4/1995, donde se votó en favor de la iniciación de las acciones judiciales. Puede observarse la actitud firme para solucionar el problema, pero dando oportunidad a los demandados de encontrar una salida digna fijándose plazos y luego convocando a asamblea con miras a la modificación del reglamento, aunque con resultado negativo, para finalmente seguir la voluntad mayoritaria, de los consorcistas asistentes a la última de las asambleas mencionadas, de promover las acciones judiciales pertinentes.Por las consideraciones precedentes, voto porque se revoque la sentencia de fs. 226/231 y se haga lugar a la demanda, condenando a Santiago Butler y a Delfina C. Nicotera de Butler a retirar del edificio de la Av. de los Incas ... la perra que alojan en la unidad ..., fijándose el plazo de sesenta días; con las costas e ambas instancias a cargo de los demandados (art. 68 CPCC.).

El Dr. Posse Saguier, por razones análogas, adhirió al voto que antecede.Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se revoca la sentencia apelada de fs. 226/231 y se hace lugar a la demanda condenando a Santiago Butler y a Delfina C. Nicotera de Butler a retirar del edificio de la Av. de los Incas 3206/16 la perra que alojan en la unidad 3º B, en el plazo de sesenta días. Con las costas de ambas instancias a cargo de los demandados. Los honorarios se regularán una vez fijados los de primera instancia.- José L. Galmarini.- Fernando Posse Saguier. El Dr. Alterini no suscribe por encontrarse en uso de licencia compensatoria por desempeño en ferias judiciales. (Prosec.: Esteban R. Silveyra).NOTAS:(1) ALJA 1853-1958-1-319.

(C. Nac. Civ., sala D, 15/8/95 - Consorcio de Propietarios Lavalle 1459 v. Benbenaste, Moisés).

Con nota de JORGE A. ZAGO2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, agosto de 1995.- ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? El Dr. Bueres dijo:1. **La sentencia definitiva dictada a fs. 276 a 277 estimó la pretensión del ente actor y, en consecuencia, impuso al demandado el deber jurídico de retirar de su unidad de vivienda los tres perros que habitan allí con él en el plazo de quince días, bajo apercibimiento de que la expulsión** de los animales se realice con la intervención de una institución especializada. Las costas causídicas fueron impuestas al perdidoso.Apeló este último sobre el fondo de las cuestiones y expresó agravios a fs. 298 a 299, los cuales fueron contestados a fs. 303 a 306 vta.2.a) Se agravia el recurrente dado que el sentenciante habría omitido tener en cuenta que el reglamento de copropiedad y administración -y en todo caso el reglamento interno del edificio-, hiere los principios que informan el art. 19 CN. y el art. 11 Pacto de San José de Costa Rica.Discrepo radicalmente con el planteo. **Las normas que rigen la vida del consorcio, ratificadas incluso por asamblea del 25/11/91, no vulneran ningún principio constitucional**. Los copropietarios de un edificio dividido en propiedad horizontal pueden autorizar o excluir la realización de ciertas actividades o la introducción de objetos inanimados o animales en el inmueble, sin menoscabo alguno de las disposiciones de orden superior, en tanto en cuanto tales actividades, objetos, animales, etc., no sean esenciales para el normal desenvolvimiento de la vida consorcial. Mutatis mutandi serían descalificables las normas que prohíben el ingreso de personas con animales a locales de comercio, apartamentos de verano, balnearios privados, hoteles, etc. Y a nadie -hasta donde yo sepa- se le ha ocurrido discutir la validez de las susodichas preceptivas, que sin duda se establecen por razones de respeto al prójimo, más allá de las apetencias de las personas aisladamente consideradas. En un derecho solidarista, como el que prácticamente impera en todas las legislaciones del mundo civilizado, en mayor o menor medida (conf. Hernández Gil, Antonio, "Derecho de las obligaciones", Ed. Centro de Estudiantes Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983, ps. 232 y ss.), aunque queda descontado por su obviedad que no cabe hablar de Estado o de orden jurídico sin la existencia de las libertades individuales, tampoco se puede perder de vista que el derecho enfoca al hombre en coexistencia y no en mera existencia, universal y no nominalísticamente, ya que ello es de la esencia de lo justo, entendido esto, al cabo, como una situación de proporción, de simetría, "de conjunto"- pues como bien se afirmó, lo "justo" es un valor d'ensemble, es decir, de conjunto (Villey, Michel, "Los fundadores de la escuela moderna de derecho natural", Bs. As., Ed. Ghersi, trad. C. R. S., 1978, p. 77. Ver mi monografía "El acto ilícito", Bs. As., Ed. Hammurabi, 1986, ps. 72 y 73, en especial).Tampoco al pedir la expulsión de los perros del edificio, por existir una contravención reglamentaria -más allá de que, sin defecto de ello, se discurra más adelante acerca de si existen o no existen molestias para los consorcistas-, conculca las directivas del Pacto de San José de Costa Rica, puesto que, por lo dicho y por lo que diré a seguido, no queda afectada la vida privada de los individuos y mucho menos (va de soi) la honra y las reputaciones de tales individuos.En rigor, si supongo en mero tren de conjeturas y via argüendi que el tener un perro hace al libre desarrollo de la personalidad en alguna de sus variadas gamas, lo cierto es que en tal caso resulta lógico concluir que el dueño del perro debe ir a vivir a un lugar donde no le esté prohibido el ejercicio de dicha prerrogativa, pues, según he insinuado, también existe un ámbito de libertad de los miembros del consorcio contemplado en el estatuto, de signo contrario. Y esta última prerrogativa no puede soslayarse sin más so color de una aplicación automática y preeminente de la que aduce el demandado.Por otro lado, vivir con tres perros grandes (ovejeros belgas) en un pequeño -por no decir pequeñísimo- departamento de un ambiente (que ni siquiera tienen cocina sino kichenette), puede satisfacer necesidades y aspiraciones del titular de los animales, pero no parece ser beneficioso para éstos, quienes indiscutiblemente, por sus características, reclaman un habitat más apropiado. No se me oculta que podrá decírseme que este asunto no está en cuestión en el litigio, pero sin embargo creo que él contribuye a ponderar la dimensión de la afirmada libertad del demandado, que no puede ser irrestricta. También podrá aducirse que los animales no son personas, vale decir que no son titulares de derechos. Pero esto, sin dejar de ser rigurosamente verdadero, no oculta que las leyes protectoras de animales en los más amplios sentidos o direcciones, tienen en mira al hombre como tal y como ser gregario, sea para prevenirlo de enfermedades transmisivas, sea para evitar que se desarrollen en él apetios de crueldad, bien para impedir que exista una inaceptable desconsideración por los animales en correspondencia con las buenas costumbres (conf. Arauz Castex, Manuel, "Derecho Civil. Parte General", t. I, Bs. As., Ed. Etja, 1965, p. 208, n. 346).Si el individuo precisara de los animales para colmar sus ansias de libertad, debería hacerlo en condiciones que no perjudicaran a los demás -ni siquiera a los propios animales- pues de lo contrario la concreción de su libertad entrañaría un abuso del concepto, sólo explicable en un ambiente de exagerado individualismo y subjetivismo. En el recientísimo "Congreso de Homenaje al 50 aniversario de las Naciones Unidas", celebrado en Buenos Aires, entre el 26 y el 28 de junio ppdo., en la comisión que estudió el tema "Responsabilidad derivada de los derechos personalísimos. Su posible cobertura", se afirmó que la "sociedad tiene derechos frente a los derechos personalísimos, razón por la cual debe reconstruirse la idea de ella (de sociedad), exigiéndose ciertos sacrificios individuales" (Mosset Iturraspe). Y asimismo, se puso de manifiesto "la condición bidimensional de la persona humana, hecho del que se tiene que lo

individual y lo social no son incompatibles sino complementarios" (Fernández Sessarego) -sobre el problema del equilibrio entre lo individual y lo social, véase Martínez de Aguirre y Aldaz, Carlos, "El Derecho Civil a finales del siglo XX", Madrid, Ed. Tecnos, 1991, ps. 139 y ss., y sus referencias a los pensamientos de Galasso, Ciam y Gil Rodríguez, en especial).En resumidas cuentas, cabe desechar las ideas de que la prohibición reglamentaria, en sí y por sí considerada, conculque las garantías constitucionales y del Pacto de San José de Costa Rica mencionadas en el escrito de agravios.b) El recurrente impugna el decisorio de grado, puesto que, según él, no se tuvo en cuenta que el estatuto del consorcio contradice lo dispuesto por el art. 2618 CC. Estimo que no le asiste razón alguna, dado que los copropietarios pueden establecer prohibiciones reglamentarias, que de ser violadas contrarían la norma del art. 6 ap. a último supuesto ley 13512 , en la medida en que ésta veda a dichos sujetos (los copropietarios) destinar unidades a fines distintos de los previstos en el reglamento de copropiedad y administración. Este precepto que de entrada rige el asunto -más allá de las reflexiones que haré más adelante sobre su vigencia y el instituto previsto por el art. 1071-, ni siquiera es examinado por el apelante. Sin perjuicio de ello, el susodicho art. 6 ap. b ley 13512 alude a la relevancia de las molestias excesivas como elementos transgresores de la norma -en concordancia con el art. 2618 CC. -.c) En verdad, la doctrina y la jurisprudencia se ocuparon de este asunto arribando a conclusiones más o menos rígidas. El panorama puede sintetizarse de la siguiente manera: 1) Un sector de la opinión conceptúa que la prohibición de tener animales contenida en el estatuto es de suyo bastante para que se ordene al propietario de un perro (o de otro animal) el retirarlo, aunque no se ocasionen molestias a los restantes copropietarios (C. Nac. Civ., sala "A", 29/10/68, ED 27-419, idem, 31/5/73, ED 49-232, sala D, 16/12/76, LL Rep. Gral. XXXVIII, J-Z, sum. 27, p. 1526). 2) Con arreglo a otro criterio, se ha dicho que la prohibición de tener animales contenida en el reglamento interno no puede ser entendida en términos absolutos; pero su generalidad, que alcanza a todos los animales que pueden causar molestias, tiene por fin impedir que se aumente la tenencia de animales en los departamentos o evitar la discusión sobre cuáles son los que ocasionan tales molestias, ya que por lo general ninguno de los copropietarios admite que sea el animal propio (C. Nac. Esp. Civ. y Com., sala 4ª, 17/6/81, LL 1981-D-486). En rigor, este criterio, cuando menos así enunciado, no difiere mayormente del anterior, dado que si la prohibición tiene por fin evitar que cada copropietario introduzca animales a su arbitrio y toda ulterior discusión en derredor de si se causan o no se causan molestias, no advierto el relativismo de la prohibición genérica contenida en el estatuto (¿en qué queda pues aquéllo de que la norma que veda tener animales no puede entenderse en términos absolutos?). 3) Por último, se consideró que si los animales producen molestias, cabe desalojarlos de las unidades que habitan, haya o no prohibición de tener animales en el reglamento (C. Nac. Civ., sala D, 29/2/72, LL 149-44; sala E, 1/8/68, ED 27-420). Sobre todas las cuestiones expuestas en el presente párrafo, véanse para una ampliación: Papaño, Ricardo J.-Kiper, Claudio M.-Dillon, Gregorio A. y Causse, Jorge R., "Derechos Reales", t. II, Bs. As., Ed. Depalma, 1990, p. 38; Borda, Guillermo, A., "Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales", Bs. As., Ed. Abeledo-Perrot, 1975, p. 564, n. 694).Visto así el asunto, en el primer caso (1) hay una aplicación de la norma del art. 6 ap. a último supuesto ley 13512 (fines distintos de los previstos en el estatuto). En el segundo caso (2) podría entenderse que también rige la norma citada, idéntico apartado y supuesto, y quizás la del ap. b de ella, aunque la interpretación de tal doctrina judicial genera cierta perplejidad a tales fines por la contradicción señalada ut supra. En lo que atañe al tercer supuesto (3), si hay prohibición reglamentaria y molestias ocasionadas por los animales la cuestión estará gobernada por el art. 6 ap. a último supuesto, y por el ap. b, mientras que si no hay prohibición reglamentaria y se causan molestias ha de regir el ap. b. En todo caso en que promedian molestias, el art. 6 aludido de forma reiterada (ap. b), vendrá a concordar con las directivas que dimanan del art. 2618 CC. A mi juicio, si hay una violación del reglamento y no se vislumbra la existencia de una conducta abusiva (art. 1071), cabe disponer el retiro de los animales introducidos por un copropietario, aunque no ocasionen a los demás perjuicios "objetivos" (o sea, molestias concretas de cualquier índole). Estimo que si bien en algunos casos el perjuicio "objetivo" puede ser importante para ponderar si media o no media un abuso del derecho, en otras ocasiones la simple presencia de la "situación fáctica" puesta en evidencia es suficiente para determinar la inexistencia de un desvío en el derecho de los copropietarios de incluir la cláusula prohibitiva en el reglamento. En tal sentido, advierto que es perfectamente lícito que los consorcistas no quieran habitar el inmueble con animales, ni viajar en los ascensores con ellos. O que quieran evitar que se multiple el número de animales y de especies dentro de las unidades, o que algún copropietario no mantenga el animal en su propiedad en condiciones de higiene o que no controle las enfermedades que éste pueda contraer o, en fin, que exista la posibilidad de que se introduzcan animales que causan molestias en general -circunstancia que dará lugar a discusiones, planteos y aún litigios, que bien pueden evitarse- (perjuicios "subjetivos").En el caso sometido a estudio, no se discute que el reglamento de copropiedad, el reglamento interno y la asamblea del 25/11/91 han vedado la tenencia de animales. Y estimo con respecto a la situación del demandado, que no hay razones para dejar de aplicar las normas estatutarias, puesto que de ello no se sigue ninguna situación abusiva. Repárese que aquí no está en cuestión la tenencia de un canario -como insinúa el recurrente en la expresión de agravios para sustentar su postura-, ni siquiera de un gato que no sale de la unidad, ni de un pequeño perro, que no

se hace oír y que es trasladado a la calle por la escalera o por el área de servicio o en horas en que no hay prácticamente tránsito de personas por la zona de acceso al edificio. El demandado tiene en un ambiente de escasa superficie nada más ni nada menos que tres perros ovejeros belgas. Esta sola circunstancia y la falta de prueba concluyente, como diré más adelante, para revelar que la prerrogativa de los consorcistas es ejercida de una manera antifinalista, me llevan a la convicción de que la pretensión es procedente por la sola aplicación del reglamento de copropiedad y de las cláusulas correlativas y del art. 6 ap. a último supuesto ley 13512 (1).d) Obiter dicta analizaré si los animales del demandado ocasionan molestias a los miembros de la comunidad. Al respecto, advierto que el consorcio aportó el testimonio de los dos encargados del edificio (fs. 223 y 223 vta. y fs. 225 y 225 vta.). quienes sostienen que los perros a veces producen olores, emiten ladridos, se acercan a la gente que transita por los pasillos -más allá de que no sean agresivos-, etc. Por su lado, el demandado aportó las declaraciones de cinco personas, quienes, en líneas generales, se expiden en el sentido de que los animales no producen perjuicios "objetivos" (molestias).Como quiera que sea, coincido con el juez de grado en cuanto a que los testimonios contradictorios o encontrados se neutralizan. Así, los encargados son dependientes del consorcio; y si bien Benbenaste integra el ente, no puedo obviar que es sólo uno de sus miembros. Por lo que se refiere a los testigos del demandado, todos son sospechosos de parcialidad. La testigo que expone a fs. 224 y 224 vta., no es propietaria sino inquilina, utiliza el teléfono del demandado, tuvo gatos en su unidad y, además, protagonizó serios incidentes con el administrador del edificio. La testigo que expone a fs. 240 a 241 también es inquilina, tiene una buena relación con el demandado, utiliza el teléfono de éste y dice tener interés en el pleito en la medida en que desea el éxito de Benbenaste (cabe destacar que el propietario del departamento locado por la exponente votó por el retiro de los perros en la asamblea que trató el asunto). La testigo que declara a fs. 241 a 242 vta. tuvo una perra durante dieciséis años, y dice poseer interés en que el demandado salga triunfante en este litigio. El declarante que expone a fs. 242 y 242 vta. es inquilino, utiliza el teléfono de Benbenaste por gentileza de éste, y es hijo y vive con la testigo que declara a fs. 224 y 224 vta., la cual -conforme dije- se encuentra enemistada con el administrador del consorcio. Por último, el testigo cuyos dichos están agregados a fs. 243 y 243 vta., es inquilino de una oficina, no va a las reuniones del consorcio, utiliza el teléfono del demandado y va a buscar hielo en el verano al departamento de éste.Hay, pues, según adelanté, una neutralización de los dichos de los testigos. Pero a más de coincidir en esto con el sentenciante, también estoy de acuerdo con su conclusión acerca de que cabe presumir que los perros del demandado generan molestias (y nada se probó en contrario). En breve síntesis, paso a exponer los motivos en que baso esta afirmación: 1) He puesto de manifiesto de forma reiterada que Benbenaste tiene un pequeño departamento en el que habita con tres grandes perros ovejeros belgas, indicio que de por sí es relevante para deducir una presunción en su contra. 2) Por asamblea del 25/11/91, los copropietarios decidieron intimar al demandado a retirar los animales. Luego, la actitud del grupo, más allá de la subjetividad de algún consorcista, hace suponer que los canes causaban trastornos en la vecindad. 3) El demandado fue intimado por carta documento, comprobada en su autenticidad, el 26/2/92 y no constestó (fs. 189 y 191). En torno de tal acto, no se me escapa que la doctrina resaltó alguna vez, con mi asentimiento -y lo propio hizo la sala D en su anterior composición-, que la buena fe lealtad o probidad (art. 1198 párr. 1), que debió observar Benbenaste suministrando explicaciones al ser requerido, no es de suyo suficiente para erigirse en fuente de "un deber de expedirse por la ley", en enlace con la primera excepción a la regla general establecida por el art. 919 en relación con el silencio. Pero aunque así no fuera, la buena fe que no observó el demandado pone de manifiesto su desaprensión por atender los deseos y las necesidades comunitarias, ya que hubiera sido lógico que Benbenaste -que habita en el edificio desde 1976-, justificara sus procederes -o por lo menos intentara hacerlo-, en vista de que violó el reglamento de copropiedad, el reglamento interno y la decisión de la asamblea del 25/11/91.Frente a ello, y habida cuenta de que exste un "déficit" probatorio con respecto a la inexistencia de molestias, entiendo que el demandado debe cargar con las consecuencias desfavorables de las presunciones que pesan en su contra, pues el tenor de los hechos relacionados le imponía aportar una prueba de descargo eficaz y no traer al juicio la declaración de personas interesadas en el pleito por distintas motivaciones (y en su inmensa mayoría inquilinos de las unidades que ocupan).e) Cabe poner de relieve que la opinión de la "Sociedad Protectora de Animales" acerca de que una cláusula reglamentaria prohibitiva de tener animales en un consorcio sería abusiva, excepto que de ello se causaran molestias, es absolutamente irrelevante. La ponderación del abuso del derecho y la inteligencia de una cláusula como la mencionada, así como la convicción en punto a si existen molestias para los vecinos, es asunto que compete de manera exclusiva a los jueces -art. 15 ley 13512 - (conf. Papaño, Ricardo J.-Kiper, Claudio M.-Dillon, Gregorio A.y Causse, Jorge R., "Derechos Reales", t. II, Bs. As., Ed. Depalma, 1990, p. 38). En cualquier caso, he arribado al convencimiento de que en el caso puntual de autos existen molestias.También debo asentar que el hecho de que otros hayan tenido perros, gatos, etc. en el consorcio, no crea ningún derecho en cabeza del demandado para tener animales. Por lo demás, el demandado ingresó al consorcio cuando ya el estatuto contenía la prohibición, circunstancia ésta que contribuye para ponderar la "funcionalidad" de la prerrogativa jurídica de los copropietarios de expulsar los animales, ya que Benbenaste no puede sostener en situación semejante que existía un

estado de hecho validado normativamente, que se cambió con mala fe o al menos con exceso a posteriori. Por fin, el derecho de los consorcistas no se menoscaba por no haber sido ejercitado durante un tiempo, pues, antes al contrario, dicha prerrogativa se mantiene intacta al no existir hechos jurídicos extintivos, en virtud del principio de "inercia jurídica".3. Por estas consideraciones y, si mi voto es compartido, propongo que se confirme la sentencia en todas sus partes, con costas al demandado en ambas instancias (art. 68 CPR.).Los Dres. Kiper y Mercante, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Bueres, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia en todas sus partes, con costas al demandado en ambas instancias (art. 68 CPR.). (Omissis...).- Alberto J. Bueres.- Claudio M. Kiper.- Domingo A. Mercante.(1) ALJA (1853-1958) 1-419.NORMAS QUE RIGEN LA VIDA CONSORCIAL. RELACIÓN CORRECTA ENTRE EL REGLAMENTO Y LA NORMA CONSTITUCIONALPor JORGE A. ZAGOSUMARIO: I. Alcance del fallo que vamos a comentar.- II. La cuestión planteada.- III. La primera cuestión: "Alcance y valor del reglamento de copropiedad, conforme a las disposiciones de la ley 13512".- IV. Su obligatoriedad para los consorcistas.- V. Correcta interpretación del orden jerárquico en función compartida de las diferentes normas entre sí.- VI. La verdadera protección que debe prestarse a los animales.I. ALCANCE DEL FALLO QUE VAMOS A COMENTAREn este muy singular fallo de la Cám. Apels. Civ. de la Capital Federal, sala D, se trata con notable claridad la problemática que se puede derivar del acatamiento que se debe al reglamento de copropiedad horizontal, que debe regular la normal convivencia en un edificio afectado al régimen de la ley 13512 (ALJA [1853-1958] 1-419). Se contempla atenta la fundamentación del recurso concedido la posible incidencia que en este tipo de normatividad surgida de la creación del consorcio puede producirse si estuviese el mismo en contradicción con la normatividad fondal de la Constitución Nacional (LA 1995-A-26) reformada art. 19 y con los Pactos que conforme el nuevo art. 75 inc. 22 tienen jerarquía superior a las leyes.Es decir el fallo, cuyas conclusiones desde ya anticipamos que compartimos, resulta trascendente en la medida en que puntualiza con sujeción a la normatividad de nuestro Derecho positivo, aun de alcance constitucional, las prerrogativas de que pueden valerse los miembros del consorcio, quienes deben adecuar su conducta en forma racional y coherente con elementales principios de convivencia, debiendo además no distorsionar la realidad con antojadizas interpretaciones de presupuestos jurídicos respecto del alcance de la normatividad de nuestra Carta Magna o de los tratados internacionales en relación con lo preceptuado por el respectivo reglamento de copropiedad, que es la norma que debe presidir la vida del consorcio. Resulta en consecuencia necesario ubicarnos en la temática debatida en autos para poder extraer las conclusiones adecuadas que hacen al hacer personal de los diferentes miembros del consorcio,como también el alcance que deben tener los reglamentos dictados de conformidad con la ley 13512 que hacen a la real regulación normativa de la institución, y finalmente cuál es la verdadera protección de los animales, cuál es su alcance; tratando de no distorsionar, en aras de intereses mezquinos, situaciones fácticas que en definitiva perjudican tanto a los restantes consorcistas, como también a los animales a quienes se dice querer proteger.II. LA CUESTIÓN PLANTEADAAnte el fallo de 1ª instancia que hizo lugar a la pretensión del ente actor, imponiendo al demandado el deber jurídico de retirar de su unidad de vivienda los tres perros ovejeros belgas que habitan allí con él en un plazo de quince días, bajo los apercibimientos contenidos en la sentencia que resultaban ser que la expulsión de los animales se realizara en caso de no cumplirla el demandado, con intervención de una institución especializada.Los agravios tenían su fundamento en que el reglamento de copropiedad y administración -y en todo caso el reglamento interno del edificio- contradicen los principios que informan el art. 19 CN. y el art. 11 Pacto de San José de Costa Rica, violando el sentido de la privacidad que consagra el mencionado art. 19 al proclamar que: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".En consecuencia podemos admitir que la temática del fallo cuyo análisis realizamos, se centra en las siguientes cuestiones fundamentales:1) Alcance y valor del reglamento de copropiedad, conforme las disposiciones de la ley 13512 ;2) Su obligatoriedad para los consorcistas;3) La correcta interpretación del orden jerárquico en función comparativa de las diferentes normas entre sí;4) ¿Cuál resulta la verdadera protección que debe prestarse a los animales?Nosotros trataremos en ese orden el valioso fallo de la Cámara Civil, para tratar de puntualizar sus trascendentes consecuencias jurídicas, como sus importantes valoraciones del derecho individual y también del solidarista que impera en la sociedad moderna que existe en la actualidad.III. LA PRIMERA CUESTIÓN: "ALCANCE Y VALOR DEL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD, CONFORME LAS DISPOSICIONES DE LA LEY 13512"Sabemos que conforme el art. 9 ley 13512 : "Al constituirse el consorcio de propietarios, deberá acordar y redactar un reglamento de copropiedad y administración, por acto de escritura pública que se inscribirá en el Registro de la Propiedad. Dicho reglamento sólo podrá modificarse por resolución de los propietarios, mediante una mayoría no menor de dos tercios. Esta modificación deberá también consignarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad...". Luego el artículo enumera cuáles son los puntos que el reglamento deberá proveer obligatoriamente.Por ello se entiende que resulta ser el reglamento de

copropiedad el que regulará la marcha del consorcio, al que deberán estar sujetos los integrantes del mismo. Es decir, al adquirir una propiedad conforme la ley 13512, quien resultará en adelante integrante del consorcio se someterá a las disposiciones de dicho reglamento, al que quedará obligado como si fuese un suscriptor más del mismo. Serán además las resoluciones que se adopten conforme la mayoría establecida en la respectiva asamblea las que regularán todo lo concerniente a la marcha jurídica del edificio y a las relaciones que tendrán entre sí los diferentes consorcistas, quienes no podrán jamás alegar desconocimiento de tal normatividad. Coincidimos en un todo con el autorizado voto en cuanto el vocal opinante, Dr. Bueres entiende que los copropietarios de un edificio dividido en propiedad horizontal puedan autorizar o excluir la realización de ciertas actividades o la introducción de objetos inanimados o animales en el inmueble, sin menoscabo alguno a las disposiciones de orden superior, en tanto y en cuanto tales actividades, objetos, animales, etc. no sean esenciales para el normal desenvolvimiento de la vida consorcial.IV. SU OBLIGATORIEDAD PARA LOS CONSORCISTASConforme lo venimos diciendo, en consecuencia, todo consorcista está obligado al acatamiento estricto del reglamento de copropiedad, a las disposiciones emanadas de las respectivas asambleas, donde los consorcistas actúan con voz y voto y deciden por la mayoría establecida todo lo concerniente a la marcha del consorcio, lo que debe ser respetado por los distintos integrantes del mismo. Como bien lo afirma Bueres: "Y a nadie -hasta que yo sepa- se le ha ocurrido discutir la validez de las susodichas preceptivas, que sin duda se establecen por razones de respeto al prójimo, más allá de las apetencias de las personas aisladamente consideradas. En un derecho solidarista, como el que prácticamente impera en todas las legislaciones del mundo civilizado, en mayor o menor medida, aunque queda descontado por su obviedad que no cabe hablar de Estado o de orden jurídico sin la existencia de las libertades individuales, tampoco se puede perder de vista que el Derecho enfoca al hombre en coexistencia, universal y no nominalísticamente, ya que ello es de la esencia de lo justo, entendido ésto, al cabo como una situación de proporción, de simetría, de conjunto, pues como bien se afirmó lo justo es un valor d'ensemble, es decir, de conjunto...".Por ello todo consorcista está obligado a cumplir y respetar la normatividad fondal que hace a la existencia y marcha de todo el andamiaje jurídico que sustenta la vida jurídica imperativa que debe primar en el consorcio. Pretender como lo hace el demandado que a él le asiste un derecho personal por sobre el derecho de los restantes integrantes del consorcio no es otra cosa que desconocer la existencia y necesidad de un orden que debe imperar para permitir la coexistencia pacífica y armoniosa en todo edificio regido por la ley 13512.La voluntad individual no puede hacerse valer sin el necesario y lógico respeto de las más elementales normas de convivencia y nadie puede pretender que su derecho tiene primacía y debe ser respetado in limine fundado en una postura excluyente de las posibles contingencias disvaliosas que su hacer provoque a los restantes miembros del consorcio o de la sociedad que lo rodea. Ya no se concibe la existencia de un derecho individual, con prerrogativas de imponerse y de lograr acatamiento de los otros miembros de la ociedad, cuando tal derecho está vulnerando casualmente los intereses de los restantes individuos y su normal convivencia, y violentando normas impuestas por un reglamento de copropiedad y por las resoluciones de Asambleas constituídas en un todo conforme con las disposiciones que rigen en todo consorcio.V. CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL ORDEN JERÁRQUICO EN FUNCIÓN COMPARATIVA DE LAS DIFERENTES NORMAS ENTRE SITambién coincidimos en un todo con lo establecido en el fallo que comentamos en el sentido de que el pedido de expulsión de los perros del edificio, por existir una contravención reglamentaria, pueda entenderse que conculca las directivas del Pacto de San José de Costa Rica, incorporadas en el texto reformado de nuestra Constitución Nacional, art. 75 inc. 22, como tampoco a los arts. 14 , 17 y 19 del texto de nuestra Carta Magna. No tenemos dudas en afirmar que la pretendida conclusión resulta artificiosa y carente de relevancia jurídica, no sustentada ni en los presupuestos constitucionales referenciados ni tampoco en lo establecido en el mencionado Pacto de San José de Costa Rica.Tales derechos deben ser interpretados, como bien se hace en el fallo, en un contexto social propio y coherente y la reconocida inviolabilidad de la propiedad privada no puede servir ni ser motivo de un abuso incontrolado e incontrolable de un propietario en perjuicio de los restantes miembros del consorcio. Debemos tener presente que como lo refieren Dromi-Menem (Dromi, Roberto-Menem, Eduardo, "La Constitución reformada, comentada, interpretada y concordada", Bs. As., Ed. Ciudad Argentina, 1994, p. 257), citando a Cafiero, "La razón filosófica que inspira este ordenamiento de la jerarquía normativa constitucional, fue expuesta en la propia Convención Constituyente. Los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana, conforman una obligación para todos, erga omnes y todo Estado debe estar jurídicamente interesado en la protección del derecho del hombre. El Estado no puede sustraerse de su responsabilidad con el pretexto de que es un ámbito -esencialmente- de su competencia nacional con un concepto antiguo de la soberanía, porque, de lo que se trata es de la protección internacional. La persona es el sujeto del Derecho internacional", lo que no implica que tales preceptos surgidos en el respeto y consideración del ser humano como tal, puedan ser conculcados cuando éste debe acatar una normatividad que como integrante de un consorcio debía conocer y fundamentalmente respetar por consideración a la comunidad toda.La anarquía insensata que se produciría como consecuencia de un derecho-supra individual choca con las más elementales normas del causalmente derecho de las restantes personas que debemos considerar y

respetar. Si bien reconocemos que los tratados modernos sobre derechos humanos en general, no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y su fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Lo que no quiere decir que podamos justificar antojadizas prerrogativas individuales que sólo sirven para satisfacer situaciones de hecho que se pretenden conservar en oposición directa con las más elementales normas jurídicas y de elemental convivencia.VI. LA VERDADERA PROTECCIÓN QUE DEBE PRESTARSE A LOS ANIMALESTambién compartimos en integridad la postura tan claramente sustentada por Bueres, en el sentido de que: "Por otro lado, vivir con tres perros grandes (ovejeros belgas), en un pequeño -por no decir pequeñísimo- departamento de un ambiente (que ni siquiera tiene cocina, sino kichenette), puede satisfacer necesidades y aspiraciones del titular de los animales, pero no parece ser beneficioso para éstos, quienes indiscutiblemente, por sus características, reclaman un habitat más apropiado". Coincidimos en el comentario que sigue efectuado por el destacado camarista en el sentido de que el asunto contribuye a ponderar la dimensión de la afirmada libertad del demandado, que lógicamente no puede ser irrestricta.Admitimos compartiendo que si el individuo precisara de los animales para colmar sus ansias de libertad, debería por lo menos hacerlo en condiciones que no perjudiquen a los demás -ni siquiera a los propios animales- pues de lo contrario la concreción de su libertad entrañaría un abuso del concepto, sólo explicable en un ambiente de exagerado individualismo y subjetivismo. Entendemos que por las connotaciones acreditadas y probadas en autos, el habitat, de los animales (tres grandes ovejeros belgas) no es casualmente un departamento de un solo ambiente, que ni siquiera tiene cocina. En él resulta lógico presumir que dichos animalesestán en permanente situación disvaliosa, totalmente contraria a sus más elementales necesidades.Resulta casualmente contraria a la protección que debe dárseles a animales de las características de los de autos, el hacerlos vivir en un pequeñísimo departamento, donde su actividad genera evidentemente perjuicios a los restantes consorcistas y a la integridad toda del edificio. Si a ello agregamos las prohibiciones reglamentarias, conocidas por el demandado antes de adquirir su departamento y antes de mudarse a vivir en él debemos concluir que el fallo de la Cámara es totalmente justo y acertado.Por todo lo expuesto es que coincidiendo en un todo con el enjundioso voto del Dr. Bueres, compartido por los restantes vocales de la sala, entendemos, por las consideraciones que dejamos expuestas que:1) Existe un reglamentode copropiedad al que los consorcistas deben someterse, como partes integrantes del consorcio; como también a lo resuelto en las respectivas asambleas celebradas en el mismo;2) Debemos admitir, como lo hace el Dr. Bueres que en un derecho solidarista, como el que prácticamente impera en todas las legislaciones del mundo civilizado, en mayor o menor medida, aunque queda descontado por su obviedad que no cabe hablar de Estado o de orden jurídico sin la existencia de libertades individuales, tampoco se puede perder de vista que el Derecho enfoca al hombre en coexistencia y no en mera existencia, universal y no nominalísticamente, ya que ello es de esencia de lo justo, entendido esto, al cabo, como una situación de proporción, de simetría, de conjunto, pues como bien se afirmó, lo justo es un valor d'ensemble, es decir de conjunto.3) Que no existe en modo alguno oposición o posibilidad de que se consideren conculcados con tal cumplimiento ni principios constitucionales ni tampoco lo normado por el Pacto de San José de Costa Rica, arbitrariamente invocado en el respectivo memorial.4) Que resulta necesario tener presente la protección verdadera de los animales a quienes se pretende proteger, tratando de que los mismos vivan en un habitat apropiado y acorde con sus necesidades, las que evidentemente no están satisfechas en el muy reducido departamento que ocupa el demandado perdidoso en la apelación. Debe existir razonabilidad, como ocurrió en el fallo comentado, para merituar pretensiones individualistas, que no se fundamentan en la defensa de pretendidos derechos que hacen a los animales y que por el contrario sólo satisfacen prerrogativas individuales ostentadas en desmedro del consorcio todo y de la normal pacífica convivencia.* * *

ACTO INEXISTENTE. Transmisión a non domino de inmueble perteneciente a la fallida. Ineficacia de las sucesivas enajenaciones. Inoponibilidad a la quiebra. TERCER ADQUIRENTE DE BUENA FE A TITULO ONEROSO. Condena a restituir el inmueble a la quiebra

"Yatagan S.C.A. y Winterhalder s/art. 123 de la Ley 19551 s/ordinario" - CNCOM - SALA B - 28/10/2005

"Los actos celebrados sin la intervención de un sujeto necesariamente habilitado para su realización son inexistentes."

"Si el acto por el cual se 'adquirió' un bien de quien no era propietario es evidenciado, no corresponde dejar en cabeza del subadquirente del dominio de la cosa so pretexto de la apariencia, pues conculcaría el derecho constitucional de propiedad del verdadero dueño (CNCiv., Sala G, 10/5/1984, JA, 1985-I-378; ídem, Sala E, 20/3/1996, JA, 1997-III-50). El tercero que adquiere un inmueble de quien no era su dueño, sino de quien lo sustituyó fraudulentamente, fue victima -de no conocer tal circunstancia- de un delito cuyas consecuencias (v.gr. sucesivas transferencias) son inoponibles al verdadero propietario de aquél (cnfr. Belluscio - Zannoni, "Código Civil...", t. 4, ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 733)."

"En vano invoca el subadquirente su buena fe y la onerosidad de su contraprestación, porque quien le transmitió el derecho aparente no lo tenía al tiempo del acto escriturario, sino en virtud de un acto inexistente emanado de quien carecía de potestades para ello (Llambías, Jorge, J, "Nulidad y terceros de buena fe", LL, 1979-D, pág. 196/197). "

"**La condición de tercer adquirente de buena fe a título oneroso es insustancial, ya que en el acto inexistente falta un elemento esencial para su formación que constituye una apariencia sin realidad jurídica**(cnfr. Gaudet, Serge, "Inexistence, nullité e annulabilité du contrat: essai de synthése", Revue de Droit de Mc. Gill, vol. 40, nro. 2, 1995, pág. 291/363)."

"En el caso, nos encontramos ante dos transmisiones a 'non dominio', es decir, sin 'autoría' del propietario (CNCiv., Sala E, 5/3/1986, JA, 1986-IV-113). Por ello **el tercero carece de amparo jurídico para repeler la acción reipersecutoria del propietario despojado mediante una falsificación en la que no intervino. Por encima de las razones basadas en la apariencia y la buena fe, se encuentra el derecho del propietario, a quien deben volver los bienes involucrados con prioridad** (v. Morello, Augusto M., "Inexistencia y nulidad del contrato", en "Contratos...", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, ed. Abeledo Perrot, 1997, pág. 200, pág. 211)."

"Por lo expuesto, **los actos impugnados deben reputarse jurídicamente inexistentes, en tanto para su concreción se utilizaron documentos falsificados, sobre los que no pueden sustentarse transmisiones ulteriores, en detrimento del propietario defraudado, que no intervino en tales actos** (Cifuentes, Santos, "Negocio jurídico", ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 568/660; Martínez Ruiz, Roberto, "A casi dos décadas de la reforma del Código Civil", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, nro. 25, Buenos Aires, 1987, págs. 315 y ss.; ver también en contra in extenso Carneiro - Nieto Blanc - Buteler, "El problema de la clasificación de las nulidades", en "Estudios de Derecho Civil...", ed. Depalma, Buenos Aires, 1958, pág. 180; Spota, Alberto G., "Tratado de Derecho Civil", t. V, ed. Depalma, Buenos Aires, 1960, pág. 205 y ss.; Lloveras de Resk, María E., "Tratado teórico práctico de las nulidades", ed. Depalma, Buenos Aires, 1985; Zanonni, Eduardo A., "Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos", ed. Astrea, Buenos Aires, 1986; Mosset Iturraspe, Jorge, "Contratos", ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, pág. 201; entre otros)."

"**Las transmisiones de dominio realizadas por quien no era propietario sobre la base de una falsedad material o documental, no surte efectos ni siquiera respecto de terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso. En tales casos se protege con mayor énfasis al verdadero propietario que ha sido totalmente ajeno a la maniobra (cnfr. Belluscio - Zannoni, "Código Civil...", t. 4, ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 733)."**

"En casos como el de autos, **los subadquirentes de buena fe quedarán desamparados frente al propietario real del inmueble, pero no ante los autores o cómplices de las falsificadores, contra quienes conservarán acciones resarcitorias por los daños sufridos** (cnfr. Belluscio, Augusto, "La teoría de la inexistencia", en "Estudios de Derecho Privado...", pág. 84 y ss.; Belluscio, Augusto, "Derecho de Familia", t. II, pág. 35 y ss.; Borda, Guillermo, "La reforma al Código Civil", Buenos Aires, 1971, pág. 161; Borda, Guillermo, "Derechos Reales", t. II, nro. 1504; Llambías, Jorge, "Parte General", t. II, nro. 1909; Llambías, Jorge, "Nulidad y terceros de buena fe", LL, 1979-D, pág. 102; cit. por Belluscio - Zannoni, ob. cit., pág. 733)."

"En casos como el de autos, ni siquiera el art. 1051 del Código Civil cubre a terceros subadquirentes contra las consecuencias insoslayables de la declaración de inexistencia del hecho jurídico. **El acto inexistente conlleva a que las transacciones sucesivas queden privadas de efectos** (Llambías, Jorge, "Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos", LL, 50-878; Cordeiro Alvarez, "El acto jurídico inexistente", Boletín del Instituto Civil de Córdoba, 1942, pág. 243; Alterini, Atilio A., "El art. 1051 del Código Civil y el acto inoponible", JA, 1971, secc. Doctrina; Morello, "Inexistencia...", pág. 210; Cifuentes, Santos -Director-, "Código Civil...", t. I, ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 755)."

"La ineficacia de las enajenaciones impugnadas en autos no proviene de la nulidad o anulabilidad del acto (arts. 1041/1045 del Cód. Civil) sino de la mas elemental comprobación de la inexistencia de las aludidas transmisiones. Las sucesivas escrituras públicas anulables y poderes escriturarios crearon la apariencia de un acto jurídico válido pero inexistente, según lo demuestra la realidad facticial del proceso. No existiendo adquirente válido no puede haber subadquirente. Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que gozaba sobre un objeto y, recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquél de quien lo adquiere (art. 3270, Cód. Civil)."

"La ineficacia de los actos sub examine parte de su inexistencia jurídica; pues ni siquiera pueden ser reputados como obligaciones naturales en los términos del art. 515 del Cód. Civil, ya que el acto inexistente resulta inoponible a quienes participaron en él e incluso a quien no lo efectuó (Morello, "Inexistencia...", pág. 211); siendo inconfirmable e imprescriptible."

Texto completo

En Buenos Aires, a los 28 días del mes de octubre de dos mil cinco, reunidos los señores jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos "YATAGAN S.C.A. Y WINTERHALDER S/ART. 123 DE LA LEY 19.551" sobre ORDINARIO, en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el artículo 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden: Doctores Piaggi, Díaz Cordero. El Dr. Butty no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 109, RJN)).//-

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:
¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?
La señora Juez de Cámara Doctora Piaggi dijo:

I. Antecedentes facticiales del proceso. Referidos en apretada síntesis y en lo que interesa a los efectos de la presente sentencia, pueden reseñarse así:

a) El 28/8/1991 (fs. 1/6) Alejandro Miguel Mango en su carácter de síndico de la quiebra de Yatagan S.A.C., incoa acción ordinaria de revocatoria concursal (art. 123, Ley 19.551) contra Víctor Gutiérrez, Jorge Molina y Vedia, Carmelo Antonio Hanaman y Raúl Laureano Bonorino, solicitando que se declaren inoponibles al concurso los actos jurídicos por los cuales se enajenó un inmueble perteneciente a la fallida, sito en Elortondo 1839, San Isidro, Provincia de Buenos Aires.-
Sostiene que el 30/6/1988 Teodoro Winterhalder, en su carácter de socio de Yatagan S.C.A., suscribió un boleto de compraventa sobre el inmueble referido supra, a favor de Víctor Gutiérrez -certificado por Escribano Público el 7/7/1988-, disponiendo que la escritura traslativa del dominio se efectuara en el plazo que la vendedora estimara pertinente. El precio se pactó en cuarenta mil dólares estadounidenses (u$s 40.000), previo levantamiento de los embargos y cancelación de las hipotecas que gravaban el inmueble por un millón trescientos ochenta y siete mil ciento ochenta y dos dólares estadounidenses con 97/100 (u$s 1.387.182,97) a cargo del comprador.-
En el boleto de compraventa se estableció que el vendedor conferiría un poder especial para el otorgamiento de la escritura pública de transmisión de dominio a favor de quien indicara el comprador. Por ello el 6/7/1988 Winterhalder otorgó, por indicación de Gutiérrez, un poder especial a Carmelo Antonio Hanaman, quien el 11/7/1998 escrituró el inmueble -sin gravámenes- a favor de Jorge Molina y Vedia. Éste a su vez otorgó -el mismo día- un poder especial a favor de Raúl Bonorino para efectuar una segunda venta del mismo inmueble.-
Finalmente, el 8/8/1988 Molina y Vedia escrituró el inmueble a Raúl Bonorino por un precio de cien mil seiscientos setenta y un dólares estadounidenses con 14/100 (u$s 100.671,14), libre de gravámenes.-
Según la actora, estas dos operaciones de venta se efectuaron sobre informes de dominio falsos, pues al tiempo de efectuarse las escrituras, no () figuraban los gravámenes que pesaban sobre el bien -que nunca se cancelaron-. Por

ello se iniciaron actuaciones criminales en el Juzgado Penal nro. 8 de La Plata, Pcia. de Buenos Aires (expte. 1170 de 1988).-
Afirma que las ventas se efectuaron: (i) en pleno período de sospecha, (ii) sin que se levantaran los gravámenes sobre el inmueble, (iii) a precio vil;; intentando constituir a Raúl Laureano Bonorino en tercer adquirente de buena fe a título oneroso.-
Aclara esta ponente que el expediente carece de sus dos primeras fojas (cuerpo 1), coincidentes con las dos primeras hojas del escrito de demanda. Por ello, a fin de merituar íntegramente el contenido de sus expresiones, se tuvieron en cuenta -además de las manifestaciones de las partes en los posteriores escritos- la copia del escrito de inicio contenido en la cédula de fs. 39/44.-

b) El 5/5/1992 (fs. 13/28) Raúl Laureano Bonorino contesta demanda. Manifiesta que es amigo del arquitecto Jorge Molina y Vedia, a quien prestó parte de los fondos con los que éste adquirió el inmueble de la fallida, con intención de revenderla y lucrar con la diferencia de precio. Agrega que Molina y Vedia no logró negociar con el bien como pensaba y, como debía devolverle el dinero prestado, ofreció venderle el inmueble a un precio módico.-
Arguye que conoció a Molina y Vedia en reuniones del grupo 'Alcohólicos Anónimos' y que nunca supo de las operaciones efectuadas anteriormente sobre el inmueble, el que una vez adquirido, le fue entregado con ocupantes.-
Afirma que conoció a Hanaman al concurrir a la escrituración del inmueble a favor de Molina y Vedia, pues quería que 'quedara prueba' de la efectiva entrega del dinero por su parte; arguyendo que como garantía del préstamo se le otorgó un poder general de escrituración sobre el inmueble, pues la otra posibilidad de resguardar su crédito era constituir una hipoteca, modalidad que estimó muy costosa.-
Aduce que el monto de la transacción no es vil, pues el precio consignado en las escrituras tuvo por finalidad reducir los costos de la transferencia, como es usual en la práctica inmobiliaria (sic).-
Añade que nunca tuvo necesidad de utilizar el poder a su favor, pues su parte posteriormente adquirió el bien por un millón doscientos mil australes (A 1.200.000) a Molina y Vedia y, que ignoraba los gravámenes del inmueble así como el estado de cesación de pagos de Yatagan S.C.A. Obviamente, invoca que existe falta de acción contra su parte, pues la ley concursal no prevé la acción respecto de subadquirentes de buena fe.-

c) El 9/2/1993 (fs. 95) contesta demanda la Defensora Oficial en representación de Carmelo Antonio Hanaman, oponiendo excepción previa de falta de legitimación pasiva (contestada por el actor el 17/8/1994; fs. 146). Solicita el rechazo de la demanda, con costas.-

d) El 6/8/1993 (fs. 111) se presenta Jorge Molina y Vedia luego de ser notificado por edictos el 12/7/1993, pide se le notifique la demanda.-
El 22/10/1993 (fs. 126/129) interpone excepción previa de falta de legitimación pasiva (contestada por el actor el 1/2/194; fs. 131) adhiriendo a la contestación de demanda de Raúl Laureano Bonorino y sosteniendo que una de sus actividades como arquitecto es el 'reciclaje de inmuebles'.-
Expresa que su intención era refaccionar el inmueble de la fallida, pero su realización fue infructuosa por falta de recursos económicos; por ello decidió retirarse del negocio, devolviendo el dinero que Bonorino le había prestado a través de la escrituración del bien a favor de éste.-

e) El 5/9/1997 (fs. 204) contesta demanda la Defensora Oficial en representación de Víctor Gutiérrez, solicitando el rechazo de la demanda, con costas.-

II. La decisión apelada. La sentencia definitiva de primera instancia -carente de la certificación actuarial sobre su término exigida por el art. 112 del Reglamento del Fuero- acogió la demanda, declarando inoponible a la quiebra: (i) el boleto de compraventa a favor de Víctor Gutiérrez, (ii) el poder irrevocable a favor de Carmelo Hanaman, (iii) la escritura de venta a favor de Jorge Molina y Vedia, (iv) la escritura de venta a favor de Raúl Bonorino.-
Condenó a este último a restituir el inmueble enajenado a la quiebra e impuso las costas del juicio a los demandados vencidos (art. 68, Cód. Procesal).-
Para así decidir, el a quo meritó que: (i) las ventas acaecieron durante el período de sospecha, (ii) todos los involucrados conocieron la insolvencia de Yatagan S.C.A. y, (iii) la sustracción del bien del activo de la concursada ocasiona perjuicios a sus acreedores.-

III. Los recursos. Contra el decisorio apeló Raúl Laureano Bonorino el 2/12/2002 (fs. 654), su recurso -concedido el 19/2/2003 (fs. 663)- se fundó el 21/4/2003 (fs. 672/681) y fue contestado por el actor el 9/5/2003 (fs. 683/688).-
La Fiscalía de Cámara dictaminó el 5/7/2005 (fs. 785/789).-
La presidencia de esta Sala llamó 'autos para sentencia' el 8/7/2005 (fs. 790) y, realizado el sorteo del expediente el 27/5/2005 (fs. 790vta.) el Tribunal se encuentra habilitado para resolver la causa.-

IV. La pretensión. El apelante reprocha dos aspectos de la sentencia de primer grado: 1) la prueba presuncional fue examinada con excesiva latitud e imprecisión y, 2) se valoraron equivocadamente las consecuencias de su condición de subadquirente de buena fe del inmueble de la fallida.-

V. Luego de analizar los antecedentes facticiales del proceso, los medios de prueba aportados al expediente de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 386, Cód. Procesal) y la sentencia apelada, adelanto que ésta será confirmada.-
No atenderé todos los planteos recursivos la apelante sino aquellos que estime esenciales y decisivos para dictar el veredicto en la causa (Fallos, 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202; 310:1162; entre otros).-

a) Si bien coincido con la solución propiciada por el a quo, estimo que su decisorio debe ser confirmado con base en otros fundamentos, que seguidamente expondré. Ello por cuanto los jueces debemos resolver las cuestiones traídas a nuestro conocimiento bajo el prisma del principio 'iura curia novit'; esto es, encuadrando de modo autónomo la realidad facticial del proceso y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen con prescindencia de los fundamentos enunciados por las partes (CSJN, in re: "Hernández, Elba del Carmen y otros c/ Empresa el Rápido", del 8/3/94; ídem, in re: "Medilewski, Jacobo Rubén c. Szarfman, Isaac", del 4/8/1987, Fallos, 310:1536; CNCom., mi voto in re: "Balderiote, Luis Roberto c. Bank Boston National s/ordinario", del 6/4/2005; entre otros).-

b) El síndico de la quiebra de Yatagan S.C.A. interpuso la acción revocatoria concursal (art. 123, Ley 19.551); empero, aunque concurran los presupuestos para declarar -bajo tal normativa- la inoponibilidad de los actos impugnados a la quiebra, no cabe indagar su procedencia. Ello por cuanto existen elementos de entidad suficiente que obstan a la viabilidad de la acción -mas no de sus efectos- como veremos infra.-

c) El 30/6/1988 Teodoro Winterhalder (socio de Yatagan S.C.A.), suscribió un boleto de compraventa sobre el inmueble referido supra, a favor de Víctor Gutiérrez. Las firmas de este instrumento fueron certificadas por el escribano Luis Montes el 7/7/1988, quien dio fe de que tales firmas se pusieron en su presencia (fs. 160/161 y 166 del expte. "Yatagan S.C.A. y Winterhalder Teodoro Víctor s/su propia quiebra", que tengo ante mi).-
Sin embargo, quien se presentó como Víctor Gutiérrez presentó un D.N.I. falso (fs. 192) y, en sede penal, Winterhalder declaró que lo conoció luego de negociar la venta de una propiedad en la Pcia. de San Luis, sin volver a verlo luego de la firma del boleto de compraventa (v. copias certificadas del expte. criminal; fs. 310).-
En el boleto de compraventa se dispuso que la escritura traslativa del dominio se efectuaría en el plazo que la vendedora lo estimara pertinente, mediante el otorgamiento de un poder especial para escriturar el inmueble a favor de quien indicara el adquirente. Por ello el 6/7/1988 (un día antes de la certificación de las firmas) Teodoro Winterhalder otorgó -por indicación de Gutiérrez- un poder especial a Carmelo Hanaman (fs. 172 del expte. de quiebra), quien el 11/7/1998 escrituró el inmueble a favor de Jorge Molina y Vedia en un actonotoriamente irregular (fs. 179, ídem), pues quien concurrió al acto escriturario presentándose como Hanaman, no era esta persona (fs. 317).-
El auténtico Carmelo Hanaman declaró en sede penal que: (i) no conoce a los demás involucrados, (ii) vivió muchos años en el exterior y, (iii) jamás concurrió a reuniones de "Alcohólicos Anónimos", en las cuales se conocieron Molina y Vedia y Bonorino (fs. 317/318). Incluso en la peritación caligráfica de la causa criminal -cuyas copias certificadas tengo a la vista (fs. 394/395)- se determinó que la firma inserta en los instrumentos públicos utilizados en las presuntas transferencias del inmueble no le pertenecen.-
Resumiendo: (i) quien se presentó como Víctor Gutiérrez lo hizo con documentos falsos (obviamente no intervino en estas actuaciones, donde actuó en su representación la Defensora Oficial) y, (ii) quien figuraba como apoderado de Yatagan S.C.A. para escriturar el inmueble (Carmelo Hanaman) no participó del acto escriturario, pues el verdadero Carmelo Hanaman declaró no conocer las operatorias efectuadas en su nombre (fs. 317/318).-
Causa perplejidad que el boleto se haya firmado ante el escribano Luis Montes el 7/7/1988 y que allí se dispusiera el otorgamiento de un poder de escrituración, que luego apareció fechado mediante certificación notarial del mismo escribano el día 6/7/1988 -un día antes- (ver testimonio de Teodoro Winterhalder, fs. 310). Ello sólo pudo ocurrir por una grave irregularidad que no pudo ser soslayada por las partes intervinientes en esos actos.-
Por todo lo expuesto, es evidente que las posteriores transferencias dominiales del inmueble de Yatagan S.C.A. no pueden ser reputadas válidas para los acreedores de ésta, ya que el primer poder irrevocable fue otorgado a Hanaman por 'indicación' una persona que actuó mediante documentación falsa (Víctor Gutiérrez). Y, como referí supra, tampoco Hanaman participó en el acto escriturario, sino que lo hizo otra persona presentándose como él.-
Además la escrituración del inmueble a favor de Molina y Vedia adoleció de vicios insoslayables (como veremos

infra) que obstaculizaron la posterior transferencia dominial a favor de Raúl Bonorino. Ello sin perjuicio de que no estimo acreditada la buena fe de estos dos últimos, ni que la operación se efectuara mediante desembolsos dinerarios de éstos, pese a que por las razones que vengo exponiendo, tales circunstancias resultan insustanciales.-

d) La matrícula 175.89(97) del Registro de la Propiedad Inmueble -perteneciente al inmueble de Yatagan S.C.A.- fue fraudulentamente sustituida por otra libre de gravámenes, pues el bien tenía numerosos embargos e hipotecas por casi un millón de dólares (a fs. 292 constan los embargos nros. 6158/87, 15624/87, 67911/87, 77057/87, 103081/87, 146002/87, 34023/88 y 42107/88, e hipotecas nros. 3548/78 y 51992/86).-
De las copias certificadas de la causa penal glosada a fs. 287/367 surge que "...se comprobó que el sello de inscriptor y el de firma autorizada no son los que se utilizan en el Departamento, y que el antecedente de dominio no corresponde por cuanto el bien surge de la inscripción F°6/66 y no del F°332/60. De esta matrícula surge como titular el Sr. Jorge Molina y Vedia por una escritura de venta que no tiene número ni fecha de ingreso, surgiendo una certificada N°219670 del 4/8/88 de una posible venta. Consultados los antecedentes en el Departamento de Archivo Técnico, se constata que la matrícula no es la misma, siendo su verdadero titular la Sociedad YATAGAN SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES" (el subrayado no es del original; fs. 288).-
Con base en estos antecedentes dominiales falsificados, el 6/7/1988 el Registro de la propiedad Inmueble de la Pcia. de Buenos Aires expidió el certificado de dominio nro. 191012 solicitado por la escribana Mirta Catelan, que sirvió de base a la escritura del 11/7/1988, por la cual el falso Carmelo Hanaman transfirió el inmueble en nombre de Yatagan S.C.A. a Jorge Molina y Vedia. Tal asiento carece de soporte documental tanto en el Departamento Recepción y Prioridades como en el Departamento de Archivo Técnico (fs. 292).-
Posteriormente (8/8/1988) la escribana Susana Guadix (con base en el certificado nro. 219670 del 4/8/1988) autorizó la escritura mediante la cual Molina y Vedia transfirió el inmueble a Bonorino, nuevamente libre de gravámenes (fs. 293 y fs. 121/122 del expte. "Yatagan S.C.A. y Winterhalder Teodoro Víctor s/su propia quiebra").-

e) Por todo lo referido 'supra', es evidente que los poderes conferidos a Hanaman y Bonorino y, las escrituras otorgadas a favor de éste y Molina y Vedia, no pueden admitirse como actos jurídicos válidos (art. 944 y cc., Cód. Civil), pues como es sabido, los actos celebrados sin la intervención de un sujeto necesariamente habilitado para su realización son inexistentes. Toda relación jurídica supone como proposición elemental de su estructura el sujeto, el objeto y la causa; y, si el negocio jurídico requiere por esencia la manifestación de dos voluntades personales independientes que confluyen en oferta y aceptación, basta verificar la ausencia de uno de los sujetos para considerar la inexistencia jurídica de la transferencia dominial (cnfr. Juzg.Nac.Civil nro. 4, in re: "Ehlers, Luisa M. c. Ulrich, Hermann y otros", del 20/3/1970, fallo del Dr. Santos Cifuentes).-
Si el acto por el cual se 'adquirió' un bien de quien no era propietario es evidenciado, no corresponde dejar en cabeza del subadquirente del dominio de la cosa so pretexto de la apariencia, pues conculcaría el derecho constitucional de propiedad del verdadero dueño (CNCiv., Sala G, 10/5/1984, JA, 1985-I-378; ídem, Sala E, 20/3/1996, JA, 1997-III-50). El tercero que adquiere un inmueble de quien no era su dueño, sino de quien lo sustituyó fraudulentamente, fue victima -de no conocer tal circunstancia- de un delito cuyas consecuencias (v.gr. sucesivas transferencias) son inoponibles al verdadero propietario de aquél (cnfr. Belluscio - Zannoni, "Código Civil...", t. 4, ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 733).-
En vano invoca el subadquirente su buena fe y la onerosidad de su contraprestación, porque quien le transmitió el derecho aparente no lo tenía al tiempo del acto escriturario, sino en virtud de un acto inexistente emanado de quien carecía de potestades para ello (Llambías, Jorge, J, "Nulidad y terceros de buena fe", LL, 1979-D, pág. 196/197).-
En otros términos, la condición de tercer adquirente de buena fe a título oneroso es insustancial, ya que en el acto inexistente falta un elemento esencial para su formación que constituye una apariencia sin realidad jurídica (cnfr. Gaudet, Serge, "Inexistence, nullité e annulabilité du contrat: essai de synthése", Revue de Droit de Mc. Gill, vol. 40, nro. 2, 1995, pág. 291/363).-
En el caso, nos encontramos ante dos transmisiones a 'non dominio', es decir, sin 'autoría' del propietario (CNCiv., Sala E, 5/3/1986, JA, 1986-IV-113). Por ello el tercero carece de amparo jurídico para repeler la acción reipersecutoria del propietario despojado mediante una falsificación en la que no intervino. Por encima de las razones basadas en la apariencia y la buena fe, se encuentra el derecho del propietario, a quien deben volver los bienes involucrados con prioridad (v. Morello, Augusto M., "Inexistencia y nulidad del contrato", en "Contratos...", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, ed. Abeledo Perrot, 1997, pág. 200, pág. 211).-
f) Por lo expuesto, los actos impugnados deben reputarse jurídicamente inexistentes, en tanto para su concreción se utilizaron documentos falsificados, sobre los que no pueden sustentarse transmisiones ulteriores, en detrimento del propietario defraudado, que no intervino en tales actos (Cifuentes, Santos, "Negocio jurídico", ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 568/660; Martínez Ruiz, Roberto, "A casi dos décadas de la reforma del Código Civil", Anales de

la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, nro. 25, Buenos Aires, 1987, págs. 315 y ss.; ver también en contra in extenso Carneiro - Nieto Blanc - Buteler, "El problema de la clasificación de las nulidades", en "Estudios de Derecho Civil...", ed. Depalma, Buenos Aires, 1958, pág. 180; Spota, Alberto G., "Tratado de Derecho Civil", t. V, ed. Depalma, Buenos Aires, 1960, pág. 205 y ss.; Lloveras de Resk, María E., "Tratado teórico práctico de las nulidades", ed. Depalma, Buenos Aires, 1985; Zanonni, Eduardo A., "Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos", ed. Astrea, Buenos Aires, 1986; Mosset Iturraspe, Jorge, "Contratos", ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, pág. 201; entre otros).-

Las transmisiones de dominio realizadas por quien no era propietario sobre la base de una falsedad material o documental, no surte efectos ni siquiera respecto de terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso. En tales casos se protege con mayor énfasis al verdadero propietario que ha sido totalmente ajeno a la maniobra (cnfr. Belluscio - Zannoni, "Código Civil...", t. 4, ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 733).-

En casos como el de autos, los subadquirentes de buena fe quedarán desamparados frente al propietario real del inmueble, pero no ante los autores o cómplices de las falsificadores, contra quienes conservarán acciones resarcitorias por los daños sufridos (cnfr. Belluscio, Augusto, "La teoría de la inexistencia", en "Estudios de Derecho Privado...", pág. 84 y ss.; Belluscio, Augusto, "Derecho de Familia", t. II, pág. 35 y ss.; Borda, Guillermo, "La reforma al Código Civil", Buenos Aires, 1971, pág. 161; Borda, Guillermo, "Derechos Reales", t. II, nro. 1504; Llambías, Jorge, "Parte General", t. II, nro. 1909; Llambías, Jorge, "Nulidad y terceros de buena fe", LL, 1979-D, pág. 102; cit. por Belluscio - Zannoni, ob. cit., pág. 733).-

Los vicios congénitos y obstativos trasuntan manifestaciones caracterizadas por razones diversas como la inexistencia, basándose en las elementales razones contenidas en el principio constitucional de la seguridad jurídica (Fallos, 242:501), que impide causar perjuicios irreparables al derecho de propiedad en aras de la justicia y la equidad (CSJN, in re: "Rebesco, Luis Mario c. Policía Federal Argentina", del 21/3/1995; Morello, "Inexistencia...", pág. 211).-

En casos como el de autos, ni siquiera el art. 1051 del Código Civil cubre a terceros subadquirentes contra las consecuencias insoslayables de la declaración de inexistencia del hecho jurídico. El acto inexistente conlleva a que las transacciones sucesivas queden privadas de efectos (Llambías, Jorge, "Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos", LL, 50-878; Cordeiro Alvarez, "El acto jurídico inexistente", Boletín del Instituto Civil de Córdoba, 1942, pág. 243; Alterini, Atilio A., "El art. 1051 del Código Civil y el acto inoponible", JA, 1971, secc. Doctrina; Morello, "Inexistencia...", pág. 210; Cifuentes, Santos -Director-, "Código Civil...", t. I, ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 755).-

Si la ley establece elementos precisos para determinar conceptualmente la figura del negocio jurídico, los hechos que no cubran esa exigencia legal no pueden reputarse existentes. Acertadamente sostuvo Josserand que "el acto inexistente es aquél que carece de un elemento esencial, de un órgano vital, de suerte que no responde ni aún a la definición genérica que de él da la ley...nos encontramos en presencia de una apariencia, de un equívoco, de una tentativa de acto mas bien que de un acto, de una tentativa que ha abortado; el acto legal ha nacido muerto, está desprovisto de existencia legal" (Josserand, "Derecho Civil", t. I, vol. 1, pág. 135, trad. por Conchillos y Manterola, Buenos Aires, 1962).-

La teoría del acto inexistente se aparta de las demás regulaciones legales referidas a inponibilidad, colocándose en una construcción racional lógico-jurídica; y tiene raigambre histórica con Zachariae ("Le droit civil francais", Paris, Francia, 1854, t. I, pág. 45 y ss.) y Demolombe ("Traité du mariage et de la separatio de corps", Paris, Francia, 1860, 2da. ed., t. I, pág. 379 y ss.).-

La ineficacia de las enajenaciones impugnadas en autos no proviene de la nulidad o anulabilidad del acto (arts. 1041/1045 del Cód. Civil) sino de la mas elemental comprobación de la inexistencia de las aludidas transmisiones. Las sucesivas escrituras públicas anulables y poderes escriturarios crearon la apariencia de un acto jurídico válido pero inexistente, según lo demuestra la realidad facticial del proceso.-

No existiendo adquirente válido no puede haber subadquirente. Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que gozaba sobre un objeto y, recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquél de quien lo adquiere (art. 3270, Cód. Civil).-

La ineficacia de los actos sub examine parte de su inexistencia jurídica; pues ni siquiera pueden ser reputados como obligaciones naturales en los términos del art. 515 del Cód. Civil, ya que el acto inexistente resulta inoponible a quienes participaron en él e incluso a quien no lo efectuó (Morello, "Inexistencia...", pág. 211); siendo inconfirmable e imprescriptible.-

g) Agrego que: (i) Bonorino concurrió al acto de escrituración a favor de Molina y Vedia, conociendo a la escribana interviniente (Mirta Catelán) desde antes de tal operación (v. fs. 290), (ii) la escribana Catelan (Registro nro. 827) fue destituida de su función por la Tribunal de Superintendencia del Notariado el 22/12/1989 (fs. 319 y 353) y el escribano Luis Montes fue suspendido por el mismo tribunal desde el 1/6/1990 al 28/11/1990 y desde el

12/2/1991 al 12/3/1991 (fs. 335 y 352), (iii) Molina y Vedia y Bonorino se conocían de reuniones de "Alcohólicos Anónimos" desde antes de las operaciones a las que vengo refiriendo (fs. 296/297);; aunque -según Molina y Vedia- recién conoció el apellido de Carmelo Hanaman al escriturar el inmueble, pues en las reuniones de "Alcohólicos Anónimos" se trataban por el nombre de pila (fs. 298).-

VI. Conclusión. Por los fundamentos expuestos y, en tanto la inexistencia puede ser verificada sin necesidad de que haya sido introducida en la litis, la sentencia será íntegramente confirmada (Llambías, Jorge J., "Parte General", t. II, pág. 562/563, 2da. edición, 1964). No existiendo mérito para el apartamiento del principio rector en materia de imposición de costas, éstas se impondrán a la defensa vencida (art. 68, Cód. Procesal). He concluido.-

Por análogas razones la Dra. Díaz Cordero adhirió al voto anterior.-

Fdo.: Ana I. Piaggi - María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero

Buenos Aires, 28 de octubre de 2005.-

Y VISTOS:

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede, se resuelve: confirmar íntegramente la sentencia apelada, con costas a la vencida (art. 68, Cód. Procesal). El Dr. Butty no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 109, RJN). Dev.//-

Fdo.: Ana I. Piaggi, María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero

ASOCIACIONES CIVILES. Personalidad jurídica. Intercambio de parejas ("swingers"). Denegación de reconocimiento. Transgresión al deber de fidelidad conyugal. Ausencia de "bien común"

R. 355243 - "Asociacion Argentina de Swingers c/ Inspección General de Justicia (I.G.J) C 1702477 s/contencioso administrativo" - CNCIV - SALA A - 17/03/2003

"El deber de fidelidad contenido en el artículo 198 del Código Civil presupone exclusividad del débito conyugal respecto del otro cónyuge. La imperatividad de esta disposición legal implica que no pueda tener validez convención alguna por la cual uno de los esposos dispense al otro de su cumplimiento o ambos se lo dispensen mutuamente."

"Dentro del objeto de la pretensa asociación se establece claramente: "la promoción del estilo de vida swinger, entendido éste como propuesta alternativa en materia sexual y cultural en la estructura matrimonial y de parejas". Todo lo cual contradice no sólo el Art. 198 y 33 segunda parte, inciso 1° del Código Civil, sino también la prohibición más amplia del artículo 953 del Código Civil (extensivo a los casos que no caen formalmente en la institución "matrimonio"), como asimismo la del Art. 1071, segunda parte, del mismo ordenamiento y aun del artículo 14 bis de la Constitución Nacional en tanto el Estado debe tender a "la protección integral de la familia".-

"Es inexistente, por lo tanto, un bien general, público, extendido a toda la sociedad en su conjunto que sea proyectado por el objetivo de este grupo en particular."

"En tales condiciones, la denegatoria de la autoridad administrativa necesariamente debe ser confirmada."

TEXTO COMPLETO Buenos Aires, marzo 17 de 2003.//-

Y VISTOS;; Y CONSIDERANDO: Llegan estos autos al Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 179/188 contra la resolución de la Inspección General de Justicia n° 541, dictada el 28 de junio de 2002 (Expte. C n° 1702477)) por la cual se denegó el reconocimiento de la personalidad jurídica para funcionar como asociación civil de carácter privado solicitado por la "Asociación Argentina de Swingers" (fs. 82).-
Liminarmente hay que señalar que sólo entenderá la Sala en los agravios concretos contra la resolución mencionada, es decir, los vertidos a partir de fs. 184, pues no corresponde expedirse sobre la transcripción de un escrito anterior a la mentada decisión (arg. art. 265 del Código Procesal).-

La interpretación ensayada por la recurrente acerca del consentimiento recíproco de los cónyuges a mantener por cada uno de ellos relaciones sexuales con terceras personas, impidiendo hablar de engaño u ocultamiento, carece igualmente de virtualidad para soslayar la trasgresión de los principios básicos de la institución del matrimonio que conforma el orden público familiar. En efecto, el deber de fidelidad contenido en el artículo 198 del Código Civil presupone exclusividad del débito conyugal respecto del otro cónyuge (conf. Zannoni, "Derecho Civil.Derecho de Familia", t. 1, pág. 357 § 281). Con el matrimonio -decía bien Valerio Campogrande-, cada cónyuge renuncia a su libertad sexual, en el sentido de que pierde el derecho a unirse carnalmente con otra persona diversa del otro cónyuge; pero adquiere un derecho propiamente dicho al acceso conyugal. De ahí que la obligación de fidelidad se conjuga, en lo negativo, en la abstención del ejercicio ilegítimo del ius in se ipsum en la esfera sexual. Como dicen Kipp y Wolff, el matrimonio es una relación jurídico-familiar, por la que cada uno de los cónyuges obtiene sobre el otro un derecho personal absoluto, esto es, eficaz y oponible erga omnes, que proviene de la comunidad sexual (conf. Zannoni, obra y lugar cit., notas 29 y 30).-
En este mismo sentido, debe recordarse que la imperatividad de la disposición legal que consagra el deber de fidelidad implica que no () pueda tener validez convención alguna por la cual uno de los esposos dispense al otro de su cumplimiento o ambos se lo dispensen mutuamente (conf. Belluscio, "Derecho de Familia", t. II, y calificada doctrina citada bajo n° 134; artículos 21 y 230 del Código Civil), con lo cual queda huérfana de sustento la argumentación principal intentada por la apelante.-
Por otra parte, invocar que "el intercambio de parejas no es un delito" no puede conducir a incluirlo dentro de la noción de "bien común" que exige el artículo 33, segunda parte, inciso 1° del Código Civil para el reconocimiento estatal. Es que, dentro del objeto de la pretensa asociación se establece claramente: "la promoción del estilo de vida swinger, entendido éste como propuesta alternativa en materia sexual y cultural en la estructura matrimonial y de parejas. Adhiere a una visión progresista y pluralista de los vínculos afectivos e íntimos, fomentando el intercambio responsable de experiencias, entre ellas las sexuales..." (ver fs. 15, artículo segundo). Todo lo cual contradice no sólo las normas arriba citadas sino también la prohibición más amplia del artículo 953 del Código Civil (extensivo a los casos que no caen formalmente en la institución "matrimonio"), como asimismo la del

art.1071, segunda parte, del mismo ordenamiento y aun del artículo 14 bis de la Constitución Nacional en tanto el Estado debe tender a "la protección integral de la familia" (sobre esto último y para corroborarlo en concreto basta con acceder a la advertencia que figura en la entrada del sitio de internet y que se encuentra mencionada dentro de los antecedentes acompañados al memorial: ver fs. 136).-
Es inexistente, por lo tanto, un bien general, público, extendido a toda la sociedad en su conjunto que sea proyectado por el objetivo de este grupo en particular (conf. Cahián, "Manual teórico práctico de asociaciones civiles y fundaciones", pág. 70 y cita de jurisprudencia administrativa bajo n° 4; Curá, J.M., "Cuando de `Swingers ´ se trata el bien común llama a la reflexión" en La Ley, ejemplar del 2 de agosto de 2002; Borda, "Derecho Civil Argentino. Parte General", t. I, pág. 535/7, n° 636, ap. b y doctrina citada bajo n° 994 ; C.N. Civ., esta Sala, R. 146.470 del 1-11-94, con cita de Paez, J., "El derecho de las asociaciones"; íd. R. 201.668 del 27-8-98 y citas; íd., R. 136.761 del 25-3-99).-
No empece a esta conclusión la ligera mención en el memorial de otros aspectos a los que aspirarían los miembros de este grupo, como "actividad humanitaria, académica, profesional y científica", pues además de no surgir expresamente del objeto plasmado en el estatuto acompañado, conformarían en todo caso características secundarias a su finalidad principal y que son las motivantes de la decisión desestimatoria. Repárese que la propia palabra inglesa utilizada para la denominación significa "alguien que practica libremente el sexo" ("a person who engages freely in sexual intercourse", Diccionario Webster, 1913, cuarta acepción).-
En tales condiciones, la denegatoria de la autoridad administrativa necesariamente debe ser confirmada, máxime que el ámbito de actuación judicial se circunscribe a los casos de "ilegitimidad o arbitrariedad" (conf. art. 45 del Código Civil; C.S.J.N., Fallos 314:1548;; C.N. Civ., Sala "I", en E.D. 138-788), los que se hallan lejos de haberse configurado en el caso de autos.-

Ello no significa, como bien pone de resalto la Inspección General de Justicia, que se atente contra el derecho constitucional de asociarse libremente, pues en todo caso los peticionarios cuentan con otras figuras para su propósito, que no dependen de la requerida autorización estatal.-

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Cámara a fs. 205/208, SE RESUELVE:
Confirmar la resolución n° 541 de la Inspección General de Justicia, dictada el 28 de junio de 2002.-
Notifíquese al Sr. Fiscal de Cámara en su despacho y a las partes por cédula a diligenciar por Secretaría.//-

Fdo.: HUGO MOLTENI - JORGE ESCUTI PIZARRO - ANA MARÍA LUACES

CAPACIDAD - Rufino, Marco A. - Jurisprudencia Argentina - Insania. - 1994
(Reseña JA - 1994 -II - 980)

SUMARIO:

I. - Principios generales, 1 a 10
II. - Concepto, 11 a 14
III. - Causas, 15 a 18

IV. - Quiénes pueden pedir su declaración, 19 a 24
a) Generalidades, 19
b) Cónyuge, 20
c) Ministerio pupilar, 21 a 24

V. - Procedimiento, 25 a 78
a) Generalidades, 25 a 34
b) Denuncia, 35 a 38
c) Examen médico, 39 a 48
d) Inspección del magistrado, 49 a 52
e) Partes legítimas, 53 a 64
1. - Generalidades, 53
2. - Intervención del presunto insano. Personería, 54 a 61
3. - Curador provisional, 62
4. - Situación del denunciante, 63
5. - Situación de los parientes del insano, 64
f) Prueba, 65 a 70
g) Sentencia. Elevación en consulta, 71 a 78

VI. - Efectos, 79 a 114
a) Generalidades, 79 a 82
b) De la declaración judicial de insania, 83 a 112
1. - Sobre actos posteriores, 83
2. - Sobre actos anteriores, 84 a 95
3. - Sobre la persona del insano, 96 a 108
4. - Administración de los bienes, 109 a 112
c) Insania no declarada, 113, 114

VII. - Cesación de la incapacidad, 115

I. PRINCIPIOS GENERALES

1 - "Los dementes" y las reformas introducidas por ley 17711 . Por Luis Moisset de Espanés. JA Doctrina 1972-153.

2 - Demencia y dementes en el Código Civil y en la ley 17711 . Por Julio J. López del Carril y otros. JA Doctrina 1972-541.

3 - Perspectiva alentadora en el debate de la internación psiquiátrica involuntaria. Por Jorge Alfredo Kraut. JA 1991-I-1016.

4 - El Código Civil protege a los incapaces pero sólo para suprimir los impedimentos de su incapacidad, dándoles la representación que en él se determina, sin que se les conceda el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio o privilegio -Del voto en disidencia del Dr. Vernengo Prack-.

(C. Nac. Civ., sala B, 30/11/79 - Hernández, Camila v. Mole La Terra, Juan, suc.). JA 1980-I-654.

5 - El proceso por declaración de insania está instituido en beneficio del presunto incapaz, tanto en lo personal como patrimonialmente, también de los terceros seguridad jurídica en la celebración de actos y de la comunidad.

(C. Nac. Civ., sala B, 24/4/84 - C., R. A.).

En el mismo sentido: Id., sala C, 27/2/90 - Rodríguez de Lacal, Blanca.

6 - La misión de protección al incapaz declarando su insania está naturalmente atribuida a los jueces quienes tienen la potestad de apreciar los elementos aportados y de pronunciarse sobre la capacidad o incapacidad de las personas en los términos del CC. art 141 Ver Texto .

(C. Nac. Civ., sala B, 24/4/84 - C., R. A.).

7 - Entre la capacidad total y la incapacidad total, existen infinitos grados, matices y circunstancias. El juez, entre la protección debida y la represión indebida, debe -y puede- buscar el punto justo donde la persona y la sociedad queden amparadas, sin que aquélla se vea privada de posibilidades de progreso y ésta de un miembro útil -Del fallo de 1a. instancia confirmado-.

(C. Nac. Civ., sala C, 12/8/85 - Del V., J. L.).

8 - Nuestro ordenamiento jurídico no establece un sistema cerrado de incapacidad o capacidad como puntos antitéticos, con una única alternativa intermedia que es la inhabilitación del art 152 bis CC. Ver Texto , para proteger a los enfermos mentales, sino muy por el contrario, una correcta hermenéutica, tanto del Código Civil como en ciertas leyes complementarias, entre las que se destacan la ley de protección de los discapacitados 22431 , permite sostener que mediando enfermedad mental la situación del paciente va desde la plena capacidad, porque su dolencia no le impide dirigir su persona y administrar su bienes, hasta la incapacidad absoluta de hecho prevista en el art. 141 C. cit., con todas las opciones intermedias que aseguren amparo al enfermo -Del dictamen del asesor de menores de Cámara-.

(C. Nac. Civ., sala C, 12/8/85 - Del V., J. L.).

9 - El art. 141 CC. Ver Texto determina la base para establecer la interdicción, indicando el factor psiquiátrico que permita dar seguridad al pronunciamiento, y el factor jurídico sobre la finalidad del mismo, que es en tanto y en cuanto la dolencia afecte la aptitud para el manejo de la persona y sus bienes. Por consiguiente, la importancia de la afección mental, dejando de lado la denominación y ubicación dentro del cuadro científico de los de su índole, está contemplado en la medida en que impida dirigir la persona o administrar sus bienes.

(C. Nac. Civ., sala C, 3/2/89 - A., J.). JA 1989-IV-82.

10 - Ninguna persona será tenida por demente si que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente y para el caso de los disminuidos en sus facultades el art. 152 bis inc. 2 CC. Ver Texto , también es explícito en requerir la resolución judicial, limitando la inhabilidad de los actos específicamente señalados en la decisión jurisdiccional respectiva.

(C. Penal Rosario, sala 2a., 8/7/85 - N. N.).

II. CONCEPTO

11 - Para determinar cuándo un sujeto es insano en sentido jurídico se han propuesto distintos criterios, entre ellos el "criterio mixto biológico-jurídico", auspiciado por la mayor parte de la doctrina, recogido por la jurisprudencia y consagrado por la reforma de ley 17711 en su nuevo art. 141 CC. Ver Texto ; de acuerdo a dicho criterio, se requiere que exista enfermedad mental, puesto que ello es indispensable para que se dé seguridad al pronunciamiento, y que la consecuencia de la enfermedad sea la imposibilidad del sujeto de administrar su patrimonio y dirigir su persona.

(C. Nac. Civ., sala C, 29/10/84 - Zentner, Patricia J.). JA 1985-I, síntesis.

En el mismo sentido: Id., íd., 16/10/85 - M., J. C.

12 - Si bien el art. 141 CC. Ver Texto en su nueva redacción, al establecer que "se declaran incapaces por demencia a las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitudes para dirigir su persona o administrar sus bienes", permite una importante distinción, no sólo desde el punto de vista médico en cuanto

menciona genéricamente las enfermedades mentales, obviando así encasillamientos que podrían dificultar el posterior pronunciamiento judicial, sino desde la óptica jurídica, cabe declarar demente a aquel que sea, a la vez, incapaz de administrar o de administrarse, es decir, atender a sus bienes y a su persona.

(C. Nac. Civ., sala C, 16/10/85 - M., J. C.).

13 - Para que la demencia sea notoria no es necesario un conocimiento que debe tener toda la comunidad; basta que conozcan la enfermedad las personas que integran el círculo en que se desenvuelve habitualmente el enfermo.

(C. Nac. Civ., sala G, 26/6/87 - F., J. O. v. F., O. A. y otros).

14 - Demente es, para el derecho, el sujeto que por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ha sido declarado tal, en base a la constatación de una alineación mental permanente. Pero en términos más generales -y también con relevancia para el derecho- suele hablarse de demente para designar a quienes, aun sin haber sido declarados tales, muestran cualquier tipo de patología permanente o acaso transitoria, de sus facultades mentales - Del fallo de 1a. instancia-.

(C. Nac. Civ., sala C, 20/3/92 - Banco Irving Austral S.A. v. B., J. de D.).

III. CAUSAS

15 - Carece de relevancia para apreciar la salud mental de una anciana la circunstancia de que se crea en la presencia real de personajes que observa en la pantalla del televisor y efectúe comentarios en voz alta sobre los mismos, si se tiene en cuenta que muchas personas sólo tienen como único mundo social que frecuentan al mundo de televisor, sobre todo si viven retraídas. Actúan de la misma forma muchos espectadores normales que reaccionan llorando copiosamente, riendo o dando señales de aprobación o repudio, ante los mismos personajes, ya sea ante un televisor, un escenario de teatro o la pantalla de un cinematógrafo. Es que sin identificarse con la ficción de esas escenas no se puede gustar verdaderamente de una pieza dramática. Hubieron novelistas que sufrían y lloraban con los sufrimientos, dolores y suertes de sus propios personajes. Frente mismo a los Tribunales se ven personas, quizá abogados, que salen hablando en voz alta y gesticulando en toda forma. Es que lo normal es sólo una abstracción.

(C. Nac. Civ., sala B, 31/3/75 - Castellini de Fichera, Ernesta M. A. v. Castellini, Humberto). JA 1976-I-180.

16 - El causante presenta una deficiencia cualitativa y cuantitativa de su comprensión de gravedad suficiente como para declarar su incapacidad, por resultar que se encuentra inhibido para el manejo de su persona y de sus bienes, siendo por tanto merecedor de la protección prevista en el CC. art. 141 Ver Texto .

(C. Nac. Civ., sala B, 24/4/84 - C., R. A.).

17 - La norma contenida en el art. 141 CC. Ver Texto (ref. por ley 17711), requiere que exista enfermedad mental, puesto que ello es indispensable para que se dé seguridad al pronunciamiento y que la consecuencia de esa enfermedad sea la imposibilidad del sujeto de administrar su patrimonio y dirigir su persona.

(C. Nac. Civ., sala G, 9/5/90 - F. de S., C.). JA 1990-IV-136.

18 - No procede la declaración de insania, aunque la presunta incapaz padezca de delirio, psicosis parafrénica, alienación o síndrome delirante crónico, si razona perfectamente en cuanto a la administración de sus bienes y los medios de vida que son necesarios para su desenvolvimiento normal.

(C. Nac. Civ., sala G, 9/5/90 - F. de S., C.). JA 1990-IV-136.

IV. QUIÉNES PUEDEN PEDIR SU DECLARACIÓN

a) Generalidades

19 - Las características especiales del proceso de incapacidad limita a la intervención de interesados, salvo en los supuestos de imprescindible necesidad, o en los casos en que las decisiones que se tomen puedan afectarlos directamente, o cuando se proponen diligencias para comprobar el estado mental del incapaz, que el juez puede

tomar o no en consideración.

(C. Nac. Civ., sala G, 29/2/88 - P., M. del C.).

b) Cónyuge

20 - Los cónyuges y el pedido de declaración de insania o inhabilitación. Por Luis Moisset de Espanés. JA 24-1974-291.

c) Ministerio pupilar

21 - La legitimación del ministerio pupilar para pedir la declaración de demencia está reconocida por el art. 144 CC. Ver Texto y la misma prerrogativa atribuida a los parientes del presunto insano, máxime si se la ve como deber jurídico, no detraen en absoluto a la primera, ni impide, por consiguiente, su ejercicio con los efectos propios que acarrea.

(C. Nac. Civ., sala D, 30/11/83 - A. de F., B.).

22 - La enunciación efectuada por el art. 144 CC. Ver Texto no establece orden de prioridad alguno, puesto que los allí enumerados actúan en virtud de un derecho propio que los autoriza a requerir la declaración de insania aun en el caso de que los comprendidos en un inciso anterior no lo hayan hecho; es así que el ministerio pupilar posee legitimación activa para promover el juicio de insania no sólo ante la inacción de los parientes, sino incluso frente a la expresa oposición de éstos.

(C. Nac. Civ., sala F, 12/3/85 - Zeitz, Rogelio A.). JA 1985-II, síntesis.

En el mismo sentido: Id., sala A, 30/7/85 - R., R. P.

23 - El art. 144 CC. Ver Texto enumera las personas facultadas para solicitar la declaración de demencia, mencionando entre ellas al ministerio de menores; esta facultad deviene de su calidad de representante promiscuo de todos los incapaces, por lo que pueda ejercerla cuando de cualquier modo tome conocimiento de la existencia de un presunto demente que requiere del amparo judicial.

(C. Nac. Civ., sala F, 12/3/85 - Zeitz, Rogelio A.). JA 1985-II, síntesis.

24 - La facultad del ministerio pupilar para promover insanias aparece como una consecuencia de su carácter de representante promiscuo de todos los incapaces, y especialmente del art. 491 CC. Ver Texto , en cuanto incorpora dentro de sus funciones, la de peticionar el nombramiento de tutores o curadores de los menores e incapaces que no lo tengan. De esta manera, este funcionario judicial aparece como la vía legal para que quienes se encuentran excluidos de la enumeración taxativa de las normas, puedan denunciar la existencia de un presunto insano.

(C. Nac. Civ., sala A, 30/7/85 - R., R. P.).

V. PROCEDIMIENTO

a) Generalidades

25 - Si, pese a que los "tests" efectuados a la denunciada arrojan una edad mental y un coeficiente intelectual que hacen que le corresponda una calificación psiquiátrica de "imbecilidad atenuada", el juez desestima el pedido de declaración de demencia y sólo la inhabilita en los limitados términos del art. 152 bis CC. Ver Texto , por la grave irregularidad y peligro que representa tal hecho, debe decretarse la nulidad de la sentencia.

(C. Nac. Civ., sala F, 10/5/76 - Turco de Bianchi, Ebe). JA 1977-II, síntesis.

26 - Si bien en los procesos de declaración de demencia, debe extremarse la prudencia judicial por el carácter esencial de los derechos que puedan verse afectados, atento a la gravedad de la situación que podría generar la declaración de incapacidad en la vida de una persona, igualmente debe tenerse en cuenta que la interdicción debe ser fundamentalmente una garantía para el propio insano, quien podría quedar desprotegido si a pesar de que su enfermedad le impidiese gobernar su persona y sus bienes, no se le proporcionase la protección jurídica necesaria.

(C. Nac. Civ., sala C, 11/5/81 - Gualdoni, Santiago O.). JA 1982-I, síntesis.

27 - La especial naturaleza del proceso de insania no hace posible que por voluntad de los intervinientes con su desistimiento lo hagan concluir, ya que al estar cuestionada la capacidad de una persona se afecta no sólo el interés del denunciado, a quien la ley pretende proteger, sino también el interés público; por ello, una vez en marcha el mecanismo judicial debe proseguir hasta que la sentencia dilucide esta cuestión de orden público comprometida en el proceso, sea accediendo a la declaración de incapacidad o desestimando la denuncia.

(C. Nac. Civ., sala B, 18/6/81 - Conti, Héctor E.). JA 1982-I, síntesis.

28 - El proceso de declaración de insania está instituido en beneficio del presunto incapaz, tanto en lo personal como patrimonialmente, y también de los terceros, seguridad jurídica en la celebración de los actos, y de la comunidad; así el interés directo del Estado en el desarrollo de este proceso posibilita tanto la iniciativa en su promoción o su continuación por intermedio del ministerio pupilar. Esa esencial naturaleza del juicio de insania no hace posible que por voluntad de los intervinientes -con su desistimiento- lo hagan concluir; una vez en marcha el mecanismo judicial debe proseguir hasta que la sentencia dilucide esta cuestión de orden público comprometida en el proceso, sea accediendo a la declaración de incapacidad o desestimando la denuncia.

(C. Nac. Civ., sala B, 9/11/82 - Spano, Vicente). JA 1983-III, síntesis.

29 - Si bien las autoridades policiales podrán disponer la internación de las personas que padezcan enfermedades mentales, ello sólo podrá ordenarse previo dictamen del médico oficial; si éste dictaminó -como ocurrió en la especie- aseverando la ausencia de signos de alienación mental o de insuficiencia de facultades, correspondía disponer la inmediata liberación de la persona detenida.

(C. Nac. Civ., sala C, 22/3/83 - Grillo, Rita E.). JA 1983-IV-378.

30 - Si se considera que la internación dispuesta -en el caso- estaba sostenida en la facultad que establece el art. 482 párr. 3 CC. Ver Texto , era necesario que el magistrado hubiera procedido por requerimiento concreto de las personas que, de acuerdo a lo establecido por el art. 144 CC. Ver Texto , tienen facultad al respecto.

(C. Nac. Civ., sala C, 22/3/83 - Grillo, Rita E.). JA 1983-IV-378.

31 - El proceso por declaración de insania está instituido en beneficio del presunto incapaz, tanto en lo personal como patrimonialmente, también de los terceros, por la seguridad jurídica en la celebración de actos y, consecuentemente, de la comunidad.

(C. Nac. Civ., sala C, 11/12/85 - E. de C., M.). JA 1987-I-423.

32 - El art. 141 CC. Ver Texto , permite al juez seguir un criterio ecuánime para emitir su fallo, declarando demente -desde el punto de vista jurídico- sólo a aquél insano que sea, a la vez, incapaz de administrar o administrarse, es decir, atender sus bienes y a su persona.

(C. Nac. Civ., sala C, 11/12/85 - E. de C., M.). JA 1987-I-423.

33 - Los trámites del proceso de declaración de insania, deben realizarse ante el juez que previno en la internación de la presunta insana.

(C. Nac. Civ., sala C, 27/2/90 - Rodríguez de Lacal, Blanca J.).

34 - Debe acreditarse el requisito previsto en la primera parte de la norma contenida en el art. 473 CC. Ver Texto , en el sentido de que la demencia existiera públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados, para que sea dable declarar la nulidad de los cumplidos por el insano con anterioridad a su declaración de incapacidad.

(C. Nac. Civ., sala C, 2/7/90 - C., O. v. F., O. J.). JA 1993-II, síntesis.

b) Denuncia

35 - La providencia judicial que establece la orden de que la interesada -en la especie- comparezca al cuerpo

médico forense para continuar los estudios psiquiátricos y psicológicos que fueran aconsejados, adolece, frente a una persona que no ha sido denunciada como incapaz y a la que no se ha formado proceso de insanidad, y sin que se hayan cumplido las formalidades que la ley exige por falta de personalidad en el juzgador para incoarlo de oficio (art. 142 CC. Ver Texto), de serios vicios procesales que dan fundamento al incidente de nulidad articulado.

(C. Nac. Civ., sala C, 22/3/83 - Grillo, Rita E.). JA 1983-IV-378.

36 - No excusan la denuncia -en materia de incapacidad e inhabilitación- los certificados médicos que solamente justifican la necesidad de una internación y no hay constancias de tratamiento médico vinculado con la presunta incapacidad.

(C. Nac. Civ., sala C, 9/10/90 - I. de V., C.). JA 1991-II-388.

37 - Las dificultades propias de un diagnóstico de insania o de que una persona se encuentra entre los supuestos contemplados por el art. 152 bis CC. Ver Texto , obligan a los denunciantes a agotar la diligencia necesaria para conocer lo que el Código Civil califica como "verdadero estado de las cosas" (art. 929), teniendo en cuenta que el régimen legal de la protección de los dementes -y con mayor razón de los inhabilitados- no persigue solamente resguardar la salud de éstos sino también protegerlos de su propia inconsciencia y de la explotación de los terceros.

(C. Nac. Civ., sala C, 9/10/90 - I. de V., C.). JA 1991-II-388.

38 - La denuncia es un acto jurídico según el Código Civil.

(C. Nac. Civ., sala C, 9/10/90 - I. de V., C.). JA 1991-II-388.

c) Examen médico

39 - En los procesos de declaración de demencia, el dictamen médico es imprescindible y se trata de la prueba principal, pues dará al juez la interpretación científica de las demás acumuladas al expediente.

(C. Nac. Civ., sala C, 11/5/81 - Gualdoni, Santiago O.). JA 1982-I, síntesis.

En el mismo: Id., íd., 3/2/89 - A., J.; JA 1989-IV-82.

40 - Si bien la pericia médica relativa a la demencia no fue notificada a la causante, el procedimiento seguido se ajustó a derecho pues con la notificación personal del auto de apertura y de la sentencia quedó debidamente resguardado el derecho de defensa, habiéndose dado en consecuencia cumplimiento a las disposiciones procesales (arts. 624 Ver Texto y 636 Ver Texto CPr.).

(C. Nac. Civ., sala F, 19/10/83 - J., D. N.).

41 - Es conveniente que en los procesos de demencia intervengan como peritos médicos, expertos en psiquiatría.

(C. Nac. Civ., sala F, 20/10/83 - C., L. M.).

42 - El informe médico si bien no es la prueba exclusiva en el juicio de insania, constituye la prueba esencial. Es además indispensable en todos los casos. Pero su alcance y valoración debe calibrarse en función de la naturaleza técnica, específica, del mismo y no sobre datos, en que su apreciación resultará también de otras circunstancias donde las reglas de la sana crítica pueden aplicarse por el magistrado al analizar los hechos que se invoquen y elaborar, racionalmente, su propia conclusión.

(C. Nac. Civ., sala F, 10/9/84 - A. de A., A.).

43 - Tanto la demencia en sentido jurídico como la inhabilitación constituyen el meollo del pronunciamiento judicial y no el del dictamen médico, que debe limitarse a verificar la existencia de la enfermedad mental y a establecer el alcance de la misma en la vida de relación del enfermo, porque luego será el juez el que determine si la persona contra quien se sigue el proceso requiere protección jurídica.

(C. Nac. Civ., sala F, 10/9/84 - A. de A., A.).

44 - No obstante que en el proceso de insania el dictamen médico constituye la prueba esencial, lo cierto es que su objeto se limita a verificar la existencia de la enfermedad y sus alcances en la vida de relación del enfermo, en tanto que incumbe exclusivamente al juzgador determinar si la persona contra quien se sigue el proceso requiere protección jurídica y, en su caso, en qué medida.

(C. Nac. Civ., sala F, 12/3/85 - A. I.).

En el mismo sentido: Id., sala E, 2/10/85 - Z., M. S.).

45 - Para determinar cuándo una persona es insana en sentido jurídico, se ha propuesto distintos criterios; uno de ellos es el "criterio mixto biológico jurídico", auspiciado por la mayor parte de la doctrina, recogido por la jurisprudencia, y que es el consagrado por la reforma de ley 17711 al CC. en su art. 141 Ver Texto . De acuerdo a dicho criterio, se requiere que exista enfermedad mental, puesto que ello es indispensable para que se dé seguridad al pronunciamiento, y que la consecuencia de la enfermedad sea imposibilidad del sujeto de administrar su patrimonio y dirigir su persona.

(C. Nac. Civ., sala C, 16/10/85 - Martínez, Juan C.). JA 1986-IV-641.

46 - El art. 1421 CC. Ver Texto determina la base para establecer la interdicción, indicando el factor psiquiátrico que permita dar seguridad al pronunciamiento, y el factor jurídico sobre la finalidad del mismo, que es en tanto y en cuanto la dolencia afecte la aptitud para el manejo de su persona y de sus bienes; por consiguiente, la importancia de la afección mental, dejando de lado la denominación y ubicación dentro del cuadro científico de las de su índole, está contemplada en la medida en que impida dirigir la persona o administrar los bienes. De ahí que en los juicios de insania, el dictamen médico reviste fundamental importancia y constituye prueba legal, quedando a cargo del juzgador su consideración y calificación jurídica.

(C. Nac. Civ., sala C, 11/12/85 - E. de C., M.). JA 1987-I-423.

47 - Cuando no se acompañan los certificados médicos a que hace referencia el art. 624 CPr. Ver Texto , corresponde que el juez requiera la opinión de dos médicos forenses, quienes deben expedirse acerca de la seriedad de la denuncia, es decir, si hay indicios que permitan someter al denunciado al proceso de declaración de demencia o inhabilitación (art. 625 CPr. Ver Texto). A raíz del informe que se presenta, el magistrado admitirá o desestimará la denuncia, no siendo necesaria la notificación de ese dictamen médico en que se funda la decisión, porque aquélla no está prevista por la ley. La notificación del informe de los facultativos, sólo se refiere al supuesto del art. 631 CPr. Ver Texto

(C. Nac. Civ., sala C, 23/3/90 - G. de B., F.). JA 1993-II, síntesis.

48 - El certificado médico exigido por el art. 605 CPr. Ver Texto o el expedido, en su caso, por el médico forense - art. 606 C.cit.- constituyen un requisito de admisibilidad de la acción de insania. Estando referido a un presupuesto de viabilidad de la acción, el rechazo de la misma no obsta a un nuevo planteamiento, cumplimentado que sea el requisito faltante.

(C. Civ. y Com. Concepción del Uruguay, sala 2a., 28/10/88 - Ballardini, Cipriano v. Ballardini, Germán P.).

d) Inspección del magistrado

49 - La norma del art. 630 CPr. Ver Texto impone al juez el deber de tomar conocimiento personal del presunto insano cuando éste estuviere internado, deber que -como tal - excluye la posibilidad de que aquél valore la inconveniencia o no de su cumplimiento en cada caso particular, sino que tiene que ser observada invariablemente siempre que concurra el presupuesto contemplado por el texto legal, vale decir, que el causante se encuentre internado.

(C. Nac. Civ., sala F, 7/8/85 - R., T.). JA 1986-I-484.

50 - A lo prescripto por el art. 630 CPr. Ver Texto se suma para el a quo el deber que con mayor latitud le impone la acordada 741/81 por la cual el insano internado debió haber sido visitado por él por lo menor una vez al año. El objeto de aquella disposición no radica en obtener la comprensión de un interlocutor válido, como parece interpretarlo el a quo, sino en verificar si el internado se encuentra correctamente asistido tanto en lo puramente

psiquiátrico, como en el aspecto social, si sus necesidades son correctamente atendidas por su curador o sus familiares, si es visitado por éstos y si en opinión del profesional que lo trata, subsiste o no lanecesidad de la internación.

(C. Nac. Civ., sala F, 7/8/85 - R., T.). JA 1986-I-484.

51 - El objeto de la acordada 741/81al disponer la obligatoriedad de que el insano sea visitado en su lugar de internación por el a quo, es la de obtener la adecuada protección del internado, obligación esta que no puede ser eludida por el a quo por considerarlo "innecesario" en razón de la forma clínica que reviste su enfermedad, toda vez que dicha disposición no efectúa distingos de acuerdo a los distintos tipos de pacientes, ni -mucho menos- dejar librada su aplicación al criterio de cada magistrado.

(C. Nac. Civ., sala F, 7/8/85 - R., T.). JA 1986-I-484.

52 - El conocimiento que dice tener el a quo respecto del instituto en que se encuentra alojado el causante, tampoco excusa su inobservancia del deber que estatuye el art. 10 ley 22914 Ver Texto si se tiene en cuenta que esta norma no sólo lo obliga a inspeccionar los lugares de internación, sino además verificar las condiciones de alojamiento, cuidado personal y atención médica de los pacientes, circunstancias éstas que -por su propia naturaleza- no pueden comprobarse del modo genérico durante las visitas que el a quo dice haber hecho a otros internados, sino respecto de cada uno de ellos en particular.

(C. Nac. Civ., sala F, 7/8/85 - R., T.). JA 1986-I-484.

e) Partes legítimas

1. - Generalidades

53 - Si la finalidad de la elevación en consulta radica en otorgar el máximo de garantías al denunciado, frente a la particular trascendencia que reviste el pronunciamiento que lo priva de su capacidad de hecho, no parece dudoso concluir en que la protección legal debe extenderse a todos los supuestos en que, por demencia, aquélla se encuentra en juego. La intervención de alzada no tiene limitaciones, al revisar las debidas formas procesales.

(C. Nac. Civ., sala C, 21/8/90 - R., J. R.). JA 1991-I-765.

2. - Intervención del presunto insano. Personería

54 - Debe acordarse a los insanos el derecho a un procedimiento judicial en el cual ellos o sus defensores sean oídos y puedan discutir la incapacidad que se les atribuye.

(Corte Sup., 27/6/89 - Fernández, Mario R.). JA 1990-III-597.

55 - Antes que a prohibir la representación letrada particular, el art. 142 del Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal y Correccional de la Capital, según el cual los defensores de pobres, incapaces y ausentes tendrán a su cargo la representación de los inimputables, parece encaminado a asegurar la más amplia defensa en juicio, quedando librado a la interpretación de los jueces de la causa si además del abogado de confianza, en el caso en que hubiese sido designado, debe intervenir el defensor oficial de incapaces.

(Corte Sup., 27/6/89 - Fernández, Mario R.). JA 1990-III-597.

56 - A la persona sometida a la medida asegurativa prevista por el art. 34 inc. 1 CP. Ver Texto , in fine le asiste la facultad de proponer defensor de confianza para que la represente en el procedimiento tendiente a hacerla efectiva, mantenerla o hacerla cesar.

(Corte Sup., 27/6/89 - Fernández, Mario R.). JA 1990-III-597.

57 - Es evidente el derecho de quien ocurre ante la justicia como actor o demandado, querellante o acusado, para elegir la persona que, llenando las condiciones legales, produzca en su nombre los alegatos y pruebas pertinentes a los fines de poner de manifiesto el derecho que le asiste, conforme a la garantía de la libre defensa en juicio que menciona la CN. art. 18 Ver Texto .

(Corte Sup., 27/6/89 - Fernández, Mario R.). JA 1990-III-597.

58 - No es suficiente que se llene la fórmula de la defensa con un patrocinio de oficio, aun cuando éste sea inteligente, diligente y recto, porque solamente la parte interesada es la dueña de las condiciones en que, dentro de las normas reglamentarias, deben ser alegados y probados sus derechos, tanto más cuanto estos sean, como en el juicio criminal, los esenciales de vida, libertad y honor.

(Corte Sup., 27/6/89 - Fernández, Mario R.). JA 1990-III-597.

59 - Las formas sustanciales de la garantía de la defensa deben ser observadas en toda clase de juicios, sin que corresponda diferenciar causas criminales, juicios especiales o procedimientos seguidos ante tribunales administrativos.

(Corte Sup., 27/6/89 - Fernández, Mario R.). JA 1990-III-597.

60 - Nuestras leyes no admiten los N. N.; cuando de relaciones de derecho se trata, los sujetos de quienes se predica un acto, una obligación, un hecho, un vínculo o una situación jurídica, son necesariamente personas, esto es, el eje alrededor del cual gira la vida del hecho porque este es "relación intersubjetiva", y la persona sujeto sin los atributos de la personalidad -uno de los cuales es el nombre- es la nada (en el caso se trata de supuesta demencia).

(C. Nac. Civ., sala E, 3/2/84 - N. N.).

61 - La interdicción por demencia de una persona parcialmente identificada supone el establecimiento de una situación jurídica de una persona incierta lo cual no es admisible en general y menos en una materia que integra la personalidad como es la capacidad.

(C. Nac. Civ., sala E, 3/2/84 - N. N.).

3. - Curador provisional

62 - Si bien los presupuestos que condicionan la aplicación del art. 628 CPr. Ver Texto deben juzgarse en forma estricta, en el caso el único bien que correspondería a la denunciada se encuentra desocupado y los beneficios previsionales de que goza no son suficientes para afrontar los gastos derivados de los profesionales a que alude el art. 626 Ver Texto C. cit. Por otro lado, el inmueble de la presunta incapaz además de no producir rentas genera gastos, lo que lleva a la conclusión de que en la especie no es de aplicación la norma citada en primer lugar.

(C. Nac. Civ., sala C, 28/8/84 - V. de P., J. M.).

4. - Situación del denunciante

63 - El denunciante en el juicio de insania, si bien debe ser considerado "parte" en el proceso, esta participación ha de ceñirse al aporte de las pruebas que acreditan los hechos que ha invocado en el sentido de la declaración de incapacidad, a la alegación sobre las producidas y a la apelación de la sentencia; por ello es que corresponde al curador provisorio y no a aquél, asumir la representación judicial en otros juicios en los que el denunciado se encuentra interesado, con la pertinente intervención del ministerio pupilar y la respectiva autorización del juez.

(C. Nac. Civ., sala F, 19/10/90 - M. de A., D. E.).

5. - Situación de los parientes del insano

64 - En el juicio de insania sólo son partes el curador provisorio y el asesor de menores; los parientes del insano, sean o no denunciantes, carecen de derecho a intervenir en el juicio de interdicción y, por consiguiente, no revisten la calidad de partes.

(C. Nac. Civ., sala G, 29/2/88 - P., M. del C.).

f) Prueba

65 - La innovación de la ley 17711 incorpora a la problemática en análisis un requisito indispensable: que se acredite la notoriedad de la demencia, ya que si ello no se comprueba, el acto celebrado por el insano con un tercero de buena fe y a título oneroso mantiene sus efectos totales, pese a que se alegue la falta de discernimiento.

(C. Fed. Córdoba, sala B, 30/5/89 - Banco de la Nación Argentina v. P., E. F. y otro).

66 - A los efectos de la anulabilidad del acto los imperativos legales indican de demostración obligatoria no solamente la falta de discernimiento en la realización del acto, que por imperio del art. 921 CC. Ver Texto condiciona su habilidad o vigencia, sino también su pública notoriedad, quedando protegido el contratante de buena fe y a título oneroso. Así, en este caso pesa la carga de la prueba sobre el que impugna el acto, ya que en caso de duda debe tenderse hacia su validez, dado que en principio lo es de acuerdo al C. cit. art. 472.

(C. Fed. Córdoba, sala B, 30/5/89 - Banco de la Nación Argentina v. P., E. F. y otro).

67 - La declaración de nulidad impetrada por los recurrentes deviene jurídicamente improcedente porque adjuntan para lograr su pretensión únicamente una fotocopia de la sentencia de interdicción, que no resulta probanza suficiente; sólo es un elemento de juicio que por sí sólo no autoriza ni funda la anulación del contrato prendario pactado con anterioridad, ya que se requiere además la contundente acreditación de la notoriedad de la demencia que afecta al firmante y es, precisamente, ese otro elemento de juicio imprescindible por hacer de una norma positiva, el que está ausente en la causa.

(C. Fed. Córdoba, sala B, 30/5/89 - Banco de la Nación Argentina v. P., E. F. y otro).

68 - La regla, es la capacidad de la persona y que ninguna será habida por demente, sin que previamente la demencia sea verificada y declarada por el juez competente (art. 141 CC. Ver Texto). La prueba producida debe llevar al ánimo del juez la certeza moral de encontrarse ante un incapaz por enfermedad mental, para que la declaración de interdicción pueda ser dictada. En caso de duda debe estarse por la capacidad.

(C. Nac. Civ., sala F, 10/9/84 - A. de A., A.).

69 - Si se tiene en cuenta que la sentencia decidirá sobre la capacidad o incapacidad de hecho, de obrar, de una persona y que lo último importa colocar al interdicto en situación incapaz absoluto de hecho (art. 54 inc. 3 CC. Ver Texto), lo que significa privarlo de la facultad de disponer y administrar, de poder adquirir derechos y contraer obligaciones y de ejercer por sí misma acto alguno de la vida civil, queda explicado por qué la prueba de la insanidad mental debe ser indudable, terminante, para poder declararla, en defensa del propio insano. Y se explica también por qué en caso de duda debe estarse por la regla, esto, es por la capacidad. La trascendencia jurídica que la capacidad reviste, así lo impone.

(C. Nac. Civ., sala F, 10/9/84 - A. de A., A.).

70 - El art. 141 CC. Ver Texto determina el sistema para establecer la interdicción, el factor psiquiátrico que permite dar seguridad al pronunciamiento, y el factor social indicando la finalidad del mismo que es en tanto y en cuanto la dolencia lo inhibe para el manejo de sí mismo y de sus bienes. Por consiguiente, la importancia de la afección mental, dejando aparte la denominación y ubicación dentro del cuadro de las enfermedades, está dada porque ello impide que tenga aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.

(C. Nac. Civ., sala B, 24/4/84 - C., R. A.).

En el mismo sentido: Id., sala C, 11/12/85 - E. de C., M. C.

g) Sentencia. Elevación en consulta

71 - La elevación en consulta del art. 633 in fine CPr. Ver Texto supone no sólo la existencia de un proceso de interdicción por demencia, sino también que éste haya culminado con sentencia que la decreta. Y ello es así porque se trata de un recurso legal instituido como una garantía más que se otorga al denunciado, frente a la incapacidad absoluta de hecho que se deriva de la declaración de insania.

(C. Nac. Civ., sala A, 5/7/83 - C., J. C.).

72 - Mientras el causante no tenga un nombre con el que se halle identificado mediante inscripción en el Registro Civil, no puede dictarse sentencia que importe establecerlo en la situación jurídica de incapacidad del CC. art. 54 Ver Texto inc. 3.

(C. Nac. Civ., sala E, 3/2/84 - N. N.).

73 - La elevación en consulta que estatuyen los arts. 253 bis Ver Texto y 633 Ver Texto in fine CPr. para los casos en que la sentencia que declara la incapacidad del denunciado no fuere apelada, tiene por finalidad obtener la revisión del procedimiento por parte del Tribunal de alzada quien debe determinar si se ha observado las formalidades previstas especialmente por la ley para este tipo de procesos y, en su caso, si el pronunciamiento recaído es justo de acuerdo a las pruebas producidas.

(C. Nac. Civ., sala F, 7/2/85 - B., A. J.).

74 - No obstante que en los procesos de insania el dictamen médico constituye la prueba esencial, lo cierto es que su objeto se limita a verificar la existencia de la enfermedad y sus alcances en la vida de relación del enfermo, en tanto que incumbe exclusivamente al juzgador determinar si la persona contra quien se sigue el proceso requiere protección jurídica y, en su caso, en qué medida.

(C. Nac. Civ., sala F, 11/2/85 - F., E. J.).

75 - La elevación en consulta que prescriben los arts. 253 bis Ver Texto y 633 Ver Texto in fine CPr., tiene por finalidad obtener la revisión del procedimiento que condujo a la declaración de incapacidad por parte del tribunal de alzada, quien debe determinar si se han observado las formalidades previstas especialmente por la ley para este tipo de procesos; por consiguiente, y siendo que una de tales formalidades -esencial, por lo demás- es la contenida en el art. 630 CPr. Ver Texto , es evidente que la verificación de su cumplimiento en cada caso hace al objeto específico de la elevación en consulta.

(C. Nac. Civ., sala F, 7/8/85 - R., T.). JA 1986-I-484.

76 - La interdicción debe ser fundamentalmente una garantía para el propio causante, quien podría quedar desprotegido si a pesar de que su enfermedad le impidiese gobernar su persona y sus bienes, no se le proporcionara la protección jurídica necesaria. Esta misión de tutela de incapaz, está naturalmente atribuida a los jueces, quienes tienen la potestad de apreciar los elementos aportados y de pronunciarse sobre la capacidad o incapacidad de las personas en los términos del CC. art. 141 Ver Texto .

(C. Nac. Civ., sala C, 11/12/85 - E. de C., M.). JA 1987-I-423.

77 - Es improcedente la elevación en consulta de la actuaciones (arts. 253 bis Ver Texto y 633 Ver Texto CPr.) aun cuando la resolución que rehabilita a quien había sido declarado demente lo inhabilita en los términos del inc. 2 del art. 152 bis CC. Ver Texto pues la decisión -aunque limitada- le devuelve su capacidad.

(C. Nac. Civ., sala F, 11/2/86 - B. de S., M. A.).

78 - La resolución que modifica la sentencia declarando al causante inhabilitado en los términos del art. 152 inc. 2 CC. Ver Texto , torna improcedente la intervención de la Cám. Nac. de Apels. en los términos del art. 633 CPr. Ver Texto , pues dicha regla tiende al contralor de las decisiones que limitan o cercenan las prerrogativas jurídicas de las personas.

(C. Nac. Civ., sala A, 16/11/90 - A., V.).

VI. EFECTOS

a) Generalidades

79 - La evolución de las ciencias y del derecho mismo permite afirmar que sin evadirse del art. 141 CC. Ver Texto el juez puede restringir la capacidad de un hombre en cualquier punto intermedio entre el todo y la nada. Y esta decisión, como ninguna de las referidas a la disposición legal citada, no puede estar basada exclusivamente en razones médicas. Estas tendrán en la conciencia del sentenciante el peso que el Código Civil y el sentido común les

otorga. Pero a la hora de escoger, no es posible menospreciar la historia de vida del incapacitado, ni los relieves de su medio social inmediato -Del fallo de 1a. instancia confirmado-.

(C. Nac. Civ., sala C, 12/8/85 - Del V., J. L.).

80 - Al actuar el demandado sin discernimiento, no resulta imputable -art. 900 CC. Ver Texto - y, por ende, la reparación del perjuicio no resultaría procedente. No obstante, en el art. 905 del mencionado cuerpo legal, se establecen dos excepciones al referido principio de irresponsabilidad. La primera de ellas está referida al enriquecimiento sin causa, fuente obligatoria que explica suficientemente la restitución a cargo del agente involuntario, cuya obligación no deriva de una responsabilidad, sino del hecho de resultar inequitativo que el irresponsable se enriquezca con el producido del ilícito dejando al inocente damnificado soportando toda la pérdida sufrida -Del fallo de 1a. instancia-.

(C. Nac. Civ., sala C, 20/3/92 - Banco Irving Austral S.A. v. B., J. de D.).

81 - Habiéndose acreditado que los bienes objeto del proceso fueron adquiridos por el demandado incapaz con el producido de un ilícito, en atención a lo dispuesto en el art. 907 CC. Ver Texto corresponde proceder a la realización de tales bienes, a efectos de recomponer -con su producido- al accionante el patrimonio afectado, estando la medida del resarcimiento dada por el valor del enriquecimiento experimentado por el agente causante del hecho -Del fallo de 1a. instancia-.

(C. Nac. Civ., sala C, 20/3/92 - Banco Irving Austral S.A. v. B., J. de D.).

82 - La declaración de incapacidad civil por demencia no se basa en todos los casos en la falta de aptitud de insano para administrar y disponer de sus bienes sin perder por ello su capacidad para delinquir.

(C. Nac. Crim. y Corr., sala 6a., 8/9/83 - S., M. R.).

b) De la declaración judicial de insania

1. - Sobre actos posteriores

83 - Aun cuando se trate de manifestaciones de alguien que fue declarado incapaz, si sus dichos son coincidentes con las circunstancias de hecho que surgen tanto de la causa penal como de las actuaciones, esa declaración importa un elemento de convicción corroborante de aquellas circunstancias.

(C. Nac. Civ., sala C, 20/3/92 - Banco Irving Austral S.A. v. B., J. de D.). JA 1993-III, síntesis.

2. - Sobre actos anteriores

84 - Interpretación del agregado al art. 473 CC. Ver Texto por ley 17711 . Por Santos Cifuentes. JA 1987-I-767.

85 - Actos celebrados por dementes (arts. 473 Ver Texto y 474 del Código Civil). Por Patricio Raffo Benegas y Rafael Alejandro Sassot. JA Doctrina 1971-807.

86 - La insania resulta del mismo acto cuando se hace una cesión onerosa por un precio ridículo.

(C. Nac. Civ., sala B, 30/11/79 - Hernández, Camila v. Mole La Terra, Juan, suc.). JA 1980-I-654.

87 - Los actos celebrados por incapaces declarados tales en juicio son susceptibles de acción de nulidad relativa; así, si la compraventa de un inmueble es evidentemente ventajosa para el incapaz, el acto no puede ser declarado nulo y es confirmable. Es decir, sólo la presunción se convierte en certeza cuando otro juez que el de la insania comprueba no solamente que sigue vigente la declaración del juez competente para juzgar la incapacidad mental del candidato antes de celebrar el acto, sino que dicho acto lo perjudica. Solamente entonces, con una sentencia específica que declara la nulidad de dicho acto por ser perjudicial a una persona que estaba mental o psicológicamente enferma, se puede afirmar con solvencia técnica que el acto es nulo -Del voto en disidencia del Dr. Vernengo Prack-.

(C. Nac. Civ., sala B, 30/11/79 - Hernández, Camila v. Mole La Terra, Juan, suc.). JA 1980-I-654.

88 - La prueba del estado de demencia pública y notoria debe ser concluyente, insospechable y decisiva, lo que será apreciado por el juez -Del voto en disidencia del Dr. Vernengo Prack-.

(C. Nac. Civ., sala B, 30/11/79 - Hernández, Camila v. Mole La Terra, Juan, suc.). JA 1980-I-654.

89 - El art. 473 CC. Ver Texto reviste carácter excepcional, porque viene a afectar actos anteriores a la declaración de demencia; y con ello se aparta del principio general de derecho, según el cual se tienen por válidos los actos de personas que no han sido declaradas incapaces -Del voto en disidencia del Dr. Vernengo Prack-.

(C. Nac. Civ., sala B, 30/11/79 - Hernández, Camila v. Mole La Terra, Juan, suc.). JA 1980-I-654.

90 - Para poder declarar la existencia de la notoriedad a que se refiere el art. 473 CC. Ver Texto , debe exigirse prueba incontrovertible, a fin de proteger la estabilidad de los actos jurídicos; la prueba pericial por sí sola no es suficiente para acreditarla como asimismo es insuficiente la de testigos, si no se aportan otros elementos de juicio -Del voto en disidencia del Dr. Vernengo Prack-.

(C. Nac. Civ., sala B, 30/11/79 - Hernández, Camila v. Mole La Terra, Juan, suc.). JA 1980-I-654.

91 - Por notoriedad de la incapacidad debe entenderse su conocimiento por la generalidad de las personas que habitan en el lugar de residencia del presunto insano o por lo menos, de las personas que han tenido trato diario con él, por ser claras las manifestaciones de la demencia para cualquier observador -Del voto en disidencia del Dr. Vernengo Prack-.

(C. Nac. Civ., sala B, 30/11/79 - Hernández, Camila v. Mole La Terra, Juan, suc.). JA 1980-I-654.

92 - El proceso de declaración de incapacidad está instituido en beneficio del presunto insano (recuperación de su salud y protección de su patrimonio), de los terceros, y de la comunidad. En consecuencia, existe un interés público de esclarecer su salud mental, para lo cual el juez dispone de amplias facultades, que hacen inconveniente atender peticiones que sólo tienden a dificultar la investigación del estado mental del denunciado.

(C. Nac. Civ., sala E, 28/9/79 - Molli, Julio A.). JA 1980-I, síntesis.

93 - La nulidad establecida en el art. 473 CC. Ver Texto (ley 17711) es de carácter relativo; por otra parte, el acto otorgado por un demente antes de la sentencia que lo declare interdicto, es un acto anulable. Para oponer la nulidad a los terceros de buena fe, adquirentes a título oneroso, se debe acreditar de modo insospechado, concluyente y decisivo, la notoriedad de la demencia, cuya carga probatoria, incumbe al nulidicente.

(C. Nac. Civ., sala C, 4/2/82 - Padilla Galiano, Miguel v. Sheridan, Edgardo C.). JA 1983-I-367.

94 - En el supuesto de que se invoque la nulidad de un acto realizado por quien al tiempo de efectuarlo no estaba interdicto, pero fue declarado incapaz con posterioridad, se aplica el CC., art. 473 Ver Texto .

(C. Nac. Civ., sala C, 4/11/82 - Facciuto, José M. v. Rivera, César E.). JA 1983-III-206.

95 - Cuando el art. 473 CC. Ver Texto se refiere a la "época", atiende a un período, "tiempo antes y tiempo después", que es de sospecha, puesto que la sentencia de interdicción es elemento convincente para demostrar que hubo demencia, lo que no se da en un día, en un momento, sino que se extiende en el tiempo; fuera de ello, si no hay sentencia declarativa de demencia, se recae en el principio general de validez del acto, salvo que se demostrara que al preciso momento de celebrarlo, se padecía la falta de discernimiento por demencia.

(C. Nac. Civ., sala C, 4/11/82 - Facciuto, José M. v. Rivera, César E.). JA 1983-III-206.

3. - Sobre la persona del insano

96 - En los procesos de declaración de demencia, debe extremarse la prudencia judicial por el carácter esencial de los derechos que pueden verse afectados, atento a la gravedad de la situación que podría generar la declaración de incapacidad en la vida de una persona, pero teniendo en cuenta también, que la interdicción debe ser fundamentalmente una garantía para el propio insano, quien podría quedar desprotegido si a pesar de que su enfermedad le impidiese gobernar su persona y sus bienes, no se le proporcionase la protección jurídica necesaria.

(C. Nac. Civ., sala C, 18/9/81 - Tondato, Gilberto A.). JA 1982-I, síntesis.

97 - Si bien las personas insanas deben ser custodiadas para que no se dañen a sí mismas, ni a sus semejantes, también es necesario custodiar con todas las garantías al alcance de los jueces para que no se prive de la libertad ambulatoria o de albedrío a las personas que, por situaciones equívocas, pueden parecer insanas; es éste el último reducto de la libertad individual, con internación o sin ella -Del voto del Dr. Vernengo Prack-.

(C. Nac. Civ., sala B, 29/10/81 - Gutiérrez, Roberto M.). JA 1982-III, síntesis.

98 - Si el informe del cuerpo médico forense concluyó en que el insano se encuentra en condiciones de efectuar salidas periódicas del instituto donde se halla internado sin acompañante, en razón de la mejoría experimentada en su estado de salud mental y por no revestir peligrosidad para sí o para terceros, señalando además que tal temperamento resultaría beneficioso para el paciente, la negativa del curador de responsabilizarse por los eventuales actos que pudiere realizar el insano no constituye impedimento para denegar la autorización ya que tal causa no puede impedir la libertad para movilizarse, en tanto su ejercicio no represente un peligro para su persona o la de terceros.

(C. Nac. Civ., sala F, 17/10/84 - C., I.).

99 - Mientras no se dicte sentencia que admita la demencia, la demandada es una persona capaz de gestionar sus derechos y proveer al cuidado de su persona (arts. 52 Ver Texto , 140 Ver Texto CC.). Esto se ve reflejado en el juicio de declaración de demencia, pues mientras no se dicte sentencia de interdicción la demandada es parte necesaria en defensa de su capacidad (art. 632 CPr. Ver Texto).

(C. Nac. Civ., sala F, 14/6/85 - A., R. I. v. B. de A., L.).

100 - La declaración de incapacidad no surge de la sola existencia de una dolencia mental, sino en tanto este mal derive en la imposibilidad de dirigir la persona y/o administrar los bienes.

(C. Nac. Civ., sala A, 30/7/85 - R., R. P.).

101 - Acreditada la trascendencia de la enfermedad en la vida de relación del causante, es el juez quien establecerá el sistema de protección que mejor ampare al enfermo. Podrá ser entonces, la sentencia de incapacidad, sin salvedad alguna, en cuyo caso la persona pasará a desarrollar su vida jurídica a través de un representante y no podrá realizar, obviamente, actos personalísimos pues quedará comprendida en el supuesto del art. 54 inc. 3 CC. Ver Texto , o podrá dictarse un pronunciamiento que restrinja la posibilidad de disponer de bienes por actos entre vivos o también de administrar algunos de ellos o la totalidad que pertenecieran al causante, de acuerdo con las prescripciones del art. 152 bis C. cit. -Del dictamen del asesor de menores de Cámara-.

(C. Nac. Civ., sala C, 12/8/85 - Del V., J. L.).

102 - Si de acuerdo con la ley el juez puede decidir sobre la libertad o la reclusión del enfermo mental, sobre la capacidad o la incapacidad o sobre éstas o la inhabilitación, parece razonable reconocerle la facultad de mantener a cargo del incapaz el ejercicio personal de alguno de sus derechos, los cuales siempre serán de menor importancia frente a su externación o a la inhabilitación, pero de gran trascendencia en el camino de recuperación social en que todo enfermo debe quedar incluido o incorporado desde que se le inicia el proceso de insania -Del dictamen del asesor de menores de Cámara-.

(C. Nac. Civ., sala C, 12/8/85 - Del V., J. L.).

103- Es improcedente la orden dispuesta en la sentencia donde es declarada la interdicción, de que la insana prosiga con un tratamiento en un establecimiento oneroso fuera del lugar de su domicilio -Capital Federal- mientras no se realice un exhaustivo inventario de las rentas y capital de la misma, todo con el estricto control del ministerio de incapaces, sin perjuicio que en el ínterin, el curador haga prestar la debida asistencia a la insana.

(C. 1a. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 2a., 26/8/82 - M., C. L.). JA 1984-II-470.

104 - No cabe forzar a un demente para practicarle la ablación de un órgano a trasplantar disfrazando el hecho bajo la presunción de que quiere ejercer su derecho a preservar la vida del hermano beneficiado -haciendo él la

donación- en virtud de que no sólo el "querer" de un insano -en cuanto implica dirigir su voluntad- es jurídicamente irrelevante, sino que no se puede presumir una intención que la ley reputa inexistente -Con nota de Augusto Mario Morello y Ángela S. de Alegre-.

(C. Civ. y Com. San Martín, sala 2a., 28/2/89 - D. S., L. R.). JA 1989-IV-478.

105 - Aun admitiendo como hipótesis la superioridad de intereses como la solidaridad para con la familia, el derecho a la vida de uno de sus miembros y el derecho a preservarlo en ella por parte de los demás componentes, para subordinar a todos ellos los derechos de un incapaz, es condición que no exista ninguna otra posibilidad de salvaguardar los primeros -Con nota de Augusto Mario Morello y Ángela S. de Alegre-.

(C. Civ. y Com. San Martín, sala 2a., 28/2/89 - D. S., L. R.). JA 1989-IV-478.

106 - El art. 13 ley 21541 (texto según ley 23464) al disponer que el consentimiento del dador no puede ser sustituido ni complementado, está consagrando la existencia de una incapacidad de derecho y no de hecho para el insano, configurando una restricción legal fundada en la situación subjetiva de la persona que no puede ser modificada por los particulares por hallarse interesado el orden público, ni tampoco renunciarla porque ha sido instituida tanto en mira al individuo como a la sociedad (Del fallo de 1a. instancia) -Con nota de Augusto Mario Morello y Ángela S. de Alegre-.

(C. Civ. y Com. San Martín, sala 2a., 28/2/89 - D. S., L. R.). JA 1989-IV-478.

107 - La sentencia sobre demencia sólo hace cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos declarados en el Código Civil; no constituye cosa juzgada en el juicio civil lo resuelto sobre el tema en un juicio criminal.

(C. Acusación Córdoba, 9/8/91 - Godoy, Eduardo D.).

108 - De ninguna manera puede aceptarse que un oligofrénico con atención y memoria conservadas, con capacidad de juicio y razonamiento disminuido y apto para resolver situaciones sencillas, configure por sí un inhabilitado para todo acto personalísimo.

(C. Penal Rosario, sala 2a., 8/7/85 - N. N.).

4. - Administración de los bienes

109 - Si el causante está de hecho impedido de proceder por sí, la intervención de un curador a los bienes se da naturalmente y, con ello, también la suspensión parcial de la capacidad del denunciado como insano, no superable por la vía elíptica de un mandato que él otorgue o pudo haber otorgado anteriormente. Es que es inconcebible que el legislador puede atribuir la válida realización del mismo acto a dos personas diferentes, de donde se sigue que los actos de carácter patrimonial sometidos al curador a los bienes quedan por ello mismo impedidos al representado, y por extensión a un tercero a quien él los pudo encomendar, por mediar su incapacidad al respecto.

(C. Nac. Civ., sala D, 28/10/83 - L., R. E.).

110 - La sentencia de incapacidad lleva aparejada la designación de un curador, cuya función no sólo será la de representar al enfermo sino y, fundamentalmente, la de tratar que éste se recupere o recobre su capacidad, tal como lo establece el art. 481 CC. Ver Texto Por consiguiente, si de lo que se trata es de ayudar al enfermo para que se cure o mejore y ello puede operarse como consecuencia del trabajo para el que el enfermo demuestra aptitud, pues no hay duda que debe autorizarse que personalmente celebre contrato de trabajo y administre sus retribuciones. Si alguna duda surge sobre la conveniencia de que administre las rentas de ese trabajo, la respuesta estará dada, siguiendo el criterio general, o sea, según lo que digan los médicos y lo que resulta de la realidad social en que se encuentre el enfermo -Del dictamen del asesor de menores de Cámara-.

(C. Nac. Civ., sala C, 12/8/85 - Del V., J. L.).

111 - La ley defiende al incapaz por enfermedad o disminución mental de dos formas: por adición (enderezando parte del erario público y privado hacia los servicios que preserven la dignidad del insano, apuntalen su salud y permitan su rehabilitación) y por sustracción (privándolo de los derechos de dirigir su persona y administrar sus bienes, de los cuales gozan todas las otras personas, pero cuyo ejercicio pondrían al insano a merced de los otros).

Este último modo de protegerlo (la sustracción) debe ser usado con mucha prudencia, porque en el preciso instante en que la sustracción de derechos esenciales deja de ser necesaria para proteger a la sociedad o a un hombre, comienza a violarse su dignidad, a envilecerlo y consiguientemente a enfermarlo -Del fallo de 1a. instancia confirmado-.

(C. Nac. Civ., sala C, 12/8/85 - Del V., J. L.).

112 - Si un enfermo mental crónico, en proceso de rehabilitación y resocialización, no está en condiciones de casarse, de vivir solo, de reconocer hijos, de vender bienes, etc., pero sí está en condiciones de trabajar como cadete en la clínica donde está internado, de recibir un sueldo y de administrarlo, sin ningún riesgo, y no se le permite hacerlo, la protección se transforma en represión enfermante, en frustración de una recuperación -Del fallo de 1a. instancia confirmado-.

(C. Nac. Civ., sala C, 12/8/85 - Del V., J. L.).

c) Insania no declarada

113 - En el caso de un pretendido demente que habría realizado una promesa de venta en estado de demencia, no obstante que ella no llegara a declararse, además de las normas generales, el Código incluye para esta hipótesis los arts. 474 y 3616.

(C. Nac. Civ., sala C, 4/11/82 - Facciuto, José M. v. Rivera, César E.). JA 1983-III-206.

114 - No parece que pueda extenderse la solución del codificador para el supuesto de los actos realizados por un demente antes de ser declarado tal, pero cuya interdicción llegó a dictarse (art. 473 CC. Ver Texto) a la hipótesis en que tal interdicción fuera imposible por el fallecimiento de aquél cuya incapacidad se cuestiona (art. 474 CC. Ver Texto); se trata de dos casos distintos, por lo que no cuadra la aplicación extensiva de la norma del art. 473 CC. en cuanto a la suficiencia de la acreditación de la existencia pública de la causa de la interdicción en la época en que los actos fueron ejecutados.

(C. Nac. Civ., sala C, 4/11/82 - Facciuto, José M. v. Rivera, César E.). JA 1983-III-206.

VII. CESACIÓN DE LA INCAPACIDAD

115 - Corresponde revocar la declaración de demencia, si no obstante que la denunciada tuvo un cuadro paranoide que revistió características psicóticas, con el tiempo la sintomatología ha cesado, y aunque crea aún en la realidad de la persecución de que fue objeto, su proceso permanece "encapsulado" como un resto de una antigua psicosis, sin incidencia externa alguna y que tampoco condiciona su conducta.

(C. Nac. Civ., sala C, 3/2/89 - A., J.). JA 1989-IV-82.

* * *

FILIACION Pruebas biológicas: negativa a someterse a ellas; presunción; gravedad de lamisma. Cita: ED, 185-355 Tribunal: CNCiv. , sala A Fecha: abril 21-1998 Tema: filiación. Núm. Interno: 49.743 -O., M. C. c. N., E. R.

--------Sumario----------

1. - La negativa de someterse a la prueba biológica, constituye un abuso de derecho, además de una falta de solidaridad y colaboración con la administración de justicia. Por ello se afirma que el indicio que señala el art. 4º de la ley 23.511 no es cualquier indicio, sino uno grave, pues de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en función del adelanto científico alcanzado, en cuestión en la que no sólo está en juego el interés individual, sino uno social, tiene un peso específico muy elevado en comparación con los demás indicios que puedan analizarse. 2. - En un juicio de reclamación de filiación extramatrimonial sabido es que resulta muy dificultoso acreditar de manera asertiva la existencia de relaciones sexuales. Por ello es que las presunciones juegan un rol relevante y aunadas al indicio del art. 4º de la ley 23.511, contribuyen decisivamente para sentenciar. M.M.F.L

--------- Fallo----------

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los veintiún días del mes de abril de mil novecientos noventa y ocho, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la sala A de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: O., M. C. c. N., E. R. s/filiación, respecto de la sentencia de fs. 288/293, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden señores jueces de Cámara doctores: Hugo Molteni, Jorge Escuti Pizarro, Ana María Luaces. A la cuestión propuesta el doctor Molteni dijo:

1º La sentencia de fs. 288/293 admitió la acción de filiación entablada inicialmente por M. C. O. y luego continuada por su hijo C. A. O. -por haber alcanzado su mayoría de edad-, para obtener el judicial reconocimiento de la paternidad de éste, respecto de E. R. N. El sentenciante consideró que la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, junto con los restantes elementos de comprobación arrimados por la parte actora, permiten concluir asertivamente respecto de la paternidad del emplazado, a quien a su vez condenó a pagar la suma de veinte mil pesos en concepto de daño moral. Contra dicho decisorio apeló exclusivamente el condenado, quien cuestionó tanto la procedencia de la acción de filiación, como la admisibilidad del daño moral (ver fs. 312/318), mereciendo la respuesta de fs. 320/324 por parte del actor. A fs. 327/329 dictaminó el Sr. Fiscal de Cámara, quien aconsejó la confirmación del fallo.

SUMARIO - ACCION DE FILIACION. Negativa del demandado a extraerse sangre. Valor presuncional de la negativa a someterse a la prueba de ADN. DAÑO MORAL. Reconocimiento del daño moral al menor L. 362755 - "M. M. V. y otro c/ C. A. J. s/ filiación" - CNCIV - SALA G - 11/12/2003

"Si cuando aun no se contaba con el "HLA" , y sólo se podía recurrir a la prueba hematológica -por descarte- que no atribuía paternidad, los magistrados en general consideraban indicio o presunción en contra de quienes a ella se negaban, con mucha mayor razón ahora, cabe esa ilación coadyuvante en el plexo probatorio, merced a la obstinada negativa de la que vengo hablando.-(ver Bossert-Zannoni, en "Régimen Legal de Filiación y Patria Potestad", Pág. 105 y citas de fallos que allí se hacen)."

"Es dable recalcar que la doctrina mayoritaria considera que quien -como el recurrente en el sub-lite- **se niega a prestarse a una prueba hematológica, queda de suyo expuesto a que esa conducta -tal el caso en examen- sea valorada como presunción probatoria de compatibilidad sanguínea con el hijo que se pretende atribuirle**."

"Muy a contrario de lo espetado por el demandado, la yactura moral procede en su fijación, toda vez que el emplazado renuente, necesitó de todo un pleito que prefiero no calificar, para que su vástago quedara emplazado en su verdadero estado de familia y fuera reconocida la negada paternidad. Y procede, aún con prescindencia de evaluar si aquella conducta reticente del mayor "pater" fue o no culpable o dolosa, ya que cabe atender a la efectiva y demostrada relación de causalidad antes que a la imputabilidad subjetiva, o si se quiere, culpabilidad o responsabilidad."

TEXTO COMPLETO

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 11 días del mes de diciembre de dos mil tres, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala "G" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: " M. M. V. C/ C. A. J. S/ FILIACION", respecto de la interlocutoria de fs. 317 y sentencia de fs. 354/61, el Tribunal estableció las siguientes cuestiones a tratar:

1a.-¿Es justa la imposición de costas resuelta en la interlocutoria dictada a fs.317?.//-
En su caso ¿ que pronunciamiento cabe al respecto?.-
2a.-¿Es justa la sentencia dictada a fs.354/361?.-
En su caso,¿ que pronunciamiento corresponde?.-

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores: CARLOS ALFREDO BELLUCCI-LEOPOLDO MONTES DE OCA.-

A la primer cuestión el Señor Juez de Cámara Doctor Carlos Alfredo Bellucci dijo:

I.- La parte demandada, una vez planteada la negligencia en la producción de su prueba testifical respecto de los dichos ofertados de Héctor Daniel Fernández y Pedro Romero, los desistió.-
A fs.317, la sra. jueza "a-quo", por entender que aquella actitud procesal se dio cuando la contraria había formulado el acuse correspondiente, le impuso costas al desistidor, quien a fs.410/411 "supra" protesta por entender que debieron no cargarse a ninguna de ambas contradictorias, desde que no () se resolvió incidente alguno debido al temporáneo desistimiento de tal medio probatorio.-

II.- No es exacto que esa postura que esgrime ahora el apelante fuera la que mostró su actitud frente al traslado ordenado por nota, a fs. 315 primer párrafo, y para así concluir, me basta referir que tal manda data del 12 de noviembre de 2001, mientras que el desistimiento de fs.316 lleva fecha del cargo del 16 de ese mismo mes y año, por lo que con justeza a fs.317, la sra. jueza de grado basó su condena causídica en el hecho imperturbable que apoyó en el artículo 385 de la ley formal.-

Sucede entonces que las tibias críticas que postulan la "abstracticidad", al cobijo de lo antes meritado, advienen inatendibles.-Ergo a esta primera "quaestio" voto convencido por la afirmativa.-
El Señor Juez de Cámara Dr. Leopoldo Montes de Oca, por análogas razones, dio su voto por la afirmativa.-

A la 2da.cuestión propuesta a este acuerdo, el Señor Juez de Cámara, dr. Carlos Alfredo Bellucci dijo:

I.- Promovida acción de filiación contra el emplazado, finiquitadas sendas etapas de cognición y de debate, por considerar demostrados testificalmente los extremos de su procedencia, así como meritada la presunción contraria al accionado, derivada de su negativa a extraerse sangre, la sentenciadora de grado admitió aquel reclamo, condenó al demandado como padre de la menor peticionaria a quien la colocó en dicho estado, y mandó que le fuera sufragada una cierta cantidad de dinero en concepto de daño moral, más las costas que allí fijó.-

II.- Excita la intervención de este colegiado la crítica realizada por el condenado a fs.405/411, mediante la que trata de invalidar la meritación probatoria realizada por la "a-quo", y exora una suerte de "plurum concubentium" que aleja toda idea de su paternidad fallada.-Dicha pieza revisora, trasladada a fs. 411 vta, mereció de su comblueza pedido expreso de deserción con subsidiaria repulsa a fs 412/414.-

III.-Ambos Ministerios, tanto de la Defensa cuanto el Fiscal, en profícuos dictamenes ante este pretorio, opinan acerca de la confirmatoria del fallo en crisis.-

IV.-Sea permitido adelantar que pese al poco criterioso esfuerzo revisor, sólo circunscripto a una suerte de preterición testimonial, por lo que diré, cae en plena deserción, ya que, como se verá no se hace cargo ni formula tema alguno respecto a la postura del disidente adquirida durante toda la tramitación de este ya farragoso pleito.(arts 265, 266 y cc. del rito)).-
En efecto, uno de los pilares fundamentales del resolutorio objeto de insuficiente crítica, resulta ser (vide fs. 359, considerando nº 5.-) la perfecta valoración presuncional contraria al quejoso, derivada de su negativa a la prueba de ADN.-(ver ley 23.511, artículo 4;; esta sala en libre nº 170.457 del 7 de setiembre de 1995, y sus citas).-
Y, llamativamente, el amohinado, soslayó tan importante cuestión.-
Pero diré más: Si cuando aun no se contaba con el "HLA" , y sólo se podía recurrir a la prueba hematológica -por descarte- que no atribuía paternidad, los magistrados en general consideraban indicio o presunción en contra de quienes a ella se negaban, con mucha mayor razón ahora, cabe esa ilación coadyuvante en el plexo probatorio, merced a la obstinada negativa de la que vengo hablando.-(ver Bossert-Zannoni, en "Régimen Legal de Filiación y Patria Potestad", pág. 105 y citas de fallos que allí se hacen).-
Al precedente de esta sala que invoco, me permito agregar las fértiles y contundentes conclusiones que al efecto pueden leerse y extraerse del proficuo trabajo publicado en L.L., ejemplar del 14 de diciembre de l989, titulado "La Filiación-el HLA-,Los Jueces, Los Abogados y la Ciencia", de la autoría de Luis Verruno, Emilio Hass y Eduardo Raimondi, a cuyas conclusiones y fundamentos remito, no sólo porque son aquí de calce justo, antes bien por su profundidad y base científica que trae, y las que por razón de brevedad doy por enteramente reproducidas en este voto.-(vide asimismo: ejemplar de L.L. con data del 23 de diciembre de 1988, pág. 3 "Filiación y Prueba Biológica" de José Raúl Velazco).-
Es dable recalcar que la doctrina mayoritaria considera que quien -como el recurrente en el sub-lite- se niega a prestarse a una prueba hematológica, queda de suyo expuesto a que esa conducta -tal el caso en examen- sea valorada como presunción probatoria de compatibilidad sanguínea con el hijo que se pretende atribuírle.-Es también, jurisprudencia de nuestro cimero Tribunal Nacional.-(CSJN en E.D. ejemplar del 25 de abril de 1997, fallo nº47.851;CS Porv. Santa Fé en LL. tomo 1992-D-536; SC Mendoza, sala I, en L.L. 1996-B-546; esta Excma.Cámara, sala "F", en L.L., tomo l998-C-62; y en materia jurisdiccional extranjera, como simple dato ilustrativo: Tribunal Constitucional de España, sala I en E.D., tomo 157-258, entre tantísimos otros concordantes).-
Es indudable que a la correcta evaluación testifical que las amurras no desmerecen, se le une esta otra prueba irrefutable, y de tal conjunción, adviene la correcta conclusión a la que arribó la "iudex", que comparten los dignos representantes de la defensa y de la custodia del orden público, cuyos dictámenes comparto plenamente.-
Así, frente a la oquedad de crítica op yerro en este puntal aspecto tratado, propongo la deserción del soflama revisor.-

V.- Muy a contrario de lo espetado por el demandado, la yactura moral procede en su fijación, toda vez que el emplazado renuente, necesitó de todo un pleito que prefiero no calificar, para que su vástago quedara emplazado en su verdadero estado de familia y fuera reconocida la negada paternidad. Y procede, aún con prescindencia de evaluar si aquella conducta reticente del mayor "pater" fue o no culpable o dolosa, ya que cabe atender a la efectiva y demostrada relación de causalidad antes que a la imputabilidad subjetiva, o si se quiere, culpabilidad o responsabilidad.- Así lo ha entendido invariablemente esta tríada -hoy díadra-jurisdiccional en precedente libre nº234.021, de fecha 6 de marzo de 1998 y sus citas a las que remito.-

Mal que le pese a la quejosa, no ha existido inversión del "onus probandi".-Por el contrario, la meritada testifical al conjuro de la presunción ominis derivada de la injustificada negativa que he expuesto, se conjugan adecuadamente con el connotado inserto en la manda del artículo 377 del rito.-

A contrario de lo exorado por el disidente, no se trata de una "justificación legal" que la tiene, sino y por el contrario, de tal actitud, ilación que prohijó aquella ley que es derecho vigente.-No es que no se pueda negar a la experticia de ADN, sino que en así haciéndolo, creó inferencia legal que, sumada a las demás pruebas que entendió sopesables la judicante, le llevaron certeza moral acerca del hecho basal del acto postulatorio.-(arts 163 inc.5, 377,386 y cc. del rito y el art.4º de la precitada ley nº 23.511).-
La monta dada, no desmadra de una equilibrada ejercitación del poder evaluatorio conferido a los jueces por la manda del artículo 165 de la ley de forma, en consonancia con el 1078 de la de fondo.-Ergo, si a lo dicho se le adenda el innegable derecho del hijo a preservar -en el caso mediante la obtención- su plena identidad (conf. art.8º de la "Convención sobre los Derechos del Niño (ADLA L-D-3693), y ella se logró merced a la tutela que dio el reconocimiento de su filiación postulada (arts 921 y cc. de la ley fondal), fácil resulta advertir la justeza y justicia del "quantum" fallado.-
En suma, por bordear como adelanté, la deserción, pero imbuído del criterio amplio conque este cónclave trata las quejas, doy convencido mi voto por la afirmativa.-
De suscitar adhesión, corresponderá confirmar el correcto silogismo de grado, en todo cuanto el mismo concluyó y manda, con costas de alzada al apelante devinto en todo su intento revisor.-(arts.68 y cc. del rito).-
Tal, mi parecer.-

El Señor Juez de Cámara, dr. Leopoldo Montes de Oca, por razones análogas, votó en el mismo sentido que el sr. vocal preopinante.- Con lo que terminó el acto.-

Fdo.: CARLOS ALFREDO BELLUCCI- LEOPOLDO MONTES DE OCA

Buenos Aires, de diciembre de 2003.-

Y VISTOS:

Por lo que resulta de la votación de que instruye el Acuerdo que antecede, de conformidad con las opiniones vertidas por los sres. Defensor de Menores y Agente Fiscal ante esta alzada, SE RESUELVE: I.-Confirmar la imposición causídica decidida en el resolutorio de fs. 317, con costas de alzada al demandado vencido.-II.-Confirmar la sentencia apelada, en todo cuanto decidió y fue materia de inanes quejas, con costas en esta instancia a cargo del demandado.-III.-En atención a la naturaleza de las presentes actuaciones, que carecen de contenido económico determinado;; a la calidad, extensión y mérito de la labor profesional desarrollada
Regístrese y notifíquese y a los Ministerios Públicos en sus Despachos.- Oportunamente devuélvase.-

El Dr. Roberto Ernesto Greco no interviene ni firma por hallarse en uso de licencia (art. 109 R.J.N).//-

Fdo.: CARLOS ALFREDO BELLUCCI - LEOPOLDO MONTES DE OCA

IMPUGNACION DE PATERNIDAD. Negación del demandado a realizar la pericial genética con el fin de confirmar su paternidad. GRAVE PRESUNCION EN SU CONTRA (Art. 4° Ley 23511). ALZADA QUE REVOCA LA SENTENCIA Y ORDENA INTEGRAR LA LITIS CON EL SUPUESTO PADRE BIOLOGICO COMO TERCERO INTERESADO. Derecho de la menor a conocer su propia identidad. RECURSO EXTRAORDINARIO. QUEJA. Procedencia. EXCESO EN EL LIMITE DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL de la Alzada. Tratamiento y resolución de temas que no fueron objeto de la litis. No afectación al derecho de la menor a conocer su propia identidad, toda vez que la acción de filiación por reconocimiento puede ser ejercida en todo tiempo, si es que así lo desea

G. 434 XXXVIII - "G. M. A. c/ P. J. R. s/impugnación de paternidad" - CSJN - 28/09/2004 (*)

"La circunstancia de que el Juez de Primera Instancia, cuyo decisorio revocó la Alzada, haya dado preferencia a determinado elemento probatorio sobre otro, no constituye que el decisorio de grado inferior resulte arbitrario, ni que adolezca de fundamentación; por el contrario la sentencia de fojas 149/151 contiene una valoración razonable; que la Alzada puede o no compartir jurídicamente, pero que no torna viable su anulación como se hizo en relación a la pericial genética a la que voluntariamente se sometieran las partes -v. fs. 33 y 102- y respecto de la cual el demandado no dio cumplimiento al no concurrir a realizarla, a pesar de las reiteradas notificaciones cursadas por el Cuerpo Médico, y el consentimiento prestado con dicha probanza, con el fin de confirmar su paternidad -insistentemente invocada a lo largo de la litis- respecto de la menor, lo que entendió resultaba una grave presunción en su contra."

"En lo relativo al supuesto padre biológico cuyo nombre refiriera la actora en el juicio de tenencia, y que el a quo pretende incorporar a la litis como tercero, estimo que ello resulta un exceso en el limite de la potestad jurisdiccional de la Alzada, al resolver sobre capítulos no propuestos en el correspondiente memorial de agravios, lo que importa un menoscabo a las garantías constitucionales consagradas en los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional, toda vez que resuelve acerca de temas que no fueron ni siquiera objeto de la litis, por lo que la sentencia debe descalificarse como acto judicial válido."

"En tal sentido, cabe señalar que no se lesiona el derecho de la menor a conocer su propia identidad, conforme lo señalado por la Alzada, toda vez que la acción de filiación por reconocimiento puede ser ejercida en todo tiempo, si es que así lo desea, lo que no surge acreditado en las presentes actuaciones -v. fs. 141 y 142-."

"Asimismo estimo le asiste razón a la actora, en cuanto sostiene que el Juez de Primera Instancia no incurrió en vicios de procedimiento, por el contrario le confirió al demandado todas las garantías procesales a los efectos de que se sometiera al estudio de histocompatibilidad genética por intermedio del Cuerpo Médico Forense -probanza que consintiera voluntariamente a v. fs. 33 y 102-, conforme se desprende de las notificaciones de fojas 56/61, 105, 107/9, 112/3, no concurriendo a ninguna de las citaciones cursadas."

Texto completo

Suprema Corte:

Contra la sentencia de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal, que revocó el pronunciamiento del Juez de Primera Instancia, la actora interpuso recurso extraordinario federal, el que contestado por el demandado, fue rechazado, dando lugar a la interposición de la presente queja -v. fs. 215/225, 149/150, 239/247, 254/259, 264, y 56/63 del cuaderno respectivo-.//-

- II

En lo que aquí interesa corresponde señalar que **la actora inició demanda por impugnación del reconocimiento de paternidad formulado por J. R. P., respecto de la menor T. N. G. hija de la causante**, conforme acreditó con la fotocopia de la partida de nacimiento de fojas 27, cuyo original obra a fojas 22 del expediente sobre tenencia N° 31.076/95, que corre adjunto.-

Refiere la accionante que se encontraba embarazada de siete meses de su hija T., y al no tener donde vivir, aceptó la ayuda del demandado P., que era un antiguo amigo con quien pasó a convivir desde el mes de octubre de 1990 hasta enero de 1995, en que se separaron por graves desavenencias que tornaron insostenible la vida en común.

Sostuvo que la menor nació el 11 de diciembre de 1990 y que el citado no () era el padre biológico, y a fin de acreditarlo solicitó se les realizara una prueba pericial genética.-

Así los hechos, y ante el supuesto abandono por parte de la aquí actora, el demandado promovió con carácter previo a la presente litis, demanda por tenencia de la menor-expte. N° 31.076/95-, con fundamento en una carta documento que envió a la madre de ésta, de fecha 8 de marzo de 1995 -fs.2/3-, mediante la cual le reclamó los derechos de paternidad y patria potestad, efectuando a posteriori, el 30 de marzode 1995, el reconocimiento de la menor, conforme acta de nacimiento obrante a fojas 6/7 del citado expediente que corre por cuerda.-

A fojas 24/26 de los presentes obrados, **contestó demanda el accionado, quien negó los hechos y el derecho invocado por la contraria, y sostuvo ser el padre biológico de T., y que en consecuencia el reconocimiento efectuado debía mantenerse.-**

El Magistrado de Primera Instancia hizo lugar a la demanda, e impugnó la paternidad de P. con fundamento en la negativa por parte del accionado a efectuarse la prueba de histocompatibilidad genética y antígenos eritrocitarios, a la que ambas partes se sometieran voluntariamente -conf. acta de fs. 102-, a pesar de las reiteradas notificaciones que le fueran cursadas, lo que a su entender conforma la presunción normada por el artículo 4° de la ley 23.511, respecto de lo cual se encuentra conteste la Defensora de Menores y el Agente Fiscal -v. fs. 149/151-.-

Apelado el fallo por el demandado, la Alzada resolvió a fojas 215/226 declarar de oficio nulo todo lo actuado a partir del proveído de fojas 26 vuelta, **con fundamento en lo señalado por la accionante a fojas 24**, capítulo III y siguientes del expediente 31.076/95 sobre tenencia de la menor -que obra agregado-, **en cuyo acápite manifestó supuestamente quien era el padre biológico de la menor**, por lo que el a quo dispuso que debía integrárselo a la relación procesal citándolo al juicio en carácter de tercero interesado, a efectos de conformar un litisconsorcio necesario. Asimismo señaló el a quo lo que a su criterio configuraban serias fallas procesales en que incurrió el Inferior al abrir en dos oportunidades las actuaciones a prueba cuando ya había operado la preclusión de la misma.-

Contra dicho decisorio interpuso la actora recurso extraordinario federal, al que adhirió el Defensor Oficial y el Ministerio Público, y que denegado, dio lugar a la interposición de la presente queja, conforme señaláramos ab initio.-

La quejosa atribuye arbitrariedad a la sentencia. Sostuvo que la resolución del a quo, no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las particulares circunstancias de la causa, afectando la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso de raigambre constitucional.-

Refiere en tal sentido, que el sentenciante omitió analizar la verdadera substancia de los derechos comprometidos, se apartó de las constancias de las actuaciones, y se expidió sobre circunstancias que no fueron objeto de agravio, con lo cual omitió cumplir con la exigencia de fundamentación que la ley impone a todo Magistrado, al no valorar la realidad de los hechos, y declarar nulo todo lo actuado, más aún introdujo hechos nuevos a las actuaciones. En tal sentido, ordenó integrar a la litis al supuesto padre biológico a que aludiera la recurrente en otra causa, el que conforme los propios dichos de la dicente nunca se interesó en la paternidad de la menor, por el contrario la desconoció, ignorando su paradero.-

Concluyó con que la Alzada incurrió en graves errores de concepto al analizar la causa, apartándose en forma inexcusable de las constancias de autos, efectuando una impropia valoración de la prueba producida por la recurrente y la no efectuada por el demandado, y no decidió sobre el tema objeto de la litis, incurriendo en incongruencias y contradicciones en los fundamentos del fallo y lo que en definitiva se resuelve, **violando el respeto por el debido proceso adjetivo y a la normativa que regula la materia objeto de la litis.-**

IV -

En primer lugar, cabe destacar, que si bien los pronunciamientos de índole procesal, que no resuelven el fondo de la cuestión controvertida, son materia ajena al recurso extraordinario, existe cuestión federal suficiente para apartarse de dichas reglas si el fallo impugnado incurre en un injustificado exceso que atenta contra la garantía de la defensa en juicio y lo priva de justicia, causándole un gravamen de reparable reparación ulterior, como ocurre en el sub lite al rechazar la Alzada la sentencia del Magistrado de Primera Instancia y declarar la nulidad de todo lo

actuado, por lo que considero debe equipararse el decisorio a los que ponen fin al pleito o impiden su continuación (v. Fallos: 319:2215;; 320:2999; 323:1084, entre muchos otros)).-

En tal sentido, cabe recordar que las normas de procedimiento y sus reglamentarias no se limitan a una mera técnica de organización de procesos, sino que tienen por finalidad y objetivo, regular el ejercicio de derechos y lograr la concreción del valor justicia, en cada caso, en salvaguarda del derecho de defensa en juicio, especialmente invocado por la quejosa (Fallos: 310:870; 319:1600; 321-2082) Al respecto la citada garantía constitucional requiere que se confiera al litigante la oportunidad de ser oído y de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales. (Fallos 319:1600).-

En dicho contexto, estimo le asiste razón a la recurrente y considero que el fallo de la Alzada no logra desvirtuar los sólidos fundamentos de la sentencia de grado.-

Cabe señalar, conforme lo ha reiterado V.E. que la circunstancia de que el Juez de Primera Instancia, cuyo decisorio revocó la Alzada, haya dado preferencia a determinado elemento probatorio sobre otro (v. Fallos: 310:1162), como así también las discrepancias del demandado, respecto de la ponderación de las pruebas efectuadas por el Magistrado (v. Fallos: 310:1395; 317:439, entre otros) no constituye que el decisorio de grado inferior resulte arbitrario, ni que adolezca de fundamentación; por el contrario la sentencia de fojas 149/151 contiene una valoración razonable;; que la Alzada puede o no compartir jurídicamente, pero que no torna viable su anulación como se hizo en relación a la pericial genética a la que voluntariamente se sometieran las partes -v. fs. 33 y 102- y respecto de la cual el demandado no dio cumplimiento al no concurrir a realizarla, a pesar de las reiteradas notificaciones cursadas por el Cuerpo Médico, y el consentimiento prestado con dicha probanza, con el fin de confirmar su paternidad -insistentemente invocada a lo largo de la litis- respecto de la menor, lo que entendió resultaba una grave presunción en su contra.-

En lo relativo al supuesto padre biológico cuyo nombre refiriera la actora en el juicio de tenencia, y que el a quo pretende incorporar a la litis como tercero, estimo que ello resulta un exceso en el limite de la potestad jurisdiccional de la Alzada, al resolver sobre capítulos no propuestos en el correspondiente memorial de agravios, lo que importa un menoscabo a las garantías constitucionales consagradas en los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional, toda vez que resuelve acerca de temas que no fueron ni siquiera objeto de la litis, por lo que la sentencia debe descalificarse como acto judicial válido.-

En tal sentido, **cabe señalar que no se lesiona el derecho de la menor a conocer su propia identidad, conforme lo señalado por la Alzada, toda vez que la acción de filiación por reconocimiento puede ser ejercida en todo tiempo, si es que así lo desea, lo que no surge acreditado en las presentes actuaciones -v. fs. 141 y 142-.-**

Asimismo estimo le asiste razón a la actora, en cuanto sostiene que el Juez de Primera Instancia no incurrió en vicios de procedimiento, por el contrario le confirió al demandado todas las garantías procesales a los erectos de que se sometiera al estudio de histocompatibilidad genética por intermedio del Cuerpo Médico Forense -probanza que consintiera Voluntariamente a v. fs. 33 y 102-, conforme se desprende de las notificaciones de fojas 56/61, 105, 107/9, 112/3, no concurriendo a ninguna de las citaciones cursadas.-

En tales condiciones, advierto, que la sentencia atacada no satisface el requisito de constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias del caso, por lo que mediando relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales invocadas, e irrogar el pronunciamiento apelado un gravamen de insusceptible reparación ulterior, corresponde hacer lugar al remedio federal deducido, pues lo resuelto se traduce de manera directa e inmediata en una seria lesión de los derechos de defensa en juicio y debido proceso (art. 15 de la ley 48), lo que justifica descalificar la sentencia apelada.-

Por ello, soy de opinión, que **corresponde declarar procedente la queja y el recurso extraordinario interpuesto, dejando sin efecto la sentencia y devolviéndose los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expr**esado.-

Buenos Aires, 21 de Abril de 2004

FDO.: FELIPE DANIEL OBARRIO - PROCURADOR FISCAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

Buenos Aires, 28 de Septiembre de 2004.- Vistos los autos: "Recursos de hecho deducidos por la demandada en la

causa G.434.XXXVIII. 'G., M. A. c/ 'P., J. R.' y por M. A. G. en la causa y G.687-XXXVIII. 'G., M. A. c/ P., J. R.'", para decidir sobre su procedencia.-

Considerando:
Que los agravios de la parte actora han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen del señor Procurador Fiscal, cuyos fundamentos esta Corte comparte y a los cuales se remite en razón de brevedad.-
Que respecto de los agravios esgrimidos por el demandado, el Tribunal entiende que salvando una deficiencia formal del recurso del interesado, dada la forma en que se expide en el remedio federal de la contraparte, cabe estar a lo que allí se resuelve en punto a la descalificación del Fallo de la alzada y a la necesidad del dictado de una nueva decisión.-
Por ello, se declaran formalmente admisibles los recursos extraordinarios y se deja sin efecto la decisión apelada.-
Costas por su orden en ambos casos. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a derecho. Agréguense las quejas al principal. Notifíquese y devuélvase.//-

FDO.: ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ANTONIO BOGGIANO - CARLOS S. FAYT - E. RAUL ZAFFARONI - JUAN CARLOS MAQUEDA - ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

ACTOS Y HECHOS JURIDICOS Nulidad: vicios de la voluntad; prueba; homologación de un convenio; tarea del juzgador. Cita: ED, 185-62 Tribunal: CNCiv. , sala A Fecha: marzo 23-1999 Tema: incidente. Núm. Interno: 49.676

Sumario----------

1. - Tanto la posición subjetiva de quien se dice víctima del accionar perjudicial de la contraparte e invoca vicios de la voluntad, cuanto los supuestos ardides o engaños que, eventualmente, pudieran haberla inducido a error, así como la situación de inferioridad invocada en torno al conocimiento de las consecuencias jurídicas de su obrar, el perjuicio económico que, en concreto, implicó el hipotético aprovechamiento de la parte actora y la ventaja efectivamente obtenida por la demandada, **constituyen extremos fácticos que deben ser probados** (en el caso de autos, frente al pedido de homologación de un convenio, se impetró la nulidad de la estipulación).

2. - El objeto especialmente reservado a la petición de homologación de un convenio, se encuentra cumplido con sólo considerar el avenimiento externa e internamente, examinando las condiciones de capacidad y de cumplimiento de la ley. La tarea del intérprete se encaminará hacia una verificación del contenido, regularidad y esencia del acto o negocio que debe -o no- ser homologado a fin de otorgarle ejecutabilidad, lo que hace que la tarea no deba reducirse a una mera comprobación de aspectos formales. M.M.F.L.

Fallo----------

Buenos Aires, marzo 23 de 1999. - Autos y Vistos: y Considerando:

I. **Frente al pedido de homologación del convenio obrante a fs. 1 y vta., los requeridos, coherederos de quien, en vida, fuera integrante del estudio jurídico en que se desempeñan las accionantes, impetraron la nulidad de dicha estipulación. Fundaron su pretensión en que la cónyuge supérstite del letrado fallecido, por sí y en representación de sus hijos menores, había sido víctima del accionar perjudicial de los colegas de su esposo, por lo que invoca los vicios de error, dolo y lesión subjetiva**. Ciertamente, trátase en todos los casos de vicios de los actos jurídicos, los cuales, en rigor de verdad, más allá que hubieran podido afectar alguno o todos los elementos de la voluntad manifestada en el acto -intención, discernimiento o libertad-, o la equivalencia económica de las respectivas contraprestaciones, **sólo podrían encontrar sustento en hechos concretos fehacientemente demostrados por quien los invocó.** Tanto la posición subjetiva de quien se dice víctima de tales maniobras, cuanto los supuestos ardides o engaños que, eventualmente, pudieran haberla inducido a error, así como su situación de inferioridad en torno al conocimiento de las consecuencias jurídicas de su obrar, el perjuicio económico que, en concreto, implicó este hipotético aprovechamiento de las actoras y la ventaja efectivamente obtenida por estas últimas, entre otros, constituyen, extremos fácticos que era menester demostrar. La actividad que, a esos fines, han desplegado los incidentistas es, a no dudarlo, deficiente, pues se limitó a la confesional, de la cual da cuenta lo obrado a fs. 98/102 y el agregado de los expedientes que han tramitado en extraña jurisdicción, en los cuales habrían tomado alguna intervención las colegas del abogado fallecido. Esta falencia es, a nuestro entender, determinante del rechazo de la acción, a tenor del consabido principio que instrumenta el art. 377 del rito. Ciertamente, cada parte soporta dicha carga, respecto de todos los presupuestos, aun negativos, de las normas, sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal. Vale decir, de todos los presupuestos fácticos de las normas jurídicas, de manera tal que cada una de las partes se halla gravada con la carga de demostrar las menciones de los hechos contenidos en las normas con cuya aplicación aspira a beneficiarse, sin que interese el carácter constitutivo, impeditivo o extintivo de tales circunstancias (conf. Palacio, Lino E. Alvarado Velloso, Adolfo, Código Procesal..., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, t. 8, págs. 92/5, coment. art. 377, § 388.1.2, con abundante cita jurisprudencial). La aportación de pruebas, como es sabido, no constituye una obligación procesal, sino una carga, pues su omisión no acarrea sanción alguna. A lo sumo, el litigante omiso quedará expuesto al riesgo de no formar la convicción del juez o tribunal y a la perspectiva de una sentencia desfavorable. Trátase, en síntesis, de una circunstancia de riesgo, donde quien no prueba los hechos invocados en sustento de su pretensión, pierde el pleito, si de ella depende la suerte de la litis (conf. Morello, Augusto Mario-Sosa, Gualberto Lucas-Berizonce, Roberto Omar, Códigos Procesales..., ed. Lib. edit. Platense-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, págs. 170/1, coment. art. 377, § 1] y citas).

II. No basta con afirmar que la nulidicente fue mal asesorada por las ex colegas de su cónyuge, pues, en todo caso, esta afirmación no es más que una mera alegación de parte, que, a todo evento, tiene reservada otra sede jurisdiccional, amén de las actuaciones que, en cada uno de los juicios en los cuales se habrían eventualmente devengado los emolumentos en cuestión, sería preciso instar. Y tampoco es suficiente la pretendida situación de inferioridad derivada de su condición de representante de sus hijos menores de edad que, en aquel entonces, fueron promiscuamente representados por el Ministerio Pupilar. La acción de nulidad, en síntesis, no tiene andamiaje. Sin

perjuicio de las acciones que las propias apelantes se han reservado (v. fs. 211), a fin de hacer valer los reclamos a que se crean con derecho, fundadas en el supuesto mal desempeño en la tarea de asistencia y asesoramiento profesional de las actoras, ajenas al ámbito específico de la acción intentada. III. En cuanto a la homologación del mentado convenio, baste con remitir a lo expuesto en los anteriores considerandos. Ello en entendimiento que el objeto especialmente reservado a dicha pretensión se encuentra cumplido con sólo considerar el avenimiento externa e internamente, examinando las condiciones de capacidad y de cumplimiento de la ley. La tarea del intérprete se encaminará hacia una verificación del contenido, regularidad y esencia del acto o negocio que debe -o no- ser homologado, a fin de otorgarle ejecutabilidad. Lo que, en síntesis, hace que la tarea no deba reducirse a una mera comprobación de aspectos formales (conf. Fassi, Santiago-Yáñez, César D., Código Procesal..., Astrea Depalma, Buenos Aires, 1988, t. 1, pág. 763, coment. art. 162, § 2, y citas; Palacio, Lino E.-Alvarado Velloso, Adolfo, Código Procesal Civil y Com..., op. cit., loc. cit., t. 4, págs. 390/1, coment. art. 162, § 171.1.1.1., y citas; Morello, Augusto Mario-Sosa, Gualberto Lucas-Berizonce, Roberto Omar, Códigos Procesales..., op. cit., loc. cit., t. II-C, pág. 12, coment. art. 162, con cita de Alcalá Zamora y Castillo). Por cierto que este análisis no contradice aquella conclusión, sin perjuicio de lo que pudiera decidirse en sede independiente, según ha quedado expuesto. En atención a los fundamentos vertidos precedentemente, se resuelve: Confirmar el pronunciamiento de fs. 191/2, en todo cuanto decide, con costas (conf. art. 68, párr. 1º, cód. procesal). Los honorarios se regularán oportunamente, determinados que sean los de la anterior instancia (conf. art. 14, ley 21.839 [EDLA, 1978-290]). Devuélvanse, haciéndose saber que en primera instancia deberá notificarse la recepción de las actuaciones y el presente fallo, en forma conjunta. - Jorge Escuti Pizarro. - Ana María Luaces. - Hugo Molteni.

G., D. y L. L., M. P. c. B., M. G. (ED, 183-69)

INSANIA Actos voluntarios: nulidad; demente no interdicto; actos inter vivos y mortis causa; normativa aplicable. DONACION MJDV: Nulidad.
Cita: ED, 183-69 Tribunal: CApel.CC Azul , sala II Fecha: marzo 13-1998.
Tema: Nulidad escrituras públicas. Núm. Interno: 49.327
1. - Conforme al art. 897 del cód. civil, los hechos se juzgan voluntarios si son ejercitados con discernimiento, intención y libertad. Debe distinguirse el discernimiento de la capacidad por cuanto aquél apunta principalmente a la naturaleza concreta del sujeto, mientras que la capacidad a una determinación legal abstracta y ordenadora; por lo tanto, se puede tener discernimiento sin capacidad, como el demente declarado en intervalo lúcido y el sordomudo interdicto, y, a la inversa. El caso del sujeto capaz que sufre la pérdida accidental de la razón.
2. - Incumbe a quien alega la nulidad por falta de discernimiento la carga de demostrar tal afirmación.
3. - Si la sentencia de demencia no llega a dictarse, sólo procede la impugnación de los actos inter vivos de una persona no interdicta cuando se configuran los presupuestos taxativos enumerados en el art. 474 del cód. civil. Es decir, que **la incapacidad debe surgir del acto mismo o los actos deben haber sido consumados después de interpuesta la demanda de insania o existencia de mala fe en el contratante.**
4. - Las limitaciones que prevé el art. 474 del cód. civil se justifican plenamente no sólo por la actitud de los interesados, sino también porque con la muerte del presunto insano desaparece el principal elemento de juicio y tanto el magistrado, como los peritos carecen de bases suficientes para comprobar de manera directa si esa persona estaba o no afectada de una enfermedad mental.
5. - Con la vida del individuo desaparece el medio más seguro de resolver el problema de su incapacidad, pues no puede ya ser interrogado. Por lo tanto, cuando se intentó contra él en vida la demanda de interdicción, debe tenérsele por haber gozado de la plenitud de sus facultades hasta el último instante; es decir, que habría inmunidad en turbar sus cenizas e injuriar su memoria con pesquisas humillantes y retroactivas cuando él no puede defenderse y, por otra parte, sería peligroso dejar su suerte a la codicia de sus herederos.
6. - **El art. 474 del cód. civil prohíbe toda impugnación de los actos entre vivos realizados por un demente no declarado, si la acción se inicia después de su muerte y no median los supuestos de excepción consignados en la norma citada, la que no ampara a quienes contrataron de mala fe**.
7. - La donación y las disposiciones testamentarias tienen un presupuesto fáctico común: la ausencia de contraprestación equivalente con el acto de "transferencia gratuita"de bienes (entre vivos el primero, mortis causa el segundo).
8. - La circunstancia de que la escritura de donación otorgada por la causante -viuda, de edad avanzada y sin herederos forzosos- fuera aceptada por la donataria después del fallecimiento de su tía, en la práctica, dicho acto jurídico otorgado a favor de un heredero no forzoso operó como una suerte de "cuasi"disposición de última voluntad. Sin perjuicio de las particularidades del caso, las donaciones están comprendidas en el art. 474 del cód. civil y no en los arts. 3615 y 3616 porque son actos entre vivos irrevocables que pueden conocerse antes de la muerte del testador, mientras los testamentos son revocables y no pueden ser conocidos en vida de aquél. 9. - Tratándose de personas no interdictas debe acreditarse que el causante se encontraba privado de razón en el momento de otorgar el acto sin que sea suficiente la prueba de que el sujeto carecía de discernimiento en la época del otorgamiento. 10. - La "poca"de la falta de discernimiento es un arbitrio probatorio al que se acude cuando es dudosa o imposible la precisa determinación del "momento" de la celebración del acto y, a modo de principio, no resulta inconciliable en ambos regímenes (por actos inter vivos y mortis causa) sin perder de vista el parámetro rector: la fecha ha de ser, tratándose de actos entre vivos, el "momento"de prometida la donación. 11.- Corresponde declarar la nulidad de la donación efectuada por la causante a su sobrina que importaba la revocación del testamento que beneficiaba a aquélla y a los otros legatarios cuando la valoración de la prueba conlleva a considerar que pese a no sufrir del mal de Alzheimer, ni de demencia senil, tenía un severo cuadro confusional transitorioque la privabade discernimientoM.M.F.L.----------
---------- Fallo En la ciudad de Azul, a los trece días del mes de marzo de mil novecientos noventa y ocho, reunidos en acuerdo extraordinario los señores jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Departamental -sala II- doctores Jorge Mario Galdós, y Ana María De Benedictis, para dictar sentencia en los autos caratulados: G., D. y L. L., M. P. c. B., M. G. - Nulidad escrituras públicas, (causa Nº 38794), encontrándose excusada la doctora Leticia A. Fortunato de Serradell, se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del CPCC, resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: doctores Galdós - De Benedictis. Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones: 1ª ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 688/708?, 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión, el señor juez doctor Galdós, dijo: I. Antecedentes 1º D. G. y J. F. L. escribano y su esposa M. L. L., ambos en representación de su hija menor M. P. L. L., dedujeron demanda de nulidad de la escritura pública de

donación Nº 83, de fecha 7 de julio de 1992, otorgada por B. L. B. de C., a favor de su sobrina, M. G. B. de B., por ante el Registro Nacional Nº 4 de Benito Juárez a cargo del escribano J. J. P. y de la escritura pública de aceptación de esa donación por la beneficiaria, de fecha 26 de mayo de 1993 también celebrada ante aquel registro notarial. Los bienes inmuebles donados comprenden una fracción de campo de 432 has. ubicados en Tres Arroyos, un inmueble de más de 300 metros cuadrados sito en Benito Juárez y que era la vivienda de la donante, y la mitad indivisa de dos lotes de terreno, reservándose la donante el derecho real de usufructo gratuito y vitalicio sobre los mismos. A pedido de los demandantes se dispuso la citación coactiva, como tercero, del escribano interviniente. Las causales que se articularon fueron las siguientes: falsedad en la afirmación de que la otorgante compareció ante la escribanía ya que el 7 de julio de 1992 se encontraba postrada en cama, sin posibilidad de desplazarse; falsedad ideológica del instrumento público porque la donante se hallaba sin uso de razón a esa fecha, por lo que en el acto careció de discernimiento (art. 921), toda vez que padecía del Mal de Alzheimer, con un cuadro de severa hipokinesia (falta de movimiento o lentitud extrema de los mismos) y extrapiramidalismo (déficit en la tonificación muscular debido a enfermedad neurológica con temblores, falta de equilibrio y dificultad extrema para hablar); adujo también eventual falsedad de la firma de la donante. En el proceso sucesorio caratulado B., B. L. s/sucesión, requerido por el Tribunal para mejor proveer, se declaró la revocación del testamento ológrafo anterior frente a la posterior donación, la que es ahora objeto de impugnación. En aquella manifestación de última voluntad suscripta por B. L. B. de C. el 8 de diciembre de 1987, disponía de sus bienes del modo siguiente: a su sobrina M. G. B. (luego donataria de todos los bienes) 200 has. del campo, y el 50% de los inmuebles y del fondo de comercio que ocupa la Empresa B. a su fiel servidora D. G. (la aquí actora) la finca de Benito Juárez con sus muebles y 100 has. de campo; a M. P. L. L. (la restante coactora de este proceso) 130 has. en memoria de su padrino, su querido sobrino el extinto R. R. B. el dinero existente se repartirá en partes iguales entre sus sobrinas M. G. B. y su servidora D. G.; por el remanente instituyó como únicos y universales herederos a su sobrina y a M. P. L. L. distribuyéndolos también en partes iguales. En suma: la donación efectuada a su sobrina y ahora objeto de impugnación importó la revocación del testamento que beneficiaba a aquélla y a los otros legatarios, aquí reclamantes: D. G. y la menor M. P. L. L. 2º La minuciosa sentencia del iudex a quo, analizando la abundante prueba producida y en base, esencialmente, al acertado encuadre normativo provisto fundamentalmente por los arts. 474, 1809, 1811 del cód. civil desestimó la causal nulidificante argüida respecto de la incomparecencia de la donante en el asiento del registro notarial en razón de que, según lo prescribe el art. 1101 del cód. civil, es factible realizarlo fuera de la escribanía por lo que el acto es válido pese a que no se consignó esa circunstancia en la escritura. También rechazó la causal de falsedad ideológica en razón de que la pericia caligráfica demostró la autenticidad de la firma de la Sra. B. de C. En cambio admitió y declaró la nulidad de las escrituras públicas de donación Nº 83 del 7 de julio de 1992 y Nº 78 del 26 de mayo de 1993 de aceptación, por entender que la donante no gozaba de perfecta razón ya que tenía disminución de su juicio en la época en que otorgó el acto. Para así decidir, en lo sustancial, prefirió los informes médicos y las declaraciones testimoniales del médico de cabecera -Dr. C.- y del neurólogo local consultado -Dr. M.- teniéndose especialmente en cuenta el diagnóstico de este último profesional de que la paciente sufría del Mal de Alzheimer, con severa hipokinesia, un cuadro extrapiramidal medicamentoso y desorganización global. Respecto del Dr. C. ponderó su informe en el que consigna que a partir del 10 de junio de 1992 B. L. B. de C. padecía demencia senil, la que se acentuó en forma brusca a partir del 5 de julio, sin tener ubicación en tiempo y espacio. Además computó la historia clínica que da cuenta de que fue internada el 10 de julio de 1992 por insuficiencia circulatoria central con bajo flujo cerebral que la descompensa hemodinámicamente, el testimonio de D. G., secretaria del Dr. M., y el dictamen pericial -al que calificó de prolijo, calificativo que por mi parte también comparto- que si bien afirma que no se probó que la Sra. B. padeciera de la enfermedad de Alzheimer, dice en otro párrafo que no se puede descartar que la paciente presentara cuadro confusional transitorio (lo que sería un trastorno de conciencia), por enfermedad sistemática, mencionándose como diagnóstico un cuadro de deshidratación, entidad que produce frecuentemente cuadros confusionales, en los pacientes añosos. Concluyó, con citas doctrinales y jurisprudenciales, fundando su preferencia valorativa por esos medios probatorios soslayando otros testimonios que, o exhiben contradicciones o no resultan relevantes, añadiendo, a modo de indicio, lo llamativo del procedimiento utilizado por la donante que en esta última oportunidad abandonó la práctica de consultar a quien había sido su escribano de muchos años -el notario S. H.- quien la había asesorado y participado en la redacción de entre cuatro o cinco testamentos ológrafos anteriores en los que si bien a veces incluía a su sobrina, en todos los casos y con distintas proporciones legaba siempre a favor de los aquí actores. Finalmente, y a mérito del art. 474 del cód. civil, concluye reputando que la donataria conocía la incapacidad o disminución psíquica de la donante. En lo restante rechaza la demanda contra el escribano en atención a que no podía conocer el estado psíquico de la otorgante. Respecto de las costas las impone a la accionada vencida con excepción de las devengadas por la intervención del escribano que serán soportadas en partes iguales por actores y demandado ya que el primero alegó la falsedad de la firma y el segundo solicitó su intervención. 3º Contra ese decisorio apelaron todas las partes (fs. 715, 723 y 725). El actor y el escribano citado,

en sus respectivas expresiones de agravios (fs. 737/804 y 739/40), que fueran respondidas, se quejan por la imposición de costas. El primero sostiene que siendo la demandada quien fue objetivamente la derrotada debe soportar también las costas de la actuación del escribano. Idéntico planteo formula la respresentación procesal del notario. Por su lado, los extensos agravios de la demandada, vertidos en la pieza glosada a fs. 741/68, se centran, en esencia, en controvertir la valoración e interpretación de la prueba y del derecho aplicable al caso. En primer lugar señala que la causante no tenía el Mal de Alzheimer según se desprende de las características de esa enfermedad que fueron descriptas en el testimonio del Dr. L. A., quien expresó que esa dolencia es degenerativa, evolutiva y progresiva, citando -incluso- bibliografía científica. Luego se detiene en el examen y análisis pormenorizado de los dichos de nueve testigos cuyas manifestaciones no fueron computadas por el Sr. Juez de Grado en razón de preferir el valor probatorio de otras declaraciones, señalando que todos ellos por sus relaciones de vecindad o trato cotidiano (se tratan de las manifestaciones de la peluquera, la pedicura, la kinesióloga, el inquilino del campo de la causante), son contestes en afirmar su evolución y recuperación posterior. Se explaya detenidamente en la apreciación de los aspectos que se consideraron contradictorios, explicita que algunos no recordaban detalles que no podían retener por el transcurso del tiempo concluyendo que salvo la internación -por problemas hepáticos- la salud de la Sra. B. de C. era buena y normal para su edad con problemas kinésicos. Más adelante acota que el perito neurólogo no había dictaminado que la causante no se encontrara en condiciones de otorgar la escritura de donación cuestionada e insiste en que la historia clínica fue confeccionada por el Dr. C. por lo que esa pieza documental -como sus propias declaraciones- deben ser dejadas de lado. Las quejas, en ese aspecto, se concentran en destacar las contradicciones insalvables en su relato, que ese profesional carecía de especialización para efectuar el diagnóstico que sí hizo -presuntivamente- el Dr. M. a quien la derivó. Hace extensivas las críticas a la eficacia probatoria de las aseveraciones de este último, tanto en su diagnóstico como en sus declaraciones. En el aspecto jurídico y probatorio expresa, con remisión a doctrina y jurisprudencia, que debe probarse por el actor que la donante carecía de discernimiento no en la época del acto sino en el momento del mismo. Finalmente controvierte las conclusiones del fallo respecto la relación entre tía y sobrina, y que ésta actuó de mala fe y aborda la conducta que califica de correcta del escribano actuante. A fs. 779/82 dictamina la Asesora de Incapaces propiciando la confirmación del fallo. A fs. 784 el Tribunal dispuso medidas para mejor proveer las que fueron sustanciadas y consentidas se reanudó el plazo de autos para sentencia (fs. 804). II. La impugnación de actos entre vivos por causa de incapacidad Coincido con el preciso encuadre normativo formulado por el Sr. Juez de Grado en cuanto a que la cuestión litigiosa debe ser aprehendida por el art. 474 del cód. civil. Esta sala ha decidido que conforme el art. 897 del cód. civil, los hechos se juzgan voluntarios si son ejercitados con discernimiento, intención y libertad. El discernimiento ha sido definido como la cualidad o facultad del sujeto por la cual conoce o distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente (conf. Cifuentes, Santos, Negocio Jurídico, pág. 36; CNCiv., sala A, voto del Dr. Llambías, LL, 101-229 y sigtes.). Debe distinguirse el discernimiento de la capacidad por cuanto aquel apunta principalmente a la naturaleza concreta del sujeto; la capacidad a una determinación legal abstracta y ordenadora. Se puede tener discernimiento sin capacidad, como el demente declarado en intervalo lúcido y el sordomudo interdicto y a la inversa, el caso del sujeto capaz que sufre la pérdida accidental de la razón (conf. esta sala, causa Nº 37.084, 30/5/96, Lundbye de Pedersen, Inger c. sucesión de Cristina Lundbye de Herceg y/o ot. s/ escrituración, voto de la Dra. Fortunato de Serradell). En cuanto a la prueba de la falta de discernimiento -se añadía en ese precedente- que incumbe a quien alega la nulidad por falta de discernimiento la carga de demostrar tal afirmación (art. 375, cod. procesal; causa cit. 37.084, 30/5/96, Lundbye de Pedersen). En lo atinente a la acción de nulidad de los actos jurídicos realizados por un demente no declarado, el código civil disciplina dos regímenes generales: 1. si ulteriormente se declara la interdicción, supuesto esencialmente aprehendido por el art. 473 CC, se habilita la anulación posterior si la causa de la interdicción existía públicamente (es decir notoriamente) en la época de celebración del acto, habiéndose agregado por la ley 17.711 [ED, 21-961] que -haya habido o no sentencia, si la demencia no era notoria no puede hacerse valer contra terceros contratantes de buena fe y a título oneroso 2. si la sentencia de demencia no llega a dictarse, juzgándose entonces los actos celebrados por una persona no interdicta, la impugnación de los actos inter vivos, sólo procede si se configuran los presupuestos taxativos previstos por el art. 474 del CC: que la incapacidad surja del acto mismo o que los actos se hubieren consumado después de interpuesta la demanda de insania, o existiere mala fe en el contratante (conf. Morello, Augusto M., Impugnación de los actos entre vivos por causa de incapacidad, luego de fallecido el agente y en razón de la mala fe del contratante, en anotación laudatoria a fallo de la Suprema Corte local; Kemelmajer de Carlucci, Aída, La demencia como base de las nulidades en el código civil, en Rev. de Derecho Privado y Comunitario Nº 8, pág. 50 y passim.; Bueres, Alberto J. -Highton, Elena, Código Civil, t.1, pág. 1461; Llambías, Jorge J., Tratado de Derecho Civil, t. I, pág. 496 y sigtes. y Código Civil Anotado, t. I, p. 1197; Rivera, Julio César, Instituciones de derecho civil, t. I., págs. 446/447; Belluscio, Augusto - Zannoni, Eduardo, Código Civil, t. I, pág. 549; CNCiv., sala A, 20/10/60, M. de H. de A. y ot. c. B. A. y ots., LL, 101-240 cit., voto del Dr. Llambías con la adhesión, en ese aspecto, de los Dres. de Abelleyra y Navarro; esta Cámara, sala I, causa

Nº 34.993, 29/7/94, Dejuanini, Angel Liberato c. a. Torres, José Vicente y otros - nulidad, voto del Dr. Ojea; CNCiv., sala C, 15/20/76, Guimper, Juan c. Scilingo, Juan s/suc., ED, 71- 207, voto de los Dres. Alterini, Cifuentes y Belluscio). En apoyo de esta conclusión se encuentra la mayoría de la doctrina (Orgaz, Alfredo, Derecho Civil Argentino. Personas individuales, 2ª ed., págs. 349/350; Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil Argentino - Parte General, cit., t. I, págs. 467/468, Nº 730; Arauz Castex, Manuel, Derecho Civil - Parte General, t. I, año 1974, pág. 408, Nº 762; Zannoni, Eduardo A., anulabilidad de los actos celebrados por el insano anteriores a la declaración judicial de demencia, LL, 149-950/951; esta sala, causa Nº 37.084, 30/5/96, Lundbye de Pedersen, Inger c. Sucesión, cit., voto de la Dra. Fortunato de Serradell). Las limitaciones que prevé el art. 474 del cód. civil -ha decidido este Tribunal- se justifican plenamente no sólo por la actitud de los interesados, sino también porque con la muerte del presunto insano desaparece el principal elemento de juicio y tanto el magistrado, como los peritos carecen de bases suficientes para comprobar de manera directa si esa persona estaba o no afectada de una enfermedad mental (Moisset de Espanés, Luis, Los dementes y las reformas introducidas por la ley 17.711, JA, 1972, -secc. doct.- pág. 167; causa cit. 37.084, Lundbye). Se registran precedentes de la Casación Bonaerense - antes y después de la reforma de hace tres décadas- que se ha pronunciado en ese sentido. El art. 474 del cód. civil sólo es aplicable cuando se trata de actos de una persona no declarada demente durante su vida (SCBA, 19/3/57, B. S. (suc) c. B. A., en LL, 88-623). Decía entonces el voto del Dr. Quijano refiriéndose a la opinión de García Goyena -cuyo art. 290 proyectado para el derecho español fue tomado por Vélez Sársfield casi textualmente por el primigenio art. 474- que con la vida del individuo desaparece el medio más seguro de resolver el problema de su incapacidad, pues no puede ya ser interrogado. Cuando no se intentó contra él en vida la demanda de interdicción, debe tenérsele por haber gozado de la plenitud de sus facultades hasta el último instante. Habría inmunidad en turbar sus cenizas e injuriar su memoria con pesquisas humillantes y retroactivas cuando él no puede defenderse y, por otra parte, sería peligrosa dejar su suerte a la codicia de sus herederos...) (fallo cit. LL, 88-622; en el mismo sentido Kemelmajer de Carlucci, Aída, La demencia con base de las nulidades en el Código Civil, cit., pág. 50 y passim.). Luego se reiteró esa doctrina señalándose que el art. 474 CC, prohíbe toda impugnación de los actos entre vivos realizados por un demente no declarado, si la acción se inicia después de su muerte y no median los supuestos de excepción consignados en la norma citada, la que no ampara a quienes contrataron de mala fe (SCBA, 2/9/69, Viñoly de Neuman, Juana v. Arando, Francisco A. y otro, analizando el voto de la mayoría del Dr. Bremberg el antecedente legislativo del art. 504 del código francés, en JA, 1969-4-664, con nota aprobatoria de Augusto Mario Morello, cit.). Reafirmando esa doctrina de que el principio que establece el art. 474 cód. civil respecto de los negocios inter vivos es la inimpugnabilidad -salvo las excepciones expresas- en ulterior precedente el voto de la mayoría del Dr. Bouzat añadió que los negocios celebrados por el demente no declarado no son inválidos de pleno derecho. La ley presume la capacidad del insano no interdicto (arts. 52 y 140, cód. civil), como la voluntariedad de sus actos, que se reputan válidos mientras no se los anule (art. 1046, cód. civil). Podrán ser anulados (art. 1045, cód. civil) si llegare a demostrarse que la insania ha operado en los hechos como causa de privación del discernimiento, caso en que la invalidez será consecuencia de la falta o grave deterioro de dicho elemento intrínseco de la voluntad jurídica (arts. 897, 900, 921 y 1045, cód. civil) (SC Buenos Aires, 27/4/71, González Benzi, Elvira v. Zampetti, Pedro, JA, 1971-II-595). III. Simétrica (en el caso) aplicación de los arts. 3613, 3615 y 3616 del cód. civil Dada las particularidades del caso en juzgamiento y partiendo de una visión integradora y armonizante del sistema civil (art. 16, cód. civil), entiendo que -en el sub lite- puede ser analógica y subsidiariamente aplicable, en lo que sea compatible, el régimen específico que los arts. 3613, 3615 y 3616 prevén para la capacidad para testar. Ello así por las razones siguientes: - la donación y las disposiciones testamentarias tienen un presupuesto fáctico común: la ausencia de contraprestación equivalente con el acto de transferencia gratuita de bienes (entre vivos el primero, mortis causa el segundo; arts. 1789 y 3606, 3607, cód. civil); - la escritura de donación nulificada fue otorgada por B. L. B. de C. -viuda de 76 años y sin herederos forzosos- el 7 de julio de 1992 y aceptada por la donataria M. G. B. el 26 de mayo de 1993, después del fallecimiento de su tía, ocurrida el 17 de mayo de 1993 (conf. escrituras de donación -fs. 32/35- y de aceptación -fs. 36/39-, certificado de defunción fs. 4; autos: B., B. L. s/sucesión, agregada por cuerda). Por ende, en la práctica, dicho acto jurídico otorgado a favor de un heredero no forzoso operó como una suerte de cuasi disposición de última voluntad (arg. art. 1790; 3606, 3619, 3545, 3565, 3567, 3570 y concs. cód. civil); - esa circunstancia fáctica de no ser simultáneos, contemporáneos o relativamente contemporáneos los actos de donación y aceptación (arts. 1804, 1809, 1810, 1811, 1812, 1814 y concs., cód. civil), sino que este último ocurrió después de fallecida la donante, confieren al caso una singularidad. Las donaciones están comprendidas en el art. 474 del cód. civil y no en los arts. 3615 y 3616 porque son actos entre vivos irrevocables que pueden conocerse antes de la muerte del testador, mientras los testamentos son revocables y no pueden ser conocidos en vida de aquél (García Goyena, cit. por Spota, Alberto G., Invalidez del testamento por enfermedad mental del testador: cargo de la prueba de la incapacidad, LL, 101-235, cita 16); - la tendencia del derecho comparado es distinguir los actos a títulos onerosos y gratuitos; las restricciones se imponen sólo para los primeros y se aplican los principios generales tanto para las donaciones como para los

testamentos (Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., pág. 52/52; voto de la minoría Dra. Mitchell en CApel.CC Junín, 18/5/94, F. de M. M. c. L. J. A., LL, 1995-43; en contra Llambías, en su voto, CNCiv., sala A, 20/10/90, LL, 101-233 y Tratado - Parte General cit., pág. 504, Nº 735); -ambos regímenes, con sus singularidades normativas (arts. 474, 3613, 3615 y 3616, CC), procuran afianzar la seguridad jurídica, protegiendo la regla moral y castigando la mala fe de los terceros (conf. Morello, Augusto, Impugnación de actos entre vivos por causa de incapacidad..., cit., refiriendo expresamente al voto del Dr. Portas en la SCBA; Spota, Alberto G., Contratos, vól. I-II, págs. 265, 266, 271, 273 y passim.; C1ªApel. Bahía Blanca, 8/4/69, P. I. c. G. E. y otro, voto Dr. Passi Lanza, ED, 27-455 y LL, 134-288); -pierde cierta relevancia en la práctica (como se analizará más adelante) la aparente contradicción e incompatibilidad sobre la fecha en que debe juzgarse la existencia de razón en uno y otro supuestos: el momento o la época del acto. La capacidad para donar se juzga al momento en que la donación se prometió o entregó la cosa (art. 1809 CC y arts. 1804, 1806 y su nota, 1807: López de Zabalía, Fernando, Teoría de los contratos, Tº 2, parte 1, p. 400, Nº 2: Spota, Contratos Tº I-II, cit., p. 203, Nº 304; Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil-Contratos, Tº 11, p. 407), es decir cuando se celebró el acto (art. 474, CC). En cambio en el régimen sucesorio se establece que esa fecha es la del tiempo de hacer (el testador) sus disposiciones (art. 3616, CC); - porque la incapacidad alegada y juzgada en el sub lite no versa sobre la demencia en sí (arts. 140 y 141 Cod.Civ.), sino que como lo prevé el codificador en la nota al art. 3615 CC, alcanza a todo accidente que lo prive de la completa razón. Ha dicho la Corte Provincial refiriendo a esos preceptos que la idea de perfecta o completa razón en el testador es más amplia que el concepto de demencia en sentido estricto, pudiendo comprender todos aquellos casos en que por diversos motivos quien ordena un testamento no está en condiciones de comprender el alcance del acto: estados fronterizos o de semialienación, casos de senectud, estados accidentales de pérdida de la razón (Ac. 54702, 29-8-95, Bucich, Nora y otra s/incidente de redargución de falsedad en ED, 166-503; JA, 1996-II-693). IV. El momento de la determinación de la falta de discernimiento Ciñéndonos al primer presupuesto (la incapacidad) es necesario primero analizar si se la hubo acreditado para luego verificar si concurren las excepciones al principio de la inimpugnabilidad de los actos inter vivos del insano no interdicto (arts. 437 y 474 CPC).Es decir, en suma, debe determinarse el momento en que ha de juzgarse la ausencia de discernimiento (arts. 499, 896, 897, 898, 900, 921, 140, 147, 472 y concs. CC). Este aspecto, decisivo para resolver este pleito, conlleva a afirmar que tratándose de personas no interdictas debe acreditarse que el causante se encontraba privado de razón en el momento de otorgar el acto sin que sea suficiente la prueba de que el sujeto carecería de discernimiento en la poca del otorgamiento (Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., La demencia como base de las nulidades en el Código Civil, cit. p. 59 y sus abundantes remisiones jurisprudenciales en nota 150). Esta es, por otro lado, la doctrina de la Casación bonaerense que, en anterior composición, sostuvo que la anulación del acto otorgado por el demente de hecho requiere la prueba de que, en el momento de la celebración, éste obró sin discernimiento (SCBA, 27/4/71, González Benzi, Elvira c. Zampetti, Pedro, cit., voto de la mayoría del Dr. Bouzat, JA, 1971-11-598). De esta postura participa la sala C de la Cámara Nacional Civil -integrada por entonces por los Dres.Alterini, Cifuentes y Belluscio- que en un precedente (que cita el apelante) con voto del primero de ellos sostuvo que la orientación mayoritaria exige que se pruebe la demencia en el momento de otorgar el acto cuestionado, y no en la poca de su celebración, trayendo a colación proficua doctrina (CNCiv., sala C, 15/10/76, Guimper, Juan y otra c. Scilingo, Juan Suc., en ED, 71-207) En el mismo antecedente, apartándose de la opinión contraria de Alberto G. Spota que entiende que es suficiente la justificación de la demencia en la poca del acto (Spota, Alberto, Invalidez del testamento por enfermedad mental del testador: carga de la prueba de la incapacidad, cit., LL, 101-229 y sigts., especialmente apartado e] de p. 242) el voto de adhesión del Dr. Cifuentes añadía que si no hay sentencia declarativa del acto salvo que se demostrara que al preciso momento de celebrarlo se padecía la falta de discernimiento por demencia (en el mismo sentido Cám. Nac. Civ., sala D, 19/10/62, ED, 4-134; fallo 1893: y LL, 108-530; Trib. cit., sala A, 13/9/62, LL, 109-229 y en el caso citado de la sala A en LL, 101-258; CCiv. y Com., Rosario, sala IV, 31/8/72, Perrone, Víctor v. Duhalde de García, Matilde, en JA, 17-629, secc. prov.). La misma sala C de la Cámara Nacional, posteriormente y con otra integración, reiteró la postura sentada años atrás (CNCiv., sala C, 4/11/82., Facciuto, José M. v. Rivera, César E., voto Dr. Durañona y Vedia, en JA, 1983-III-207). En el precedente tantas veces referido de la sala A de la Cámara Nacional -que se resolvió por mayoría, con la disidencia de Llambías- hubo coincidencia, con ciertos matices, de que si no media declaración de incapacidad del acto el impugnante debe probar que en el momento del otorgamiento aquí estaba privado de razón (arts. 900 y 1045 CC; Trib. cit., LL, 101-233). Ahora bien, aun aplicando supletoria y analógicamente para este preciso caso -por las singularidades expresadas-, el régimen de las nulidades testamentarias en razón de demencia (arts. 3613, 3615 y 3616, cód. civil) no se modifica la interpretación que aquí propicio. En efecto, para aquel supuesto, en anterior composición, la Casación local sostuvo que la capacidad debe ser, en sentido estricto, al momento en que se otorga testamento. Tal es lo que la ley reclama. No obstante, parece indudable que ante la imposibilidad habitual de poder contar con una prueba tan apropiada, se admita la acreditación de la falta de capacidad en poca bien próxima al momento en que se testa (SCBA, Ac. 28.348, 6/5/80, L. y L. G. R. y otros c. Suc. de H.H.L. y otra. Nulidad de Testamento y petición de herencia, voto

Dr. Gnecco, en DJJ, 119-413 y A y S, 1980-I-613). Se dijo allí, remontándose incluso a la opinión de los autores extranjeros que inspiraron el precepto legal y a la doctrina patria, que ante la imposibilidad fáctica por las obvias dificultades probatorias de acreditar la ausencia de razón del testador en la fecha, oportunidad o momento de otorgamiento del acto, cabe acudir -en subsidio y a modo de arbitrio facilitador de la prueba- al criterio que exponía Demolombe: si el demandante probara que, sea antes y sobre todo poco tiempo antes de la disposición, sea después, y sobre todo poco tiempo después, el disponente no estaba sano de espíritu, nuestro criterio es que el espacio intermedio quedará comprendido, ya que, en fin, no se debe tampoco exigir lo imposible y la verdad es que le será a menudo imposible al demandante probar la insania de espíritu del disponente en el momento preciso y riguroso en que hizo la disposición. Esta doctrina legal ha sido explícitamente recogida por la actual integración de la Corte Provincial al remitirse derechamente a ese precedente (Ac. 54.702, 29/8/95, Bucich, Nora y otro, Incidente de redargución de falsedad, en DJJ, 149-199, voto Dr. San Martín. La carga de la prueba ha dicho la Casación Bonaerense aludiendo-como se dijo- al art. 3616 del CC sufre modificaciones en caso de que el impugnante acreditara que el testador se halló notoriamente en estado habitual de demencia algún tiempo antes de testar (hecho que deberá acreditar también quien acciona por nulidad de los testamentos), en cuyo caso, se establece una presunción de que el testamento es inválido por incapacidad del otorgante, salvo de quienes sostuvieran su validez, probaran que fue realizado durante un intérvalo lúcido (SCBA, Ac. 54702, 29/8/95, Bucich, cit., DJJ, 149-199). En definitiva: la poca de la falta de discernimiento es un arbitrio probatorio al que se acude cuando es dudosa o imposible la precisa determinación del momento de celebración del acto y, a modo de principio, no resulta inconciliable en ambos regimenes (por actos inter vivos y mortis causa) sin perder de vista el parámetro rector: la fecha ha de ser tratándose de actos entre vivos el momento (7/7/92 en el caso) de prometida la donación (arts. 474 y 1809, cód. civil). Con estas bases dogmáticas -tal vez demasiado alongadas- cabe analizar el factum en disputa. V. Aplicaciones de los principios precedentes en el presente caso 1) En la delicada tarea de determinar la existencia de discernimiento en el momento de otorgamiento del acto, ante la dificultad probatoria derivada de probanzas contrapuestas, destacando el ingente y muy valorable esfuerzo de la representación procesal de la demandada, soy de la opinión que la causante tenía trastornos de conciencia no sólo a la poca (10/7/92) sino que también en el momento de la donación (7/7/92). Coincido con el agravio en que la causante no padecía a la fecha de otorgamiento de la donación -reitero: el 7 de Julio de 1992- de demencia senil (a esta última se refiere el médico de cabecera Dr. C. en su certificado de fs. 177), ni del Mal de Alzheimer que es el diagnóstico al que alude reiterada y enfáticamente el citado médico de la Sra. B., y que le fue el suministrado por el especialista local (Dr. M.) ante la derivación de aquí. Ello así por las razones siguientes: El mal de Alzheimer fue el que presuntivamente determinó el especialista Dr. M. (Informes médicos fs. 8 y fs. 54, 55 y 57; reconocimiento fs. 320; testimonio fs. 195, preg. 4°, y amp. 7º) en base a dos consultas médicas y a una tomografía computada de cerebro, pero sin efectuar los estudios mentales, tipo test ni -obviamente- la biopsia cerebral que confieren certeza al diagnóstico (testimonio Dr. M., fs. 196 vta./197, rep. 1º, 2º, 4º, 5º); Esa enfermedad es progresiva de varios meses o años de evolución (testimonio Dr. M. -fs. 197-, rep. 2º) o sea de proceso generativo y evolutivo (test. Dr. L. A. -fs. 333/335-) lo que no se compadece con el ulterior desarrollo del estado de la Sra. B., que evolucionó favorablemente recuperando -insisto, posteriormente- plena ubicación en tiempo y espacio especialmente en 1993 (test. Sr. C. D. -fs. 353/55; declaración de la pedicura -fs. 381- G. I. D.F.; de M. M. D., fs. 383 vta./384; I. E. A. -fs. 386/rep. 1º, p. 388; fs. 391 vta. amp. 16-); el perito médico neurólogo, a requerimiento oficioso de este Tribunal, respondió puntillosamente en su experticia de fs. 479/81 (puntos 5 y 6) meritando esos aspectos y los antes ponderados, que no existen signos, síntomas ni evolutividad que hagan presumir el diagnóstico de enfermedad de Alzheimer (sic fs. 794, punto 5) ya que la causante no presentó empeoramiento progresivo de la memoria requisito imprescindible para los criterios clínicos de esta enfermedad (sic, fs. 481, punto 6.4 y punto d). Tampoco padecía de demencia senil, la que el Dr. C. informa que comenzó en forma brusca el 5 de julio de 1992, reconociendo su origen a partir del 10 de junio de ese año (informe fs. 177) lo que el neurólogo Dr. M. (insisto: quien la atendió por derivación de aquél), no diagnosticó nunca (conf. certificados expedidos por ese profesional de fs. 8 y fs. 54, y 57; declaraciones fs. 195 preg. 1º/5º). Por otro lado expresó el perito a instancias de este Tribunal que la demencia senil no se presenta en forma brusca o repentina, siendo la sintomatología variada, presentando diferentes alteraciones en calidad y compromiso de funciones intelectuales superiores (sic fs. 794 punto 6) todo lo que no se compadece con la evolución favorable posterior, ya referida, en la que la Sra. B. de C. recuperó totalmente su conciencia (decl. cit. supra). Respecto de las otras dolencias el perito también explicó que el cuadro extrapiramidal medicamentoso son los signos y síntomas -rigidez, hipokinesia, temblor, etc.-, que engloban la entidad mencionada como síndrome extrapiramidal producida por efectos secundarios de medicaciones suministradas al paciente (fs. 799 punto 7, concordante en ese aspecto con los dichos de M. a fs. 195 vta., 1º amp.). Y que ellos no guardan relación con la enfermedad de Alzheimer ni con las funciones intelectuales del paciente (sic fs. 795 punto 7). Tampoco la severa hipokinesia guarda ni tiene relación directa con las facultades intelectuales del paciente (sic, fs. cit., punto 8). 2) En cambio está plena y suficientemente probado que el 10 de julio de 1992 (o sea tres días luego

de otorgada la donación) la causante fue internada en el Sanatorio J. por insuficiencia circulatoria general con bajo flujo cerebral que la descompensó hemodinámicamente, por lo que se trató con hidratantes y oxigenadores cerebrales (sic, historia clínica fs. 798 confeccionada por el Dr. C.; ver el original de fs. 799) lo que implica que, a esa fecha (10/7/92) y como lo expresa el perito sí tenía la causante alteración de la conciencia. De la misma historia clínica infiere el perito neurólogo Dr. C. que la hidratación por venoclisis, incontinencia de esfínteres e imposibilidad de la autoalimentación revelan un deterioro agudo (físico y psíquico) sin poder precisar su origen; de pocas horas o días, o paulativo en el tiempo, varios días o meses, debido al fracaso de la terapeútica domiciliaria (sic, fs. 793). el experto, cuyo dictamen y su ulterior informe, no fueron observados por las partes (arts. 384 y 474 CPC) se inclina por entender que la Sra. B. de C. fue internada (el 10/7/92) cuando comienza con el presunto trastorno de conciencia (sic, fs. 793), presentando a partir de entonces, y por un tiempo, especialmente el de la internación, dicha alteración de la razón. En cambio no puede dictaminar con certeza lo que ocurrió antes de esa fecha, entre el 5 de julio al 10 de julio de 1992. 3) Entiendo que al momento preciso en cuestión (7/7/92) la valoración de la prueba producida conlleva a considerar que pese a no sufrir ni del mal de Alzheimer ni de demencia senil, tenía un severo cuadro confusional transitorio que la privaba de discernimiento (arts. 897, 898, 900, 921 y concs. cód. civil). Ello así porque: - la pericia neurológica si bien no lo puede afirmar, tampoco lo descarta y está sugiriendo como era muy posible que existiera, a esa data (sic, fs. 792/93, punto 3): - los otros estudios médicos practicados consistentes en análisis de sangre y orina -fs. 178/82-; electroencefalograma y especialmente en la tomografía computada de cerebro (fs. 15/28 y 64/65) que revela atrofia mixta del cerebro pueden ser compatibles con un estado de lucidez plena y también con una severísima alteración de consciencia (pericia fs. 795); - la testigo D. L. G., secretaria del Dr. M. fue muy precisa en que en ocasión de realizarle el electroencefalograma (el 15/6/92) la causante estaba totalmente desorientada en tiempo y espacio (conf. declaración fs. 225/26), lo que se corresponde con los dichos de M. D. A. Z. (fs. 203/204, ampl. 1º, rep. 1º, rep. 1° y 2º) y fundamentalmente, con el testimonio del médico de cabecera Dr. C., cuya opinión, especialmente la vertida en su informe de fs. 177, fue computada por el perito neurológico (conf. fs. 793, 1º parte), aun cuando disentía con el diagnóstico técnico. En ocasión de ser larga y exhaustivamente preguntado ese médico, que no es especialista, aclaró con precisión que el deterioro físico y psíquico de la paciente se agravó a partir del 5 de julio de 1992, época en la que la visitaba todos los días, y que entonces estaba desubicada en tiempo y espacio (sic, fs. 212 amp. 1º) lo que la llevó a internarla el 10 de ese mes y año. Resulta acreditado médica y parcialmente que al momento de la internación (10/7/92) debido a la insuficiencia circulatoria central con un cuadro de descompensación hemodinámica que la paciente no se alimenta por sí, tenía incontinencia esfinteral, siendo una mujer de 76 años y con un mal estado general, desubicada en tiempo y espacio (historia clínica fs. 798; pericia fs. 481 punto 3) y fs. 793 punto 3; testimonio e informe Dr. C.). A ello se añaden declaraciones concordantes (D. G. -fs. 225/226-) y de R. J. V. quien precisa que en julio de 1992 concurrió a la casa y la causante no lo reconoció, dando razones atendibles de las circunstancias precisas de esa fecha (aniversario de casamiento del matrimonio L.-L., padres de una de las actoras) llevando a la señora a visitar a la enferma (fs. 228/229; arts. 384 y 456 CPC). se suman además los dichos de A. Z. -también citada- que la frecuentaba, a quien la causante le manifestó de su internación que ni siquiera se acordaba de que había sido internada, conociendo la testigo que ello obedeció a problemas cerebrales (fs. 203/206). El apartamiento al diagnóstico de la enfermedad de Alzheimer -que, por otro lado, produjo el Dr. M.- no obsta apreciar la declaración sobre la ausencia del discernimiento expresada por el Dr. C., lo que se desprende del tratamiento y asistencia a la que venía sometiendo a la Sra. B. de C., de la frecuencia de trato y confianza que le dispensaba (arts. 163, inc. 5, 384 y 474 CPC). El médico referido reviste el carácter de testigo necesario por lo que sus dichos deben valorarse atendiendo a la indudable posibilidad con que aquel contó en el caso concreto de acceder al efectivo conocimiento de los hechos (Palacio, Derecho Procesal, Tº IV, p. 651; esta Cámara, sala I, causa nro. 29.889, Alzugaray, Danieri c. Agencia Oficial, con voto del Dr. Ojea, del 1-7-88). En síntesis: la asertiva e indubitable existencia de un cuadro confusional transitorio al 10 de julio de 1992, lo que torna probable al decir del perito que pudiera retrotraerse al 7 de ese mes y año (arg. SCBA, Ac. 54702, B.N. y ot., Incidente de redargución, ED, 166-503), la temporaneidad entre ambas fechas (arg. Cám. La Plata, causa 42971, L.C.A. Nulidad de testamento, en DJJ, 147-147) y la marcada modificación en el comportamiento asumido entonces por la causante que a diferencia de las repetidas veces anteriores (entre cuatro y cinco) en que otorgaba testamentos ológrafos con la intervención del notario J. G. S. H. legando siempre, aunque a veces no de modo exclusivo, a las aquí actoras (conf. su declaración fs. 199/200), conforman un andamiaje fáctico presuncional que se ratifica con la preponderante declaración del médico de cabecera Dr. C., corroborado por otros testimonios (D., M., Z., R. J. V.). Todo ello conduce a que propicie confirmar el decisorio atacado (arts. 163 inc. 5, 384, 392, 456, 474 CPC;474, 897, 900, 921 y concs. cód. civil). 4) Como lo decidió la Suprema Corte en esta materia es imposible dictar una regla de prueba porque es infinita la variedad de circunstancias y la muy distinta lucidez de cada persona lo que importa señalar que los jueces son los únicos habilitados para decidir sobre la perfecta razón del testador, y tienen una gran libertad de apreciación al respecto, libertad que se funda en la naturaleza misma de las cosas (SCBA, Ac

32562, 29-10-85, Lazzoni, Lorenzo Vicente y otro c. Fraguglia de Rudoni, Apolonia Juana s/Nulidad de testamento, A y S, 1983-III-285; citando el precendente Ac. 23348, 6/5/80, L. y L.G.R. y ots. c/Suc. T. de H.H. y ot. Nulidad de testamento, cit. D.J.J., Tº 119, p. 413 y A. y S. 1980-I-613). De ese modo deben preferenciarse, en el caso, algunos elementos de prueba, descartando otros, como lo autoriza el art. 384 del CPC (SCBA, ac. 45090, 17/3/92), especialmente en lo referente a darle mayor fe a unos testigos en desmedro de otros (A y S, 1967-II-13; 1962-II-104; 1961-V-537; A. y S. 1964-I-599). Ello significa soslayar el plexo testimonial producido por la demandada que responde genéricamente sobre el estado de salud y si la memoria de B. L. funcionaba correctamente, sobre su lenguaje y su carácter en un período muy amplio y genérico que va desde enero de 1992 hasta el 17 de mayo de 1993 (conf. interrogatorio estándar de fs. 363). Por ello la apreciación global de esos dichos es reveladora de que, luego de su internación, el proceso de recuperación fue favorable evolucionando satisfactoriamente del diagnosticado inicialmente como cuadro confusional transitorio. Empero no me merecen credibilidad, como lo decidió el juez de la anterior instancia, en lo relativo al conocimiento preciso y certero del estado de lucidez de B. L. B. de C. en el momento de otorgar el acto (el 7/7/92; arts. 384 y 456, CPC). El cuadro probatorio reputado convincente se contrapone con las declaraciones de los testigos propuestos por la demandada -numerosos, por cierto- pero que o no sabían la causa de la internación, o dijeron que la misma obedecía a problemas hepáticos lo que les resta atendibilidad, en este aspecto, a sus dichos máxime que tratándose la mayoría de allegados a la Sra. B., y siendo Benito Juárez una localidad pequeña, no es verosimil que desconocieran que la internación obedeció a un cuadro de grave descompensación orgánica, con repercusión cerebral que la privó de discernimiento hasta, inclusive, el momento de externarla (conf. declaraciones de Debeza fs. 353/5; L. de O. G. -fs. 376/89-; S. -fs. 389/389-; F. -fs. 381/383-; O. G -fs. 384/386-). El testigo D. no recuerda el estado del 7 de julio de 1992, fecha en que no la vio (fs. 334 vta.; rep. 3º); la Sra. L. de O. pese a visitarla casi diariamente desde 50 años no tenía presente el estado en esa época y dijo que estaba en su casa en el período que estuvo internada (fs. 3786/384, rep. 48, rep. 2º, 10º, 11). La pedicura F. tampoco sabía si en esa poca estuvo o no internada, sólo atribuyó a la señora problemas de higado por haber comido chocolate, sin conocer su estado de salud en la fecha en cuestión (fs. 381/383 vta.; rep.- 3º, 5º, 7º, 10, 15). Testimonio similar es el de su peluquera M.; G. quien, además, expresó que en la clínica estaba consciente en ocasión de ir a peinarla estando internada el 7 de julio (fs. 384/386; rep. 2º, 3°, 6º, 8°). La Sra. A., que se ocupaba de la limpieza, tampoco recuerda precisiones en la fecha en disputa (fs. 387 rep. 4°, 5° y 6º), lo mismo que la empleada del supermercado -S.- al que la causante concurría a hacer las compras (fs. 390, rep. 3º, 4º, 5º). En definitiva, los dichos del Dr. C., médico de cabecera de la causante se corresponden con las conclusiones periciales y resultan corroborados por las declaraciones ya mencionadas de G., V. y Z. (arts. 163, inc. 15, 384, 456, 4574 CPC; ver citas doctrinarias y jurisprudenciales aplicables, a contrario sensu en el dictamen del procurador general en A y S 1985-III-285/266 y sentencia de la SCBA fs. 287/8). 5) En lo relativo a la mala fe de la donataria, a más de las consideraciones del Sr. Juez de Grado, y pese al esfuerzo de la apelante, partiendo de su propia admisión de su excelente relación familiar y afectiva con su tía, fundamentalmente en los últimos años de su vida (fs. 761) ello conlleva -en el caso- la presunción, en sí misma, de mala fe. En un recordado voto del Dr. Passi Lanza, analizando el precepto legal antes de la reforma, sostuvo que la defensa del valor seguridad, perseguida por el art. 474 del cód. civil, se logra suficientemente limitando su aplicación a aquellos entuertos en que la insania no era pública ni notoria, o sea que el cocontratante podía, con gran margen de seguridad, equivocarse respecto de las cualidades mentales de la otra persona. Pero de ninguna manera la custodia puede extenderse al contratante que conocía el estado de aquélla, ya que esa circunstancia constituye un índice certero e indubitable de su mala fe (voto del doctor Passi Lanza, Cám. 1a Apel. Bahía Blanca, 8-4-69, P., I. A. c. G., E, y otra, en LL, 134-288 y ED, 27-455). VI. Costas En lo atinente a la imposición de las cosas -lo que también incluye el agravio de la demandada (fs. 766 Cap. XVII, punto c)- por la complejidad de las cuestiones sometidas a examen y lo contradictorio de la prueba traída todas las costas, en ambas instancias, deben ser impuestas por su orden (Cám. Nac. Civ., 20/9/60, M. de H. de A. y ot. c. R. A. y ot., cit., LL, 101-290, al juzgar un caso similar). En suma la propuesta de que las costas sean soportadas por su orden, lo que implica eximir de ellas al vencido (SCBA, 11/4/72, Piro, José c. Cascallar, Juan, Sensus, t. VIII, p. 274), obedecen a lo controvertido de la cuestion resuelta (Cám. Apel. Trenque Lauquen, 26/11/87, Martín, Enrique c. Vía, Juan) y porque la norma del art. 68 del cód. procesal, no obstante su aparente rigidez, no impide que se dispongan las costas en el orden causado, cuando la condena en costas conduciría a una solución inequitativa (Cám. 2a, La Plata, sala 1, 29-8-89, Cabrera, Adelaida c. Oha, Gustavo s/Daños y perjuicios Cám. 1a Civ. y Com., sala II, La Plata, 1-8-91, Banco Cooperativo y causa del 24-5-94, Oscar Antonio Zambano SAICFIC c. Zambano, Carlos Alberto y otra s/desalojo). Ello incluye las devengadas por la intervención del escribano al haberse controvertido -implícitamente- su actuación profesional (doct. SCBA, Ac. 40431, 27-6-89, Calaza, Leoncio c. Bouza de Scapelalto, Dina y otros s/nulidad de escrituración, en A y S 1989-II-514). A la misma cuestión, la señora juez doctora De Benedictis, votó en igual sentido A la segunda cuestión, el señor juez doctor Galdós, dijo: Atento el Acuerdo arribado al tratar la cuestión anterior y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 del CPCC, corresponde confirmar en lo sustancial la sentencia recurrida salvo en

lo atinente a la imposición de todas las costas que deben ser soportadas, en ambas instancias, por su orden. Difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 8904. A la misma cuestión, la señora juez doctora De Benedictis, votó en análogo sentido. Y Vistos: Considerando: por lo expuesto, y demás fundamentos del acuerdo confírmase la sentencia recurrida en lo sustancial, salvo en lo atinente a la imposición de todas las costas que serán soportadas, en ambas instancias, por su orden. Difíerese la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 8904. Notifíquese por Secretaría y devuélvase. - Jorge Mario Galdós. - Ana María De Benedictis (Sec: Vivian Muñoz de Ciotta).

INSANIA Curatela: designación; opción entre un pariente y un tercero. Cita: ED, 179-178 Tribunal: CNCiv. , sala E Fecha: diciembre 29-1997 Tema: insania. Núm. Interno: 48.790.

------- Sumario----------

1. - **Por encima del derecho que pueda tener un pariente a la tutela o curatela, existe el derecho del incapaz a ser dirigido y gobernado por quien sea más apto para ello**. De allí que el interés del incapaz es el que debe regir este tipo de decisiones.

2. - No resulta prudente designar como curador a un tercero totalmente ajeno al incapaz cuando existe un pariente del mismo, pues entre el pariente y el tercero es preferible optar por el primero. M.M.F.L.

-------- Fallo----------

Buenos Aires, diciembre 29 de 1997. - Autos y Vistos: Y Considerando: I. Ante la denuncia formulada a fs. 1586 y comprobada a fs. 1587/8 acerca del deceso del ex curador definitivo de la incapaz, se presentan G., F. y M. M. V. en su carácter de únicos sobrinos quienes solicitan que el nombramiento de nuevo curador recaiga en la persona de F. M. (ver fs. 1597/1599). Con posterioridad, M. M., quien invoca ser el pariente vivo más cercano por tratarse de la media hermana de la insana, adhiere también a la designación como curador de su sobrino F. (ver fs. 1618/9). Mientras tanto, otras personas que comparecen en autos invocando el carácter de legatarias instituidas en el testamento que dicen fue otorgado por J. M., proponen la designación de E. J. F. El anterior magistrado desestimó los pedidos de designación formulados en favor de F. M. y E. J. F., haciendo recaer tal nombramiento en un tercero. Contra el pronunciamiento de fs. 1620/1622 alza sus quejas la media hermana de la curada. Lo decidido con respecto a no aceptarse la propuesta de F. ha quedado firme y consentido desde que el mismo interesado no fundó la apelación interpuesta a fs. 1629 lo que motivó que se declarara desierta a fs. 1661. II. En primer lugar, corresponde el tratamiento del recurso subsidiariamente interpuesto a fs. 1623/1624, aunque la ampliación de fundamentos contenida en la pieza de fs. 1644/1657, ap. 3º, no habrá de tenerse en cuenta ya que la apelación subsidiaria quedó fundada con el mismo escrito de reposición (arts. 239 y 241, cód. procesal). Ahora bien, la pretensión de desglosar los escritos de fs. 1601, 1607, 1608, 1610, se trata de una cuestión que, a criterio de este Tribunal, ha perdido virtualidad si se tiene en cuenta que la persona a quien allí se proponía consintió no ser designada, como ya se señalara en el considerando precedente. Por otra parte, y aun cuando es cierto que según lo dispuesto en el art. 470 del cód. civil la declaración de incapacidad y el nombramiento de curador pueden pedirla al juez el ministerio de menores y todos los parientes del incapaz, por lo que de acuerdo a una estricta interpretación de la norma y de lo dispuesto en la materia por el art. 144 del mismo código, los citados presentantes no estarían legitimados para hacer proposiciones en la materia, lo cierto es que el Sr. juez de la causa no los tuvo por parte y se limitó a dar intervención al Sr. Asesor de Menores a fin de que dado el carácter de representante promiscuo y necesario que a éste le cabe, efectuara las consideraciones que estimara pertinentes (conf. Belluscio - Zannoni, Código Civil..., t. I, com. art. 144, nº 5, pág. 569). Ello así, y por tratarse de antecedentes incorporados a la causa, no corresponderá efectuar desglose alguno. Las mismas consideraciones resultan aplicables a la apelación subsidiariamente interpuesta a fs. 1667/8, contra el proveído de fs. 1661 -segundo párrafo- lo que conduce en consecuencia a su confirmatoria. III. Asiste razón al Sr. juez a quo en cuanto a que en virtud de lo dispuesto en el art. 475 del cód. civil, las normas de la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces (conf Bueres - Highton, Código Civil..., t. I, com. art. 475, pág. 1462). Por otra parte, aun cuando el orden de preferencia establecido para la curatela legal no incluye a otros parientes (ver. arts. 476, 477 y 478 del citado ordenamiento), bien cierto es, como también alude el anterior magistrado, que el art. 390 es aplicable a la curatela cuando no hay cónyuge, hijos mayores ni padres (conf. art. 475 citado; Borda, Tratado de Derecho Civil - Familia, t. II, nº 1171, pág. 332). El art. 390 citado, con la reforma introducida por la ley 23.264 [EDLA, 1985-184], establece que la tutela legal corresponde únicamente a los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del menor, sin distinción de sexo. Obviamente la ley tiene en cuenta los vínculos de familia que son los que, habitualmente, aconsejan hacer prevalecer a un familiar allegado al incapaz sobre un extraño (conf. Zannoni, Derecho de Familia, t. 2, nº 1348, pág. 803). Ahora bien, por encima del derecho que pueda tener un pariente a la tutela o curatela, existe el derecho del incapaz a ser dirigido y gobernado por quien sea más apto para ello. De allí que el interés del incapaz es el que debe regir este tipo de decisiones (conf. Busso, Código Civil Anotado, t. II, com. art. 391, nº 16, pág. 945; Portas, Criterio que debe inspirar las decisiones judiciales en materia de tutela, LL, 63-261, op. cit., nº 1350, pág. 805). En el caso, considera la sala que el interés de la insana estará preservado si se opta para su cuidado y representación por la persona de su sobrino F. M., cuya idoneidad no fue cuestionada. En efecto, el argumento sustentado por el magistrado actuante en cuanto a las disputas entre el anterior representante de la incapaz y los Sres. I. es ajeno al tema a resolver e implicaría, por otra parte, reeditar un viejo problema ya decidido por esta sala en el incidente de idoneidad nº 504.397/85, donde se cuestionó la aptitud del medio hermano de la insana, ahora fallecido, para ser nombrado curador, en procura de la designación del Sr. F. (ver también fs. 81/85 del juicio de insania). Este Tribunal sostuvo que más allá de las reales motivaciones que pudo tener la incapaz para manifestarse según surge de fs. 81/85 de la insania, presentación a la que alude el Sr. Asesor de Menores de Cámara en su dictamen de fs.

1713, con las dudas que pudiera existir acerca de si a esa fecha se encontraba en condiciones de discernir, debía tenerse en cuenta el interés respetable del medio hermano a postularse como curador, que radica no sólo en la preferencia que le da la ley, sino en el cumplimiento del deber de fraternidad. También se ponderó que no resulta prudente designar un tercero totalmente ajeno a la incapaz, como vuelve a peticionar el representante del Ministerio Pupilar, pues entre el pariente y el tercero, parece preferible optar por el primero (ver fs. 138/140 del incidente de idoneidad). Abona tal temperamento la circunstancia de que el anterior juzgador no ha expresado algún motivo de peso que autorice el apartamiento del pariente, sino los aludidos enfrentamientos entre el ex-curador y el grupo I. Empero, lo que sí resulta evidente fue el celo puesto por el anterior representante en defender, de acuerdo a su criterio, los intereses económicos de la insana al demandar, por ejemplo, a los administradores de los campos que ésta tiene en la provincia de Corrientes, por la extinción o caducidad del contrato suscripto por ésta en diciembre de 1983 (ver. fs. 6/27 del juicio contradictorio que se tiene a la vista). Si bien es cierto que la sentencia recaída a fs. 1196/1204 no se encuentra firme, ello no es fundamento para propiciar la designación de un tercero cuando lo que resulta claro es la existencia de intereses contrapuestos entre los Sres. I. y la incapaz, con quien insisten en estar vinculados en virtud del contrato que se intenta hacer valer en el expediente I., R. y otro c. M., F. s/cumplimiento de contrato, que quedó acumulado a la acción declarativa y que también se tiene a la vista. Por otra parte, la idoneidad de F. M. surge de las actuaciones conexas a la causa, ya que desde que su padre fue designado, colaboró permanentemente con éste en lo que al manejo de la administración se refiere. Basta para ello ver los antecedentes que surgen agregados a fs. 1, 10 y 48/50 del incidente de curatela definitiva, donde el anterior curador explicaba cómo organizaría la misma y las sucesivas rendiciones de cuentas (última aprobada a fs. 253 hasta el año 1994, inclusive, estando pendiente la aprobación de las posteriores según fs. 252 vta., 253, 259, 261/4, 265/8 del incidente de rendición de cuentas). Según lo denunciado, el nombrado tiene título de ingeniero. En cuanto al estado de salud de la incapaz, se lo ha preservado lo mejor posible dentro del delicado cuadro en que se encuentra. Al respecto, el último informe da cuenta de que son tres las enfermeras que se turnan para atenderla; que recibe controles permanentes por parte del médico clínico y psiquiatra; la kinesióloga la atiende diariamente y el gastroenterólogo cada 45 días para controlar la sonda gástrica por donde recibe alimentación y medicación. También se señala que la paciente está bien atendida en su propio domicilio, recostada, semidesnuda sobre piel de oveja (para evitar escaras), que su aspecto e higiene son muy buenas, no observándose escaras ni ningún tipo de lastimaduras en la piel (ver fs. 1658). Por ello, al no esgrimirse una causa seria que justifique el apartamiento de uno de los parientes que estuvo al lado de la incapaz desde hace más de diez años, esta sala considera que los agravios resultan fundados y en tal sentido deberán admitirse. Al respecto cabe ponderar que la propia media hermana está conforme con la designación de su sobrino, proponiéndose a sí misma sólo en subsidio.

Por ello, y dada su avanzada edad (ver fs. 1614), este Tribunal se inclina por la designación de F. J. A. M. (ver fs. 1591/2). Sólo a mayor abundamiento, y con respecto a las demás consideraciones vertidas en el dictamen de fs. 1713 y vta., cabe agregar que no pueden contemplarse, en este estado, los hipotéticos derechos de los legatarios de un testamento cuando no ha ocurrido el deceso de la testadora. Por lo demás, de la compulsa de las actuaciones sólo se encontró la agregación de una copia simple a fs. 399/401 del incidente de curatela definitiva de un supuesto testamento ológrafo protocolizado en donde no se observa la designación de heredero testamentario. IV. Con respecto a la apelación de fs. 1660 vta. y dada la suerte del recurso interpuesto a fs. 1623/4, deberá revocarse la resolución de fs. 1641. Por las consideraciones expuestas y, oído a fs. 1713 el Sr. Asesor de Menores de Cámara, se resuelve: 1. Confirmar lo dispuesto a fs. 1619, punto 2 y 1661, segundo párrafo. 2. Revocar, en lo que fue materia de agravio, la resolución de fs. 1620/1622. En consecuencia, desígnase en el cargo de curador de la incapaz a F. J. A. M. quien deberá aceptarlo conforme lo demás dispuesto por el Sr. juez a quo en el decisorio recurrido y a las pautas ya establecidas por esta sala en la resolución obrante a fs. 154/157 del incidente de rendición de cuentas. 3. Revócase la resolución de fs. 1641. 4. Notifíquese y devuélvase. - Mario P. Calatayud. - Juan Carlos G. Dupuis. - Osvaldo D. Mirás.

Simulación - Instrumento Público - (ED, 173-222)

SIMULACION Acción deducida por un tercero, redargución de falsedad, innecesariedad; autenticidad del acto, prueba, obligación del demandado INSTRUMENTOS PUBLICOS Fe pública, alcances.

Cita: ED, 173-222 Tribunal: CNCom. , Sala E, Fecha: junio 6-1999 Tema: quiebra c. Kvitko, Mario Eduardo y otro s/acción de simulación. Núm. Interno: 48.027 Enlace Nota a Fallo

----------Sumario----------

1.- Tratándose de una acción de simulación deducida por un tercero, no será necesario redargüir de falsedad a la escritura pública que instrumentó el acto aparentemente simulado, sino que bastará con probar en contrario para demostrar que los actos en ella reflejados fueron insinceros.

2.- Frente al ataque por simulación, es necesario que el demandado acredite la sinceridad y realidad del acto cuestionado, no sólo conforme a los términos de su contestación, sino de acuerdo al art. 377 del cód. procesal; sin que pueda limitarse a una negativa y a dar una explicación distinta a la de la demanda, sin diligenciar prueba alguna para acreditar los extremos de su defensa.

3.- Cuando la acción de simulación es deducida por un tercero -en el caso, el síndico de la quiebra del vendedor- que debe demostrar que el acto atacado no responde a la realidad, el demandado tendrá la obligación de aportar pruebas que demuestren la razonabilidad y veracidad de dicho acto.

4.- La fe pública que se deriva de los instrumentos públicos resulta completa únicamente respecto de la existencia material de los hechos ocurridos en presencia de oficial público ya que, en lo que se refiere la sinceridad de tales hechos, la fe del instrumento vale sólo hasta prueba en contrario.

5.- El art. 993 del cód. civil se refiere sólo a la falsedad material de los hechos en presencia del oficial público, pero no a la sinceridad del instrumento. R.C.

-------- Fallo----------

En Buenos Aires, a los 6 días del mes de junio del año mil novecientos noventa y cinco, reunidos los señores Jueces de Cámara en la sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos seguidos por: Kvitko, Mario Eduardo s/quiebra c. Kvitko, Mario Eduardo y otro s/ acción de simulación en los que según el sorteo practicado votan sucesivamente los doctores Martín Arecha, Helios. A. Guerrero, Rodolfo A. Ramírez. Estudiados los autos, la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs.199/2067?

El señor Juez de Cámara, doctor Arecha dice:

1. El síndico designado en Kvitko, Mario Eduardo s/quiebra promovió acción de nulidad por simulación ilícita de la venta de 16 lotes de terreno ubicados en Marcos Paz -Pcia. de Buenos Aires- que el fallido realizó a Gerónimo Horacio Martín según escritura del 21.5.85 pasada bajo nro. 98 ante la escribana Susana Isabel Martínez. Sostuvo que se trató de una simulación absoluta, por no responder la operación a la realidad y haber sido hecha en perjuicio de los acreedores de Kvitko. Subsidiariamente dedujo acción de ineficiencia fundada el art. 123 de la LC. Martín respondió, opuso prescripción respecto de la simulación y pidió el rechazo fundándose en que la escritura traslativa de dominio no había sido redargüida de falsedad, negó connivencia entre él y Kvitko, y sostuvo no configurarse los supuestos para caracterizar esa simulación. También solicitó fuera desestimada la acción deducida en subsidio. Kvitko quedó sin responder (fs. 91v).

2. La sentencia de fs. 199/206, tras reseñar los antecedentes y las posiciones asumidas por las partes, concluyó, rechazando la prescripción, admitiendo la simulación y consecuentemente declarando la nulidad de la compraventa instrumentada en la escritura del 21.5.85 y por último declarando inoficioso pronunciarse respecto de la revocatoria concursal. Se encuadró el caso como el de simulación invocada por un sujeto ajeno al acto cuestionado, y por lo tanto se consideró que el síndico concursal contaba con libre disponibilidad de medios probatorios. Precisamente con esa base consideró configuradas presunciones graves, precisas y concordantes que llevaban a la admisión de la invocada simulación ilícita pues:

a) mediaban declaraciones del fallido en la quiebra -acta del 21.8.86- disímiles con el contenido de la escritura de venta; en la declaración dijo, que la venta fue pagada parte en efectivo y otra en cheques, que recibió el pago antes de la escrituración y que hubo boleto, mientras que en la escritura decía, que el precio se pagaba en ese acto, y que no había boleto,

b) por resultar el precio inferior en un 39,77% a la valuación fiscal,

c) afrontar Kvitko al momento de la escrituración dificultades económicas que inducían su pronto concursamiento, tal como ocurrió con su declaración de quiebra casi tres meses después, e indicando el cierre de diversas cuentas bancarias en fechas inmediatas anteriores a la escrituración y

d) por resultar el que aparecía como adquirente persona de su confianza, y con quien mantenía trato de amistad. Agregó otros datos corroborantes como lo fueron: que no hubo tasación de los lotes, ni publicidad de su venta, que Martín no tenía ocupación conocida ni acreditó contar con los medios económicos suficientes para esa adquisición, todo lo cual apreciado en conjunto le permitió concluir al sentenciante conforme al art. 386 del cód. proc., que el acto instrumentado en la escritura encerraba un acto simulado (art. 955 del cód. civ.) realizado por el fallido en

perjuicio de sus acreedores. Añadió el decisorio que Kvitko no contestó la demanda por lo que aplicó el art. 356:1 del cód. proc. dando por reconocidos los hechos personales que le fueron atribuidos y que no resultaron negados; mientras que respecto de Martín sostuvo que debió acreditar los extremos en que fundó su defensa, pues el demandado por simulación lleva el deber moral de aportar prueba de la seriedad del acto cuestionado, carga que consideró incumplida -especificó que no se expusieron razones para la compra, no se demostró capacidad económica, ni el origen de la suma que se dijo pagar, tampoco acreditó que el precio fuera adecuado al de mercado y dejó de desvirtuar la amistad que se le atribuyó con el fallido-. Por último y en lo relativo a la defensa expuesta por Martín respecto a la fe de los actos cumplidos ante escribano y la omisión de la redargución de falsedad, se la juzgó inadmisible pues no se alegó la falsedad de la entrega del precio, sino que lo controvertido era la sinceridad de esa cláusula (segunda) aspecto no atribuible al notario interviniente sino a los contratantes y era ese proceder de las partes lo que habilitaba demostrar tal insinceridad por cualquier medio sin necesidad de redargución de falsedad. De tal modo, concluyó desestimando esa defensa.

3. Apeló el demandado (fs. 210) expuso sus agravios en fs. 226/32, los que fueron respondidos por el síndico actor (fs. 234/41).

En fs. 248/54 corre agregado dictamen del señor Fiscal de Cámara en el que aconseja admitir el recurso, sugiriendo el oportuno envío de la causa a la primera instancia para que medie pronunciamiento respecto de la acción deducida en subsidio con fundamento en el art. 123 de la LC.

4. El recurrente pide se revoque el decisorio; alega básicamente que los hechos que la sentencia aprecia como integrantes de un conjunto de presunciones graves, precisas y concordantes, no tienen entidad para concluir que se configuró la simulación ilícita en perjuicio de los acreedores del fallido Kvitko. Asimismo, sostiene que ante los términos de la escritura traslativa de dominio debió haber mediado redargución de falsedad para poder concluir en que hubo simulación. Adelanto que no encuentro sustento al planteo recursivo, como lo explicaré a continuación. Para ello seguiré un orden distinto al de los agravios, en primer lugar procede analizar lo relativo a la redargución de falsedad -por ser una circunstancia prioritaria- y luego tratar los cuestionamientos referidos a las presunciones que han llevado a la conclusión de existir la simulación. a) El recurrente sostiene que las constancias de la escritura traslativa de dominio No. 98 del 21.5.85, en tanto no fue objeto de redargución de falsedad hacen plena fe conforme al art. 994 del cód. civ. Con ese fundamento afirma ser infundado el criterio de la sentencia que consideró que el pago del precio referido en ese instrumento público fuera insincero. El síndico en su demanda cuestionó la sinceridad de la compraventa instrumentada en la escritura (fs. 5v). Como principio, la fe pública que se deriva de ese tipo de instrumentos resulta completa respecto de la existencia material de los hechos ocurridos en presencia del oficial público, pero en cambio si se trata de la sinceridad de tales hechos ....convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc.- la fe del instrumento vale sólo hasta la prueba en contrario (conf. G. Borda, en Tratado de derecho civil t.II, p. 212, No. 993b, y C Civ., F del 21.3.72 en Banco Comercial de Rosario SA. c. Bianchi, E. y otros LL, 148-569 y ss). En ese mismo sentido dijo la SC de la Prov. de Buenos Aires que el art. 993 del cód. civ. se refiere a la falsedad material de los hechos en presencia del oficial público, pero no a la sinceridad del instrumento (conf. Digesto Jurídico LL, 2 t. I p. 440 No. 135). La escritura en ese aspecto establece: Segundo. Esta venta se realiza en la suma de dos millones de pesos argentinos, que el comprador abona en este acto en dinero efectivo, en mi presencia, y el vendedor recibe de conformidad. Se trata por lo tanto, de un hecho pasado en presencia de una escribana pública, al que corresponde considerar autenticado por haber sido percibido por los sentidos del notario. No obstante, procede distinguir entre hecho autenticado y su sinceridad; esta última no es objeto de fe pública y por tanto no queda por ella amparada (conf. A. C. Belluscio en Código civil anotado, t. 4, p. 550). La cuestión resulta relevante. No puede controvertirse que en el momento de cumplirse la escrituración y tradición del dominio según los términos de la escritura copiada en fs. 191/6, el vendedor Martín pagó el precio referido de $a 2.000.000 hecho que pasó ante la escribana interviniente. Lo que en cambio puede ser desvirtuado con prueba en contrario y sin necesidad de redargución, es que esa manifestación y esos hechos pasados en presencia del notario entre Kvitko y Martín hubieran sido sinceros. En definitiva, lo que puede probarse en contrario es que hubo connivencia entre quienes aparecieron como comprador y vendedor para aparentar ante el notario, y así configurar la simulación (art. 955 del cód. civ.) a la que la escribana aparece ajena. En definitiva y en lo que hace a la cuestión considerada, no cupo exigir al accionante redargüir de falsedad la escritura, bastando con probar en contrario para demostrar -en una acción por simulación deducida por un tercero- que los actos reflejados referidos a la aparente compraventa de los 16 lotes no resultaban sinceros.

b) En cuanto a los cuestionamientos que se formulan respecto de las presunciones, si bien la argumentación aparenta alguna razonabilidad no la tiene en sustancia. Ocurre que el recurrente ha expuesto consideraciones aisladas de algunos aspectos indicados como formadores de esas presunciones, sin analizarlos en forma conjunta, integrando un panorama probatorio general; y por otra parte, prescinde de considerar la particularidad de la acción de simulación cuando es deducida por un tercero que debe demostrar que el acto no responde a la realidad. El apelante Martín se limita a sostener que actuó como un tercero ajeno que buscó su interés personal, pero sin

insinuar ni demostrar la razonabilidad y veracidad del acto cuestionado por simulación. Así, afirma que hubo pago de precio, lo cual bastaría según sostiene para acreditar que el acto existió como compraventa, algo similar ocurre al referirse al precio del mismo -aspecto en el cual sostiene buscó su connivencia-, tampoco le atañe lo referido a la cercanía de la fecha de la escrituración y de la sentencia de quiebra del que aparecía como vendedor y lo referido al destino dado a los fondos obtenidos por el comprador. Es claro que todo ello puede ser cuestión personal del recurrente -o del fallido en el último supuesto-, pero frente al ataque por simulación, era necesario que Martín acreditara la sinceridad y realidad de esa compraventa de 16 importantes lotes de terreno, tal era su carga no sólo conforme a los términos de su contestación de demanda, sino de acuerdo al art. 377 del cód. proc., sin que pudiera limitarse a una negativa, y dar una explicación distinta a la de la demanda sin cumplir con diligenciar prueba para acreditar los extremos de su defensa (conf. C. Civ., F, del 21.3.72, citado anteriormente).Los cuestionamientos que levanta, no tienen entidad recursiva, pues no desvirtúan las conclusiones del sentenciante, y en todo caso en lo relativo al destino que pudieron tener los fondos provenientes de la venta, ninguna prueba consta en el expediente, para acreditar la efectiva percepción de esos fondos ni su salida del patrimonio del supuesto adquirente. También alega la inexistencia de amistad con el fallido; sostiene que hubo relación comercial con intereses encontrados. El a quo especificó las razones que lo llevaron a juzgar -fundadamente- la existencia de esa amistad: así indicó las constancias de la causa tramitada ante el Juzgado del Fuero No. 10 agregada por cuerda (Fernández Corgo, E. c. Roldán, N. y otros s/ordinario). Además esa relación de amistad y también comercial está referida por los testimonios dados en estos autos en fs. 134/5/6 (testigo Marjbein) y 140 (Dr. Fernández Corgo) todo lo cual, en última instancia corrobora el acierto de lo juzgado. De ello se deriva, que el cúmulo de presunciones graves precisas y concordantes que no quedaron desvirtuadas, han justificado admitir la existencia de simulación ilícita en perjuicio de los acreedores del codemandado Kvitko.

5. Todo ello, me lleva a proponer el rechazo del recurso, y la confirmación de la sentencia de fs. 199/206 con costas al recurrente que resulta vencido (art. 68 del cód. proc.).

El señor Juez de Cámara, doctor Guerrero dice: Comparto los fundamentos vertidos por el señor Juez preopinante por lo que adhiero a la solución por él propiciada. Voto, en consecuencia, en igual sentido. Por análogas razones, el señor Juez de Cámara, doctor Ramírez adhiere a los votos anteriores. Y Vistos: Por los fundamentos del Acuerdo precedente se resuelve: desestimar el recurso interpuesto por el demandado Martín y confirmar la sentencia de fs. 199/206, con costas de esta segunda instancia al vencido (art. 68 del cód. proc.). - Rodolfo A. Ramírez. - Helios A. Guerrero.- Martín Arecha (Sec.: Gerardo D. Santicchia).----------

---------- Texto

SIMULACION - Instrumento Público (ED, 182-867)

SIMULACION Compraventa: redargución de falsedad del instrumento público; improcedencia. INSTRUMENTOS PUBLICOS Cláusulas convencionales. Cita: ED, 182-867 Tribunal: CNCiv. , sala I Fecha: noviembre 3-1998 Tema: nulidad de acto jurídico.

----------Sumario----------

1. - Si la actora no objetó la autenticidad del instrumento público, sino su contenido, y al hacerlo tampoco cuestionó la verdad material de los hechos cumplidos por el oficial público o pasados en su presencia ni el hecho de haberse celebrado la compraventa, sino la sinceridad de la misma, no necesita redargüir la falsedad del documento en los términos de los arts. 989, 993 y 994 del cód. civil.

2. - Si se trata de apreciar la fuerza probatoria de las cláusulas dispositivas del instrumento público corresponde distinguir lo concerniente a la verdad material de las manifestaciones de voluntad y lo relativo a la sinceridad de ella. Para probar que no ha ocurrido (verdad material) el acto relatado por el instrumento, es menester tacharlo de falso, porque en esa aseveración está comprometida la fe pública del funcionario interviniente. En cambio, **para probar que las cláusulas dispositivas no son sinceras, no se requiere tachar de falso el documento, porque la falsedad no está en el instrumento, ni en el oficial público, sino en los comparecientes y en el acto jurídico obrado por ellos independientemente de la regularidad y corrección del instrumento público de que se han servido.**

3. - La fe que merece el instrumento público no obsta a que las convenciones, disposiciones o declaraciones que contienen puedan ser argüidas de simulación, sea por los terceros, sea aún por alguna de las partes. Tales ataques, únicamente relativos a los caracteres intrínsecos y a la eficacia de las convenciones, disposiciones o declaraciones contenidas en un instrumento público, son evidentemente extrañas al documento, considerado como medio de prueba, y no tocan de ninguna manera a la fe que le es debida.

4. - Para demostrar la insinceridad de las convenciones, disposiciones o declaraciones contenidas en un instrumento público, los terceros pueden acudir a toda clase de medios de prueba, pues se trata de la demostración de hechos -hechos materiales cumplidos sin la voluntad de constituir los efectos jurídicos aparentes- respecto de los cuales el demandante ha permanecido ajeno, y que son perjudiciales a él. No podría pensarse en exigirle la prueba escrita de la simulación puesto que siendo el demandante la víctima del delito civil que ella importa, es imposible pensar que puedan los autores del mismo poner en sus manos esa prueba, razón por la cual, el medio frecuentemente utilizado es la prueba de presunciones o indicios suficientes para llevar al ánimo del juzgador la convicción de que ha ocurrido la simulación. M.M.F.L.

INHABILITACION : Proceso: recaudos iniciales; ausencia de bilateralidad. Cita: ED, 176-205 Tribunal: CNCiv. , sala A Fecha: abril 7-1997 - Tema: inhabilitación. Núm. Interno: 48.463

---------Sumario----------

1. - Los arts. 625 y 626 del cód. procesal no han previsto expresamente un traslado al causante de la presentación inicial, sino que esta etapa preliminar tiene por único propósito reunir los recaudos que otorguen seriedad y verosimilitud a la denuncia, amén de las medidas cautelares que fuere menester ordenar en razón de las circunstancias propias del caso.

2. - El dictamen médico que avale la supuesta dolencia esgrimida en sustento de la acción de inhabilitación no debe contener indefectiblemente conclusiones definitivas sobre el estado mental del denunciado, bastando que se establezca prima facie, el probable cuadro clínico que éste pudiera describir. Es decir, que el dictamen referido, en modo alguno conduce a prejuzgar en torno a la viabilidad de la pretensión incoada.

3. -Provista la denuncia de todos sus recaudos de admisibilidad, recién se da curso a la acción de inhabilitación y se integra la litis con el causante. En esta oportunidad debe discernirse un curador provisional que lo asista durante el proceso y fijarse el plazo probatorio, así como proveerse la designación de peritos médicos.

4. - Si los informes médicos se expidieron acerca de la inexistencia de causales de interdicción por demencia, cuando la pretensión inicial de los denunciantes apuntaba a la demostración de causales de inhabilitación; la rectificación y/o aclaración de dicho informe apunta a dar seriedad y verosimilitud a la denuncia en resguardo del derecho de defensa del causante y la protección de la dignidad de su persona, en aras de obtener un aval médico adecuado, idóneo y contundente, sin el cual resulta imposible impulsar el proceso de inhabilitación. De ahí que la bilateralidad reclamada por el denunciado en esta etapa resulta extemporánea. M.M.F.L.

----- Fallo----------

Buenos Aires, abril 7 de 1997. - Autos y Vistos: y Considerando: I.- La pretensión invalidatoria motivo de queja se basta principalmente en la ausencia de bilateralidad que, al decir del recurrente, caracterizó a la etapa preliminar de la denuncia formulada a fs. 188/199. Ahora bien, sabido es que los arts. 625 y 626 del cód. procesal no han previsto expresamente un traslado al causante de la presentación inicial. La demanda, debe contener una relación suficiente clara y circunstanciada de los hechos en que se funda la presunta demencia -o inhabilitación-, invocar y acreditar la legitimación invocada para formularla y acompañar dos certificados médicos que avalen la supuesta dolencia esgrimida en sustento de la acción, puntualizando el estado mental y la hipotética peligrosidad actual del denunciado, con especial referencia a la posibilidad de mantener o disponer su internación. No es preciso que contengan una descripción pormenorizada y demostrativa de tales extremos -propios de la ulterior etapa probatoria- . Sólo es suficiente que, mediante esta documental se confiera verosimilitud a los hechos alegados en la denuncia y permitan al Juez presumir la concurrencia de motivos provistos de seriedad bastante como para autorizar el sometimiento del denunciado a una investigación de su salud mental. De no ser posible esta acreditación, el artículo 626 arbitra el mecanismo de la previa revisación del causante por médicos forenses. Hasta aquí, el magistrado interviniente no tiene el deber legal de dar curso a la denuncia. La obligación de examinar al presunto incapaz sólo se supedita a la formulación de la denuncia, con prescindencia de que se haya dictado la resolución de prosecución del proceso. Pero, como bien se ha sostenido, a fin de que el juez se encuentre en condiciones de cumplir adecuadamente sus atribuciones, es preciso que se hallen agregados al expediente los certificados médicos que debe acompañar el denunciante o, en su defecto, se hayan expedido los médicos forenses, ya que las respectivas conclusiones técnicas constituyen el inexcusable complemento del reconocimiento judicial (conf. Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, t. VI, págs. 413/16, § 859, aparts. a, b y c, y citas). Provista la denuncia de todos sus recaudos de admisibilidad, entonces sí se da curso a la acción, integrando la litis con el causante. En esa oportunidad debe discernirse un curador provisional que lo asista durante el proceso, garantizándose así el pleno ejercicio de su derecho de defensa y fijarse plazo probatorio, así como proveerse la designación de peritos médicos, a fin de que se expidan acerca de sus aptitudes mentales. En nuestro régimen procesal no se ha previsto traslado alguno de la denuncia, a diferencia de los códigos de La Rioja y Mendoza. Por tanto, al igual que los restantes ordenamientos adjetivos -a excepción de Córdoba, Santa Fe y Tucumán, que prevén un procedimiento distinto- el traslado recién se operará con el contenido del dictamen médico -de carácter definitivo- y las restantes pruebas producidas que, obviamente, aportarán ambas partes (conf. Palacio, ob. cit., loc. cit.). Por consiguiente, esta etapa preliminar tiene por único propósito reunir los recaudos que otorguen seriedad y verosimilitud a la denuncia, amén de las medidas cautelares que fuere menester ordenar, en razón de las circunstancias propias del caso. Por tanto, el dictamen médico no debe contener indefectiblemente conclusiones definitivas sobre el estado mental del denunciado, bastando que se establezca prima facie el probable cuadro clínico que éste pudiera describir (conf. Falcón, Enrique, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993 t. IV, págs. 112, coment. art. 624, § 624.9.31 y citas).II.- Sentado lo anterior, adviértese que, a tenor de la denuncia formulada a fs. 188/199, por los tíos del causante, los informes médicos de fs. 538/40 y 630 fueron incompletos, pues se expidieron acerca de la inexistencia de causales de interdicción por

demencia, siendo que la pretensión inicial de los denunciantes apuntaba a la demostración de causales de inhabilitación. Consecuentemente, sin perjuicio de lo dictaminado a fs. 631 por el Representante del Ministerio Pupilar y la petición de los accionantes, formulada a fs. 633/7, la rectificación y/o aclaración de ese informe podría haberse requerido aun de oficio, circunstancia ésta que conduce a relativizar la pretensión del nulidicente, con arreglo a lo dispuesto por el art. 169, último párrafo del citado ordenamiento. III.- Al margen de lo expuesto, pese al tiempo transcurrido desde que fuera formulada la denuncia (14 de octubre de 1992 al 19 de setiembre de 1994, en que se logró el primer informe, según resulta de fs. 538/9), motivado por las dificultades e inconvenientes que impidieron el examen médico del causante (v. fs. 202, 203/4, 437, 439/442, 443/8, 455/7, 459, 462, 463/4, 508/13, 517/8), habiendo éste tomado conocimiento oportuno de la existencia de la causa (v. fs. 463, 504/7), ésta aún no había avanzado más allá de su etapa preliminar (conf. arts. 625 y 626 citados). En ese marco, el trámite tenía por principal objeto dar seriedad y verosimilitud a la denuncia, precisamente, en resguardo del derecho de defensa del recurrente y la protección de la dignidad de su persona, en aras de obtener un aval médico adecuado, idóneo y contundente, sin el cual, habría sido imposible impulsar el proceso de inhabilitación. Este dictamen médico, en modo alguno conduce a prejuzgar en torno a la viabilidad de esta pretensión principal, según se ha visto. De ahí que la bilateralidad que reclama el denunciado recién se abre con la notificación de la providencia impugnada en el recurso subexamine. Decisorio este que, por las razones que vienen de exponerse, carece de vicios que la descalifiquen como acto jurisdiccional. IV.- Lo mismo cabe decir en torno a los trámites que precedieron a dicho decisorio. En efecto, la revisación médica preliminar -ante la carencia de certificados- se imponía en la especie en razón de la manifiesta imposibilidad de recabar dichos instrumentos privadamente, dada la verosimilitud de los hechos esgrimidos a fs. 188/199, a tenor de las constancias glosadas en el primer cuerpo de estas actuaciones. Así entendida la controversia, la citación a los profesionales para que rindan explicaciones frente al Tribunal a quo debe entenderse cumplida en el marco de las facultades instructorias y ordenatorias reservadas a aquél en el art. 36, inc. 2º del cód. procesal. En cuanto a las impugnaciones de fs. 741 vta./742 vta. (b.3.), es dable colegir que son extemporáneas, porque el procedimiento aplicado al cumplimiento de las medidas preliminares pedidas a fs. 200/1, dispuestas por la Sentencia, fue ampliamente consentido por el denunciado con las presentaciones de fs. 463 y 504/7, asistidas con el debido patrocinio letrado. Así, se configura en el caso la convalidación del vicio acusado por el incidentista, a tenor de lo normado por el art. 170, primer párrafo del rito, lo que definitivamente sella la suerte de la queja traída a consideración del Tribunal. En atención a los fundamentos vertidos precedentemente, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Asesor de Menores de Cámara, se resuelve: Confirmar el pronunciamiento de fs. 735/7, en todo cuanto decide, con costas (conf. arts. 68, párr. 1º, 69, párr. 1º cód. procesal). Los honorarios se regularán oportunamente, determinados que sean los de la anterior instancia (conf. art. 14, ley 21.839 [EDLA, 1978-290]). Notifíquese al Sr. Representante del Ministerio Público Pupilar y devuélvase, haciéndose saber que en primera instancia deberá notificarse la recepción de las actuaciones y el presente fallo, en forma conjunta. - Ana María Luaces. - Jorge Escuti Pizarro. - Hugo Molteni

SUMARIO - INEXISTENCIA DE MATRIMONIO: Falta absoluta de celebración nupcial. Prueba. Nulidad de certificado de matrimonio supuestamente celebrado en el extranjero

Causa 89.555 - "R., R. c/ V., T. s/ divorcio" - CAMARA PRIMERA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN ISIDRO (Buenos Aires) - SALA II - 29/09/2002

"Si bien es cierto que el concepto de inexistencia del matrimonio se reserva a los casos que carecen de alguno de sus elementos estructurales tal como puede ser el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo (Art. 172 del C.Civil; Zannoni E., "Derecho Civil, Derecho de Familia", t. 1, 3ª ed., Pág. 229, Nº 158), también lo es cuando se ha demostrado la falta absoluta de la celebración nupcial, el matrimonio es inexistente en el sentido más lato de la palabra como lo son todos aquellos que nadie pensó jamás contraer, como es inexistente el hecho que no ha salido del campo recóndito y misterioso de la intención (Mazzinghi, Jorge A. "Inexistencia o nulidad del matrimonio contraído en fraude de la ley Argentina", E.D. 29-587).-
No es menos cierto que ante la demanda de divorcio que promoviera el accionante tuvo derecho la demandada a alegar y requerir la inexistencia del matrimonio en que tal divorcio se sustentara (Cám. Nac. Civil, Sala "F", 5-7-73 E.D. 53-447)."

TEXTO COMPLETO

En la ciudad de San Isidro, a los 29 días del mes de septiembre de dos mil dos, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Segunda de la Cámara Primera de Apelación lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro, doctores ROGER ANDRE BIALADE, JUAN IGNACIO KRAUSE y DANIEL MALAMUD para dictar sentencia en el juicio:"R., R. c/V., T. s/divorcio ";; y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (artes. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial)), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Krause, Malamud y Bialade, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1ª ¿Es justa la sentencia apelada?
2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION

A la primera cuestión el señor Juez doctor Krause, dijo:

1º) La sentencia de fs. 352/353 desestimó la demanda de divorcio que promoviera R. Diego R. contra T. Marta V. y rechazó la reconvención deducida por esta última para que se declare inexistente o nulo el matrimonio invocado por la actora. Las costas fueron impuestas al actor en la demanda y a la accionada en la reconvención.//-
Apela la demandada conforme los agravios que presenta a fs. 376/379.-

2º) El actor inició el presente juicio de divorcio sosteniendo haber contraído matrimonio con la demandada en Villazón, Departamento de Potosí, República de Bolivia, según certificado de matrimonio que en copia agregara a fs. 2/3. La demandada si bien reconoce haber convivido con el actor niega haber contraído matrimonio y reconvino para que se declare inexistente o nulo el matrimonio alegando la falsedad del certificado mencionado.-
La apelante critica la sentencia sosteniendo que el sr. juez "a quo" omitió considerar que de la prueba rendida en autos surge la inexistencia de la celebración del matrimonio por lo que, amén de rechazar el divorcio, debió hacer lugar a la reconvención.-

Le asiste razón.-
En efecto; la sentencia agregada a fs. 303/307 del Juzgado de Partido y Familia de Villazón, Bolivia, declara nulo el certificado de matrimonio de marras por no haberse acreditado su celebración. En sentido concordante surge del exhorto diplomático de la República de Bolivia (fs. 230/239, fs. 284/293) que el 21 de octubre de 1974 no ()se halla registrado el matrimonio de las partes y que en la partida 65 en la cual se sustenta la demanda de divorcio, se encuentra inscripto el matrimonio de C. Alberto con N. Yolanda A.-
Pues bien, cuando -como en el caso- se ha demostrado la falta absoluta de la celebración nupcial, el matrimonio es inexistente en el sentido más lato de la palabra como lo son todos aquellos que nadie pensó jamás contraer, como

es inexistente el hecho que no ha salido del campo recóndito y misterioso de la intención (Mazzinghi, Jorge A.,"Inexistencia o nulidad del matrimonio contraído en fraude de la ley Argentina", E.D. 29-587). Si bien es cierto que el concepto de inexistencia del matrimonio se reserva a los casos que carecen de alguno de sus elementos estructurales tal como puede ser el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo (art. 172 del Cód. Civil; Zannoni E., "Derecho Civil, Derecho de Familia", t.1, 3a.ed., pág 229, nº 158), no es menos cierto que ante la demanda de divorcio que promoviera el accionante tuvo derecho la demandada a alegar y requerir la inexistencia del matrimonio en que tal divorcio se sustentara (Cám. Nac. Civil, Sala "F", 5-7-73, E.D. 53-447).-
Así entonces, y habiendo sido decretada, por sentencia dictada en la República de Bolivia (fs.303/307), la nulidad del certificado de matrimonio por no haberse acreditado su celebración y declarado que por no hallarse inscripto en los registros locales y departamentales de Bolivia, el mismo es inexistente, corresponde modificar la sentencia apelada, hacer lugar a la reconvención deducida, imponer las costas a la actora vencida y dejar sin efecto la regulación efectuada en la sentencia apelada respecto de la demanda reconvencional (art.68 y 274 del C.P.C.).-

3º) Teniendo en cuenta la importancia de la labor desarrollada, corresponde regular, por la demanda, los honorarios ...

Con la modificaciones propuestas voto por la afirmativa.-

A la misma cuestión, los señores Jueces doctores Malamud y Bialade por iguales consideraciones, votaron también por la afirmativa.-

A la segunda cuestión el señor juez doctor Krause, dijo:

Atento a la forma en que se decidió la anterior cuestión; corresponde: a) modificar la sentencia apelada; b) hacer lugar a la reconvención deducida por T. Marta V. contra R. Diego R. declarando inexistente el matrimonio que resulta del certificado nulo de fs. 2/3; b) imponer las costas por la reconvención a la actora a cuyo fin se regulan los honorarios...

Así lo voto.-
A la misma cuestión los señores Jueces doctores Malamud y Bialade por iguales motivos votaron en el mismo sentido.-
Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA
POR ELLO, en virtud de las conclusiones obtenidas en el Acuerdo que antecede y de los fundamentos expuestos en el mismo, a) se modifica la sentencia apelada; b) se hace lugar a la reconvención deducida por T. Marta V. contra R. Diego R. declarando inexistente el matrimonio que resulta del certificado nulo de fs. 2/3;; b) imponer las costas por la reconvención a la actora a cuyo fin se regulan los honorarios ...

Reg. Not. y Dev.//- Fdo.: Juan Ignacio Krause - Daniel Malamud - Roger Andre Bialade
Claudia Artola, Secretaria

MENOR EMANCIPADO: (C. Nac. Civ., sala C, 4/5/94 - M., A.). JA 1995-III-68

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, mayo 4 de 1994.- Considerando: El art. 131 CC. no consigna los efectos de la habilitación de edad prevista en su ap. 3, pues cuando encara el status de capacidad de los emancipados, se refiere a "los menores que contraen matrimonio".Ante esta situación parece forzoso extender el estatuto de la capacidad que rige al menor emancipado por matrimonio. Para ello juegan varias consideraciones.

Por lo pronto estos menores obtienen una "emancipación por habilitación de edad", como denomina el art. 131 cit., de donde es atinado aplicar a esos también emancipados las reglas que gobiernan a quienes lo son por otra causa, el matrimonio, aunque con respecto a éstos el resorte de contralor que implica para ciertos casos la conformidad del cónyuge, quede suplido por la directa autorización judicial (art. 135).

Por otra parte, la única alternativa posible sería la de dejar asimilados a los habilitados de edad a los mayores de edad, como opinaba Orgaz en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. Pero es claro que para esa conclusión se requeriría un precepto expreso que así lo dispusiera, no pudiendo bastar la simple omisión de un estatuto de capacidad propio del habilitado de edad para deducir de ahí una equiparación con el menor de edad enteramente capaz. Sería una consecuencia falta de toda proporción con su causa.

Por otro lado deben señalarse en el sentido de la equiparación de los emancipados por matrimonio o por habilitación de edad, los precedentes del Anteproyecto de 1954 (art. 84) y la recomendación n. 3 aprobadapor el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil del año 1961 que así lo dispusiera expresamente (conf. Llambías, J. J., "Tratado de Derecho Civil", LL, t. I, 666 ter, ps. 452/3).Surge de la asimilación antedicha el caso de la patria potestad que provoca la habilitación de edad (Bustamante Alsina, Jorge H., "El nuevo régimen de la incapacidad según la reciente reforma del Código Civil", en LL, del 27/5/68, ap. X; Ibarlucea, A. (h), "Emancipación por matrimonio y emancipación por habilitación de edad", en LL, del 17/6/68, ap. III, B), que es incompatible con la subsistencia de aquella institución (conf. Llambías, ob. cit. y loc. cit., p. 453).Por lo tanto el menor emancipado por habilitación de edad, como el emancipado por matrimonio, no están sometidos a curatela o tutela alguna; aun cuando su capacidad en materia de actos de disposición, en los supuestos del art. 135 CC. Ver Texto, esté limitada por la exigencia de la previa autorización judicial, que de ningún modo significa representación. El acto jurídico lo realiza el menor emancipado, no obstante que medie, en el caso, un acto complejo por el hecho de unirse la autorización con la voluntad del autorizado (conf. Spota, Alberto G., "Tratado de Derecho Civil", t. I, vol. 32, ap. 786, ps. 202/3; Busso, Eduardo, "Código Civil", t. I, p. 645, n. 6).Si, como se ha visto, los habilitados no tienen ni precisan de un representante legal -porque han dejado de ser incapaces por su emancipación- ello hace cesar la representación promiscua a que se refiere el art. 59 CC. Por consiguiente, el Ministerio Pupilar no es parte cuando el menor emancipado interviene en juicio requiriendo la autorización prevista en el art. 135, ni en cualquier otro tipo de proceso (conf. Llambías, J. J., "Código Civil anotado", t. I, p. 296 y jurisp. allí cit.).Las restricciones que se desprenden de los arts. 134 ó 135, o bien resultan insuperables, o se salvan mediante la autorización judicial que solicita el propio emancipado y no los representantes legal y/o promiscuo de los cuales carece, quienes no son parte en tales articulaciones (Salas, Acdeel A., "Código Civil", t. I, p. 66; C. Nac. Civ., sala D, "De Lelllis, M. s/suc.", del 9/6/81).Por estos fundamentos, se resuelve: revocar la resolución de f. 190. Notifíquese y devuélvase.- Jorge H. Alterini.- José L. Galmarini.* * *

Matrimonio. Edad mínima. Dispensa. Contrayentes pertenecientes al pueblo gitano
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E - 8 de septiembre de 2004 - F., M. A. y F., J. M.

DICTAMEN DEL DEFENSOR PÚBLICO DE MENORES

Vienen a dictamen estos autos en los que la Sra. M. A. F., en representación de su hija menor J. M. F., nacida el 19/11/1988, solicita se dispense judicialmente a esta última el impedimento de edad para contraer matrimonio, en los testimonios del art. 167 del CCiv., toda vez que la joven no ha alcanzado aún el mínimo de edad legal para dicho acto.

Manifiesta que el grupo familiar pertenece al pueblo gitano, y que la joven ha contraído matrimonio hace más de un año y medio, según sus costumbres, con el joven J. A.T., actualmente de 18 años.

En la audiencia mantenida en presencia de V.S., prevista por los arts. 167 del CCiv. y 774 del CPCCN., mi representada ha manifestado su deseo de contraer el matrimonio civil, ya que "para los gitanos este matrimonio ya está celebrado".

Para mayor seguridad en cuanto a sus sentimientos, me volví a entrevistar a solas con mi representada en la Defensoría —e hice lo mismo por separado con el jovenT.,— y tras detenida conversación constaté la voluntad de unirse en matrimonio por parte de ambos, y confirmé la sensación de precoz determinación que a través del rito tradicional han demostrado mis representados. J. lleva el pañuelo propio de su costumbre ("El pañuelo en la cabeza de la mujer gitana, no solo indica su status de casada, simboliza también el honor del hogar" dice en "Encuentros y desencuentros entre gitanos y marplatenses" la Lic. Martha Arana).

Paralelamente, y en los términos del art. 26 de la ley 24946, tomé declaración a quien resulta ser el padre biológico del jovenT., Sr. R. K., sobre las costumbres del pueblo gitano en materia de uniones conyugales, a efectos de acreditarla en autos como hechos que tienen relación con la causa. Incluye el minucioso relato el detalle de la bandera roja que anuncia que se realizará un casamiento (el kasta bahtaló, o palo de la suerte) y otros elementos tradicionales. Debo señalar que la modalidad "fuga", que el padre biológico indica, tiene significación diferente a la del término usual, pues es una de las maneras "no formales" de acordar la unión marital, según acreditaré infra en citas antropológicas. Asimismo señalo que en las conversaciones, aunque no fue volcado en actas, se habló de arras en moneda de oro, entregada a la familia de la niña, también según costumbre.

El Sr. Fiscal, a fs. 20, ha prestado conformidad con la dispensa, por lo cual resta analizar desde la óptica de este Ministerio Público la procedencia de otorgar judicialmente tal excepción, que trae a colación compromisos internacionales de la República.

En pocos casos como en este advierto la necesidad de señalar que el Ministerio Público de Menores representa, primeramente y por su carácter de tal, el interés social en que los incapaces sean defendidos (art. 120 CN.). En cumplimiento de tal interés social representa a los mismos incapaces. Para el cumplimiento de esto debe tener en cuenta la distinción entre el deseo de los niños, su interés, y su derecho, habitualmente concordantes. Cuando no existe congruencia entre estos planos —por ejemplo cuando un niño no desea ver a alguno de sus progenitores— la difícil tarea del Ministerio Público es discernir el interés legítimo y proyectar esto al plano del verdadero derecho del niño, no siempre en consonancia con sus deseos.

1. El impedimento de edad para contraer matrimonio

Nuestra legislación ha sostenido el clásico impedimento de edad para brindar el consentimiento matrimonial, pero en el último siglo lo ha hecho a través de tres regímenes básicos, que no solo han variado en cuanto a las edades mismas en un proceso de paulatino aumento de ellas, sino también en materia de dispensa o excepciones al límite legal.

a) 12 y 14 años

El primero de estos sistemas, volcado en la ley de Matrimonio Civil, preveía originariamente como límites mínimos de edad para contraer matrimonio los 12 años de la mujer y los 14 del varón (art. 9, inc. 4 de la Ley 2393).

Con anterioridad a ella, el régimen civil remitía plenamente a los impedimentos canónicos, tanto en formulación como en las dispensas, a tenor del derogado art. 168 del CCiv. de Vélez Sársfield. La edad canónica era en el siglo XIX la de 12 años para la mujer y 14 para el varón a tenor del ordenamiento tridentino, fruto de una interesante evolución que excede el objeto del presente.

Baste decir que esas edades se establecieron firmemente en la Historia del Derecho a partir del triunfo en el Derecho Romano tardío del criterio de la escuela proculeyana, en cuanto a fijar la pubertad de modo general y unánime para todos los jóvenes. En contra, el criterio de la escuela sabiniana dejaba a la autoridad familiar la determinación del ingreso en la pubertad, según se dieran en el niño o la niña los signos de madurez sexual que ésta implica, con su consecuencia de nubilidad.

Primeramente se estableció el comienzo de la pubertad y la capacidad matrimonial de la mujer en 12 años, y se continúo discutiendo la del varón, de más difícil determinación fisiológica. Finalmente, el emperador Justiniano, en abril del año 529, dispuso "aboliendo la indecorosa práctica observada para examinar la pubertad de los varones, mandamos que así como se juzga que las mujeres son en todos casos púberes después de cumplidos los 12 años, así también se consideren púberes los varones después del transcurso de los 14 años, desapareciendo la deshonesta inspección de su cuerpo" (Codex, V, LXX, 3).

Más allá de las razones invocadas, resulta notorio que a partir de esa decisión política se desplaza la facultad interna de la familia en cuanto a considerar capaz a su hijo, y se la remite totalmente a la voluntad del legislador. Ese será el criterio dominante en el Derecho Común durante el milenio y medio siguiente, hasta nuestros días, y solamente en algunas instituciones de menor influencia (la emancipación por habilitación de edad, por ejemplo) se rescatarán atisbos del flexible criterio sabiniano en cuanto a decisiones familiares en cada caso concreto.

Nos escandaliza ahora la baja edad prevista para la nubilidad de la mujer, es decir, para aceptar social y jurídicamente la actividad sexual de la niña. Pero no debemos olvidar que hasta hace muy poco esa era la edad que el CPen. Argentino establecía como límite para la violación, excluyendo considerar la voluntad de la criatura (arts. 119 y 120 CPen.). Levantar ese límite de edad tuvo fuertes oposiciones en el Congreso, como la del Diputado Estrada, en los debates de 1997-1998. Finalmente sólo se pudo alzar la edad a 13 años (art. 119, Ley 25087), distante aun de los catorce que establece en general la ley civil para el consentimiento para los actos lícitos (art. 921 del CCiv.).

La incongruencia entre la edad nupcial de la mujer y la de reconocimiento de capacidad, aún limitada como menor adulto, originó fuertes críticas doctrinarias. Así, entre otros, Bibiloni dijo: "Permitir el matrimonio de pobres niños que nada saben de la vida, a quienes las leyes no autorizan ni siquiera para gobernar sus bienes y sus personas, es condenarlos a la desilusión y a la desunión casi necesariamente" (com. al art. 544 del Anteproyecto).

El Derecho comparado del siglo XIX y de principios del siglo XX comenzó a levantar las edades, siempre manteniendo diferencia entre las del varón y la mujer. Se continuaba tomando como base la pubertad —recaudo clásico romano— pero se añadían valoraciones en cuanto a la capacidad psicológica para el acto jurídico familiar. Así, el Código Napoleón de 1804 y el Código Italiano de 1865 establecen las edades en 18 y 15 años para varón y mujer respectivamente, con dispensa estatal para edades menores; los Códigos de Holanda y del Brasil de 1914, en 18 y 16 años; el Código Suizo, en 20 y 18 años; y el Código Civil Alemán, en 21 y 16 años (con la más amplia brecha entre varón y mujer que recuerda el Derecho, hoy ya reformada en ese ordenamiento, como veremos).

El mismo Código de Derecho Canónico, en 1917, subió las edades, en su canon 1067: "El varón antes de los 16 años cumplidos, y la mujer antes de los catorce también cumplidos no pueden contraer matrimonio válido" y agregaba en el segundo apartado: "Aunque es válido el matrimonio celebrado después de esa edad, procuren, sin embargo, los pastores de almas apartar de él a los jóvenes antes de la edad en que suele contraerse matrimonio según la costumbre de cada región". Esta tendencia a evitar los matrimonios precoces se manifestaba también en la restricción de competencia para otorgar las dispensas, reservada al Sumo Pontífice, con trámite dilatado, cuando la diferencia excedía de un año (Motu propio De Episcoporum Muneribus), y en la jurisprudencia de los tribunales eclesiásticos sobre nulidad por inmadurez psicológica, luego volcada en la reforma del Codex.

b) Catorce y dieciséis

Los proyectos de modificación legislativa en la primera mitad del siglo XX receptaron las tendencias a evitar la precocidad matrimonial. Así, tanto el anteproyecto Bibiloni (art. 544 citado) como el proyecto de 1936 (art. 339)

subían la edad a 18 años para el varón y 16 para la mujer, que es la que rige a fines de siglo en nuestro derecho. Siempre mantenían la brecha de 2 años justificada por la mayor madurez de la adolescente mujer.

La reforma del derecho de familia operada en diciembre de 1954 optó por seguir el sistema canónico entonces vigente, es decir 16 años para el varón y 14 para la mujer. Pero incorporó, en la tradición de las edades inferiores para la esposa, dos excepciones basadas en el embarazo y en las causales de perdón de la ofendida en casos de delitos entonces llamados contra la honestidad. Así, el art. 14 de la Ley 14393 establecía: "Para contraer matrimonio se requiere que la mujer tenga 14 años cumplidos y el hombre 16. podrá contraerse válidamente con edad menor cuando hubiera concebido la mujer, de aquel con quien pretenda casarse. Podrá también obtenerse dispensa de la edad en los supuestos contemplados en el art. 132 del CPen., la que será acordada a pedido de los interesados por el juez de la causa, en las condiciones establecidas por dicho art. El matrimonio celebrado en infracción a la edad mínima no podrá anularse si los cónyuges hubiesen cohabitado después de llegar a la edad legal, ni cualquiera fuese la edad, si la esposa hubiese concebido".

Sobre la inconveniencia de autorizar "el perdón de la ofendida" mediante el matrimonio del victimario con la víctima a edades tempranas tuvimos ocasión de expedirnos in extenso en el caso "H., Marta B." en abril de 1982 (publicado en ED 101, 225-235). Nótese que, aun en su liberalidad, el nuevo art. 132 del CPen. exige la edad de 16 años para el avenimiento de víctima y victimario en delitos contra la integridad sexual.

Paralelamente a nuestra legislación, el proceso del derecho comparado tendía a subir aun más la edad núbil, llegando en la mayoría de los casos a los 18 años. En consonancia con ello, el nuevo Código de Derecho Canónico promulgado en 1983 mantuvo para la validez del matrimonio, básicamente, las edades antedichas, pero permite a cada conferencia episcopal establecer una edad superior para la celebración lícita del matrimonio (canon 1083, vigente). Dio recepción normativa también a las nulidades por inmadurez, absolutamente ligadas a la precocidad de la decisión matrimonial.

Como dije, en las mismas décadas finales del siglo, varios países europeos unificaron en 18 años la edad requerida a ambos contrayentes, eliminando los 2 o 3 años de diferencia que clásicamente existían entre varón y mujer (así Alemania, Suiza, Bélgica, Rusia, Dinamarca, Grecia, Italia y Hungría, aunque estas dos últimas con dispensa a partir de los dieciséis). En América llevaron las edades a 18 años para ambos sexos, casi todos los estados de EEUU (salvo Mississipi que la subió a 21 años y Arkansas que la mantiene en 16 años), Cuba, Guatemala, etc.

El devenir del Derecho avanza claramente hacia el rechazo de la precocidad en el matrimonio.

c) Dieciséis y dieciocho

El proceso de reforma del derecho de familia en Argentina siguió carriles propios. Ni se mantuvo en las edades más bajas, como el Derecho Canónico (aun con posibilidad de subas por naciones), ni llevó uniformemente las edades a los 18 años. Mantuvo los precedentes de los proyectos arriba señalados, subiendo a dieciséis la edad de la mujer (coherentemente la reforma penal de 1998 llevó a esas edad el tipo del art. 120 CPen. y la capacidad de avenimiento en delitos sexuales creada por el art. 132 del CPen., como dije, en la versión de la Ley 25087) y a 18 la del varón.

Esta última decisión tuvo uno de sus fundamentos en la investigación estadística que realizaron, en buena parte con material de la entonces Asesoría de Menores e Incapaces n. 2, la licenciada Passanitti y el Dr. José L. de Imaz (conocida como "El Divorcio en Cifras") que probó una gran inestabilidad matrimonial cuando la edad del marido era muy baja en el momento de contraer nupcias, y también, aunque en menor medida en los casos de esposas jóvenes. Esta comprobación fue tenida en cuenta en las comisiones legislativas, sobre todo en el H. Senado de la Nación.

La Ley 23515 de 1987, en consecuencia, estableció como impedimento "tener la mujer menos de 16 años y el hombre menos de 18 años" (art. 166, inc. 5 del CCiv.). Pero en el art. 167 introduce el instituto canónico de la dispensa de edad, que "se otorgará con carácter excepcional, y solo si el interés de los menores lo exigiese".

Para casos particulares entonces, la ley ha previsto la institución de la dispensa judicial, "facultad otorgada por el legislador a la autoridad competente para autorizar la celebración del matrimonio a pesar de que medien impedimentos entre quienes pueden contraerlo" (Zannoni, Derecho Civil, Derecho de Familia, t. I, § 133).

La antigua Ley de Matrimonio Civil no conocía el instituto de la dispensa. La Ley 14394 lo incorporó, pero

limitado a los supuestos del art. 132 del CPen. (violación, rapto, estupro o abuso deshonesto), para permitir la excusa absolutoria de la responsabilidad penal del autor —con las apreciaciones negativas que sobre el particular hemos sostenido desde hace décadas— así como a los casos en que la mujer hubiese concebido de aquel con quien pretende casarse. En este último sentido han sido numerosos los fallos en los que los jueces otorgaron la dispensa del impedimento de edad cuando la menor estaba embarazada, situación ajena al caso de autos.

La norma actualmente vigente no prevé supuestos específicos, sino que con una fórmula genérica —"si el interés de los menores lo exigiese"— permite al juez apreciar las circunstancias particulares del caso y, previa audiencia con el o los menores, autorizar o no el matrimonio de los mismos.

2.- El marco constitucional

La amplia reforma constitucional de 1994, y el criterio monista en cuanto a la aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno que han sostenido los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de 1993, obligan a un análisis más pormenorizado del impacto de normas de carácter constitucional en la interpretación del tema.

Varias son las normas de jerarquía constitucional pertinentes:

a) En primer lugar aquellas que garantizan el derecho al matrimonio. Así, la más antigua del todas ellas, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que "toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad" (Art. VI).

Con mayor precisión, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 16, inc. 1, consagra que "los hombres y las mujeres, a partir de edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia".

El recuerdo de las restrictivas Leyes de Nüremberg, fruto de un régimen que persiguió especialmente al pueblo gitano, campea en esta afirmación que limita las facultades estatales para restringir el derecho a casarse de quienes tengan madurez para ello.

Vuelve sobre esta afirmación la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial en su art. 5, d) iv) cuando establece especialmente el derecho "al matrimonio y a la elección del cónyuge" entre las garantías de igualdad ante la ley.

Así lo recalcará, para nuestro continente, el Pacto de San José de Costa Rica, cuando en su art. 17, inc. 2, asegura: "se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención".

En 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su art. 10, I reafirmó que "el matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges", cuestión que también gana importancia en el caso.

Como compendio de estas garantías, el art. 23 inc. 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa: "Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello".

b) En segundo término, existen normas de rango constitucional que vedan el casamiento a temprana edad. Así, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer en su art. 16, inc. 2 dice que "no tendrán efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial".

Es de obligada interpretación en este texto si el término "niño", en el concepto de "matrimonio de niños" está usado en el sentido técnico amplio de la Convención sobre los Derechos del Niño (desde la concepción hasta los 18 años) o por lo contrario se refiere a niño en sentido de impúber, diferenciándolo de adolescente, término éste que jamás es usado en la citada Convención.

Me inclino a sostener que en el texto aludido se utiliza "niño" en sentido específico de impúber, por dos razones. En primer lugar el antecedente sistemático de la Convención en estudio de diciembre de 1979, no es la Convención sobre los Derechos del Niño, 10 años posterior, sino los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, de diciembre de 1966. En el primero de ellos, específicamente en su art. 10.3 se sostiene: "Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación a cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra inF.,til". Vuelve así este instrumento internacional a dar sentido en derecho al antiguo término legal romano adolescens de específico contenido jurídico, como distinto al de "niño".

Por otra parte, si la norma primeramente citada vedara el matrimonio de "niños" hasta los 18 años (interpretación según art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) no tendría sentido el requerimiento de fijación de edades mínimas que incluye el mismo art. 16.2 CDN.

c) No dejo de advertir que existe también una norma de rango constitucional, que establece un marco de interpretación en cuanto a los derechos de las personas menores de edad. Es el art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño que garantiza: "Los Estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

d) Finalmente, y en el plano de los tratados que no tienen jerarquía constitucional pero que obligan a la República, se encuentra lo previsto por la Convención de Nueva York de 1962 sobre el "Consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraerlo y el registro de ellos", aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por la Argentina por Ley 18444, que en su art. 2 dispone que "los Estados Partes... adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad".

La ley interna argentina responde plenamente a este compromiso, y al fundar la dispensa en el interés de los menores, responde también al art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño cuando prevé que "en todas las medidas concernientes a los niños... una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

3.- La objeción del Comité de Derechos del Niño

La cuestión de la edad mínima para contraer matrimonio ha llamado la atención de los expertos reunidos en el Comité de los Derechos del Niño creado por los arts. 13 y ss. de la misma Convención. Ello sin dudas en el marco de las graves violaciones a los derechos humanos que sufren las criaturas en el mundo entero guarda una importancia relativa, pues ni es el problema más grave de la niñez en Argentina, ni el corto número de matrimonios de menores de edad provoca alarma alguna en nuestra realidad. En la Capital Federal, sobre 16.042 matrimonios contraídos en 2002, solamente en 386 uno o ambos cónyuges era menor de 21 años (2,4 %) y de ellos, la casi totalidad estaba por encima de los 18 años. En 2003, con nupcialidad declinante, de 15.865 matrimonios, sólo en 279 (1,75 %) se repetía esta circunstancia. Las dispensas por debajo de los 16 años son casi inexistentes. Puede haber porcentajes algo superiores en el interior del país, y especialmente en las provincias del Norte.

La objeción del Comité, por lo tanto más teórica que práctica, merece empero una reflexión, pues este dictamen podría propiciar una dispensa contraria a lo aconsejado por el alto organismo internacional, con su secuela de denuncias en tal ámbito.

Ya en 1994, cuando la República Argentina produjo su primer informe ante el Comité de los Derechos del Niño en Ginebra, se hizo referencia a la aparente discriminación entre varones y mujeres en materia de edad para casarse, pero sin aclarar si los perjudicados eran unos u otros.

La experiencia nos demuestra que son los jóvenes los que pretenden casarse, a veces contra opiniones de sus

mayores, de modo tal que una edad superior para casarse sería en verdad una cortapisa al derecho de los adolescentes varones, y una ventaja para la pretensión de las mujeres.

Pero el Comité, cuya verdadera intención es apuntar contra las formidables reservas argentinas a la Convención, y especialmente la realizada al art. 1 y la referida a la exportación de niños por parte de agencias internacionales de adopción, vuelve a señalar en el informe de 2002 esta cuestión que ahora nos atañe. Dice allí:

"25.- El Comité reitera su preocupación por el hecho de que en la legislación argentina haya una diferencia en la edad mínima para contraer matrimonio aplicable a los varones y la que se aplica a las mujeres.

26.- Teniendo en cuenta los arts. 1 y 2 de la Convención, así como otras disposiciones conexas de la misma, el Comité recomienda al Estado parte que revise su legislación para aumentar la edad mínima de las mujeres para contraer matrimonio y equipararla a la de los varones."

En sesión plenaria y ampliada del Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, de agosto de 2002, el suscripto, en representación del Ministerio Público, fundamentó por qué la República Argentina no debía retirar reserva alguna, ni aceptar prima facie imposiciones respecto de la edad núbil de la mujer. Mencioné en aquella ocasión a nuestros pueblos indígenas, con identidad y preexistencia cultural protegidas constitucionalmente (art. 75, inc. 17 de la CN.), con arraigada costumbre de precocidad en la nubilidad, y práctica imposibilidad de obtener dispensas judiciales por la lejanía de sus asentamientos respecto de las sedes tribunalicias. Hoy se nos plantea otro caso de sectores integrantes de la sociedad argentina, como es la comunidad gitana. Pero sostener la prudencia de la distinción de edades entre mujer y varón, no implica habilitar sin más matrimonios de jovencitas por debajo de los 16 años.

Reconozco que la sensibilidad internacional ha sido exacerbada por el caso ocurrido en septiembre de 2003 en la localidad transilvana de Sibiu, Rumania, donde una niña gitana de 12 años, llamada Ana M. Cioaba, "contrajo matrimonio" con el adolescente Mihai Birita, de 17 años, en una ceremonia propiciada por el padre de la novia, Florin Cioaba.

El rito fue transmitido por la televisión rumana, y en la mitad del casamiento el llanto de la "princesa" y su huida demostraron que se casaba contra su voluntad. Finalmente la niña fue persuadida y el matrimonio se celebró y se habría consumado, según la tradicional exhibición de la sábana manchada con sangre al día siguiente.

La Comisión para la Protección del Niño competente en la región central de Rumania, presidida por la funcionaria Anca Dragan intervino y decidió "que ambos novios deben vivir cada uno con su familia hasta que lleguen a la edad de casarse legalmente", que en ese país es 16 y 18 años, igual que en Argentina.

El padre, autoproclamado "rey de los gitanos", apareció desafiante en televisión tres días después del "enlace" para defender la validez de la boda, diciendo en oposición a la Ley: "Como padre, sé qué les conviene a mis hijos. Hay leyes que se deben respetar. Nosotros, los gitanos, tenemos la tradición de casar a nuestros hijos cuando aún son menores".

En cambio, y en claro contraste con esta actitud prepotente ante la Ley, un miembro del parlamento rumano, de origen gitano, Madalin Voicu, calificó esta boda como una ofensa al pueblo gitano, diciendo: "Una niña de 12 años no puede entender la noción de matrimonio y las obligaciones que conlleva casarse".

Intervino también en la cuestión la Baronesa Emma Nicholson, miembro del Parlamento Europeo y enviada de la Unión Europea en Rumania, con enérgicas condenas a la unión de niños. El padre de la niña, burlón, dijo que la invitaría al bautismo de su nieto. La cuestión se encuentra en plena investigación penal.

4.- Los recaudos de la legislación nacional

En materia tal delicada como la decisión matrimonial entre jóvenes menores de edad, la legislación argentina ha sumado, en realidad, recaudos que permitan asegurar la prudencia de la constitución de un vínculo de derecho privilegiado por la ley y protegido por la CN.

a) La voluntad de los contrayentes

La preocupación por el llamado "matrimonio de niños" no debe existir respecto de nuestro derecho, pues no

son los padres de los contrayentes los que deciden el casamiento, sino los jóvenes mismos. En tal sentido, operan todas las garantías de tratados de derechos humanos que he citado, sumadas a la existencia de tribunales especializados que deben oír personalmente a los jóvenes y a un Ministerio Público también especializado, cuya existencia es poco común a nivel de derecho comparado.

En el caso hemos constatado en dos entrevistas que los jóvenes conviven desde hace año y medio,que desean casarse, y que seguramente lo harán apenas tenga J. edad para ello o resolución judicial al respecto. No ha quedado en claro ni acreditado, por lo contrario, el motivo fundante de la urgencia que lleve a adelantar en pocos meses el matrimonio, ni la excepcionalidad que exige la norma legal aplicable.

b) El asentimiento de los padres

A la voluntad y consentimiento de los jóvenes se suma el asentimiento paterno-materno, facultad de ejercicio conjunto a tenor del art. 264 quater, inc. 1 del CCiv., que refleja la norma constitucional del art. 16, inc. d, de la Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación de la Mujer, entre otras.

En el caso, es solo la madre la que asentirá por J., y del mismo modo por J., aunque quien dice ser el padre biológico del joven interviene activamente en la gestión del matrimonio, sin haber reconocido la filiación de su hijo. Pero existe una clara actitud favorable de todo el entorno, que no advierte elemento disvalioso alguno en la precocidad matrimonial.

c) La diferencia de edad entre varón y mujer

Como he sostenido ut supra, la diferencia de edad en el reconocimiento de adultez, y de nubilidad en consecuencia, entre las mujeres y los varones se remonta a fuentes del antiguo derecho romano. La experiencia de mayor precocidad en la madurez de las niñas, se mantuvo durante siglos como uno de los tópicos más uniformes del derecho. Mantener esta diferencia garantiza que la joven, aun precoz, no case con otro adolescente de su misma edad, sino por lo menos algunos años mayor que ella. Así, la aparente discriminación, termina siendo un reconocimiento de la naturaleza de las cosas y un recaudo prudente de la ley tanto civil como canónica.

En el caso conversando con los dos jovencitos se advierte palmariamente esta cuestión, pues pese a sus 18 años cumplidos llama la atención la adolescencia del pretenso contrayente.

d) La dispensa judicial

Y sobreabundantemente, en los casos en que las edades de quienes pretenden contraer matrimonio se encontraren por debajo del límite legal, es el tribunal el que considera y otorga o niega la dispensa, con el debido proceso y plenas posibilidades recursivas.

Esto añade a los recaudos generales de la ley, la responsabilidad del Ministerio Público en primer término, y del tribunal en definitiva, sobre permitir o no un matrimonio con tal grado de precocidad.

V. Valoración de la oportunidad de la dispensa

Debe distinguirse en el caso que no se trata de una venia judicial para contraer matrimonio, supliendo el asentimiento paterno o materno, cuyas eventuales motivaciones son taxativamente fijadas por la ley, sino de una dispensa que excluye el caso de la vigencia legal del impedimento.

Si se tratara de una joven de 15 años que pretendiera contraer matrimonio contra la voluntad de sus padres, obviamente el criterio tendría que ser fuertemente restrictivo. Pero en este caso, son también los padres, en el marco de las costumbres de su comunidad, los que desean vivamente el matrimonio, y lo expresan así con singular insistencia.

En este contexto, cabe un análisis prudencial sobre si hacer primar la decisión general de la ley sobre una edad mínima para contraer matrimonio, por sobre la consideración unánime de todos los interesados.

La actitud de J. y J., al querer contraer matrimonio según la ley argentina, expresa un positivo valor de integración. No se conforman con una boda según sus tradiciones, desean legalizar la unión, incorporarse ellos e incorporar a sus futuros hijos en el pleno marco de protección constitucional del matrimonio.

Demorarlos por que sí, a la sola espera del paso de unos meses, cuando hace mas de un año que conviven y son tratados y reconocidos como marido y mujer en su ámbito social, parecería no merecer sino el calificativo de exceso formal.

Pero no es así, pues de lo que aquí se trata no es de impedir el casamiento de mis representados —que lo podrán hacer sin dispensa en pocos meses, sino de valorar una excepción en razón de las costumbres de un sector de la comunidad nacional, y de comprometer el acto estatal jurisdiccional en el aval de una precocidad nupcial no querida por la Ley.

El respeto profundo por las costumbres de cada uno de los múltiples sectores componentes de una sociedad cosmopolita, tiene como límite la Ley, y como uno de sus fundamentos el interés superior de los niños. La mera costumbre social no puede ser receptada en derecho, si no es acorde a valoraciones que la ley sostiene, y la precocidad nupcial se encuentra incluida entre estas consideraciones.

a) La costumbre gitana

Se ha dicho sobre costumbres gitanas en reciente estudio español: "Los matrimonios suelen realizarse entre los 15 y 20 años, siendo aun muy habitual que las mujeres sean más jóvenes. Algunos grupos mantenían, hasta no hace mucho, la costumbre del precio de la novia, pago realizado por la familia del novio como indemnización por la pérdida de la hija y como garantía de que recibirá un buen trato. El matrimonio es una de las tradiciones más características del pueblo gitano. En el matrimonio tradicional, el noviazgo es corto. Aunque la elección del futuro cónyuge es ahora casi libre, los padres suelen dar un consejo sobre cuál es, a su juicio, la persona más conveniente. El paso siguiente es el pedimento de la novia. Antiguamente los pedimentos y las bodas los acordaban los padres pero hoy las cosas han cambiado" (García H. y otros, Minorías Étnicas: gitanos e inmigrantes, Madrid, 1996).

La boda gitana en la actualidad comienza a resentirse del cambio que está sufriendo la comunidad gitana. Un ejemplo de ello es la fuga, que antes era una fórmula de presión para situaciones infrecuentes, ahora es considerada una forma más de boda. Los cambios también están afectando al conjunto de elementos culturales vinculados al matrimonio no sólo en lo referente al rito, sino también en la edad del casamiento, y en el número de hijos. Si el matrimonio se decide celebrar por el ritual gitano, toda la ceremonia girará en torno a la virginidad de la novia. Es condición imprescindible para que se celebre la boda gitana el que la novia sea virgen, hecho que comprueba ese mismo día la ajuntadora y que es motivo de orgullo para toda la familia. La ajuntadora cobra entre 300 y 400 euros por ello. Las bodas gitanas tienen un marcado carácter festivo. Se reúnen todos los familiares y amigos y participan ritualmente todos los componentes más importantes de la estructura social de la comunidad gitana: El papel de las ancianas, del padre, el de los linajes implicados, el baile de los hombres, de la novia en brazos, la separación espacial de ambos sexos durante este momento... Otra forma de unión es la fuga de la novia a la casa de algún pariente del novio. Al día siguiente, se da por supuesta que la boda gitana debe celebrarse aunque no existiera, en principio, consentimiento de los padres. Una tercera fórmula, consiste en la fuga de los novios a la casa del padre del novio o de algún familiar próximo. En este caso no suele celebrarse boda gitana, y la pareja tardará en ser considerada con el mismo respeto que los casados por las fórmulas anteriores" (Informe elaborado por la Escuela de Periodismo de la Universidad Autónoma de Madrid para el Diario El País en 2003).

Reconociendo valores culturales a las costumbres gitanas, aunque siempre con marcada preocupación por lo prematuro de las uniones, también se sostuvo en España: "La virginidad de la mujer antes del matrimonio, que es un valor cristiano en sí, ha venido siendo un signo característico de la comunidad gitana, si bien ha dado lugar a que muchas jóvenes, con frecuencia, contrajeran matrimonio prematuramente." (79° Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española. Madrid, noviembre de 2002).

b) La precocidad como disvalor

Por todo lo anteriormente dicho, y aun con plena consideración y respeto a las costumbres gitanas, no podemos considerar sino disvalioso y no querido por el Derecho, el consentimiento matrimonial precoz. Toda la evolución del impedimento de edad, en creciente exigencia de madurez, así lo demuestra.

Es por ello que, sin ánimo de juzgar éticamente a mis jóvenes representados ni a sus padres, inmersos en un contexto cultural tradicional, no puede darse sin más el mensaje de tolerancia a una costumbre que, a tenor de normas antedichas, no resulta adecuada a la gravedad que encierra la decisión matrimonial.

El instinto de la dispensa se encuentra previsto para situaciones particulares, fruto de circunstancias personales, y no para la aceptación de costumbres sociales contrarias al imperativo legal. De ser así, más que la equitativa solución de un caso particular, pasaría a significar la exclusión de un colectivo del marco de las normas generales de la República. En realidad estaríamos así discriminando a las niñas gitanas, excluyéndolas de la protección de las normas constitucionales.

c) La función de la Ley y de la dispensa

Valorando como hemos hecho el deseo de los jóvenes en cuanto a contraer matrimonio según la ley argentina —y deseando que lo hagan conscientemente con edad suficiente para ello— no podemos dejar de reflexionar sobre la doble función de la Ley.

Por un lado, su fuerza coactiva obliga o prohibe (y sobre esta prohibición operaría la dispensa, enervándola). Pero por otro, la fuerza directiva o docente de la Ley indica a la comunidad el valor de lo justo.

Y en tal sentido una dispensa de edad a la niña indicaría mal a la comunidad gitana el verdadero camino de la integración, que es avanzar paulatinamente hacia la aceptación de una mayor edad en los matrimonios, aun respetando sus costumbres y sus ritos, que en nada los perjudica y que son parte también del rico venero de la gran comunidad argentina.

Una legislación como la nuestra, que mantiene en el bajo límite de 16 años la nubilidad de la mujer, no puede ser tachada de estricta o limitativa, sino de prudentemente justa, y a ella deberían ir ciñéndose los miembros de todas las colectividades, por respeto a los derechos humanos de sus niñas.

Así planteada la dispensa pedida, parece más un deseo de que se acepte la costumbre de precocidad del pueblo gitano, antes de que se solucione alguna situación particular de los contrayentes. Y cuando deseo y derecho se contraponen, no puede el Ministerio Público optar sino por el derecho.

d) La falta de motivos urgentes

Apenas cuatro meses faltan para que J. alcance los 16 años exigidos por la ley argentina para brindar el consentimiento matrimonial. Este corto lapso serviría, a la vez, tanto para justificar la excepción como para negarla.

¿Qué importancia puede tener que se casen ahora o en noviembre?, nos preguntaríamos. Ninguna para ellos. Salvo que si se casan en noviembre lo será por libre voluntad de ellos mismos, con asentimiento de sus madres, en el marco de la ley argentina. Si lo hacen ahora, será el Estado Nacional el que agregue a los mismos elementos antedichos una dispensa que aproxima al país a la aceptación del matrimonio de niños, y creará responsabilidades y críticas de orden internacional. El mensaje será la exclusión de las niñas gitanas de la protección general que las convenciones de Derechos Humanos otorgan a todo niño, y su sometimiento a las tradiciones contrarias a ellas. Con su consecuencia de emancipación precoz en cuanto a la plena capacidad civil, en tempranas edades, que ley alguna ha considerado jamás a esos efectos.

No es este el criterio que debe sostener el Ministerio Público. Dijimos ya en 1982, en el caso aludido ut supra: "No puede argumentarse que la menor que solicita la venia judicial para contraer matrimonio viva en concubinato, ésta deba otorgarse, pues entonces bastaría con que dos personas se fueran a vivir juntas para que hubiera que concederles la autorización para celebrar dicha unión, por encima de toda oposición y aun de todo impedimento" y "Ni el concubinato ni el mismo embarazo de la mujer pueden crear ambiente de hecho consumado que obligue al tribunal que debe entender en el pedido de venia (en este caso de dispensa), a obviar la reflexión sobre el sentido profundo del matrimonio y las responsabilidades que crea para la menor" (ED 101-226).

6.- Conclusión

Por lo expuesto, y aun admitiendo las dudas que el caso crea, y la dificultad de contrariar el deseo expreso de los jóvenes, dictamino oponiéndome al pedido de dispensa del impedimento matrimonial de edad respecto de mi representada J. M. F., de 15 años.

Por encontrarse afectadas normas de jerarquía constitucional, formulo expresa reserva del caso federal.- José A. Álvarez (Defensor de menores e incapaces).

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 4 - Buenos Aires, 16 de julio de 2004

Considerando:
A fs. 9 se presenta la Sra. M. A. F., progenitora de la menor J. M. F., a solicitar la venia judicial para que su hija pueda contraer matrimonio con el Sr. J. A. Tan.

El art. 166 del CCiv. dispone que son impedimentos para contraer matrimonio... 5) Tener la mujer menos de 16 años y el hombre menos de 18 años; estableciendo a su vez el art. 167 del citado código que "Podrá contraer matrimonio válido en el supuesto del art. 166 inc. 5, previa dispensa judicial". Tal dispensa "se otorgará con carácter excepcional y solo si el interés de los menores lo exigiese...". Dicha fórmula genérica permite al juez apreciar con amplitud cuando puede autorizar el matrimonio, debiendo evaluar ante todo el interés de los menores (conf. Bossert-Zanoni, "Manual de Derecho de Familia, ps. 108 y 109).

Asimismo, el derecho a contraer matrimonio y constituir una familia resulta consagrado por la Declaración Universal sobre los Derechos del Niño y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

En tal sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 16 ha establecido el mismo derecho a casarse y fundar una familia a partir de edad núbil; y el Pacto de San José de Costa Rica también reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, no debiendo estas últimas afectar al principio de no discriminación de dicha Convención.

En lo que hace al caso concreto a resolver, coincido con el Sr. Defensor de Menores luego de haber entrevistado en dos oportunidades a los menores —en concordancia con lo dispuesto por el art. 12 de la Convención Universal sobre los Derechos del Niño— y a sus progenitores, en que los contrayentes manifiestan una clara voluntad de contraer matrimonio, debiendo tenerse en cuenta asimismo que se encuentran conviviendo desde hace un año y medio (conf. acta de fs. 19).

En cuanto al hecho de que la menor cumpla los 16 años en el mes de noviembre próximo, convalida en este caso la dispensa solicitada, toda vez que dicho argumento es ambivalente, dado que cabe presumir que enT., breve período de tiempo no ha de adquirir mayor madurez la menor peticionante.

Por lo demás, y luego de las entrevistas mantenidas, considero que hay un fuerte deseo por parte de ambos menores de contraer matrimonio sin dilación alguna para salir del estado de unión de hecho en que actualmente se encuentran y que no otorgar la autorización en tales circunstancias implicaría contrariar su deseo y dañarlos psicológicamente.

De acuerdo a ello y teniendo como consideración primordial lo que contempla el superior interés del niño (art. 3 Convención Universal sobre los Derechos del Niño), cabe otorgar la dispensa prevista por el art. 167 del CCiv.).

En atención a los argumentos expuestos, normas legales citadas, oído que fue el Sr. Defensor de Menores a fs. 23/30 y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal a fs. 20, resuelvo:

Otorgar la dispensa prevista en el art. 167 del CCiv. y autorizar en consecuencia el casamiento de la menor J. M. F., con el Sr. J. A.T., a cuyo fin expídase testimonio. Notifíquese y al Sr. Defensor de Menores en su despacho y al Sr. Fiscal. Silvio P. Pestalardo -Juez

---

DICTAMEN DEL FISCAL GENERAL DE CÁMARA

1.- Vienen los autos a conocimiento de V.E., en razón del recurso de apelación interpuesto por el Sr. Defensor de Menores de la instancia de grado a fs. 33, contra la resolución del Sr. Juez a quo de fs. 31/32.

A fs. 52 V.E. corre vista, a fin de que esta Fiscalía de Cámara expida su opinión.

2.- Jéssica M. F., nacida el 19/11/1988 —dentro de 3 meses cumplirá 16 años de edad—, y J. A.T., quien actualmente tiene 18 años de edad, quieren contraer matrimonio conforme al ordenamiento civil vigente.

En autos se presentó M. A. F., —madre de J. M.—, quien en su oportunidad autorizara a su hija a contraer el matrimonio pretendido (ver documento de fs. 1/2, donde la firma de la presentante se encuentra certificada por escribano), y solicitó la dispensa legal del impedimento de edad que veda dicha unión (conf. inc. 5 del art. 166 del CCiv.).

Según sigue el relato de los presentantes, los nombrados hace más de un año y medio que conviven en "matrimonio" según la costumbre gitana, medio cultural al que pertenecen (v. fs. 9, fs. 19, fs. 21, fs. 22 y dictamen del Defensor de Menores de la instancia de grado, quien entrevistase personal e individualmente a los menores). Asimismo, sostienen que dicho acto se celebró según las formas de la comunidad a la que pertenecen.

El Sr. Fiscal de la instancia de grado nada observó respecto de la viabilidad de la autorización para contraer matrimonio pretendida. En el mismo sentido resolvió el Sr. Juez de grado, quien —a fs. 31/32—, otorgó la dispensa que prevé del art. 167 del CCiv. Decisorio ante el cual se alza el Sr. Defensor de Menores de Cámara en recurso que funda a fs. 43/50.

3.- Según el inc. 5 del art. 166 del CCiv., es un impedimento para contraer matrimonio el hecho que la mujer tenga menos de 16 años y el varón menos de 18.

Sin embargo, según lo prescribe el art. 167 del mismo Código, dicho impedimento admite dispensa judicial. Ésta será otorgada con carácter excepcional y sólo si el interés de los menores lo exigiese (conf. Mazzinghi, "Derecho de Familia", t. 1, p. 176; Belluscio-Zannoni, "Código Civil y Leyes Complementarias; comentado, anotado y concordado", t 7, p. 731).

Para esta Fiscalía, el punto central a resolver se encuentra en determinar por dónde pasa el interés del menor que, llegado el caso, encuadrará —o no— dentro de los supuestos excepcionales para los cuales la ley habilita la extensión judicial de la dispensa.

En este sentido, sin dejar de destacar que, en definitiva, es la prudencia judicial de V.E. la que debe valorar si la dispensa conviene al interés de la menor en cuestión, esta Fiscalía opina que el decisorio recurrido no aparece contrario a derecho.

En efecto, cuando un cuerpo normativo establece una edad mínima para contraer matrimonio para todos, pero como una presunción iuris tantum susceptible de dispensa en supuestos concretos, adopta una solución que equilibra la seguridad y la justicia del caso concreto (conf. López Alarcón y Navarro Valls, "Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado", p. 98, ed. Técnos, Madrid, 1984). De esta forma, se abre al Juez un margen prudencial para buscar la solución más ajustada para el entuerto.

El impedimento de edad representa la formalización por derecho positivo de la edad núbil, es decir, la formalización de un tipo medio de aquella edad que, una vez alcanzada, hace a los sujetos mínimamente capaces para asumir el estado matrimonial (conf. Aznar Gil, "El Nuevo Derecho Matrimonial Canónico", p. 153, Ed. Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 1983).

Ante las circunstancias del caso bajo examen, en las que los menores que pretenden contraer matrimonio civil conviven desde hace aproximadamente un año y medio según las costumbres culturales gitanas, y que Jéssica manifestó (v. fs. 22) su intención de contraer matrimonio civil, no constando oposición a ello por parte de su madre, y restándole prácticamente 3 meses para cumplir los 16 años (v. partida de nacimiento de fs. 11), esta Fiscalía no encuentra objeción para que se otorgue la dispensa solicitada; dadas, como queda dicho, las circunstancias que acaban de exponerse.

Por estas breves consideraciones, quiera V.E. tener por evacuada la vista conferida a fs. 52.

Buenos Aires, 17 de agosto de 2004.- José M. Medrano.-Fiscal General.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E - Buenos Aires, 8 de septiembre de 2004

Considerando:

1.- Contra la resolución de fs. 31/32, que otorga la dispensa prevista en el art. 167 del CCiv. y autoriza,en consecuencia, el casamiento de la menor J. M. F., con J. A.T., alza su queja el Defensor Público de Menores, quien la mantiene en el dictamen de fs. 43/50.

2.- La Declaración Universal de Derechos Humanos señala que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad y religión, a casarse y fundar una familia (art. 16).

Ahora bien, por razones de política legislativa cada Estado regula excepcionalmente los casos de matrimonios celebrados por contrayentes con edades inferiores a las normas. Así, la Convención de Nueva York de 1962, aprobada por ley 18444, dispone que los Estados partes en la Convención adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. Asimismo, que no podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad. Y la reforma introducida al derecho interno por la ley 23515 incorpora lo estipulado por el Tratado, a la par que eleva la edad mínima para celebrar matrimonio fijándola en dieciséis para la mujer y dieciocho para el varón (conf. art. 166 inc. 5 del CCiv.), sin perjuicio de quedar abierto el camino de la dispensa (art. 167 Código citado), para los jóvenes que no reúnan la edad mínima, pero cuenten con la madurez suficiente (conf. Belluscio-Zannoni, "Código Civil...", t. 7, ps. 714/717).

Por otra parte, la dispensa consiste en una exención a una formalidad o condición establecida por la ley. Por ende, la trascendencia del matrimonio y la falta de edad como impedimento dirimente, determinan que la dispensa a la incapacidad de los contrayentes menores constituya una medida de excepción. En este mismo orden de ideas, la dispensa sólo será otorgada cuando el interés de los menores así lo aconsejare (art. 167 citado). Mediante una forma amplia, la causal contemplada comprende aquellas situaciones en las que el beneficio o la conveniencia del menor son determinantes para realizar la excepción (conf. Belluscio-Zannoni, op. y loc. cit., ps. 730/731).

Al respecto, se ha sostenido que las peculiaridades del impedimento de falta de edad justifican que sea dispensable cuando el juez adquiere el convencimiento de que los que desean contraer matrimonio actúan con discernimiento para el acto y se encuentran en condiciones de asumir y satisfacer sus responsabilidades futuras como cónyuges y como padres. Sólo un interés evidente de los menores abona que se prescinda de la edad núbil y es posible que ese interés exista por razones circunstanciales a las que no es razonable oponer una actitud inflexible; a lo que cabe agregar que el impedimento en razón de edad comporta la anulabilidad del vínculo con nulidad relativa previéndose causales de caducidad de la acción (art. 220, inc. 1 del CCiv.), argumento que refuerza lo prudente de admitir la posibilidad de dispensa (conf. Méndez Costa-D'Antonio, "Derecho de Familia", t. I, p. 171).

En el caso, J. M. F., de 15 años, quien va a cumplir dieciséis el próximo 19 de noviembre (ver fotocopia certificada de fs. 14), pertenece a la comunidad gitana y pretende contraer matrimonio con J. A.T., de 18, de la misma comunidad, contando ambos jóvenes con la conformidad de las respectivas familias, a lo que cabe agregar que hace un año y medio que están conviviendo, encontrándose ya casados según las costumbres de la comunidad a la que pertenecen.

Cabe puntualizar que tales circunstancias de hecho fueron corroboradas tanto por el Sr. Juez de grado que autoriza la dispensa (ver acta de fs. 19), como por el Defensor de Menores e Incapaces (ver actas de fs. 21 y 22),quien además no invoca como causal de oposición que la menor carezca de voluntad de contraer matrimonio.

Y tal voluntad fue nuevamente ratificada ante el tribunal por ella y su novio (ver acta de fs. 56), quienes expresaron con libertad y sinceridad su proyecto de vida en común, la que llevan a cabo desde hace más de un año y medio conforme la tradición gitana, y pretendiendo que su unión, más allá de los usos y costumbres propios de su grupo de pertenencia, sea conforme al ordenamiento legal vigente.

Ello así, mal puede el tribunal negarse a confirmar el temperamento propiciado por el anterior magistrado si ha quedado debidamente demostrado que el interés de la menor así lo exige a poco que se advierta que ella y su novio están dispuestos a contraer matrimonio, con los consiguientes derecho sí obligaciones recíprocos que ello importa tanto para sí como para sus futuros hijos, contrariando así, a modo de ejemplo, la costumbre de inscribir los hijos a nombre de la madre solamente (ver fs. 1/2, 21 y concs.).

En conclusión, en una época en que muchas personas prefieren no asumir compromisos, mal puede la autoridad competente negar la dispensa sí, como en el caso, ha quedado ampliamente demostrada la firma voluntad de la menor y de su novio de contraer matrimonio.

A mayor abundamiento, una solución contraria importaría, desde la óptica de esta sala, incurrir en una actitud discriminatoria hacia el grupo de pertenencia de las partes aquí involucradas.

Por consiguiente, de conformidad con lo prescripto en el art. 17 del Pacto de San José de Costa Rica; art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 2, 3, 12 y concs. de la Convención de los Derechos del Niño, normas legales anteriormente citadas y lo dictaminado a fs. 53/54 por el Sr. Fiscal de Cámara, quien presta conformidad con la dispensa pedida, se resuelve: Confirmar la resolución de fs. 31/32.

Notifíquese y devuélvase. Juan C. G. Dupuis - Osvaldo D. Miras - Mario P. Calatayud.

NOMBRE: INMUTABILIDAD límites.
Sustitución de un apellido que se presta a deformaciones maliciosas por un seudónimo:
improcedencia. Cita: ED, 172-37 Tribunal: CNCiv. , sala G Fecha: agosto 9-1996 Tema: información sumaria.

Sumario---------

1. - Si bien el principio de inmutabilidad reconoce excepciones por causas de extravagancia, ridiculez, justos motivos, etc. (arts. 3º, 15 y cncs., ley 18.248), no resulta admisible sustituir el apellido por el de un seudónimo utilizado como consecuencia de la actividad artística del interesado resultando insuficiente a fin de fundamentar tal sustitución -que naturalmente trasciende la esfera personal y se extiende a los hijos- sostener que no hubo oposición de terceros.
2. - Aunque el apellido cuya sustitución se pretende se preste a giros o deformaciones maliciosas corresponde confirmar la sentencia que se negó a que el mismo fuera cambiado por el de un seudónimo utilizado como consecuencia de la actividad artística del interesado; máxime cuando de la lectura detenida del decisorio se rescata la inexistencia de oposición a modificarlo mediante el cambio de grafía.
3. - Los justos motivos a que se aluden en el art. 15 de la ley 18.248 no alcanzan a situaciones que se crean como consecuencia de una actitud voluntaria de los interesados, cual es el cambio de una identidad por otra, pues hay límites que se hallan en el ámbito del derecho público y en las necesidades del ordenamiento de la vida colectiva.
4. - Nada obsta a que el seudónimo elegido sea utilizado como tal en la vida artística, en sus relaciones sociales o en cualquier otra actividad que realicen los interesados, pero permitir sustituir por éste un apellido que se presta a giros o deformaciones maliciosas implicaría extralimitar los límites impuestos legalmente y confundir situaciones diversas, como enfrentar aquella alternativa con los alcances y exigencias de la ley. M.M.F.L.

Fallo

Buenos Aires, agosto 9 de 1996. - Y Vistos; Considerando: A juicio de la Sala, se está ante extremos sustancialmente diferentes, a partir de la pretensión de inicio, que no ha querido reparar en la distinción de extravagancia, ridiculez, justos motivos, etc. previstos por los arts. 3º, 15 y concts. de la ley 18.248 [ED, 30-900]; situación verdaderamente distante del cambio de apellido por el de un seudónimo utilizado como consecuencia de la actividad artística del interesado. Naturalmente trasciende la esfera personal y se extiende a los hijos. Razón por la cual, incluso, es insuficiente sostener que no hubo oposición de terceros, integrando quejas que además aluden a la notoriedad adquirida. El principio de inmutabilidad en la materia reconoce excepciones, aunque cuadra tener en cuenta que en el caso se trata de limitar el análisis al cambio o modificación del apellido. De manera que no es lo mismo que el nombre de las personas. Como la ponderación se extiende al restante proceso caratulado P., O. G. s/información (expte 64.615), dicen los recurrentes que la Sra. Jueza imaginó como suprimir letras. Sin embargo, tampoco esa ocurrencia la pusieron de manifiesto los apelantes; toda vez que esgrimen sólo una posibilidad que Mahler sustituya al apellido Pititto. Sin perjuicio de lo dicho, a lo que se suma lo que en adelante se dirá, la suerte de estas pretensiones sería distinta si los recurrentes hubieran permitido -a título de ejemplo-, la modificación del apellido conforme estas variantes: Pititt, Petitt, que alejarían suspicacias o calificaciones desdorosas, sustento de las demandas. Consecuentemente podrá coincidirse que éste se preste a giros o deformaciones maliciosas, pero lo cierto es que en la lectura detenida del decisorio se rescata la inexistencia de oposición a modificarlo mediante el cambio de grafía. Basta para ello volver sobre el segundo y tercer párrafo de fs. 81 y vta. En todo caso, es posible afirmar que tampoco está propuesto, merced a sustentarse en la notoriedad que habría surgido de una actividad profesional, campo donde es habitual la utilización de seudónimos, pero de tal forma limitaron el conocimiento del Tribunal sobre la base del art. 277 de la ley adjetiva. La Sala ha tenido oportunidad de sostener el criterio de la a quo que es objeto de recurso; ya que los justos motivos del art. 15 citado, no alcanzan a situaciones que se crean como consecuencia de una actitud voluntaria de los interesados, cual es el cambio de su identidad por otra; hay límites que se hallan en el ámbito del derecho público y en las necesidades del ordenamiento de la vida colectiva (conf. esta sala, r. 70.558, del 31/7/90 y sus citas). En definitiva, nada obsta a que el seudónimo elegido sea utilizado como tal en la vida artística, en sus relaciones sociales o en cualquier otra actividad que realicen los interesados; pero el límite está puesto y olvidarlo confunde situaciones diversas, como es enfrentar aquella alternativa con los alcances y exigencias de la ley. A mayores fundamentos cabe poner de resalto que el seudónimo por el que se pretende trocar el apellido, curiosamente pertenece también como apellido al mundialmente conocido compositor y director de orquesta austríaco (1860-1911), autor de corales y nueve sinfonías (con. Pequeño Larousse Ilustrado, edic. 1992, pág. 1416). Por todo ello, de conformidad con el dictamen del Sr. Fiscal de Cámara y oído el Asesor de Menores de Cámara, se resuelve: Confirmar la resolución de fs. 79/81. Notifíquese y devuélvase. - Carlos A Bellucci. - Roberto E. Greco. - Leopoldo L. V. Montes de Oca

NOMBRE. Inmutabilidad. Excepciones. Adición de nombre. Menor de edad
R. 371066 - "R., K. s/ información sumaria" - CNCIV - SALA G - 14/07/2003

"Se encuentra acreditado que el menor es conocido prácticamente desde su nacimiento en su ámbito familiar, social y escolar con el nombre de "Alejandro", que es aquél que los padres pretenden adicionar al nombre que figura en la partida de nacimiento. **No se trata de sustituir un nombre por otro sino de agregar uno más, por lo que -como bien apunta el Sr. Defensor de Menores de Cámara- no debe juzgarse la situación con el mismo prisma y estrictez que si se solicitara la supresión del primero, desde que constituye una alteración menos profunda que la eliminación o supresión del inscripto** (conf. CNCiv., Sala E, cit.). También debe tenerse en cuenta la corta edad del menor -nacido el 22 de febrero de 1991- circunstancia que descarta cualquier intento de alterar su identificación en perjuicio de terceros ni se presta a equívocos."

"De allí que no se advierte que la pretensión conmueva la regla fundamental que se procura preservar ni que genere prerrogativas jurídicas que impliquen levantar una barrera permeable a fraude o a engaño, con la consiguiente proyección de incertidumbre en la esfera de los derechos y deberes civiles y políticos que el instituto intenta preservar. Por el contrario, al facilitar la vida de relación del niño consulta su mejor bienestar (Art. 3 dela Convención sobre Derechos del Niño), ya que tendría derecho a llevar en adelante el nombre por el cual los terceros y él mismo se identifica desde ahora en adelante."

"El nombre está al servicio de la identidad del individuo y la menor edad es una etapa crucial en su formación; por lo que la discordancia entre el modo en que es conocido y su individualización legal proyecta sus efectos negativos sobre el derecho a ser "uno" y no "otro" (conf. Vergara, Leandro, "El nombre y su relación con los derechos personalísimos", L.L. 1994-E, 607)."

TEXTO COMPLETO

Buenos Aires, julio 14 de 2003.//-

Y VISTOS: Y CONSIDERANDO:

Es sabido que, en principio, el nombre tiene un carácter definitivo y sólo procede su cambio de concurrir justos motivos (art. 15 de la ley 18.248)). Este postulado deriva de la naturaleza jurídica que se le atribuye, es decir, ser un atributo de la personalidad y a la vez una institución de policía civil o, en otros términos, un derecho deber de identidad, ya que tiende a proteger tanto derechos individuales cuanto los que la sociedad tiene en orden a la identidad de las personas (conf. Rivera, en Belluscio- Zannoni, "Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado", tº I, pág. 386;; Orgaz, Alfredo, Personas Individuales, pág.219; Borda, Guillermo, Parte General, tº I, pág.334; CNCiv., Sala C, del 22-2-78, en L.L. 1978-D, pág. 226).-
Es por ello que se señala como uno de sus caracteres primordiales, el de su inmutabilidad. Esta cualidad no debe entenderse con el valor rígido que aparenta sino que está dirigida a la arbitraria alteración por acto voluntario y autónomo del individuo (conf. Pliner, A. "El dogma de la inmutabilidad del nombre y los "justos motivos", en L.L. 1979-D pág.282); en otras palabras, esta característica procura resguardarlo de cambios no () justificados (Rivera, op.cit., pág. 386). Por esa razón se ha entendido que el uso prolongado o el hecho de que el interesado sea conocido por el nombre que pretende obtener no crea por sí mismo derecho alguno (conf. Busso, Eduardo, "Código Civil Anotado", tº I, pág. 483 y concs.).-
Sin embargo, la inmutabilidad del nombre no es absoluta pues se admiten casos en los cuales puede ser soslayada, en especial, cuando en manera alguna resultan afectados los principios de orden y seguridad que tiende a afirmar, o bien cuando inciden en menoscabo de quien lo lleva (conf. CNCiv., Sala E, del 17-6-99, J.A. 2000-II, 631 ss.).-
Para apreciar los "justos motivos" (art. 15 de la 18.248), el juez se encuentra facultado para examinar con amplitud de criterio las distintas situaciones propuestas, en especial, para apreciar si con el cambio o adición no se afectan los principios que gravitan en torno al nombre como atributo de la personalidad. Particularmente la Sala considera que cuando las personas legitimadas a escoger los nombres requieren modificaciones o adiciones de los prenombres el criterio para apreciar los "justos motivos" deben ser particularmente benévolo si se trata de menores que por su edad aún no pueden haber extendido sus actividades fuera del ámbito familiar, puesto que tales cambios no podrán perjudicar de ninguna manera el interés social en la inmutabilidad (conf. esta Sala r. 12.286, del 5-3-85; íd.íd., r. 6924, del 20-3-85; en el mismo sentido, CNCiv., Sala B, r. 290.947, del 13-3-00; ídem, Sala D, r. 92.754, del 8-6-93; Sala K, r. 137.957, del 28-12-93; Sala F, r. 159583, del 7-2-95).-
En la especie ha quedado acreditado que el menor es conocido prácticamente desde su nacimiento en su ámbito

familiar, social y escolar con el nombre de "Alejandro", que es aquél que los padres pretenden adicionar al nombre que figura en la partida de nacimiento. No se trata de sustituir un nombre por otro sino de agregar uno más, por lo que -como bien apunta el Sr. Defensor de Menores de Cámara- no debe juzgarse la situación con el mismo prisma y estrictez que si se solicitara la supresión del primero, desde que constituye una alteración menos profunda que la eliminación o supresión del inscripto (conf. CNCiv., Sala E, cit.). También debe tenerse en cuenta la corta edad del menor -nacido el 22 de febrero de 1991 (fs.1)- circunstancia que descarta cualquier intento de alterar su identificación en perjuicio de terceros ni se presta a equívocos. De allí que no se advierte que la pretensión conmueva la regla fundamental que se procura preservar ni que genere prerrogativas jurídicas que impliquen levantar una barrera permeable a fraude o a engaño, con la consiguiente proyección de incertidumbre en la esfera de los derechos y deberes civiles y políticos que el instituto intenta preservar. Por el contrario, al facilitar la vida de relación del niño consulta su mejor bienestar (art. 3 de la Convención sobre Derechos del Niño), ya que tendría derecho a llevar en adelante el nombre por el cual los terceros y él mismo se identifica desde ahora en adelante. Al respecto, no puede soslayarse que el nombre está al servicio de la identidad del individuo y la menor edad es una etapa crucial en su formación;; por lo que la discordancia entre el modo en que es conocido y su individualización legal proyecta sus efectos negativos sobre el derecho a ser "uno" y no "otro" (conf. Vergara, Leandro, "El nombre y su relación con los derechos personalísimos", L.L. 1994-E, 607).-

Por estos fundamentos y los propios de la sentencia recurrida, de conformidad con el dictamen del Sr. Defensor de Menores de Cámara y oído el Sr. Fiscal, SE RESUELVE: confirmar la resolución de fs.18/19. Notifíquese a los Sres. Representantes de los Ministerios Públicos y devuélvase, encomendándose al Sr. Juez de grado la restante notificación.-
El Dr. Roberto E. Greco no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 109 R.J.N.). El Dr. Mirás no interviene por haber cesado su subrogancia.//-

NOMBRE Adición: requisitos. Inadmisibilidad. Cita: ED, 173-508 Tribunal: CNCiv. , sala A Fecha: mayo 27-1997 Tema: información sumaria. Núm. Interno: 48.095

Sumario----------

1. - La circunstancia de que el nombre "Belén" no esté expresamente designado en la documentación de quien efectúa el pedido de adición de nombre de pila, no traduce un justo motivo que autorice a hacer efectivo el arbitrio legal, de marcada interpretación restrictiva. Ello es así, pues al margen de la susceptibilidad de quien lo solicita, análisis que obviamente queda en el marco de su subjetividad y, por tanto, ajeno a cualquier valoración jurisdiccional, lo cierto es que la omisión de tal nombre no implica un agravio u ofensa al sentimiento religioso de la peticionaria, en términos objetivos.

2. - El hecho de que el nombre "Belén" no figure en la documentación que la peticionaria utiliza en su vida civil, no afecta en absoluto su derecho a ser llamada de ese modo en su círculo íntimo, por sus familiares y amigos, por lo que su adición resulta innecesaria. Antes bien, contraría las razones que ha tenido en mira el legislador para consagrar el principio de inmutabilidad, fundado en razones de orden público. M.M.F.L.

----- Fallo----------

Buenos Aires, mayo 27 de 1997. - Autos y Vistos: y Considerando: Tanto la sentencia de grado, cuanto los dictámenes del Ministerio Público Fiscal de ambas instancias, ilustran sobradamente en torno a la configuración de los justos motivos que, a tenor de lo normado por el artículo 15 de la ley 18.248 [ED, 30-900], debe concurrir para la procedencia del pedido de adición de nombre de pila, articulado en autos. A sus fundamentos adherimos y remitimos brevitatis causae. A criterio de los suscriptos, la circunstancia de que el nombre Belén no esté expresamente designado en la documentación de la peticionaria, no traduce un justo motivo que autorice a hacer efectivo el arbitrio legal, de marcada interpretación restrictiva. En efecto, al margen de la susceptibilidad de quien lo solicita, análisis este que, obviamente, queda en el marco de su subjetividad y, por tanto, es ajeno a cualquier valoración jurisdiccional (artículo 19, de la Constitución Nacional), lo cierto es que la omisión del nombre Belén no implica un agravio u ofensa a su sentimiento religioso, en términos objetivos. Distinto sería que, como se ha reconocido en algún precedente de este Tribunal, el nombre afecte dicha susceptibilidad e incida negativamente en la fe que se profesa, por ejemplo, el cambio de Ateo por Atilio (conf. Rivera, Julio César, Instituciones de Derecho Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1992, t. I, pgs. 617, § 645, y cita jurisprudencial). El hecho de no figurar este nombre en la documentación que la actora utiliza en su vida civil, no afecta en absoluto su derecho a ser llamada en su círculo íntimo, por sus familiares y amigos, con el nombre Belén, por lo que su adición resulta innecesaria. Antes bien, contrariaría las razones que ha tenido en mira el legislador para consagrar el principio de inmutabilidad, fundado en razones de orden público. En atención a los fundamentos vertidos precedentemente, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Cámara, se resuelve: Confirmar el pronunciamiento de fs. 11/2, en todo cuanto decide, sin costas por no haber mediado contradicción. Notifíquese al Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal y devuélvanse, haciéndose saber que en primera instancia deberá notificarse la recepción de las actuaciones y el presente fallo, en forma conjunta. La Dra. Ana María Luaces no firma, por hallarse en uso de licencia (conf. artículo 109, del Reglamento para la Justicia Nacional). - Hugo Molteni. - Jorge Escuti Pizarro

NOMBRE : Adición del apellido materno a los menores: conformidad de ambos progenitores; ineludibilidad del requisito. Venia judicial: improcedencia. Cita: ED, 176-189

Tribunal: CApel.CC Mar del Plata , sala II Fecha: junio 12-1997 Tema: rectificación de partida.

-----Sumario---

1. - El solo requerimiento materno a los efectos de adicionar al apellido paterno del menor el suyo, resulta insuficiente, pues según la ley 18.248 debe requerirse la conformidad de ambos progenitores para la imposición del doble apellido o la agregación del materno.

2. - Las manifestaciones de la apelante en el sentido de pretender convalidar una situación de hecho o la de haber perdido todo trato con el padre de los menores no autorizan a prescindir de la conformidad de ambos progenitores a los efectos de adicionar al apellido paterno el de la madre. Máxime cuando es la propia ley la que faculta a los interesados a gestionar per se ante el Registro Civil, la adición referida al llegar a los dieciocho años de edad.

3. - No habiéndose agotado los medios procesales para notificar al padre de los menores la intención de adicionar el apellido materno, la conformidad de ambos progenitores exigida por la ley no puede ser suplida por el juzgado; con mayor razón aún, cuando, una vez adicionado, el apellido no podrá suprimirse. M.M.F.L.

----- Fallo--------

En la ciudad de Mar del Plata, a los 12 días del mes de junio de mil novecientos noventa y siete, se reúnen los Señores Jueces de la Sala II de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mar del Plata, en Acuerdo Ordinario, para resolver en los autos Z., A. M. s/rectificación de partida, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 156 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del cód. procesal, resultó del mismo que la votación debía ser en el orden siguiente: Dra. Nélida Isabel Zampini y Dr. Rafael Felipe Oteriño. Arts. 47/8 ley 5827. Cuestiones: 1ª ¿Es justa la resolución de fs. 17 vta.? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión planteada la señora juez Dra. Zampini dijo: El señor juez de Primera Instancia resolvió que para proceder a la adición del apellido materno de los menores al propio del padre, debe obtenerse la conformidad de ambos progenitores. Dicho pronunciamiento es apelado por el accionante, quien se agravia en el sentido de que la resolución del a quo no guardaconcordancia con lo dictaminado por la Sra. Asesora de Incapaces, toda vez que la misma consideró que debía desestimarse la presente acción. Asimismo se agravia en el sentido que del art. 4º de la ley 18.248 [ED, 30-900] no surge que ambos progenitores deban solicitar la inscripción del apellido compuesto del padre o agregar el de la madre. Afirma que ha perdido todo contacto con el padre de los menores, por lo que resulta imposible obtener su conformidad. Por último, se agravia en el sentido de que su parte recurre al juzgador para legalizar un estado de hecho que las circunstancias hacen atendible, por lo que la negativa del a quo de suplir el recaudo legal constituye una denegatoria de justicia. Pasaré a analizar los agravios propuestos. PRIMER AGRAVIO. DICTAMEN DE LA ASESORA DE MENORES. Las constancias de autos permiten adelantar un pronunciamiento negativo al progreso del agravio planteado. En efecto a fs. 13 toma intervención la Sra. Asesora de Incapaces, dando su dictamen en el sentido de que la acción impetrada debía desestimarse, fundando en lo dispuesto en el art. 4º de la ley 18.248. Siendo que la norma citada establece que serán los progenitores quienes podrán solicitar la inscripción del apellido compuesto del padre o la adición del de la madre, en el entendimiento de que tal recaudo no se había completado, el a quo resolvió diferir el tratamiento de la cuestión planteada hasta tanto se dé cumplimiento a la preceptiva legal, lo que en la especie implica desestimar la acción impetrada y en este sentido, el decisorio resulta ajustado a lo oportunamente dictaminado por el Ministerio Pupilar. En virtud de lo expuesto, considero que el agravio propuesto no puede prosperar. El señor Juez Dr. Oteriño votó en igual sentido por los mismos fundamentos. Segundo Agravio. Alcances del art. 4º de la ley 18.248 El precepto de marras expresamente dispone que los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrán inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre.... Del dispositivo legal surge que la solicitud debe ser abonada por ambos progenitores. Para la ley 18.248 ya no es el mero declarante o compareciente no individualizado el que puede inscribir al niño con el apellido materno, sino que se requiere un pedido de los progenitores (cfr. Pliner, Adolfo, El nombre de las personas, pág. 178 y ss. En análogo sentido se expresa Julio César Rivera, para quien debe interpretarse según el decreto-ley 18.248/69 que debe requerirse la conformidad de ambos padres para la imposición del doble apellido o la agregación del materno (cfr. Rivera, Julio César, El nombre en el derecho civil y comercial, págs. 41-42). Los argumentos esgrimidos por el apelante resultan insuficientes para enervar el decisorio del Juez de grado. Ello es así, dado que toda persona tiene el derecho y el deber de usar el nombre y apellido que le corresponde... (cfr. art. 1º, ley 18.248), y si bien no incurre en delito el que haga lo contrario, porque ninguna ley lo condena, es indudable que comete un acto arbitrario, que no le atribuye ningún derecho, ni pueden tampoco los jueces autorizarlo en violación de todos los principios jurídicos en que se inspira nuestra legislación positiva. Es principio admitido por doctrina y jurisprudencia que el uso no da derechos en materia de nombre, y siendo que los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido del padre... (cfr. art. 4º, ley 18.248) resultan inconducentes las manifestaciones de la apelante en el sentido de pretender convalidar una situación de hecho (ver fs. 10 vta., fs. 20)

o la de haber perdido todo trato con el padre de los menores, circunstancias que no autorizan sin más al peticionante, a eludir el expreso dispositivo legal, máxime cuando es la propia ley la que faculta a los interesados a gestionar per se ante el Registro Civil, la adición del apellido materno al llegar a los dieciocho años de edad (arts. 4º, ley cit. y 36, inc. 2º, Constitución de la Provincia de Buenos Aires). No encontrando entonces motivos para apartarme del dictamen de la Sra. Asesora de Incapaces y de lo decidido por el Magistrado de la Instancia inferior, propongo el rechazo del agravio planteado (arg. art. 15, ley cit.). El señor juez Dr. Oteriño votó en igual sentido por los mismos fundamentos. Tercer agravio. Posibilidad de suplir el recaudo legal por el juzgador En virtud de lo expuesto precedentemente -primer y segundo agravio- y siendo que no se han agotado los medios procesales para notificar al padre de los menores la intención de adicionar el apellido materno, la conformidad de ambos progenitores exigida por la ley no puede ser suplida por el juzgador; con mayor razón aún, cuando, una vez adicionado, el apellido no podrá suprimirse (art. 4º in fine, ley cit.). Por ello es que considero que el agravio no puede prosperar. El señor Juez Dr. Oteriño votó en igual sentido por los mismos fundamentos. En consecuencia se dicta la siguiente sentencia: Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se confirma la sentencia de fs. 17 vta., en cuanto ha sido materia de agravio, las costas se imponen a la vencida (art. 68, CPC) y se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31, ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135, inc. 12, cód. procesal). Devuélvase. - Rafael Felipe Oteriño. - Nélida Isabel Zampini (Sec.: Mario F. Pinoni).

SUMARIO - NOMBRE. Supresión de apellido materno. Ley 18248. Apreciación de los "justos motivos". Inadmisibilidad S. 158 - "G. Farjat M. J. -Sumaria Información- Recurso de Apelación" - CAMARA PRIMERA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CORDOBA - 16/12/2002

"Los deponentes explican que el fundamento de supresión del apellido "Farjat" -con el que fuera inscripto el menor por ser el perteneciente a su madre-, finca en "... los problemas que trae aparejado para el hijo mayor el uso del apellido materno, ya que es igual a una persona de carácter público que reside en Buenos Aires, conlleva a distintas "cargadas" de mal gusto en forma asidua sobre la persona de M. J., que hacen molesta en forma considerable su vida."

"No queda justificado el cambio o modificación de nombre -supresión de apellido "Farjat"- de una persona física por la circunstancia que exista un personaje público con el mismo nombre que quien peticiona la supresión."

"El art. 15 de la ley 18248, que dispone: "Después de asentados en la partida de nacimiento, el nombre y apellido no podrán ser cambiados ni modificados sino por resolución judicial, cuando mediaren justos motivos".-
El nombre, como atributo -cualidad, característica o peculiaridad de la persona-,según el derecho positivo, constituye un derecho-deber, inserto en lo que es materia propia del orden público y, por consiguiente, indisponible por los particulares.-
Salvo las hipótesis excepcionales, previstas por la ley, la mutación del nombre no es asunto librado a la exclusiva voluntad de los particulares, sino que debe resolverse por vía judicial, pues se debate allí un asunto de fondo relativo a un derecho a la personalidad que queda reservado a la exclusiva competencia judicial.-
"Proceden los justos motivos para cambiar o modificar el nombre cuando de manera alguna resulten afectados los principios de orden y seguridad que tiende a afirmar o existan razones que inciden en menoscabo de quien lo lleva; la corrección de errores materiales u omisiones que pudieran haberse deslizado en las partidas de nacimiento."

"No puedo dejar de decir que es de mi conocimiento -obtenido de la difusión que le dieran los medios de comunicación- el embrollo del que participó durante un tiempo y ya hace unos años, la persona que da pie a este pedido.-
Sin embargo, aquellas reglas a las que acabo de aludir me indican que se trata de alguien que buscó, obviamente que por una vía equivocada, su "día de gloria" al ponerse al lado de los que integran la farándula para lograr celebridad. Sobre esto debemos convenir que fue efímera y en determinados círculos. En rigor de verdad ¿quién se acuerda hoy de ella?.-
Y para terminar digo, que el apellido que aparece como una mácula para el menor, pertenece a muchas otras personas que se destacan por su quehacer en sus distintos ámbitos."

TEXTO COMPLETO

En la ciudad de Córdoba a los dieciséis días del mes de diciembre de dos mil dos reuniéronse en acuerdo publico los Sres. Vocales Dres. Mario Sársfield Novillo;; Miguel Angel Bustos Argañarás, y Héctor Liendo, a los fines de dictar fallo en los autos "G. FARJAT M. J. -SUMARIA INFORMACIÓN" procedentes del Juzgado de Primera Instancia y 21° Nominación Civil y Comercial por haberse deducido recurso de apelación en contra de la sentencia n°246 de fecha 13/05/01 (FS. 50/55)), que resolvía: No hacer lugar a la pretensión formulada y mantenerla inscripción del menor M. J. G. Farjat como obra en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas. Con costas. Regular el honorario del letrado interviniente E. G. C. en la suma de pesos Cuatrocientos noventa y uno ($ 491). Protocolícese,...".//-

El Tribunal se planteó las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Procede el recurso de apelación de la parte accionante?
SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?
Efectuado el sorteo de ley resultó que los Sres. Vocales emitirán su voto en el siguiente orden: Dres. Mario Sársfield Novillo, Miguel Angel Bustos Argañarás y Héctor Hugo Liendo.-

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. MARIO SÁRSFIELD NOVILLO, dijo:

I. En contra de la Sentencia del Inferior que contiene una adecuada relación de causa y a la que me remito para evitar estériles repeticiones y que resolvía desestimando la pretensión de los progenitores del menor M. J. G. Farjat, que perseguían la supresión del segundo de sus apellidos alegando la existencia de justos motivos, aquellos

dedujeron recurso de apelación que al serles concedido hizo radicar la causa en esta Sede en donde en la oportunidad procesal correspondiente se expresaron agravios (ver fs. 62/65) escuchándose la opinión del Señor Fiscal de las Cámaras Civiles y Comerciales de esta Capital a fs. 67/71, de la Señora Asesora Letrada del Cuarto Turno -representante promiscuo- a fs. 73/75 y de la Señora Directora del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia a fs. 77/78. Estos funcionarios comparten la ponencia de los recurrentes.-
Los apelantes alegan que no () es de aplicación al caso el supuesto del art. 4º de la ley 18.248, pues no se trata de una adición solicitada por quien cumplió dieciocho años y que ahora se procure suprimir. El restante reproche se liga con la interpretación del art. 15 del cuerpo normativo mencionado, entendiendo que en el sub lite se han acreditado debidamente los justos motivos que el ordenamiento legal exige para encontrarnos frente al supuesto excepcional de mutación del nombre de las personas físicas.-
Para centrar la cuestión a dirimir, debe precisarse que el fundamento de supresión del apellido Farjat -con el que fuera inscripto el menor por ser el perteneciente a su madre-, finca en "... los problemas que trae aparejado para el mayor (aclaro que el segundo de los hijos sólo lleva el primer apellido del padre) el uso del apellido materno, ya que es igual a una persona de carácter público que reside en Buenos Aires, conlleva a distintas "cargadas" de mal gusto en forma asidua sobre la persona de M. J., que hacen molesta en forma considerable su vida. Es más, en distintas oportunidades esas situaciones especiales llegan a ser insoportables e intolerables. Que por esa especial situación y circunstancias de la vida real del menor, que le hace sufrir psicológicamente en grado sumo y, por el hecho de que su hermano menor no tiene ese problema porque no tiene registrado el apellido materno, lo que agrava el cuadro; es que por ambas razones, vengo a solicitar por esta vía Judicial, la supresión del apellido materno en la anotación del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. De esta manera quedarán solucionadas ambas problemáticas: a.- la tenencia del apellido materno que causa serias situaciones indeseables en la vida del menor M. J. y, b.- la unificación en los menores, de su apellido, pues los dos tendrán solamente el paterno, creando unicidad de especial importancia en el ámbito familiar y social ...".-

II. La prueba consistió en la documental de inscripción de los hermanos en el Registro Civil y la declaración testimonial de los Sres. Raúl Héctor Bulacio (ver fs. 34) y Roberto Hugo González (ver fs. 35), quienes coincidieron en señalar -curiosamente en forma casi textual- que conocen el problema que ha tenido y tiene el hijo mayor del matrimonio G., que cada vez que tenía que mencionar el nombre a otras personas, en el Colegio o a los amigos, movía a risa entre los mayores y los chicos al tener que aclarar cada vez que le preguntaban el nombre y el apellido que su hermano tiene el apellido G. y el mayor G. Farjat lo que hacía aparecer como que no fueran hermanos.-
Dicen los deponentes: "... Que la situación era muy molesta e intolerable cuando a M. le decían que tenía igual apellido que una mujer, una persona no bien vista, de Buenos Aires, Samanta Farjat" y "... Que la situación era muy molesta y diría intolerable cuando a M. le decían que tenía igual apellido que el personaje de Buenos Aires, Samanta Farjat".-
Ambos testigos declaran ser amigos del padre del menor, de la misma profesión y conocerlo desde la escuela secundaria y desde el inicio de los estudios universitarios, en cada caso.-

III. Tal como ha sido planteado el tema, hay que estudiar los casos en que la ley admite el cambio del nombre de las personas físicas.-
Antes que nada, debe apuntarse que como atributo -cualidad, característica o peculiaridad de la persona-, el nombre según el derecho positivo y luego de superar divergencias de orden doctrinario que no viene a cuento ahora recordar, admite como naturaleza jurídica la de constituir un derecho-deber que lo inserta en lo que es materia propia del orden público y, por consiguiente, indisponible por los particulares.-
Dicen los artículos cuarto y decimoquinto de la ley nº 18.248: Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrán inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el interesado deseara llevar el apellido compuesto del padre o el materno, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los dieciocho años. Una vez adicionado, el apellido no podrá suprimirse y Después de asentados en la partida de nacimiento el nombre y apellido, no podrán ser cambiados ni modificados sino por resolución judicial, cuando mediaren justos motivos. El director del Registro del Estado Civil podrá disponer de oficio o a pedido de parte, la corrección de errores u omisiones materiales que surjan evidentes del texto de la partida o de su cotejo con otras. Sus resoluciones serán recurribles ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil correspondiente al lugar donde desempeña sus funciones, dentro de los quince días hábiles de notificadas, en cada caso.-

IV. Evidentemente, la hipótesis del primero de los preceptos transcriptos no resulta de aplicación al caso, si se interpreta que la norma supone que la adición a la que se refiere es la que el interesado mayor de dieciocho años solicitó para llevar el apellido compuesto del padre o el materno.-

A mi criterio es así y hay decisión jurisdiccional que abona mi postura. En tal sentido la Cámara Nacional Civil, sala A (13-8-97, L. L. del 24-3-98, p. 3, fallo 96.828), ha dicho que:
a) Salvo las hipótesis excepcionales, previstas por la ley, la mutación del nombre no es asunto librado a la exclusiva voluntad de los particulares, sino que debe resolverse por vía judicial, pues se debate allí un asunto de fondo relativo a un derecho a la personalidad que queda reservado a la exclusiva competencia judicial. Difiere, pues, de la mera rectificación que persigue poner de acuerdo el efectivo nombre de la persona con las constancias que de ella se registran en las partidas respectivas, cometido éste que puede realizar la autoridad administrativa;
b) la facultad que le acuerdan a los progenitores los artículos 4º y 5º de la Ley del Nombre 18.248 debe interpretarse de acuerdo con el artículo 264, inciso 5º del Código Civil, en su actual redacción (conf. ley 23.515), o sea, en el marco de una reclamación administrativa, inscripta en la nómina de actos derivados del ejercicio de la patria potestad;
c) según el nuevo artículo 264 del Código Civil, la opción a la que se refieren los artículos 4º y 5º de la Ley del Nombre debe ser hecha conforme a la voluntad de ambos progenitores y, en caso de disenso, éstos deberán recurrir a la vía judicial (art. 264 quáter del Cód. cit.);
d) adicionarse el apellido materno antes de la edad prevista en el artículo 4º de la Ley de Nombre podría desatender el interés del menor si, una vez cumplidos los 18 años que marca dicha norma, se renovara la pretensión en sede judicial, por derecho propio.-
Una sola observación puede formularse a este decisorio, en tanto no queda claramente establecido el funcionamiento de la opción a favor de los padres. En efecto, debe entenderse que cualquiera de los padres puede inscribir al niño con el apellido materno, ya que cuenta con el consentimiento presunto del artículo 264, inciso 1º del Código Civil, es decir, que no se exige el consentimiento expreso del artículo 264 quáter, que sólo se necesita para los casos específicos allí indicados (conf. Rivera, Instituciones de Derecho Civil. Parte general, t. I, p. 603, Nº 617). Sí se deberá recurrir a la vía judicial si hay disenso entre los progenitores.-
De todas manera, soy de opinión de que hay que indagar acerca de la existencia de los invocados "justos motivos" para obtener la supresión reclamada.-

V. En cuanto al nombre, Victoria María Tagle ha dicho, que:
"... Resulta claro que la persona, para diferenciarse de las demás, tiene que ser individualizada, individualización que se concreta por medio del nombre que es tal vez, y por tal motivo, el primero de sus atributos (Salvat, Raymundo, Tratado de derecho civil argentino, t. 1 (parte General, actualizado por J. M. López Olaciregui, Bs. As., 1964, p. 391), El nombre es -entonces- la designación exclusiva que corresponde a cada persona, y que la distingue como sujeto individual y como miembro de una determinada familia (Llambías, Jorge Joaquín, ob. cit. P. 293, Nº 393).-
El nombre nace como una necesidad del lenguaje para distinguir a los individuos como tales y al grupo familiar al que pertenecen, y luego de una larga evolución histórica, se convierte en objeto de una institución (Pliner, Adolfo, El nombre de las personas, edición actualizada, Bs. As., Astrea, 1989). En Roma se organizó un complicado sistema en el que junto al nombre individual aparecen otros: así, el praenomen, por ejemplo, "Marcus", el nomen que designaba a la gens a que pertenecía, "Tullius", el vocativo individual del padre en genitívo que indicaba la filiación, "Marei Filius", y el vocativo común de la domus, esto es, de la familia en sentido estricto, por oposición a la gens, por ejemplo, "Cicero". En el ejemplo, Marcus Tullius Marci Filius Cicero corresponde al más célebre orador romano conocido simplemente hoy como Cicerón (Abelenda, César Augusto, ob. cit., p. 426).-
Hacia el siglo VIII nació entre los reyes y en las familias nobles la costumbre que pronto se generalizó, de agregar al nombre personal de cada sujeto el del padre en genitivo (Argamenón, hijo de Atreo o "el Atrida"; Aquiles, hijo de Peleo o "el Pélida"), o en alusión a alguna característica peculiar del sujeto (Diógenes el Cínico) o el lugar de su procedencia (Tales de Mileto) (Rivera, Julio César, Instituciones ... , p.588). Aquellos sobrenombres que comenzaron siendo exclusivos de las personas a las que se aplicaban, con el andar del tiempo se convirtieron en designación común de ascendientes y descendientes, y hacia el siglo XII constituyen el "apellido" o vocativo familiar, que junto con el individual, recibido en el bautismo (nombre de pila), integraba el nombre de cada persona (Abelenda, César Augusto, ob. cit., p. 427). Muchos apellidos actuales tienen su origen en la costumbre de designar a las personas por sus características.-
La noción de "identidad personal" no se limita al nombre, pues comprende al complejo de las actividades y al patrimonio cultural e ideológico de la persona. Mientras la identidad personal es susceptible de cambios conforme la evolución de la persona, el nombre, por el contrario, es prácticamente inmutable con las excepciones previstas en la (Centanaro, Esteban, 'El nombre de las personas naturales', Derecho privado, libro homenaje a Alberto J. Bueres, Bs. As., Hammurabi, 2001, p. 182.)".-
Luego, al hablar específicamente de este atributo, consigna respecto de sus caracteres:
"... El nombre participa de los siguientes caracteres: es necesario, único, inalienable, imprescriptible e inmutable.-

a) Necesario. Todas las personas físicas deben tener un nombre. La ley 18.248 en el art. 1º consagra la obligación de toda persona física de llevar el nombre y apellido que le corresponde de acuerdo a las disposiciones en ella previstas.-
b) Único. Las personas físicas no pueden tener más de un nombre.-
c) Inalienable. El nombre es un atributo de la personalidad, y por ende de carácter extrapatrimonial. Las normas que lo regulan son de orden público. De allí que está fuera del comercio, y no puedeser enajenado o transmitido mediante acto jurídico alguno. Así, no puede ser objeto de transacción (art. 844, Cód. Civil) ni de renuncia (art. 872, Cód. Civil).-
No obstante que el nombre, como atributo de la personalidad, está fuera del comercio, pueden enajenarse los derechos patrimoniales que de él surjan, como el deportista que cobra una suma de dinero por permitir que con su nombre y apellido se identifique una marca.-
d) Imprescriptible. El nombre no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo. La jurisprudencia no ha admitido la adición de nombres o apellidos por la sola circunstancia de que medie un uso prolongado.-
e) Inmutable. La inmutabilidad es relativa, por cuanto las personas físicas no pueden cambiar o modificar libremente el nombre, sino en los casos y en la forma legalmente previstos. El principio aparece sentado en el art. 15 de la ley 18.248, que dispone: "Después de asentados en la partida de nacimiento, el nombre y apellidono podrán ser cambiados ni modificados sino por resolución judicial, cuando mediaren justos motivos". Por otra parte, ciertas modificaciones en el estado civil de las personas constituyen supuestos que generan un cambio en el nombre, como lo son el matrimonio (art. 8º, ley 18.248), el divorcio (art. 9º, ley 18.248) y la adopción (arts. 326 y 332, Cód. Civil -texto según la ley 24.779-)".-
Y, para concluir con este tópico -el de la inmutabilidad-, afirma:"... El principio de inmutabilidad del nombre encuentra su fundamento en la circunstancia de ser el nombre un atributo de la persona cuya función es la de identificar al sujeto en el medio familiar y social. La inmutabilidad es relativa, por cuanto la ley prohibe los cambios o adiciones arbitrarios, pero los admite cuando media resolución judicial, fundada en justos motivos (En este sentido se ha dicho que "La inmutabilidad del nombre -uno de los caracteres que lo resguarda de los cambios injustificados- no es un principio absoluto, pues el art. 15 de la ley 18.248 admite la posibilidad de que pueda ser soslayado cuando medien justos motivos, esto es, cuando de manera alguna resulten afectados los principios de orden y seguridad que tiende a afirmar o existan razones que inciden en menoscabo de quien lo lleva" (CCiv. Com. 2a Nom. Santiago del Estero, 15/08/99, "Herrera, Oscar D.", LL NOA, 2000-1033; ED, 188-605)).También se prevé la corrección de errores materiales u omisiones que pudieran haberse deslizado en las partidas de nacimiento ... La tendencia en la jurisprudencia ha sido la de permitir el cambio o la modificación en el nombre con criterio sumamente restrictivo, cuando existen causas serias que inciden en desmedro de la personalidad de quien lo lleva, o cuando el nombre tiene un significado injurioso o ridículo", (cf.: Victoria María Tagle, "Derecho Privado", Parte General I, págs. 155, 158 y 168, especialmente, Alveroni Ediciones, Córodba, 2.002).-
Sobre el punto, la Cámara Nacional Civil, sala G (9-8-96, E. D. del 10-4-97, p. 11, fallo 47.817) ha resuelto, que: los justos motivos a que se alude en el artículo 15 de la ley 18.248 no alcanzana situaciones que se crean como consecuencia de una actitud voluntaria de los interesados, cual es el cambio de una identidad por otra, pues hay límites que se hallan en el ámbito del Derecho Público y en las necesidades del ordenamiento de la vida colectiva.-
También se ha decidido, que: sólo es viable el cambio, la supresión o la modificación del nombre cuando median justos motivos, siempre y cuando sean tan dignos de consideración, que merezcan apartarse de los principios que inspiran la regla de la inmutabilidad. De allí, entonces, que en esta materia habrá de imperar un criterio restrictivo (CNCiv., Sala E, Marzo 12 1980, Ramírez, Dalinda E.).-

VI. Realizado el planteo teórico del asunto traído a nuestro conocimiento para dirimir lo expuesto por los padres del menor, no debe perderse de vista que en el embate recursivo se ha criticado la resolución de primer grado por no haber observado los principios de la sana crítica racional.-
"Se llama sana crítica racional al sistema de valoración de las pruebas que excluye toda limitación o anticipación valorativa de la ley en la obtención del convencimiento, el que debe ser orientado por las reglas de la lógica, de la sicología y de la experiencia. Se quiere que el juez proceda conforme al recto entendimiento humano, para determinarse libremente en su convicción sobre el descubrimiento de la verdad. De aquí que no haya diferencia sustancial entre la "sana crítica" y "libre convicción". Ambas son expresiones utilizadas por nuestros códigos procesales (civil y penal) con idéntica significación, pero haciendo una referencia al método (sana crítica) y la otra al resultado (libre convicción). Ambas a la vez excluyen por un lado lo que se conoce por íntima convicción propia de los tribunales legos y el sistema legal de prevaloración. Proceder conforme a las reglas de la sana crítica en la obtención de la fuerza probatoria de los testimonios, es proceder sin sujeción a normas legales que nos obliguen a darnos por convencidos o que nos impidan darnos por convencidos en contra de lo que realmente nos ocurra. Por otra parte, esas reglas implican también excluir todo sentimentalismo, emotividad o impulso que sea exclusivo

producto de conclusiones íntimas carentes de contralor racional ... El testigo transmite lo que sabe para proporcionar prueba de hechos que interesan al proceso donde depone. Luego, él debe haber adquirido y retenido la factibilidad que expone. Más que el tubo por cuyo interior el juez llega a la realidad, el testigo se muestra como el guinche de la grúa que obtiene la carga del barco, la conserva en su movimiento traslativo y la deposita en el muelle conforme fue extraída. Tres son, pues, los enfoques circunstanciales para la crítica del testimonio: 1. el acto de percepción u obtención del conocimiento; 2. el lapso de retención o conservación de lo percibido, y 3. el acto de transmisión o exposición de lo percibido y conservado. En cada una de estas oportunidades deberá ponerse en juego todo el conjunto de reglas en que se resuelve el sistema.", (cf.: Jorge A. Claría Olmedo, "La prueba testimonial en el procedimiento civil de la Provincia de Córdoba", pág. 32, Marcos Lerner Editora Córdoba S. R. L., 1.975).-
"Partiendo del significado literal, sana crítica es el arte de juzgar de la bondad y verdad de las cosas sin vicio ni error; constituye un modo correcto de razonar, de reflexionar y pensar acerca de una cosa;; en el caso, acerca de prueba producida en el proceso. Como la ciencia que expone las leyes, modos y formas del razonamiento, es la lógica, sana crítica es el sistema que concede al juez la facultad de apreciar libremente la prueba pero respetando las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia. La lógica proposicional tiene sus propias leyes que no pueden ser ignoradas por el juez, tales como el principio de identidad, del tercero excluido, de la doble negación y de contradicción, entre otros. En el sentido indicado, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires ha dicho que las reglas de la sana crítica son normas de lógica que operan en el criterio personal de los jueces, o bien que son "reglas del entendimiento humano", "criterios de lógica no precisados en la ley, meras directivas señaladas al juez cuya necesaria observación queda sometida a su prudencia, rectitud y sabiduría. Los principios de la lógica tienen que ser complementados con las llamadas "máximas de experiencia", es decir con "el conocimiento de la vida y de las cosas que posee el juez", (cf.: Roland Arazi, "La prueba en el proceso civil", pág. 102, Ediciones La Rocca, Bs. As., 1.986).-

VII. Atendiendo, entonces a las reglas de la lógica, de la sicología y de la experiencia debo decir que los elementos de convicción arrimados al proceso, son insuficientes para tener por acreditados los justos motivos que se invocan para suprimir el apellido materno del asiento registral del menor hijo de los accionantes.-
A mi juicio, los testimonios rendidos no son elocuentes de los padecimientos que se alegan y, fundamentalmente, en su primera parte -que arriba transcribí no en forma sintética-, apuntan más a justificar una cuestión ajena al pleito, como es la de que ambos hijos lleven idéntica designación.-
En definitiva, considero que no se da la hipótesis prevista por la ley y, en consecuencia, no puede ordenarse la supresión pretendida.-

VIII. Por último, no puedo dejar de decir que es de mi conocimiento -obtenido de la difusión que le dieran los medios de comunicación- el embrollo del que participó durante un tiempo y ya hace unos años, la persona que da pie a este pedido. Sin embargo, aquellas reglas a las que acabo de aludir me indican que se trata de alguien que buscó, obviamente que por una vía equivocada, su "día de gloria" al ponerse al lado de los que integran la farándula para lograr celebridad. Sobre esto debemos convenir que fue efímera y en determinados círculos. En rigor de verdad ¿quién se acuerda hoy de ella?.-

IX. Y para terminar digo, que el apellido que aparece como una mácula para el menor, pertenece a muchas otras personas que se destacan por su quehacer en sus distintos ámbitos.-
Simplemente, y en muy poco tiempo a través de Internet, pude apreciar que el apellido Farjat pertenece a quienes figuran en una larga lista de personas de mérito entre los que se encuentran desde creadores de perros dogo, legisladores mexicanos, profesores universitarios, escultores, arquitectos, escritores, cardiólogos, economistas, integrantes de un catalogo de médicos autores platenses, especialistas en derecho privado, paleontólogos, ingenieros agrónomos, deportistas, artistas en grabados, docentes, catedráticos, etc. En suma, más de setecientas referencias que recogí en pocos minutos.-
Con esto, quiero poner de manifiesto que si fuera tan grave la molestia ocasionada por la conducta de una persona que lleva el mismo apellido, en lo que acabo de apuntar pueden encontrarse justos motivos para no hacer caso a pullas, sarcasmos o retintines y contestarlos sosteniendo que con la misma denominación patronímica, hay muchas personas que en distintas comunidades sirven con altura a ellas y sobresalen entres sus pares por conocimiento y entrega.-

X. Por las razones dadas, voto por la negativa.-

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. MIGUEL ANGEL BUSTOS ARGAÑARÁS, dijo:

Compartiendo lo dicho en su voto por el Sr. Vocal preopinante me expido en idéntica forma.-

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. HÉCTOR HUGO LIENDO, dijo:

Adhiero al voto propuesto por el Sr. Vocal Dr. Mario Sársfield Novillo por lo que me expido en igual sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. MARIO SÁRSFIELD NOVILLO, dijo:
Propongo que se desestime el recurso de apelación y, en consecuencia, se confirme en todas sus partes el decisorio cuestionado, sin costas por falta de oposición.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. MIGUEL ANGEL BUSTOS ARGAÑARÁS, dijo:
Compartiendo lo dicho en su voto por el Sr. Vocal preopinante me expido en idéntica forma.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. HÉCTOR HUGO LIENDO, dijo:
Adhiero al voto propuesto por el Sr. Vocal Dr. Mario Sársfield Novillo por lo que me expido en igual sentido.-
Por lo expuesto,

SE RESUELVE: I. Rechazar el recurso de apelación y, en consecuencia, confirmar en todas sus partes el decisorio cuestionado. Sin costas por falta de oposición. Protocolícese y bajen.//- FDO.: Sársfield Novillo - Bustos Argañarás - Liendo

NOMBRE. CAMBIO DE NOMBRE. JUSTOS MOTIVOS. Adición del apellido por el que durante cincuenta años fue conocido el actor. Procedencia

CAUSA 408373 - "F. J. J. c/ F. D. R. y otro s/impugnación de paternidad" - CNCIV - SALA E - 17/11/2004

"**El principio de inmutabilidad del nombre y apellido de las personas consagrado en el art. 15 de la ley 18.248 no es absoluto, por cuanto la misma disposición legal otorga al órgano judicial la posibilidad de disponerlo cuando mediaren justos motivos**. La cuestión se centra, por consiguiente, en interpretar qué se entiende por "justos motivos". Es decir, frente al orden y seguridad que inspira a la regla general, pueden hallarse otros valores no menos atendibles, aun cuando respondan -como en el caso- a intereses particulares, tan dignos de consideración que merezcan la tutela del orden jurídico (ver CNCiv. Sala "C" en E.D. 187-561 y sus citas: Pliner, "El nombre de las personas" pág. 359 nº 148 y fallos de la Sala "C" citada publicados en E.D. 74-546 y E.D. 86-467)."

"Pues bien -tal como acertadamente ha puesto de relieve el señor Fiscal de Cámara- en el sub exámine puede considerarse, sin temor a equivocarse, que están reunidos los extremos requeridos por la norma legal recordada. En efecto, no se trata -como parece entender el magistrado de la anterior instancia- de adquirir un apellido por el uso, en una suerte de "usucapión", sino que **el actor siempre fue conocido, a lo largo de su vida, como "Fariña" porque así se lo habían impuesto. Y como tal desarrolló una extensa actividad profesional y académica (ver constancias de su currículum vitae, agregado a fs. 18/21 de los autos "F. J. J. s/ Información sumaria", agregado por cuerda) y declaraciones testimoniales**."

"Sobre el punto, alguna jurisprudencia ha considerado que existían "justos motivos" para la adición cuando así se conocía a la persona en el trato diario y corriente y en algunos documentos (ver CNCiv. Sala "C" en E.D. 31-439), máxime cuando -como se ha encargado de señalar el recurrente- dicha circunstancia no ocasiona perjuicio alguno a terceros (ver fallo citado de la CNCiv. Sala "K", causa 88.686 del 8-5-91, in re: "Requena Sastre José Gabriel s/ información sumaria") y tiende a solucionar, aunque sea en parte, la vida profesional y científica del peticionante, colocado sin responsabilidad alguna de su parte en la equívoca situación."

"Por último, se está en presencia de una mera añadidura del apellido que durante casi cincuenta años de existencia usó y fue conocido el actor, circunstancia que, de impedirle hacerlo, podría ocasionarle serias dificultades al tener que explicar su particular situación, siendo que -tal como se ha encargado de destacar la Sala "C" en el precedente citado en primer término-, la adición no tiene la misma trascendencia y gravedad que el cambio de nombre, lo que hace que la interpretación del órgano jurisdiccional tienda a ser más tolerante (conf. Borda, "Tratado de Derecho Civil - Parte General", 12a. ed., t. I pág. 323 nº 346)."

Texto completo

// nos Aires, Capital de la República Argentina, a los diecisiete días del mes de noviembre de dos mil cuatro, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "E", para conocer en el recurso interpuesto en los autos caratulados: "F. J. J. C/ F. D. R. Y OTRO S/IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD", respecto de la sentencia corriente a fs.142 , el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores CALATAYUD. MIRÁS. DUPUIS.//-

El Señor Juez de Cámara Doctor CALATAYUD dijo:

En la sentencia de fs. 142/45, el señor juez a quo admitió la demanda principal que incoara el actor y declaró, por tanto, la nulidad de la partida de nacimiento y reconocimiento del actor del 16 de mayo de 1962 (acta nº 494, folio 95, sección Primera, de Berazategui)), quien, en realidad, nació el 9 de noviembre de 1954, recibiendo el nombre de J. J. M., siendo hijo de J. E. Z. y J. J. L. M., y ordenó las rectificaciones correspondientes. Por el contrario, desestimó la pretensión de una declaración genérica de identidad de persona, así como también la adición de apellido "F.".-
Contra dicha decisión se alza el accionante, quien se agravia exclusivamente por el rechazo de la adición referida (ver escrito de fs. 154/57), en presentación que no mereciera respuesta de parte de la Defensora Pública Oficial de

Pobres y Ausentes. De su lado, el señor Fiscal de Cámara, opina que el pronunciamiento deberá modificarse en el aspecto cuestionado (ver dictamen de fs. 162/63).-

El principio de inmutabilidad del nombre y apellido de las personas consagrado en el art. 15 de la ley 18.248 no () es absoluto, por cuanto la misma disposición legal otorga al órgano judicial la posibilidad de disponerlo cuando mediaren justos motivos.-
La cuestión se centra, por consiguiente, en interpretar qué se entiende por "justos motivos". Es decir, frente al orden y seguridad que inspira a la regla general, pueden hallarse otros valores no menos atendibles, aun cuando respondan -como en el caso- a intereses particulares, tan dignos de consideración que merezcan la tutela del orden jurídico (ver CNCiv. Sala "C" en E.D. 187-561 y sus citas: Pliner, "El nombre de las personas" pág. 359 nº 148 y fallos de la Sala "C" citada publicados en E.D. 74-546 y E.D. 86-467).-
Pues bien -tal como acertadamente ha puesto de relieve el señor Fiscal de Cámara- en el sub exámine puede considerarse, sin temor a equivocarse, que están reunidos los extremos requeridos por la norma legal recordada. En efecto, no se trata -como parece entender el magistrado de la anterior instancia- de adquirir un apellido por el uso, en una suerte de "usucapión", sino que el actor siempre fue conocido, a lo largo de su vida, como "F." porque así se lo habían impuesto. Y como tal desarrolló una extensa actividad profesional y académica (ver constancias de su currículum vitae, agregado a fs. 18/21 de los autos "F. J. J. s/ Información sumaria", agregado por cuerda) y declaraciones testimoniales de Gutiérrez (fs. 73) y Mosca (fs. 74).-
Sobre el punto, alguna jurisprudencia ha considerado que existían "justos motivos" para la adición cuando así se conocía a la persona en el trato diario y corriente y en algunos documentos (ver CNCiv. Sala "C" en E.D. 31-439), máxime cuando -como se ha encargado de señalar el recurrente- dicha circunstancia no ocasiona perjuicio alguno a terceros (ver fallo citado de la CNCiv. Sala "K", causa 88.686 del 8-5-91, in re: "Requena Sastre José Gabriel s/ información sumaria") y tiende a solucionar, aunque sea en parte, la vida profesional y científica del peticionante, colocado sin responsabilidad alguna de su parte en la equívoca situación.-
Por último, se está en presencia de una mera añadidura del apellido que durante casi cincuenta años de existencia usó y fue conocido el actor, circunstancia que, de impedirle hacerlo, podría ocasionarle serias dificultades al tener que explicar su particular situación, siendo que -tal como se ha encargado de destacar la Sala "C" en el precedente citado en primer término-, la adición no tiene la misma trascendencia y gravedad que el cambio de nombre, lo que hace que la interpretación del órgano jurisdiccional tienda a ser más tolerante (conf. Borda, "Tratado de Derecho Civil - Parte General", 12a. ed., t. I pág. 323 nº 346).-
Por estas breves consideraciones y las propias del dictamen del señor Fiscal de Cámara, que doy por reproducidas por razones de brevedad y a las que adhiero en un todo, voto porque se modifique la sentencia de fs. 142/45 y, en consecuencia, se adicione al actor el apellido "F.", por lo que su nombre completo será "J. J. M. F.".-

Las costas de Alzada, se distribuirán por su orden, habida cuenta que no ha existido oposición alguna (art. 68 del Cód. Procesal).-

Los Señores Jueces de Cámara Doctores Mirás y Dupuis por análogas razones a las expuestas por el Dr. Calatayud, votaron en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto.-

Fdo.: JUAN CARLOS G. DUPUIS. OSVALDO D. MIRÁS. MARIO P. CALATAYUD.-

Buenos Aires, noviembre diecisiete de 2004.-

Y VISTOS:

En atención a lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se modifica la sentencia de fs. 142/45 y se dispone la adición al actor del apellido "F.", por lo que su nombre completo será J. J. M. F.. Costas de Alzada en el orden causado. Not. y dev.//-

Fdo.: JUAN CARLOS G. DUPUIS. OSVALDO D. MIRÁS. MARIO P. CALATAYUD

SUMARIO - NOMBRE. Adición de nombre. Procedencia. Justos motivos R. 334.697 - "T., María V. s/información sumaria" - CNCIV - B - 11/02/2002

"Si bien el simple uso de un nombre distinto al propio no autoriza por sí solo su alteración, tal hecho prolongado en el tiempo, de modo que la persona sea públicamente conocida de esa manera, posee en cambio idoneidad para reforzar la causa en que se sustenta el pedido de cambio.-
Si la agregación del nombre "Sayuri" -por el cual la menor es conocida- conduce a reforzar identidad de la hija de los peticionantes, no solo en la intimidad familiar sino también dentro del ámbito de sus relaciones sociales enmarcado por la influencia de la cultura japonesa, a la que adscribe la familia, ello constituye un "justo motivo" en los términos del Art. 15 de la ley 18248."

TEXTO COMPLETO

Buenos Aires, febrero 11 de 2002

Y VISTOS;; CONSIDERANDO:

I) Por recibidas las actuaciones, téngase presente el dictamen que antecede.//-

II) Se agravian los apelantes de la decisión adoptada en la resolución recurrida de fs. 43/44, mediante la cual se desestimó la petición que los mismos formularon en autos, a fin de obtener la adición del nombre "Sayuri" al de la hija de ambos, menor de edad, María V. T., con el que fue inscripta por aquellos en razón de que al momento de realizar la inscripción del nacimiento de la hija no se les habría permitido anotarla como "Sayuri", nombre con el cual sería conocida la niña tanto en su vida de relaciones familiares y sociales como en el ámbito escolar.-

III) El nombre de las personas es el medio de identificación de ellas dentro de la sociedad. Se componedel pronombre o nombre de pila, que es el elemento característicamente individual de la designación, y del apellido, que consiste en la designación común de los miembros de una misma familia o estirpe, y que cada individuo lleva en razón de pertenecer al grupo al que corresponde ese apelativo (conf. Rivera, Julio César, "Nombre de las personas naturales", en (conf. Belluscio - Zannoni, "Código Civil Comentado", T° 1, Pág. 359)). El nombre constituye un atributo de la personalidad y a la vez una institución de policía civil, esto es, un derecho-deber de identidad, ya que tiende tanto a proteger derechos individuales cuanto los que la sociedad tiene en orden a la identificación de las personas (conf. Rivera, ob. Cit., Pág.. 386).-
Por ello, uno de los caracteres del nombre de las personas físicas es su inmutabilidad, y en tal sentido el Art. 15 de la ley 18248 dispone que después de asentados en la partida de nacimiento el nombre y el apellido no () podrán ser cambiados o modificados, más no se trata de un principio absoluto, puesto que el mismo precepto admite el cambio o modificación mediante resolución judicial cuando existieran justos motivos, los cuales deben ser apreciados según las circunstancias de cada caso, y a cuyo fin habrá de confrontarse los valores que protege dicha regla legal, en contraste con las motivaciones que fundan la pretensión de conmoverlo, reduciéndose el problema, de tal forma, a un juicio estimativo de los valores en pugna.-
Es que frente al orden y seguridad que inspira le principio de la inmutabilidad del nombre, pueden hallarse otros no menos atendibles que, aún cuando respondan a intereses particulares, puedan merecer la tutela del orden jurídico, siempre que no se conmueva la esencialidad de dicha regla, considerada fundamental en la materia (conf. Cnciv, Sala F, LL 1987-E-184).-
La noción de "justos motivos" que autorizan a apartarse del principio de inmutabilidad del nombre excluye toda razón frívola, toda causa intrascendente, toda justificación que no se funde en hechos que agravien seriamente los intereses materiales, morales o espirituales del sujeto que aspira a obtener una modificación de su nombre; para su apreciación el juez se encuentra facultado a examinar con amplitud de criterio las distintas situaciones propuestas, en especial cuando no se afectan de ningún modo los principios de orden y seguridad que tiene a afirmar aquel principio (conf. Cnciv, Sala E, del 17/6/99, "L.N.A. s/información sumaria).-
Y aunque el simple uso de un nombre distinto al propio no autoriza por sí solo su alteración, tal hecho prolongado en el tiempo, de modo que la persona sea públicamente conocida de esa manera, posee en cambio idoneidad para reforzar la causa en que se sustenta el pedido de cambio (Conf. CNCIV, Sala F, precitado; también esta Sala B.R. 198.155 del 17/7/96), el que, por sus alcances, no se observa que afecte las razones que dan fundamento al criterio establecido en el Art. 15 de la ley 18248, ya que la adición pretendida por la accionante no es susceptible de producir perjuicio alguno sobre los valores de orden y seguridad ya señalados, en tanto que la agregación del nombre Sayuri -por el cual la recurrente es conocida conforme surge de las probanzas incorporadas a las

actuaciones- conduce a reforzar la identidad de la hija de los accionantes no sólo en la intimidad familiar sino también dentro del ámbito de sus relaciones sociales enmarcado por la influencia de la cultura japonesa, a la que adscribe la familiar, todo l cual constituye - a criterio del Tribunal un "justo motivo" en los términos de aquel precepto (conf. CNCIV, Sala B, R. 290.947 del 13/3/00), máxime a tenor de lo dispuesto en los Arts. 3, Ap. 1 y 8 , Ap. 1, de la Convención de los Derechos del niño -de rango constitucional (conf. Art. 75, inc. 22 CN)- el primero de los cuales impone a los Estados Partes a considerar primordialmente el interés superior del niño de que se trate en todas la medidas que lo conciernen que adopten -entre otros- sus órganos judiciales- y el restante el deber de valer porque se respete el derecho del niño a preservar su identidad, la que en la especie se configura con la adscripción de la niña y su grupo familiar a la cultura japonesa.-
Como señalara uno de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz d un pasadoque -aprehendido- permita reencontrar una historia única irrepetible (tanto individual como grupal) es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura"; y agregó que "la dignidad de la persona está en juego, porque es la específica "verdad personal", es la cognición de aquello que se es realmente, lo que el sujeto naturalmente anhela poseer, como vía irremplazable que le permita optar por proyectos de vida, elegidos desde la libertad (voto del Dr. Enrique S. Petracchi in re "Müller" citado por el Dr. Ulla, CS Santa Fe, "A, M. c/L.C.L." en LL, 1992-D-536);; en tal orden de ideas, la adición del término "Sayuri" a los nombres de pila con que fue anotada en su momento la niña, además de -como quedo dicho- no ocasionar perjuicio alguno respecto de aquellos valores de seguridad y orden, contribuye a reafirmar la identidad y personalidad de la misma en sentido acorde con los valores a los que adhiere por herencia genética y cultural.-

IV) En consecuencia de lo expuesto, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Defensor de Menores de Cámara a fs. 59/60 y habiéndose expedido a fs. 62/63 el Sr. Fiscal de Cámara, se resuelve: revocar la resolución apelada de fs. 43/44 y hacer lugar a lo solicitado en el escrito de fs. 8/9, por lo que se adiciona al nombre de pila Sayuri a aquél con que fue inscripta María V. T.. A los fines de la rectificación correspondiente, se librará oficio al Registro del Estado Civil y la Capacidad de las personas.//-
Notifíquese y devuélvase

Fdo.: LUIS LOPEZ ARAMBURU - GERONIMO SANSO - FELIX DE IGARZABAL

La Defensa Del Nombre, La Identidad Y La Intimidad De Las Personas Físicas –

Crovi, Luis D. - Jurisprudencia Argentina – 2002 - Jurisprudencia anotada JA 2002-II-452

"… Sostiene la actora en su demanda que la utilización de su nombre en la tarjeta de "Telecom" importa una usurpación de su nombre, en los términos del art. 21 ley 18248 y, en base a ello, reclama la supresión de su uso y el pago de los daños y perjuicios derivados de su uso indebido. …"

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, junio 19 de 2001.

El Dr. Moreno Hueyo dijo:

Contra la sentencia definitiva de fs. 552/557, que rechazó en todas sus partes la demanda de la actora, con costas a su cargo, se alza la perdidosa, quien vierte sus quejas en la memoria de fs. 575/586, contestada por la contraparte de fs. 539/596.

En su extenso y desordenado capítulo de agravios, la actora se alza contra las conclusiones de la juez de grado, señalando: a) Que no se han tenido en cuenta las cartas documento cursadas por la Srta. Pugliese en el mes de abril del año 1997 en las que se intimaba a la demandada para que cesara de utilizar su nombre y prenombre en una "tarjeta" de publicidad de la accionada "Telecom S.A.", no obstante lo cual continuó la demandada con su campaña publicitaria en diarios y casetes y afiches callejeros, vulnerando con ello de manera ilegítima el uso de su nombre y prenombre y violando a la vez el derecho de su intimidad, claramente amparado en el art. 1071 bis CCiv.; b) Se alza también porque, en su particular interpretación, la juez de grado habría prescindido de meritar como corresponde la prueba testimonial agregada al expediente, con la cual pretende probar la profunda afectación que le produjo el observar que la demandada hacía uso de su nombre y prenombre sin haber obtenido su previa autorización (testimonios de fs. 311/a fs. 314); c) Se agravia también el fallo porque la juez de grado, siempre en interpretación del quejoso, no habría merituado ni receptado la circunstancia de que la campaña propagandística realizada por la demandada utilizando el nombre de la actora en una tarjeta habría coincidido en el tiempo con el debate que se suscitó sobre el denominado "rebalanceo de las tarifas telefónicas", dado que en esas fechas las actuaciones tenían estado judicial, habiendo llegado la demandada por la vía del recurso extraordinario por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se pregunta la actora ¿por qué debió verse involucrada con su nombre y prenombre en las publicidades de la empresa, vale decir, como tomando partido a favor de la compañía privada telefónica, cuando su posición al respecto era diametralmente la opuesta? (fs. 577 y vta. de la memoria en estudio); d) Se agravia también porque no se tuvo en cuenta que la actora cursa la carrera tendiente a obtener la licenciatura como trabajadora social en la Facultad de Ciencias Sociales (fs. 367/368 de autos) y que dentro de este marco, resultaría dañoso para la actora para su futuro desarrollo como profesional del trabajo social, verse incolumbrada en campañas publicitarias de empresas privadas y "sospechada" de obtener recursos por esta vía, máxime cuando sus conocidos y relaciones sociales saben perfectamente bien de su fundamentada oposición a la forma en que se implementó la privatización del servicio telefónico en la ciudad de Buenos Aires; e) En el denominado cuarto "agravio" (fs. 578 vta. de la memoria en estudio) la actora se duele por la afirmación hecha por la jueza de grado en el sentido de que "más remota aún resulta la posibilidad de alguna vinculación de su nombre con la campaña de revalúo de la empresa telefónica, toda vez que aquella publicidad no guardaba ninguna conexión con aquella"... f) Se agravia a continuación la quejosa porque la jueza afirma que "tampoco se advierte en la campaña publicitaria violación al derecho a la intimidad o a otros aspectos personales y que la cuestión propuesta no puede encuadrarse en el art. 1071 bis CCiv. Para fundar su aserto, la actora vuelve a reproducir in extenso las declaraciones de sus testigos (ver fs. 580/581 de la memoria en estudio), los cuales ya habían sido mencionados y comentados también in extenso a fs. 583/584 para tratar de convencer de que de los dichos de los referidos testigos surgiría que la actora se encontraba bastante "dolida" y "afligida" por la campaña publicitaria realizada por la compañía demandada con el uso de su nombre y prenombre en la tarjeta; g) Finalmente, se alza la quejosa contra el fallo porque la juez de grado, en sus "considerandos", llega a la conclusión de que "no medió en el caso intromisión arbitraria en la esfera privada de la reclamante, ni perjuicio concreto y en consecuencia, la acción no puede prosperar". Para fundar su aserto, vuelve a insistir la quejosa en los dichos de sus testigos y la prueba instrumental agregada al expediente, sin perjuicio de profusas citas de doctrina y jurisprudencia referidas al concepto del daño moral, su contenido y esencia, su completa independencia del daño material y su carácter claramente resarcitorio.

A esta altura del discurso, no puede sino poner de manifiesto la evidente insuficiencia de la memoria en estudio del punto de vista formal y a la luz de lo dispuesto en el art. 265 CPCCN. (1). En efecto, más allá de que la memoria **no hace una "crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas"** -como lo exige la cláusula citada- ni explica en qué habrían consistido los pretensos errores que se adjudican al fallo de origen, lo que sobre todo se destaca es que el grueso del contenido del memorial de agravios es fiel reproducción de los argumentos vertidos por el actor en el escrito liminar de apertura de instancia de fs. 45/53 y sobre todo, de los vertidos en el alegato de bien probado de fs. 538/546, que me preocupé de analizar in

extenso. Todo lo expuesto basta de por sí para declarar la deserción del recurso (art. 265 del ritual) porque, como tantas veces lo ha dicho esta Cámara Civil, no conforma una expresión de agravios en sentido técnico-jurídico y a la luz del art. 265 CPCCN. el escrito en que el quejoso se limita a expresar y poner de manifiesto su particular y subjetiva discrepancia con la fundamentación jurídica que vertebra el fallo y tampoco lo es el memorial en que el quejoso se limita a hacer largas transcripciones y reproducciones de escritos de las partes de fecha anterior al fallo apelado (fallos publicados JA 1978-IV, síntesis de C. 2ª Civ. y Com. La Plata; JA 1978-III, síntesis de la C. 4ª Civ. y Com. Córdoba; JA 1978-III, síntesis de la C. Civ. y Com. Santa Fe; JA 1977-IV, síntesis de la C. Fed. Resistencia; JA 1977-IV-síntesis de la C. Nac. Civ., sala D). Pero, sin perjuicio de lo expuesto, para dar plena satisfacción al perdidoso y en aras a la garantía de la defensa en juicio, de clara raigambre constitucional, pasaré a analizar el contenido de la queja en tratamiento. El primer argumento del apelante es que la inserción del nombre de la actora en una tarjeta de la demandada y su difusión en medios publicitarios y afiches callejeros importa una clara violación al derecho a su intimidad, claramente consagrado en el art. 1071 bis CCiv. Adelanto que en mi criterio ello no es así. Como bien señala la demandada a fs. 134 y ss. del responde demanda, el nombre propio que aparece impreso debajo de la tarjeta no es relevante a los fines de la publicidad porque lo que se promociona es el producto que Telecom ofrece a sus usuarios y no la utilización de un nombre. El beneficio perseguido derivaba exclusivamente de la utilización del producto por parte del público a quien la promoción estaba dirigida y en ningún supuesto se proyectó obtener -y de hecho no se obtuvo- beneficio alguno como consecuencia del uso del nombre inserto en la tarjeta.

El art. 1071 bis CCiv. dice que: "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... será obligado a cesar en tales actividades... y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez de acuerdo con las circunstancias". La pregunta a formularse es entonces la siguiente: ¿la sola mención del nombre de la actora en la tarjeta publicitaria importa por ese solo hecho un atentado o una vulneración al derecho a la intimidad de la aquí actora? Juzgo que la respuesta negativa se impone en razón de lo siguiente: el Dr. Santos Cifuentes, que ha estudiado en profundidad este tema de los derechos personalísimos, señala concretamente que la intimidad es "el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones de su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos". Aclarando más el concepto, agrega el citado jurista que "es simplemente la posibilidad de intimar cuyos ataques pueden ser las injerencias en la vida independiente y propia, del hogar y de la familia; ser copiado, atisbado, observado y acosado. Ello comprende las declaraciones penosas, falsas o fuera de propósito acerca de la persona, la revelación pública de asuntos privados, como experiencias, luchas, pasiones personales, sentimientos y pensamientos individuales, vicisitudes y desgracias, accidentes y defectos físicos, el hostigamiento de la persona, como observarla indiscretamente, acosarla a preguntas, exponerla a llamados telefónicos molestos" (Santos Cifuentes, "Los derechos personalísimos", p. 342). En el caso publicado en JA 1994-III-39, de la C. Nac. Civ., sala M, se dijo que los requisitos para la aplicación del art. 1071 bis CCiv. son: a) El entrometimiento en la vida ajena y que dicha intromisión sea arbitraria; b) Que de acuerdo con las circunstancias de personas, tiempo y lugar la interferencia perturbe la intimidad personal y familiar del perjudicado. Naturalmente que en este campo el margen de apreciación judicial es muy extenso, para ello se deberá tener en cuenta en especial la personalidad del afectado, el ámbito en que se desenvuelve, la naturaleza de la intrusión, la finalidad perseguida, el medio empleado, la incidencia futura que pueda tener sobre la vida familiar entre otros factores y parámetros (conf. Goldenberg, "La tutela de la vida privada", en LL 1976-A-588).

En el conocido caso de "Servini de Cubría, María R." (JA 1992-IV-18 y ss.) se analizó en profundidad el derecho al honor y a la intimidad de las personas frente a los avances constantes de la prensa y medios masivos de comunicación, a cuyo efecto se citó la opinión de Juan Bautista Alberdi, para quien: "La prensa no es escollera para asaltar la familia y su secreto; no es llave falsa para violar la casa protegida por el derecho público; no es el confesionario católico que desciende a la conciencia privada. El que así la emplea prostituye su ejercicio y la degrada más que los tiranos" (conf. "Cartas quillotanas", p. 95).

No voy a comentar aquí el extensísimo fallo de la Corte Suprema de la Nación recaído en la causa citada, pero me permitiré sí poner el acento sobre un aspecto que estimo fundamental y es el decisivo y relevante papel que se adjudicó al juez de los hechos para determinar, caso por caso, si la noticia periodística o televisiva o propagandística afectó o no el derecho al honor o la intimidad de la persona. Allí se dijo "que, dada la riqueza de matices de la realidad la solución de los conflictos particulares requiere de modo imprescindible el análisis cuidadoso del caso por caso. Y esa es precisamente la tarea de los jueces, únicos habilitados para revisar la razonabilidad, en cada caso, de las soluciones. Que ciertamente el análisis de `caso por caso' y su definición ha sido encargada -como es propio de un sistema republicano de Gobierno- a su poder independiente, que es el encargado de velar en los conflictos sometidos a su decisión por la preeminencia de la Justicia. El destierro de la venganza privada y el monopolio estatal de la fuerza, esenciales en una sociedad civilizada, exigen de suyo el recurso a los

jueces, principio que es válido para la generalidad de las controversias, incluyendo aquellas en las que están en juego derechos como la libertad de expresión sin censura previa (arts. 14 y 33 CN. [2]) y en la solución de los casos particulares débese atender, para no incurrir en un pragmatismo simplista, no sólo a sus circunstancias de hecho sino también a principios generales rectamente entendidos". En este orden de ideas y en el conocido y resonante caso "Ekmekdjian, Miguel Á. v. Sofovich, Gerardo y otros" (JA 1992-III-199), la Corte Suprema condenó al demandado a resarcir al actor el daño moral que le provocó la difusión de comentarios de Dalmiro Sáenz, que se expresó en forma soez y burlona con respecto a la figura de Cristo y de la Virgen María, ofendiendo gravemente las profundas convicciones religiosas del actor Sr. Ekmekdjian. En este caso, si bien el alto tribunal consideró viable la indemnización reclamada por la violación al derecho de intimidad del actor, lo hizo porque se trataba de una ofensa de gravedad sustancial, es decir, no una mera opinión disidente con la sostenida por el afectado sino una verdadera ofensa generada en una superficial afirmación sin siquiera razonable apariencia de sustento argumental. En estas condiciones la afirmación provocativa de Sáenz invade los sentimientos más íntimos del afectado convirtiéndose así en un agravio al derecho subjetivo de sostener tales valores trascendentales frente a quienes, sin razón alguna, los difaman hasta llegar al insulto soez, con grave perjuicio para la libertad religiosa.

En el conocido caso "Ponzetti de Balbín, Indalia v. Editorial Atlántida S.A." (JA 1985-I-513) el tribunal cimero del país hizo lugar a la acción deducida por los actores con fundamento en una clara violación al derecho a la intimidad personal de la familia del Dr. Ricardo Balbín (art. 1071 bis CCiv.) a raíz de una publicación hecha por la editorial demandada en la que aparecía el conocido hombre público agonizando en la sala de terapia intensiva de la clínica en la que era atendido por una grave dolencia. En la parte que nos interesa, dijo el alto tribunal que "la protección del ámbito de intimidad de las personas tutelado por la legislación común no afecta la libertad de expresión garantizada por la Constitución ni cede ante la preeminencia de ésta; máxime cuando el art. 1071 bis CCiv. es consecuencia de otro derecho inscripto en la propia Constitución, también fundamental para la existencia de una sociedad libre; el derecho a la privacidad consagrado en el art. 19 CN., así como también en el art. 11 inc. 2 y 3 del Pacto de San José de Costa Rica según los cuales nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de sus amigos, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación y toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques".

Y bien, teniendo en cuenta los mencionados precedentes y analizado el caso sometido a decisión, juzgo, al igual que la sentencia de grado, que la simple inserción del nombre de la actora en esta tarjeta de la demandada, sin ningún otro dato que permita conectar la persona de aquélla (fotografía, datos personales, domicilio, etc.) no alcanza a afectar en modo alguno el ámbito de su privacidad, a la luz de lo dispuesto en el art. 1071 bis CCiv. No advierto intromisión "arbitraria" en la intimidad, ni nada con virtualidad suficiente como para provocar la reacción del reclamante; no ha sido objeto de burla, ni de escarnio, nada ha sido publicado que afecte su vida íntima, ni su conducta pública o privada, ni sus más íntimas convicciones religiosas y/o filosóficas, ni advierto tampoco maniobra alguna tendiente a espiar, fisgonear o amendrentar al actor en forma alguna. Por todo lo expuesto, juzgo que la demanda resarcitoria deducida por la actora con pie y fundamento en la vulneración del art. 1071 bis CCiv. carece de fundamento y debe ser desestimada de plano, como bien lo resolvió la a quo.

Pasaré a analizar ahora el segundo aspecto del reclamo, que concierne a la pretensa violación por parte de la demandada del derecho al nombre de la actora.

Sostiene la actora en su demanda que la utilización de su nombre en la tarjeta de "Telecom" importa una usurpación de su nombre, en los términos del art. 21 ley 18248 y, en base a ello, reclama la supresión de su uso y el pago de los daños y perjuicios derivados de su uso indebido. La demandada, a su turno, resiste la pretensión actora invocando argumentos de hecho y de derecho en sustento de su postura, y la sentencia apelada, en definitiva, rechaza la pretensión de la actora, con cita oportuna de doctrina y jurisprudencia.

Dice así el art. 21 parte 2ª de la ley citada: "Cuando fuera -el nombre- utilizado maliciosamente para la designación de cosas o personajes de fantasía y causare perjuicio moral o material podrá demandarse el cese del uso y la indemnización de los daños". Hay dos razones por las que considero que la pretensión actora, en el caso, carece de asidero y sustento legal y son las siguientes: a) En primer lugar, hay una importante corriente extranjera y también nacional, encabezada por Orgaz, Spota, Borda y Llambías, para quienes lo que está en juego en esta materia no es una cuestión de lesión del derecho del nombre sino el honor y el buen crédito de una persona. De la misma opinión es el Dr. Adolfo Pliner en su trabajo "La ley del nombre" (JA 1969- Sec. Doctrina-484 y ss.), para quien "es muy difícil discriminar la tutela del honor de la tutela del nombre y hay que terminar por reconocer que una misma acción puede tender a obtener la satisfacción contra el simultáneo menoscabo de ambos valores. Y si ese menoscabo se produce por la utilización ilícita de nuestro nombre, es la defensa específica de éste lo que va a darle forma a la acción". Desde este perfil, y si como creo haber demostrado en los párrafos que preceden de este mismo voto, en el caso no se encuentra vulnerada ni la intimidad, ni el honor, ni ningún otro de los derechos personalísimos de la actora, la misma suerte debe correr el paralelo reclamo de la usurpación del nombre, toda vez

que, como acaba de explicarse, lo que está en juego es siempre el honor y los derechos personalísimos de la persona y en consecuencia, la solución debe ser idéntica en ambos supuestos; b) Y la segunda razón por la que entiendo que la pretensión de la actora no puede recibir favorable en la especie es porque, de acuerdo al art. 21 Ley del Nombre 18248 (3), el nombre de la persona debe ser utilizado maliciosamente por el demandado para la designación de cosas o personajes de fantasía... Y como dice **el profesor Llambías** -citado en el fallo de grado- la palabra "maliciosamente" importa la intervención de mortificar, de hacer burla o escarnio con la utilización del nombre ajeno. "Pero -agrega el insigne tratadista- el uso inocente no da lugar a la acción" (Llambías, "Parte General", t. I, p. 340). El **maestro Borda** participa de la misma opinión. Dice que debe entenderse por maliciosa "no sólo la intención de mortificar a la persona o su familia sino también su utilización para designar un personaje inmoral o ridículo, sin preocuparse ni poco ni mucho por la eventual coincidencia y con el nombre de la persona viva". Y añade el autor acerca de la "malicia" que "particularmente la hay cuando se utiliza el apellido perteneciente a una sola familia o a un reducido núcleo de familias pues en ese caso la intención de inferir un agravio o molestia debe presumirse ya que el autor pudo apelar a apellidos que por su generalidad y difusión impiden casi siempre que la conducta moral del personaje pueda importar siquiera una insinuación referida a determinadas personas" (Borda, Guillermo, "Tratado...", Parte General, t. I, ps. 326/327). En el caso "Chipy, Aída y otros v. Producciones García Ferré S.A." (JA 1981-II-611) por usurpación y utilización maliciosa del uso del nombre de la actora, la C. Nac. Civ. hizo lugar a la acción pero por circunstancias fácticas distintas a las que aquí se plantean. En efecto, en el caso citado, la demandada, en cortos publicitarios televisivos utilizaba un muñeco extraño individualizado como el dragoncito "Chipy" que además tenía la forma grotesca de un porcino y por esa elemental circunstancia el tribunal interpretó que la demandada había hecho un uso "malicioso" del apellido del actor.

Y en el caso publicado en JA 1993-II-687 y ss., fallado por la C. Nac. Civ., sala F, se trataba de un hombre casado y luego separado de su cónyuge que en los últimos años de su vida convivió con una segunda mujer. Fallecido J. M. C. B., se comprobó que la compañera del causante utilizaba su apellido precedido de la partícula "de" haciéndose pasar por su cónyuge legítima y con manifiesto perjuicio material y moral inferido a esta última y a su hija. En el caso, se hizo lugar a la demanda de la actora, porque el uso indebido del apellido del causante, por quien no era ni fue nunca su cónyuge legítima importaba claramente la posibilidad de confusión entre ambas personas, con el evidente escarnio y escándalo social que ello pudiera traer aparejado.

Repito que estos casos difieren radicalmente con el actual en lo que hace a los hechos fundantes de la pretensión y por esa razón es perfectamente justo y razonable que la solución del caso haya resultado distinta.

Coincido plenamente con el Dr. Fernando Cermesoni al establecer como principio que un autor no tiene derecho a denominar a sus personajes con el nombre de personas conocidas "para avergonzarlas". Así, se ha establecido que constituye una usurpación dar el apellido del demandante a un caballo de carrera o en una obra literaria a un personaje grotesto o irónico; hacer alusiones a la vida privada en representaciones teatrales refiriéndose a personajes políticos o conocidos; imputar defectos ajenos, aventuras contrarias al carácter u opinión que de la persona se tiene; atribuir los derechos o prerrogativas de familia, etc. En todos estos casos corresponde ordenar la supresión o cambio del personaje, pudiendo disponerse que la supresión no deberá consistir solamente en cambiar la ortografía del nombre conservándose la misma pronunciación (conf. "Tratado...", p. 64; Salvat, "Parte General", p. 122; García Moreno, "Código Civil alemán", p. 18; Rodríguez, Alberto J., "Revista del Centro de Estudiantes de Derecho", año X, n. 62, p. 935).

Y toda vez que en el caso no se presenta ninguna de las mencionadas circunstancias fácticas, juzgo que la demanda debe ser desestimada de plano.

Por todo lo expuesto, expido mi voto en el sentido de que se confirme el fallo apelado en todo a cuanto decide, manda y ha sido objeto concreto de agravios por la actora perdidosa. En cuanto las costas del juicio, entiendo que deben ser distribuidas en el orden causado en ambas instancias, por lo abstracto del problema en tratamiento y las distintas excepciones que tanto la doctrina y jurisprudencia han acordado al tema del honor de las personas, tema que a la fecha no se encuentra resuelto de manera definitiva.

El Dr. Degiorgis por análogas razones adhiere al voto precedente.

La Dra. Estévez Brasa dijo:

Lamento disentir con el estudiado voto del Dr. Moreno Hueyo. Y, contrariando el estilo de esta vocalía, esta disidencia irá en primera persona en atención a la materia en análisis.

En primer término he de decir que, habiendo adherido el Dr. Degiorgis a la propuesta del distinguido colega

preopinante, mi voto carece de fuerza decisoria, razón por la cual me limitaré a formular algunas cuestiones que me suscita la decisión habida en este caso.

Curiosamente, la sentencia contiene in fine un párrafo que integra los agravios, según se cita asimismo en el voto en estudio. Así dice, "no medió en el caso intromisión arbitraria en la esfera privada de la reclamante, ni perjuicio concreto, la acción no puede prosperar".

Y sólo tal afirmación sirve -a mi criterio- para justificar el uso de la primera persona de este voto y preguntarme -y también preguntarnos-: ¿Qué sentiría cada uno de nosotros si, sin ninguna advertencia previa y, por supuesto, sin nuestro consentimiento, viéramos nuestro nombre incluido en la publicidad de una importante empresa privatizada, la cual hace gala de una absoluta indiferencia en cuanto a la aprobación -o no- de su actitud por parte de los ciudadanos del país en el cual desarrolla sus actividades?
En mi opinión, esa conducta comporta, por sí sola, una turbación total de la intimidad y del respeto que la persona y el signo que la caracteriza y distingue merecen.
¿Cómo podría no identificar tal autoritarismo y desprecio por la identidad de los demás, con una suerte de malicia sui generis?

Aún sin referirme a todos los aspectos que integran el presente -e interesante- caso, en atención a mi aquí minoritaria postura, entiendo que debe acogerse la demanda.

Acaso pueda ser pertinente recordar algo que dije en un breve ensayo aparecido ya hace tiempo pero cuya tesis -hasta ahora- sigo manteniendo.
Dije entonces: "Ver el nombre como derecho real, en una aspiración por definir su naturaleza frente a lo controvertido de la discursión doctrinaria al respecto, sería excesivo. Aun apuntando que no deja de ser un derecho del hombre, absoluto, exclusivo y perpetuo, sobre esa cosa incorpórea que lo caracteriza en su tránsito por la vida. Es una intangibilidad bastante tangible".

Aclarando a continuación que veía al nombre como un derecho de la personalidad y que la doctrina, en forma mayoritaria, lo consideraba una institución compleja. Y a continuación, señalaba los puntos siguientes: "a) el nombre es obligatorio; b) es inalienable; c) es inmutable; d) es imprescriptible; e) es único; f) es una institución jurídica sui generis; g) es derecho-obligación; h) interesa al orden público. En gran parte, estos puntos coinciden con aspectos estudiados por la doctrina, así como a disposiciones legales sobre caracterización de nombre. De ello podría agregarse la indivisibilidad y necesidad, también atribuidas al nombre".

Y continuaba: "La ley 18248 caracteriza al nombre como derecho-deber. No participo de la crítica que se ha formulado a esta definición legal, que me parece perfectamente coherente con el sentido intrínseco del instituto. Por otra parte, casi puede aceptarse apriorísticamente, y por supuesto que corriendo el riesgo que entraña toda generalización, que todo derecho tiene un deber como contrapartida.

"La incidencia que la institución del nombre tiene sobre el orden público, por su estrecha vinculación con el medio social, en cuanto no es sólo atributo del individuo, sino del individuo en su relación con el ámbito en que vive, justifica la protección legal".

Y sigue: "No obstante, entiendo que la calificación del nombre como `derecho de la personalidad', comprende todas las situaciones que le son propias, si se atiende a sus características únicas. En este particular caso, me parece que la riqueza de contenido de la institución jurídica del nombre, permite que, caracterizándolo como `derecho de la personalidad' queden ya señaladas allí, vigorosamente, sus demás notas: una suerte de propiedad incorpórea, esa `institución de policía civil' como muchos ven al nombre y su carácter sui generis que, sin duda, posee. Por eso, acepto que el nombre es erga omnes".

Y también: "Lo que queda dicho es importante en cuanto a la protección del nombre porque permite escindir las acciones tuitivas, consagradas por la ley pertinente, y las de daños y perjuicios. Es decir: una cosa es la acción de reclamación y la de impugnación que la ley 18248 contempla en sus arts. 20 y 21 y otra la de daños y perjuicios - que la ley menciona `sin perjuicio de la reparación de los daños si los hubiere', dice el citado art. 21 - que las circunstancias permisivas de la acción protectora del nombre puedan conllevar -a la vez- para el demandante".

Recordaba asimismo a Pliner ("El nombre de las personas", 1966, p. 117) "quien advierte que se confunde conceptualmente entre la denominación de las personas objetivada en el nombre y el derecho que puede tener la persona que lo lleva sobre ese signo suyo". Y continuaba: "Pareciera que, en casos, también de la misma manera,

pudieran confundirse las acciones tuitivas del nombre con la acción de daños y perjuicios, no sólo por uso indebido del nombre, sino por el agravio que tal uso es susceptible de conllevar. Es obvio que si se acepta el nombre como un derecho de la personalidad, debe indemnizarse a quien lo detenta en casos que el uso de dicho nombre por tercero pueda producirle agravio. Tal situación se ve reforzada si se compromete además la esfera ética, afectiva, social, etc."

Y termina: "En resumen: sin perjuicio de su calidad erga omnes el nombre es, en mi opinión, un derecho de la personalidad, dotado legalmente de protección jurídica mediante acciones típicas que pueden, a la vez originar una diferenciada reclamación por daños y perjuicios" (conf. "El nombre como facultad erga omnes", LL 1976-D-901).

Por lo dicho la propuesta es por la revocatoria de la sentencia planteada, coincidiendo en las costas por su orden, ya que, como bien señala el Dr. Moreno Hueyo, este "tema del nombre de las personas a la fecha no se encuentra resuelto de manera definitiva". En cuanto al monto indemnizatorio aparece adecuado, por todo lo expuesto, recibir las pretensiones de la actora; esto es: acordar un total de $ 30.000.

Debo aclarar asimismo mi postura en cuanto a fijar la indemnización en esta instancia.

En "La doble instancia" (DJ 28-III-2001) decía que "cuando el tribunal de apelaciones decide proponer al acuerdo la revocatoria de una sentencia se abre una doble opción: a) la remisión de los autos al tribunal de la anterior instancia a efectos de la fijación -si tal fuera el caso- de los montos pertinentes; o b) establecer el quantum de las peticiones que se propone recibir.

La C. Nac. Civ. adhiere a la decisión mayoritaria habida -hace cuarenta y cinco años- en el plenario "Gaggero de Simonetti, María y otros v. Bogopolsky, Yosué" (LL 79-492) "y da su adhesión a la postura rubrada. b) No obstante, mi opinión es que correspondería remitir los autos al tribunal de origen a efectos de la fijación de los montos, como forma de asegurar la bilateralidad del proceso".

Porque "si se atiende la norma constitucional que dispone `es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos' puede fácilmente concluirse que, entre la celeridad procesal -por cierto muy ponderable- y la seguridad para el justiciable de que todos sus reclamos son atendidos mediante la garantía de la doble instancia, aparece conforme con la justicia y la equidad, optar por esta última postura".

Mi voto es -como dije- por el acogimiento de la demanda. Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se resuelve: confirmar el fallo apelado en todo cuanto decide, manda y ha sido objeto concreto de agravios por la actora perdidosa. Las costas del juicio deben ser distribuidas en el orden causado en ambas instancias.- Julio R. Moreno Hueyo.- Carlos R. Degiorgis.- Teresa M. Estévez Brasa.

NOTAS:

(1) t.o. 1981, LA 1981-B-1472 - (2) LA 1995-A-26 - (3) ALJA 1969-A-413.

La defensa del nombre, la identidad y la intimidad de las personas físicas

Por Luis D. Crovi

SUMARIO

I. Introducción.- II. El caso resuelto.- III. El nombre y los derechos que surgen del mismo.- IV. El nombre y el derecho a la identidad.- V. La intimidad y el nombre.- VI. La protección de la ley 18248 .- VII. La solución del fallo comentado.- VIII. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

Una persona es siempre un ser único e irrepetible y una de las cualidades que contribuyen a marcar esa diferenciación es sin duda alguna su nombre. Esa designación, que la individualiza frente a su familia y a la sociedad, le corresponde sólo a ella, sobre ella cargará su prestigio, su fama, su recuerdo, o el olvido y la deshonra.

El nombre tiene varias características (indivisible, inalienable, inmutable), entre ellas, se señala que es "único" y de ello se deriva el derecho a que se respete el "uso exclusivo" de un nombre y el deber de "usar siempre el mismo nombre" en todas las relaciones jurídicas.

II. EL CASO RESUELTO

El fallo de la sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con el voto de los Dres. Moreno Hueyo y Degiorgis, confirma la sentencia de primera instancia y rechaza la demanda.

El pronunciamiento analiza en primer lugar si la conducta imputada a la demanda (haber usado el nombre de la actora en una campaña publicitaria) significó un ataque a la "intimidad" de la accionante. En este sentido, el alto tribunal consideró que la simple inserción del nombre de la actora en la tarjeta publicitada en modo alguno afectaba el ámbito de su privacidad al no vincularla con una fotografía suya, con sus datos personales, con su domicilio, etc.

El segundo aspecto que analiza el fallo que se comenta es si el uso del nombre de la actora en la tarjeta de "Telecom" importa una "usurpación" del nombre en los términos del art. 21 ley 18248 (ALJA 1969-A-413). Señala el tribunal que el nombre de la demandante no fue utilizado "maliciosamente" para designación de cosas o personajes de fantasía, sosteniendo con Llambías que "el uso inocente no da lugar a la acción".

El voto en disidencia de la Dra. Estévez Brasa califica al nombre no sólo como un atributo de la personalidad sino del individuo en su relación con el ámbito en que vive, es decir considerando al nombre como un "derecho de la personalidad" y, a su turno, como una especie de "propiedad incorpórea" que hay que proteger.

Por ello, concluye en minoría, si se entiende al nombre como un derecho de la personalidad, debe indemnizarse a quien lo detenta no sólo por "su uso arbitrario", sino por cualquier perjuicio que le ocasione el uso de su nombre por un tercero. Así las cosas, teniendo en cuenta que el art. 21 ley 18248 permite "la reparación de los daños si los hubiere", aconseja hacer lugar a la demanda y remitir el expediente al inferior para la fijación del monto indemnizatorio.

III. EL NOMBRE Y LOS DERECHOS QUE SURGEN DEL MISMO

Casi hay unanimidad en la doctrina al calificar al nombre como uno de los atributos de la persona (junto con la capacidad, el domicilio, el patrimonio y el estado).

Durante mucho tiempo se discutió si se podía considerar al nombre como un "derecho de propiedad" o, como sostiene la minoría en el fallo que comentamos, una "propiedad incorpórea" o especial.

Como señalan Planiol y Ripert, el origen histórico del error sobre la naturaleza del nombre viene de la idea del nombre feudal, o sea el nombre de un dominio llevado por una persona, que introdujo en el derecho la idea de la propiedad de los nombres. Esta manera de designar a la gente, según los señoríos que poseía, fatalmente condujo al error de confundir el nombre con la propiedad y si el nombre es una propiedad, la persona que lo lleva puede obtener que sea respetado por los demás, sin que necesite probar que la usurpación le causa un daño, porque su goce es necesariamente exclusivo, y el solo hecho de que sea poseído por otra persona constituye una lesión, cuya reparación puede pedirse judicialmente (1).

Como lo señala Pliner, hay que distinguir entre el nombre en sí mismo y los derechos que de él surgen. Tal como lo enseña Rivera, el nombre en sí mismo no es sino un atributo de la persona que contribuye a la individualidad del ser humano. De este atributo surge el "derecho subjetivo al nombre" y las acciones que lo protegen, como así también el deber de usarlo por el carácter de "institución de policía" que posee el nombre (2).

En ese sentido, la ley 18248 ha enfatizado que "toda persona natural tiene el derecho y el deber de usar el nombre y apellido que le corresponde de acuerdo con las disposiciones de la presente ley" (art. 1).

IV. EL NOMBRE Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD

Sin lugar a dudas, el nombre contribuye a la identidad de las personas. En una sociedad moderna no se concibe la

existencia de una persona sin una designación que la distinga de los demás, y aunque muchas relaciones jurídicas se llevan a cabo hoy sin invocar directamente nuestro nombre sino un número, una clave, una dirección electrónica; detrás de esos números, códigos simples o encriptados, está la persona (sujeto de derecho) con un nombre único e indivisible.

Afirmar que la individualidad está íntimamente ligada al nombre ha llevado a mencionarlo como un "derecho de la personalidad" (Borda) y hoy podríamos decir que dentro de los derechos personalísimos el que más se asemeja al nombre es precisamente el llamado "derecho a la identidad".

No hay consenso en la doctrina nacional y extranjera para definir los alcances del llamado "derecho a la identidad". Es sin duda un derecho personalísimo, con fisonomía propia y en nuestro país está consagrado constitucionalmente de manera expresa por la reforma de la Constitución Nacional (LA 1995-A-26) en el art. 75 inc. 17 y 19 CN.

Podría resumirse diciendo que el derecho a la identidad es el derecho a ser "uno y diferente a los demás", pero este derecho ha sido considerado por la doctrina desde al menos tres ángulos distintos:

Como el derecho que tiene el individuo a que no se desnaturalice ni altere su propio patrimonio cultural, político o religioso (Tobías-Rivera). Según Lorenzetti: "Es la manera en que un sujeto es reconocido en la sociedad que integra: su pasado, sus ideas, su participación social y todo el rol que desempeñe en la sociedad".

También se lo ha considerado como el derecho de cada individuo a conocer sus verdaderos orígenes biológicos (Lloveras). Este derecho encuentra hoy raigambre constitucional en los arts. 7 y 8 de la Convención para los Derechos del Niño (LA 1994-B-1689) (3).

Por último, algunos autores vinculan este derecho al respeto de la llamada "identidad sexual" (Medina), de modo de proteger las intervenciones quirúrgicas que tiendan a preservar no el sexo biológico sino el sexo psicológico, o la opción sexual de cada individuo.

Como lo ha señalado Centenaro en un reciente trabajo, la denominada "identificación" de la persona puede tener que ver, como lo observa Tommasini, con la identidad estáticamente considerada. Sin embargo, citando a Zenno-Zencovich recuerda que la identidad personal no puede limitarse a los datos registrales o al status del individuo y que "existen interesantes diferencias entre el Derecho a la Identidad Personal y el Derecho al Nombre. Una de ellas es que la identidad personal es susceptible de cambios conforme la evolución, mientras que el nombre, por el contrario, es prácticamente inmutable, con la excepción de los casos en que, por circunstancias debidamente acreditadas, sea posible obtener una autorización a tal efecto" (4).

V. LA INTIMIDAD Y EL NOMBRE

En el caso que analizamos, la actora alegaba que el uso indebido de su nombre había afectado su intimidad. Como ya lo hemos sostenido anteriormente, el fundamento del derecho a la privacidad se encuentra en el respeto a la persona humana como ser individual.

Hay quienes distinguen señalando que "privacidad no equivale a intimidad"; se argumenta que existe entre ambas, en todo caso, una relación de género a especie. La primera comprende el ámbito de las acciones de los individuos que no afectan a terceros y son privadas, aunque no haya limitaciones para el acceso público a su conocimiento, en tanto la segunda es una esfera de la persona protegida del conocimiento generalizado (5).

También se ha sostenido que "la autonomía del sujeto, entre otras cosas, impone la consideración de que es el propio individuo quien decide cuándo, dónde y bajo qué condiciones habrá de hacer pública determinada proyección de su propia personalidad. Cuando los hombres son expuestos al conocimiento de terceros sin su aprobación y a cuestiones que les comprometen su identidad, se produce una severa afectación de la dignidad misma de la persona humana, pues la identidad es el reflejo civil de la dignidad humana, por lo cual de la misma manera en que la afectación de la dignidad humana no tiene excepción, tampoco la tiene la perturbación o la violación de la identidad misma del hombre. Mediante la autonomía, el sujeto exterioriza positiva o negativamente su propia identidad (6).

Es cierto que la "zona de reserva" de la cual nos hablaba la profesora Zavala de González se ha visto sanamente

ampliada por nuestros tribunales, pero no todo lo que compromete la identidad de las personas afecta de por sí su intimidad. El uso ingenuo o malintencionado del nombre de una persona física no implica revelar aspectos de su vida íntima, ni entrometerse en su ámbito familiar, ni violentar su domicilio, ni sus papeles privados. El nombre no está precisamente protegido del conocimiento de los demás ya que precisamente tiende a ser divulgado o conocido por todos. Si alguien usa mi nombre no por ello se entromete en mi vida íntima, sino sólo habrá causado un perjuicio moral o material que deberá indemnizar en la medida que su accionar fuera malicioso, o que sea producto de un negligente accionar (art. 1109 CCiv.).

VI. LA PROTECCIÓN DEL NOMBRE EN LA LEY 18248

Señala Rivera, siguiendo a Pliner, que uno de los aciertos de la ley 18248 ha sido legislar las acciones tutelares del nombre superando en este aspecto a las legislaciones extranjeras que reglamentan el tema. Nuestra ley regula tres acciones: la de reclamación o reconocimiento del nombre (art. 20); la de impugnación, contestación o usurpación del nombre (art. 21 párr. 1º) y la acción de supresión de uso impropio del nombre, llamada de uso ilícito impropio o de defensa del buen nombre (art. 21 párr. 2º) (7).

La reclamación o reconocimiento del nombre es la acción que posee aquel a quien se le ha negado o desconocido el derecho a usar su nombre a impedir esa y, si correspondiere, a publicar la sentencia que así lo decida. De modo que el demandado tiene que haber negado que al actor le corresponda ese nombre, lo que puede suceder -como señala Spota- porque el demandado alegue que a él sólo le corresponde el nombre o por simplemente cuestionar que él pueda ser legítimamente usado por el actor (8).

El art. 21 ley 18248 establece: "Si el nombre que pertenece a una persona fuese usado por otra para su propia designación, ésta podrá ser demandada para que cese en el uso indebido, sin perjuicio de la reparación de los daños, si los hubiese.

Cuando fuere utilizado maliciosamente para la designación de cosas o personajes de fantasía y causare perjuicio moral o material, podrá demandarse el cese del uso y la identificación de los daños. En ambos casos, el juez podrá imponer las sanciones que autoriza el art. 666 bis CCiv.".

Enseña Belluscio que, para que sea procedente la acción de impugnación, contestación o usurpación, "el nombre del actor debe haber sido utilizado para individualizar una persona física; si lo hubiese sido para designar una cosa o un personaje de fantasía, correspondería ejercer la acción de defensa del buen nombre o acción de supresión que reglamenta la segunda parte del artículo" (9).

VII. LA SOLUCIÓN DEL FALLO COMENTADO

Cuando, como el caso de autos, se usa el nombre de una persona para designar a un "personaje de fantasía" (aquel que figuraba en la propaganda), descartado el ataque a la intimidad, la acción que en principio posee el titular afectado es la llamada "acción del buen nombre". En función de lo explicado, debe concluirse en que no le asiste razón al voto de la minoría en este fallo. No se puede encuadrar la conducta de la accionada en el primer párrafo del art. 21 ley 18248. Si alguna acción le cabe al demandante, ella es la prevista en el segundo párrafo del citado artículo.

Para la procedencia de esta acción, la ley requiere que el nombre sea utilizado "maliciosamente" por el presunto "usurpador". La doctrina ha criticado esta exigencia, pues el daño puede provocarse aún sin culpa del demandado y señalando que resulta prácticamente imposible probar la malicia en el empleo del nombre (10). Se cita como ejemplo el caso "Senillosa", en que el tribunal ordenó a la productora de una obra cinematográfica que suprimiera el nombre de un personaje de la película, sin que existiese intención maliciosa por parte de la accionada (11).

El voto en minoría habla de una "malicia sui generis" para reprochar la conducta de la demandada. Ello es "forzar" innecesariamente el texto de la ley. La norma es clara, requiere "malicia", y en esta materia -como lo señala el voto de la mayoría- malicia significa la intención de mortificar, de hacer burla o escarnio con la utilización del nombre ajeno.

Podemos criticar la norma y hasta podemos coincidir en que puede resultar dificultoso probar la malicia, o que una empresa de la magnitud de la demandada debió al menos preocuparse por tratar de verificar que el nombre

utilizado en una publicidad no perteneciera a ninguna persona física, o requerir de ella su consentimiento para tal uso. Todo ello nos puede llevar a concluir que la conducta de la demandada puede resultar reprochable, pero no podemos eludir el requisito exigido para la acción: la malicia.

Esto en modo alguno significa que la actora no hubiera podido demandar por "daños y perjuicios", pero ello no con fundamento en las disposiciones de la ley 18248 , sino en base a las disposiciones relativas a la responsabilidad por la comisión de hechos ilícitos (arts 1066 , 1068 , 1072 , 1074 , 1109 y concs. CCiv.).

VIII. CONCLUSIÓN

El nombre, la identidad y la intimidad suelen aparecer como elementos relacionados, pero evidentemente no son conceptos análogos. El nombre es un atributo de la persona del cual emanan derechos subjetivos, entre ellos la facultad de oponerse a su uso por terceros. El uso de un nombre no implica de por sí atentar contra la intimidad, aunque sí puede ocasionar un daño resarcible. Su reclamo podrá efectuarse por la vía prevista en la "ley del nombre" o mediante las normas que penan la comisión de ilícitos civiles.

El fallo comentado, en sus distintos votos, ha hecho una clara distinción de estos aspectos. La demanda fue rechazada pues la actora no logra probar una perturbación a su intimidad, y aparentemente no existió malicia por parte de la demandada al "usurpar" el nombre para una publicidad. Sin embargo, queda flotando en el aire la sensación de que algún perjuicio no fue reparado, que alguien no fue suficientemente compensado, o que la negligencia e impericia no fueron castigadas.

NOTAS:

(1) Conf. Planiol, Marcel, "Traité Élémentaire de Droit Civil", revisado y completado por Ripert, Georges, Parte A, 1946, París, p. 68, traducción Leonel Castro, Ed. Harla, México, 1998.

(2) Conf. Rivera, Julio C., "Instituciones de Derecho Civil - Parte General", t. I, 1998, Ed. Abeledo-Perrot, p. 615.

(3) El actual art. 328 CCiv. establece: El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad.

(4) Centenaro, Esteban, "El nombre de las personas naturales", en "Derecho Privado" - Libro Homenaje al Dr. Alberto J. Bueres, 2001, Ed. Hammurabi, p. 182.

(5) Villanueva, Horacio, citando a Tinant, Eduardo en "Los límites de la investigación penal sobre la víctima", JA 1999-IV-388 .

(6) Andruet, Armando S. (h.), "La autonomía de la persona frente a la globalización, en perspectiva jurídica" (ED 191-710).

(7) Rivera, Julio C., "El nombre en los derechos civil y comercial", 1977, Ed. Astrea, p. 79.

(8) Dice el art. 20 de la ley 18248 que "La persona a quien le fuere desconocido el uso de su nombre, podrá demandar su reconocimiento y pedir se prohíba toda futura impugnación por quien lo negare; podrá ordenarse la publicación de la sentencia a costa del demandado".

(9) Belluscio, Agusto y Zannoni, Eduardo, "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", t. 1, 1985, Ed. Astrea, p. 397.

(10) Rivera, Julio C., "El nombre en los derechos civil y comercial" cit., p. 86.

(11) CCiv. 1ª Cap., 28/11/1945, JA 1946-III-116, LL 40-928.

BIOETICA Persona por nacer: tutela jurídica; alcances; condición del ovocito prenucleado. Cita: ED, 185-407 Tribunal: CNCiv. , sala I Fecha: diciembre 3-1999 Tema: medidas precautorias. Núm. Interno: 49.760.

--------- **Sumario**--------

1. - En nuestro sistema legal el ser humano y todo ser humano es persona, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones; carácter que, no sólo se atribuye a la persona nacida, sino también la persona por nacer desde el momento de la concepción, siendo irrelevante que esta última se produzca dentro o fuera del seno materno.

2. - A partir de la concepción, **sea dentro o fuera del seno materno**, el ser humano es, en cuanto persona, titular de derechos, entre los cuales y ante todo, los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica.

3. - Aunque es obvio que al incluirse el art. 51 al código civil no se tuvo en miras la situación de los **embriones congelados**, ello no obsta a que el criterio subyacente a dicho precepto pueda aplicarse a este caso entonces no previsto, pues la existencia en el embrión del código genético determinante de su individualidad y conteniendo las pautas de su ulterior desenvolvimiento, no dejan dudas de que en potencia ya está en él -biológicamente- todo el hombre que será el futuro.

4. - El desacuerdo científico y filosófico sobre la verdadera naturaleza del ovocito prenucleado no puedeser dirimida por los jueces, pues las pautas que conducen a ver en el embrión una persona -concepción, signos característicos de humanidad- no bastan a tal fin, siendo que el ovocito prenucleado constituye una estructura biológica particular, distinta de los gametos masculino y femenino, que contiene los elementos que en pocas horas formará el embrión. En tales condiciones, a la hora de decidir sobre la suerte del mismo, la prudencia impone darle un trato semejante a la persona, de modo de preservar lo que sería un bien mayor -la vida de una persona-, postergando toda conducta que pudiera comprometerlo.

5. - Una vez producida la fecundación y concebido el nuevo ser humano, cualquier decisión que lo involucre debe respetar su dignidad y su derecho a la vida y a la integridad personal, a costa de los cuales no pueden ejercerse ni el derecho de los padres de procrear y ejercer sobre sus hijos la patria potestad, ni el de los médicos a desempeñar su profesión, ni el de las sociedades y asociaciones de comerciar y perseguir sus objetivos, ni el de los miembros de la comunidad de beneficiarse con los frutos de la investigación científica.

6. - A fin de preservar la tutela jurídica de embriones y ovocitos prenucleados, resulta necesario disponer que: a) el Señor Secretario de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por medio de quien corresponda, lleve a cabo un censo de embriones no implantados y ovocitos prenucleados existentes en el ámbito de dicha Ciudad, procediendo a su individualización, así como a la de los dadores de los gametos femeninos y masculinos; b) se prohíba toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos que implique su destrucción o experimentación; c) se ordene que toda disposición material o jurídica de los mismos -con excepción de su implantación en la misma dadora de los gametos femeninos con el consentimiento del dador de los gametos masculinos- sea concretada con intervención judicial y del Ministerio Público.

7. - La cuestión referida a la protección de óvulos fecundados sometidos al proceso de crioconservación no puede ser resuelta a través del instituto del amparo, toda vez que en el caso de los derechos de segunda -o tercera generación- no existe legitimación sin la concurrencia de alguien afectado a algún título, por el contrario dicho problema puede ser adecuadamente considerado por el instituto de la protección de persona previsto en el art. 234, inc. 3º del cód. procesal, pero circunscribiendo la decisión a los pro nasciturus existentes al presente (del dictamen del FISCAL ANTE LA CáMARA).

8. - La controversia científica existente en torno al carácter que debe atribuirse al ovocito prenucleado no puede ser definida por el Tribunal, sino que este debe -con prudencia y con mesura- inclinarse por la alternativa favorable a la vida y, a todo evento, causante de menores males, sin que ello pueda implicar una solución legislativa impropia de un Tribunal de Justicia (del dictamen del FISCAL ANTE LA CáMARA).

9. - El pro nasciturus se encuentra protegido por la normativa contenida en el Tratado sobre los Derechos del Niño -aceptado bajo reserva expresa de entender por niño al concebido- e incorporado a nuestra Constitución (art.75, inc. 22) "en las condiciones de su vigencia" (del dictamen del FISCAL ANTE LA CáMARA).

10. - Previo inventario de los pro nasciturus congelados en jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires, cabe hacer lugar al pedido de protección de personas, en los términos de los arts. 70 y sigtes. del cód. civil y arts. 234 y sigtes. del cód. procesal; debiendo el juez a quo determinar el modo de mantener con vida los ovocitos prenucleados de los que hagan abandono sus padres, mediante su dación en adopción u otro sistema que asegure su conservación y llegada a buen término, cuidando de minimizar los riesgos que pudieran darse durante el período de descongelamiento (del dictamen del FISCAL ANTE LA CáMARA).

11. - Teniendo presente que la tradición jurídica nacional ha remarcado el interés por la representación, amparo jurídico y protección social de todas las personas desde los primeros instantes de su vida, cabe concluir que, denunciada la existencia de embriones congelados -parte en forma de pronúcleos y parte definitivamente embriones-, parece absolutamente clara la legitimación del Asesor de Menores para actuar con miras a la

protección de esas vidas en desarrollo y requerir del servicio de justicia todas las medidas que permitan su amparo; se trate de las vidas que así se encontraren al momento del pronunciamiento como de las futuras que se pretende criopreservar (del dictamen del ASESOR DE MENORES DE CáMARA).
12. - Aun cuando la vida extracorpórea aparezca hoy como fácilmente fabricable, la bioética responde que no todo lo racionalmente posible, es " razonable" para la vida del ser humano, de modo tal que la sociedad toda y el principio de justicia que obliga a dar a cada uno lo suyo, exigen que se dé una explicación normativa para atender los planteos referidos a esa cuestión (del dictamen del ASESOR DE MENORES DE CáMARA).
13. - Desde la fecundación existe el sujeto de la bioética que es el ser humano y en razón de esa existencia el mismo posee una vida y una dignidad de las que debe dar cuenta el régimen jurídico para su amparo (del dictamen del ASESOR DE MENORES DE CáMARA).
14. - No sólo existe personalidad en el embrión sino también en el denominado preembrión y en el ovocito prenucleado, sin que los argumentos relativos a la alegada falta de unicidad y de individualidad del nuevo ser puedan significar un obstáculo a tal conclusión, ya que luego de la fecundación no podemos hablar de "no ser", y lo que "es" es ser humano para la biología, ser en acto para la filosofía y persona para nuestro derecho (del dictamen del ASESOR DE MENORES DE CáMARA).
15. - Ya que en los embriones u ovocitos prenucleados hay un verdadero sujeto de derecho, deben arbitrarse todos los medios que aseguren su dignidad, su vida y su identidad (del dictamen del ASESOR DE MENORES DE CáMARA).
16. - El régimen legal argentino resulta adecuado para amparar hoy la vida, la dignidad y la identidad de las personas por nacer, en el ámbito del derecho civil, pues los eventuales comportamientos excesivos derivados de los desarrollos científicos pueden ser acotados a través de medidas que no requieren una legislación civil de fondo, sino reglamentaciones adecuadas en el área de la salud pública y de la investigación biotecnológica (del dictamen del ASESOR DE MENORES DE CáMARA).
17. - La crioconservación de embriones u ovocitos prenucleados sin causas graves que hubieran obligado a ella -cuales la segura muerte de los mismos con motivo de un impedimento extraordinario originado imprevistamente en la mujer que los iba a recibir-, configura un acto de disposición de la vida de otro de características inaceptables, por lo cual corresponde que se ordene informar al juez sobre la situación de todos los casos de vida humana congelada, para que este de inmediato arbitre las medidas para su amparo, esto es, para su inmediato desarrollo en el útero de la mujer a la que pertenecen los óvulos o en el de quienes se ofrezcan a ese efecto (del dictamen del ASESOR DE MENORES DE CáMARA).
18. - La fecundación extrauterina es sólo un procedimiento excepcional y de exclusiva utilización en matrimonios, con gametos de sus integrantes a transferir en el seno de la cónyuge, ya que toda dación de gametos de terceros importa una insoportable violación al derecho a la identidad genética del por nacer y todo contrato de maternidad subrogada es una acto nulo en los términos del art. 953 del cód. civil, por la ilicitud de su objeto (del dictamen del ASESOR DE MENORES DE CáMARA). 19. - El destino concreto de todos los embriones u ovocitos prenucleados ya congelados debe resolverse con intervención del juez y del Asesor de Menores, así como toda futura congelación de vida humana sólo será posible en caso de contarse con autorización judicial y conocimiento de dicho ministerio pupilar (del dictamen del ASESOR DE MENORES DE CáMARA). 20. - Los derechos humanos de la persona por nacer -esto es, su vida, su dignidad y su identidad- justifican que se acote la libertad de aquellos que pretenden tener hijos a través de cualquier procedimiento de fecundación artificial, pues el interés superior del niño así lo exige (del dictamen del ASESOR DE MENORES DE CáMARA). 21. - El derecho a la intimidad de quienes recurren a la fecundación artificial, no es un obstáculo para que se adopten medidas de amparo de la persona por nacer, en primer lugar, porque las mismas se tomarán en el propio de esta clase de procesos, y además porque en el conflicto de derechos se impone el interés del niño, más allá del de la intimidad de quienes lleguen a ser sus padres (del dictamen del ASESOR DE MENORES DE CáMARA). 22. - Si bien es cierto que existe un derecho subjetivo a la procreación, el mismo tiene importantes limitaciones en la misma naturaleza de su titular, la persona humana, como así también en los derechos del niño que se gesta en condiciones extremas y por último, en el respeto al patrimonio genético de la humanidad (del dictamen del ASESOR DE MENORES DE CáMARA). R.C.

----- **Fallo**----------

DICTAMEN DEL ASESOR DE MENORES DE CáMARA. -

I. En autos se ha presentado a fs. 3/5, con fecha 17 de junio de 1993, el doctor R. D. R., denunciando que según los artículos periodísticos que menciona, diferentes personas e instituciones están practicando la técnica del congelamiento de personas por nacer, con diversas finalidades y fuera de todo control del ministerio de menores o de los jueces competentes. Estima que en razón de ello este ministerio debería haber reaccionado de oficio, para el amparo de sus representados en forma promiscua; al no haberlo hecho con anterioridad solicita la inmediata intervención del asesor de menores, sin perjuicio de destacar que ante las particularísimas características de la

pretensión que interpone, a ésta le corresponde el impulso procesal de oficio.
II. El Juzgado a través de un procedimiento oficioso con intervención del ministerio de menores, ordenó algunas medidas tendientes a acreditar las circunstancias denunciadas, debiendo destacarse que a casi dos años de promovida la denuncia poco es lo que se había agregado en autos para acreditar quiénes y en qué condiciones congelan o crioconservan embriones. Al respecto, los hospitales municipales en general habían contestado que no aplicaban en sus servicios técnicas de procreación asistida con crioconservación de embriones. Tan sólo el hospital F. informaba a fs. 35 que realizaba fertilización asistida sin aclarar a través de qué procedimientos; por su parte, a fs. 44, el hospital R. expresó que realiza lo que califica como fertilidad asistida de baja complejidad, esto es a través de inseminaciones artificiales homólogas, cervicales e intrauterinas. Las instituciones privadas que fueran requeridas nada contestaron salvo el Centro de Estudios en Ginecología y Reproducción S.A., C., de los doctores N., C. y B. O., que a fs. 57, luego de acompañar el formulario que suscriben los pacientes que se someten a técnicas de fecundación artificial en ese Centro, reconoce que realizan tratamientos de fertilización asistida, que no se congelan embriones sino tan sólo ovocitos pronucleados y que no se hacen tratamientos con embriones de terceros o semen de los que denominan donantes, que desde ya rectifico porque a lo sumo se pueden denominar dadores. Aclarando la información dice el C. siempre a fs. 57, que la diferencia entre embrión y ovocito pronucleado radica en que en el segundo al no haberse producido la unión de los pronúcleos no hay división celular. De todo ello cabe destacar que a fs. 53 en el instrumento que la institución hace firmar a sus clientes, se aclara mejor la situación de este estadio de desarrollo de la vida humana, mencionándolo como el de ovocitos penetrados en estado de dos pronúcleos, vale decir que el espermatozoide ha penetrado en el óvulo. El Centro de referencia luego dice que al ovocito pronucleado se le da un status mayor que a las gametas -óvulo y espermatozoide- por separado, por ello no se descartan, ni se donan. También sostiene que para efectuar el tratamiento no hay ningún tipo de contrato, sólo se les pide a los clientes que llenen el formulario que se adjunta. Al respecto desde ya señalo que ésta es una explicación anodina porque de la lectura del instrumento de fs. 53/56 se puede colegir que se concreta un acuerdo de voluntades con obligaciones para ambas partes. Entonces, como decía precedentemente, al cabo de casi dos años y siendo lo expuesto todo lo que había podido reunir el a quo para dictar alguna medida sobre la denuncia, corrió vista a la asesora de menores de primera instancia. Esta se expidió a fs. 108 sin emitir opinión sobre el fondo, tan sólo dijo haber entrevistado a uno de los especialistas que trabajan en fecundación artificial, quien le había prometido hacerle un informe de lo solicitado por ella, y requirió el libramiento de un oficio a la Sociedad Argentina de Fertilidad. Posteriormente y sin esperar más o advirtiendo que la espera era inútil, el a quo se pronunció sobre el fondo de la petición a fs. 112/114, decisorio reiterado con una breve aclaración ante un pedido de la asesora de menores a fs. 119/121.
III. En síntesis, el a quo señala la existencia de prácticas médicas enderezadas a obtener fecundaciones que por la vía natural son imposibles, a través de procedimientos que comprometen principios éticos al abordar las fuentes mismas de la vida, ello queda confirmado por la renuncia a dar información que han demostrado las instituciones dedicadas a la denominada fecundación asistida. Tales circunstancias unidas a la falta de una legislación que regule estas prácticas, obligan a la intervención del Poder Judicial que es competente en función del ordenamiento adjetivo que dio origen al sub lite. Sostiene el juez que la existencia de vida humana requiere de un control por las implicancias que la medicina puede tener en la evolución del ser en su etapa embrionaria y si ese control no resulta de una ley expresa sobre la fecundación asistida, corresponde que el órgano judicial arbitre las medidas pertinentes, entendidas, aclaro yo, desde la perspectiva de la necesidad de protección de los seres humanos en su etapa de concepción. Sobre esa base y con la salvedad de que el control judicial sobre la actividad tendiente a lograr la generación de vida humana, no importa prohibir ni permitir en abstracto, sino ponderar cada caso en concreto para regular los aspectos estrictamente jurídicos del desarrollo de esa actividad, con el auxilio del debido procedimiento, resuelve disponer que hasta tanto se dicte la legislación específica, toda actividad enderezada a proveer en el campo de la ciencia la generación de vida humana en cualquiera de sus modalidades, como por ejemplo la denominada fecundación asistida, sea puesta en consideración del juez en lo civil para que mediante su intervención se autorice el tratamiento y cada una de las etapas que lo conforman, incluyendo el descongelamiento de óvulos fecundados, aun en la hipótesis de implantación en la mujer y con prescindencia de las cláusulas contractuales que rigieran sobre el particular. Además ordena que se notifique de lo decidido a las personas físicas o jurídicas individualizadas en el proceso como relacionadas con actividades de procreación asistida y se haga saber el contenido de este decisorio a los Ministerios de Salud y Acción Social de la Nación y de Justicia de la Nación con el objeto de que lo comuniquen a las personas físicas o jurídicas vinculadas con las prácticas médicas de fertilización asistida (fs. 127/vta.).
IV. Tal decisorio ha sido recurrido por F., S.R.L. a fs. 229/232 y por los médicos M., C., G., D., S. y S. a fs. 234. La primera expresa agravios a fs. 251/262, en tanto que los segundos adhieren a los agravios anteriores a fs. 263. También han apelado por su interés particular N. A. T. y A. A. R., quienes expresan agravios en su escrito de fs. 289/305. Tratando de resumir los agravios de todos los apelantes, debe señalarse en primer lugar que se quejan del

fallo en cuanto el mismo contiene un pronunciamiento con carácter de norma general aplicable para el futuro en todos los que se sometan a la procreación asistida; ello importaría violación a la división de poderes ya que el Poder Judicial se está arrogando funciones propias del Poder Legislativo (fs. 251/252 y 289/290). En segundo lugar, la necesidad de preservar la vida humana, que resulta de normas fundamentales como la Declaración de los Derechos del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, en todos sus estadios y aun desde la concepción (fs. 253), no justifica que se avance sobre la libertad individual de las personas, sean los centros médicos que realizan las prácticas en análisis, como los profesionales que efectúan estas tareas y los propios pacientes beneficiarios de esos procedimientos terapéuticos. Inclusive a los dos primeros se les limitaría su derecho a trabajar lícitamente que les reconoce el art. 14 de la Constitución Nacional. En tercer lugar señalan que lo decidido por el a quo generará engorrosos problemas burocráticos y científicos desalentando el interés de las parejas pacientes, violándose el derecho al desarrollo científico. Más aún, sostienen que la lentitud de la justicia y criterios de pensamientos estrechos y faltos de apoyo científico, desalentarán nuevos emprendimientos científicos o su aplicación (fs. 254). En cuarto lugar, afirman que con el fallo las parejas que recurren a procesos terapéuticos a través de la fecundación asistida ven cercenadas libertades y derechos no sólo consagrados y amparados por el derecho positivo, sino también por el Derecho Natural ya que es inherente a todo ser humano el instinto de procrear, propio de toda especie animal, así como el deseo de ahijar para satisfacer necesidades afectivas (fs. 254 y en sentido semejante fs. 293). También las personas que se sometan a tratamiento verán violado su derecho a la intimidad al tener que revelar al servicio de justicia aspectos que hacen a su sexualidad, que deben ser preservados de toda injerencia externa (fs. 294 y fs. 300). En quinto lugar, se afirma que la falta de reglas expresas sobre esta actividad no indica que se comprometa a la vida humana, como apriorísticamente dice la sentencia, pues está de por medio la seriedad y la elevada formación ética de los profesionales intervinientes en todos estos casos (fs. 255 y fs. 299 vta.). Asimismo, el decisorio viola la igualdad ante la ley pues contiene una importante limitación para las actividades que se realizan en esta Capital Federal, en razón de la jurisdicción del a quo, pero no alcanzan a las que puedan realizarse en el resto del país, cuando se trata de una materia cuyos derechos e intereses involucrados exceden el ámbito local. También se viola esta igualdad ante la ley al someter a las parejas de esta jurisdicción a supervisiones y autorizaciones que no caben para aquellas que no tienen dificultades para la procreación (fs. 255 vta.). En sexto lugar se afirma que el a quo ha decidido con escasa información porque frente a la importancia, trascendencia, especificidad y novedad de la cuestión, debió haber actuado con mayor precisión y prudencia para identificar a los destinatarios del fallo. Por otra parte, no ha decidido sobre un conflicto como corresponde a la actividad jurisdiccional, sino que en nombre de un cuestionado interés difuso admite una denuncia poniendo en funcionamiento los mecanismos de la jurisdicción, olvidando que el proceso tiende a preservar el interés de los litigantes y el interés público en el mantenimiento del orden jurídico. No hay en el caso intereses generales indeterminados, amenazados por actos o hechos de terceros (fs. 257 y 295). En séptimo lugar, se ataca el pronunciamiento en orden a su congruencia, afirmándose que ha sido violada, pues se falla más allá de lo pedido por el ministerio de menores, máxime cuando la sentencia se dicta sin que mediara petición expresa de este último. El asesor de menores sólo requirió, después de dictado el primer fallo, que se lo aclarara prohibiéndose el descongelamiento de todos los embriones congelados, a pesar de no tener información alguna sobre la existencia de tales embriones en esa situación, medida acogida por el a quo sin más, a pesar de que estaba pendiente la contestación de oficios oportunamente requeridos. Se insiste en que a pesar de todo esto, el fallo contiene una resolución que viola derechos personalísimos, garantías y normas constitucionales, normas legales, y aun avanza sobre ancestrales mandatos del Derecho Natural.

SUMARIO - PRODIGALIDAD. Ruina patrimonial. Dilapidación de los bienes. Concepto. Requisitos. "Habitualidad" de los actos de injustificado dispendio. Art. 152 Código Civil
Autos: "V. María Esmeralda c/ V. Alfredo Dionisio s/ Inhabilitación" - CNCIV - SALA B - 23/08/2002

"Para Julio César Rivera : "El tratamiento que de la prodigalidad ha hecho la ley 17711, siguió el criterio sentado por la mayoría de la doctrina nacional, dándole a esta causal de inhabilitación carácter autónomo y requiriendo para que se configure, que el Individuo haya dilapidado una parte importante de su patrimonio. La concepción objetiva sostenida por la doctrina argentina, basada en que se trata de un problema patrimonial que exige un examen estrictamente objetivo de la conducta del presunto pródigo, se contrapone con la idea que sobre el punto había expresado la jurisprudencia francesa, que hacía hincapié en la circunstancia de que, para configurar la prodigalidad, debía estar presente un elemento subjetivo consistente en la irracionalidad de los gastos-, y sobre esta base encuadra a la prodigalidad como una suerte de disminución de facultades.-
Como veremos, nuestra doctrina también parece exigir la irracionalidad del manejo del patrimonio; pero lo hace no como demostración de incapacidad. o disminución mental del sujeto, sino sólo como evidencia de que los gastos excesivos no son justificados. En suma, más que ser irracionales, los gastos excesivos, han de ser injustificados."

"Para ponderar comportamientos demostrativos por la frecuencia, de irracionalidad, o falta de justificación adecuada, se requiere mucho más que la atestación hipotética y conjetural de utilidades eventualmente posibles de conseguir.-
Extraer del informe del perito de oficio, exclusivamente opiniones que conducen a la reflexión de que el establecimiento podría haber generado más ganancias, no basta para adjudicar a los propietarios que lo administran, decadencia en el juicio e inidoneidad que justifique una declaración de inhabilidad tan grave."

"A menos que se asigne al verbo dilapidar un alcance muy amplio, resultaría muy difícil atribuir ese carácter al único acto de disposición denunciado: la realización de cinco mil hectáreas por un precio opinable."

TEXTO COMPLETO

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 23 días del mes de Agosto de dos mil dos, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "B", para conocer en el recurso interpuesto en los autos caratulados: "V. María Esmeralda c/ V. Alfredo Dionisio s/ Inhabilitación" respecto de la sentencia de fs.368/ 73, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:
¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?
Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Señores Jueces Doctores GERONIMO SANSO - FELIX R. DE IGARZABAL - LUIS LOPEZ ARAMBURU.//-

A la cuestión planteada el Dr. Sansó, dijo:

1. Contra la sentencia de fojas 368/73 que no hizo lugar a la acción que perseguía la inhabilitación de los demandados, interpusieron recurso de apelación las actoras y lo sostuvieron en el memorial de fojas 385/91 contestado a fojas 392/96.-
A fojas 398 se denuncia el fallecimiento del codemandado Alfredo Dionisio V., a consecuencia de lo cual la acción dirigida a obtener la declaración de inhabilidad de éste, queda extinguida. Ello no () obsta el tratamiento del recurso en relación a la cónyuge supérstite también demandada, ni en orden a la distribución de las costas.-

2.- Los agravios de la demandante están dirigidos a rebatir los fundamentos de la sentencia, que no habría reconocido la impericia de los demandados en la explotación del establecimiento agropecuario, pese a que de los mismos considerandos fluye una gestión deficitaria, la inevitable perspectiva de la ruina patrimonial, al tiempo que se atribuye equivocadamente a la demandante, que la enajenación de fracciones importantes del campo se habría causado en obligaciones contraídas por ella , en el período que tuvo a su cargo la administración de la estancia.-
Resume sus críticas en un capítulo de conclusiones, aseverando haber demostrado la conjunción de todos los requisitos que el artículo 152 bis inciso tercero, del Código Civil exige para considerar que personas como los demandados encuadran en la categoría que describe la norma, porque se han negado obcecadamente ha desarrollar métodos actuales de producción, que no les serían complicados de llevar a cabo, y que les proveerían de beneficios, mientras que la gerencia que han venido desplegando los conduce a la ruina.-
Indicios de este derrotero serían: a.- la inexplicable venta de cinco mil hectáreas que pretenderían justificar aduciendo la necesidad de solventar el crédito contraído por la actora, cuando en realidad al tiempo de la enajenación, dicha obligación estaba casi completamente cancelada, quedando además en evidencia que parte de lo

percibido se imputó a cheques en descubierto girados por el demandado V., y que otro segmento del capital se destinó a la inversión en un depósito a plazo fijo, cuya renta era inferior a la que se debía pagar al mismo banco acreedor, por el capital recibido en préstamo. b.-El anunciado propósito de los demandados de enajenar las totalidad del campo, y de tal manera agotar el patrimonio familiar.-

3.- Los considerandos I y II del pronunciamiento recurrido (fojas 369/70)) contienen el fundamento teórico, para encuadrar el caso de autos a tenor del régimen legal vigente, y la valoración liminar en cuanto a que el instituto apunta a proteger a los parientes respecto de los cuales los denunciados tuvieran obligaciones alimentarias. Y en este último sentido el señor Juez de la causa rememora que para el momento del dictado de la sentencia (2 de Noviembre de 2001) quedaría solamente un nieto de veinte años, al presente mayor de edad (se trata de Alfredo Antonio Crespo, nacido el 14 de Agosto de 1981;; ver fojas 64 vuelta: B- y declaratoria de herederos a fojas 261/63 del expediente 97.021/99 entre las mismas partes, sobre medidas precautorias).-
En verdad la previsión legal no contiene restricción alguna, y no condiciona a una suerte de legitimación imprescindible, la aptitud para accionar.("En otras legislaciones el fundamento se vincula con el resguardo exclusivo del derecho alimentario". [ley española del 24 de octubre de 1983 que reformara los títulos IX y X del Libro I del Código Civil]. "Es indiferente que las personas enumeradas estén a cargo del pródigo pues ninguna exigencia en ese sentido establece la norma" [Cifuentes- Rivas Molina- Tiscornia: Juicios de Insania y otros procesos sobre la capacidad, página 39]. Citas extraídas del Código Civil Comentado de Bueres- Highton Tomo I página 760 redacción a cargo de José W. Tobías).-
Cierto es, y esto no ha sido materia de controversia, que los accionados han contribuido en forma permanente a la subsistencia de la actora y descendientes, y mantuvieron esa determinación incluso después de la traba de la litis, como quedara reconocido en las piezas de fojas 104 y 120. Actitud solidaria, y a la vez contradictoria con la acusada voluntad de desproteger a las demandantes.-

4.- En consecuencia con la regla del **inciso tercero del artículo 152 bis del Código Civil**, los extremos a cubrir por las accionantes eran; **1- haber dilapidado una parte importante del patrimonio; 2- realización de actos de administración y disposición de sus bienes y 3- Que expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio.-**
En torno del concepto dilapidar, mucho es lo que se ha escrito y precisado, y así por ejemplo la nutrida referencia que en el Código Comentado antes citado, efectúa el autor que redacta esa parte de la obra, muestra variada definición tomada de distintos autores: *"disipar, gastar pródigamente o con exceso y desperdicio una cosa"; "tendencia a gastar o regalar excesivamente sin un justo motivo"; "como una excesiva liberalidad y largueza en el donar y en el gasto"; y se califica al que así actúa como aquél "que disipa locamente sus bienes", o "que dilapida inútilmente su fortuna"; o que "por desorden del espíritu o de las costumbres disipa su fortuna en gastos sin sentido "; o "que tiene propensión a los gastos inútiles desproporcionados a la situación patrimonial"* etcétera (ver otras expresiones parecidas en la página 755 del mismo texto).-
Para el Evangelio, la parábola del hijo pródigo exhibe una definición similar "..ibi disipavit fortunam suam vivendo luxuriosae".-
Pero el tono de todo este análisis, remite a la visión subjetivista del fenómeno, mientras que la posición mayoritaria se inclina por encuadrar la norma de nuestro Código en un criterio de objetividad.-
Por ejemplo para Julio César Rivera : "El tratamiento que de la prodigalidad ha hecho la ley 17.711, siguió el criterio sentado por la mayoría de la doctrina nacional, dándole a esta causal de inhabilitación carácter autónomo y requiriendo para que se configure, que el Individuo haya dilapidado una parte importante de su patrimonio. La concepción objetiva sostenida por la doctrina argentina, basada en que se trata de un problema patrimonial que exige un examen estrictamente objetivo de la conducta del presunto pródigo, se contrapone con la idea que sobre el punto había expresado la jurisprudencia francesa, que hacía hincapié en la circunstancia de que, para configurar la prodigalidad, debía estar presente un elemento subjetivo consistente en la irracionalidad de los gastos-, y sobre esta base encuadra a la prodigalidad como una suerte de disminución de facultades.-
Como veremos, nuestra doctrina también parece exigir la irracionalidad del manejo del patrimonio; pero lo hace no como demostración de incapacidad. o disminución mental del sujeto, sino sólo como evidencia de que los gastos excesivos no son justificados. En suma, más que ser irracionales, los gastos excesivos, han de ser injustificados (Instituciones de Derecho Civil- Parte General Tomo I página 517)

Para Guillermo Borda "debe tratarse de gastos superfluos, innecesarios o irrazonables. Por ejemplo, hipotecar la casa en que se vive para jugar a las carreras, importa prodigalidad; pero no si lo mismo se hace para pagar los gastos de una enfermedad propia o de los hijos o padres. No cabe formular distinciones entre actos gratuitos u onerosos, pues también éstos pueden ser irrazonables-, pero naturalmente, las donaciones excesivas configuran más típicamente la prodigalidad. (Tratado de Derecho Civil - Parte General -Tomo I página 484: párrafo 593-2).-
La censura de las apelantes se inscribe en esta línea interpretativa, de supuesta objetividad, de modo que sus

aptitudes intelectuales, o su estado psicológico no estarían aquí en juego, al margen de que los exámenes realizados indicaron sin espacio para la duda, que gozaban de completa normalidad de juicio.-
Se trataría entonces de verificar si de la prueba colectada resulta que se han cumplido los requisitos para admitir la declaración que se reclama, y en este particular si la exteriorización objetiva de la conducta desplegada por los demandados, cae dentro del concepto que califica un proceder visiblemente impropio en una reiteración de actos conducente a una gestión ruinosa.-
Y el primer elemento a considerar sería precisamente, esa reiteración denominada por la doctrina "habitualidad", como recaudo relevante. En otras palabras que los accionados repitieron actos de injustificado dispendio.-
Desde luego la legitimación entendida como parentesco que la norma exige, se encuentra fuera de debate en tanto se trata de una acción incoada por hija y nieto, descendientes en sentido genérico.-

5.- De inmediato me adelanto en la consideración de que a menos que se asigne al verbo dilapidar un alcance muy amplio, resultaría muy difícil atribuir ese carácter al único acto de disposición denunciado, la realización de cinco mil hectáreas por un precio opinable.-
Lo entiendo así, porque el haber conformado por la cantidad de inmuebles y automotores que se denuncia en el escrito de inicio, revela la existencia de un capital mucho más grande que la fracción enajenada. Y en comparación con las dimensiones del establecimiento agropecuario integrado principalmente por el campo "El Araucano" de más de dieciséis mil hectáreas, que sumadas a otra parcela ganancial de cinco mil hectáreas totalizan más de veinte mil hectáreas, queda palpablemente a la vista que la aislada operación realizada no compromete el importantísimo caudal patrimonial de los demandados. Menos aún las expectativas de los denunciantes.-
Y en términos de evaluar la conveniencia del negocio, vale señalar que, como sucede en tantos otros tratos, juzgar en el después, los aciertos o errores de quienes lo celebraron, al margen de resultar un facilismo de interpretación, no puede casi nunca reproducir las circunstancias normalmente complejas que llevaron a la realización del acto. Y en este sentido cobra especial significado la ponderación que se quiera hacer de los motivos determinantes, que según la subjetividad de quien analiza serán más o menos valederos. Para los demandados, mantener una obligación impaga pudiera haber incidido en su ánimo, alterándolos al punto de inducirlos a cancelar el crédito contraído con el Banco de la Nación Argentina.-
Disgresión al pasar, el apelante sostiene que ese crédito, de fomento, se habría cancelado sin necesidad de vender nada, y que de hecho estaría prácticamente terminado para la época en que concretó la trasmisión de dominio. De esto no hay prueba alguna, puesto que lo argüido se basa en la suposición de que las cuotas semestrales fueron atendidas a sus respectivos vencimientos, sin que conste en la causa que así ocurrió. En consecuencia no es posible afirmar que la enajenación del campo era innecesaria, cuando no está demostrado que al tiempo de la operación restara solamente impago un total de veinticinco mil pesos.-
Pero además, tampoco está probado que el crédito obtenido hubiera sido efectivamente aplicado a la compra de mil vacas, como lo sostuviera en la demanda, que invocaba como respaldo del proyecto un informe atribuido al contador Alberto Schlabs (fojas 36/39, denominado "Pautas Hipotéticas"); orillarían las quinientas -tirando a viejas- según entre otros la declaración del médico veterinario Carlos Alberto Struffolino fojas 149/152,),
Y en este orden de análisis, descalificar como derroches la inversión de veinte mil pesos en un plazo fijo, y el pago de descubiertos por cheques impagos hasta totalizar treinta mil pesos, no tiene sentido ni se compadece si se compara el volumen del patrimonio y de su evolución, que al margen de su indiscutible crecimiento pudiera haber tenido orientación diversa en algunos de los aspectos de la explotación.-

6.- Me estoy refiriendo a que, para ponderar comportamientos demostrativos por la frecuencia , de irracionalidad, o falta de justificación adecuada, se requiere mucho más que la atestación hipotética y conjetural de utilidades eventualmente posibles de conseguir.-
Extraer del informe del perito de oficio (ver fojas 292/308), exclusivamente opiniones que conducen a la reflexión de que el establecimiento podría haber generado más ganancias, no basta para adjudicar a los propietarios que lo administran, decadencia en el juicio e inidoneidad que justifique una declaración de inhabilidad tan grave.-
Tanto así que aprehendido en su conjunto el informe pericial, revela que distante de marchar hacia la ruina, el campo no corre peligro alguno (ver fojas 308 vuelta, punto 5).-
Esto es lo que el sentenciador consideró, y que a mi juicio no se refuta en el memorial de agravios. La mera aseveración de que dos peritos definieron la administración del campo como irracional, no tiene asidero alguno. Ninguno de los expertos dictaminó categóricamente que así correspondiera describir la gestión de los demandados. No lo hicieron siquiera implícitamente. Señalaron aspectos de la dirección acertados, y también destacaron variables y posibilidades de mejor resultado, pero insisto nunca calificaron a la explotación como irracional, ni siquiera en un sentido restringido.-
En un sentido objetivo muy amplio, irracionalidad puede ser entendida como sinónimo de empleo escaso o insuficiente de raciocinio, sea por falta de conocimiento, de interés o de aplicación, (opuesto el antónimo

sensatez).-
Pero la opinión acerca de que prácticas tales como el mantenimiento de enfermedades reproductivas, como el sobre-pastoreo configuren defectos susceptibles de corregir, constituyendo episodios dentro de un esquema general, no alcanzan para destituir el ejercicio acertado de la administración observado desde una perspectiva abarcadora.-
Sobre todo y en cuanto a lo primero, si se tiene en cuenta lo que surge del informe de fojas 148 y coherente testimonio de Carlos Alberto Struffolino (fojas 149/152), ilustrativos de que el control respecto de los toros y hacienda en general (respuesta 13a. De fojas 150) se efectuaba desde la intervención de la actora, y que continuó después.-
Si lo que estuviera en juego fuera la remoción de un administrador, de un gerente de campo, empleado de los propietarios, por ineptitud o defectuosa gestión la posibilidad de un despido por justa causa no tendría andamiento.
Sobre todo a tenor de las conclusiones del experto de oficio, que termina el capítulo VII (ver fojas 307 y vuelta) manifestando "Por último merece comentarse que en el establecimiento se lleva adelante un adecuado sistema de toma de decisiones y control de las mismas, ambas necesarias para una correcta administración".-

7.- En los extremos de la presentación de las recurrentes se menciona, al comienzo y al final (capítulos III de fojas 385 vuelta y "D" de fojas 389 vuelta), dos expresiones a manera de compendio que remiten a la situación del establecimiento y su devenir.-
Son otras tantas premisas: una que la administración criticada conduce a la ruina malvendiendo el capital;; la otra la inconveniencia de hacerlo.-
Al presente, y pasados casi de siete años desde que la actora María Esmeralda V. dejó de intervenir en la dirección del campo (octubre de 1995), no se aprecia que el funesto pronóstico de ruina se convirtiera en realidad.-
Tampoco se vendieron las hectáreas, solamente se conoce por la declaración de Carlos Alberto Struffolino, que este tendría la impresión de que en un tiempo no precisado, el campo habría sido puesto en venta para luego retirarlo del mercado.-
No está comprobado la inconveniencia de realizar esta parte del patrimonio, puesto que para demostrarlo sería imprescindible contar con elementos de juicio que no se ha traído. Es insuficiente la suposición, por lo demás carente de sustento probatorio, que de enajenarse el establecimiento agropecuario se consumaría un desprendimiento cuyas consecuencias serían equivalentes a desheredar a las demandantes, particularmente cuando se reconoce ignorar cual sería el destino del precio a obtenerse, o las inversiones que los accionados habrían decidido efectuar.-
Este argumento equivaldría a condicionar ilegalmente las facultades de disposición de personas plenamente capaces, con la excusa del riesgo de limitar el eventual acervo hereditario.-
Considero por lo hasta aquí expuesto, que la queja no debe admitirse, y al rechazarla, propicio que se confirme la sentencia apelada en todo cuanto decide, con las costas de Alzada a las vencidas.-

El Dr. Lopez Aramburu, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Sansó votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta.-
Con lo que terminó el acto, GERONIMO SANSO - LUIS LOPEZ ARAMBURU.-

Buenos Aires, Agosto de 2002.- Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada en todo cuanto decide. Costas de Alzada a las vencidas.-
El Dr. de Igarzabal no interviene por hallarse en uso de licencia.-
Notifíquese y devuélvase.//- Fdo.: GERONIMO SANSO - FELIX R. DE IGARZABAL - LUIS LOPEZ ARAMBURU

SUMARIO - RESPONSABILIDAD MEDICA. Mala praxis. Muerte. Suministro de una droga inadecuada a la patología del paciente. Falta de responsabilidad de la enfermera que aplicó la inyección. RESPONSABILIDAD: del médico que dio la orden y del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Indemnizaciones
L. 363853 - "Gómez, Mario c/Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/daños y perjuicios" - CNCIV - SALA F - 04/07/2003

"En cuanto a la responsabilidad de la auxiliar de enfermería demandada, ciertamente **si el médico escribió en la historia clínica que debía darse un medicamento, la enfermera lo único que debía hacer era cumplir con esa administración**. El hecho de haber visto que no se le había dado en la oportunidad debida y suministrarla un poco más tarde, no es cuestionar la orden, sino cumplirla."

"La decisión sobre el tipo de fármaco y las condiciones en que debe suministrarse corren por cuenta del médico y no de la enfermera, no existiendo elemento alguno del que pueda colegirse que tuviera -o pudiera haber tenido- mínimo conocimiento de algún cambio de órdenes que ni siquiera existió; menos, poder de decisión al respecto."

TEXTO COMPLETO

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 4 días del mes de julio de dos mil tres, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "F", para conocer en los autos del epígrafe, respecto de las cuestiones sometidas a su decisión, a fin de determinar si es arreglada a derecho la sentencia apelada.//-

Practicado el sorteo correspondiente resultó el siguiente orden de votación, Sres. Jueces de Cámara, Dres. HIGHTON DE NOLASCO, ZANNONI y POSSE SAGUIER.-

A las cuestiones propuestas la Sra. Juez de Cámara Dra. ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO dijo:

I.- La Juez de Primera Instancia en sentencia dictada a fs. 392/397, hizo lugar parcialmente a la demanda por daños y perjuicios referidos a la atención médico-asistencial de R. L. Gómez, hijo del actor Mario Gómez, en el Hospital de Rehabilitación Manuel Roca de la demandada Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con intervención del médico Dante Alberto Facello, condenando a éstos a abonar al indicado actor una suma de dinero, en tanto el menor perdiera la vida. Desestimó la acción contra la enfermera Yolanda De Simone.-
Hizo extensiva la condena a la aseguradora de Dante Alberto Facello e impuso las costas a los vencidos.-
Diversas partes apelaron esa decisión. La actora expresó agravios a fs. 450/454, los que fueron contestados a fs. 485/488 por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. La demandada Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires lo hizo a fs. 464/469 y la aseguradora citada en garantía expresó agravios a fs. 459/460 que fueron contestados por la actora a fs. 475/478 y 480/484.-
Las críticas formuladas contra la sentencia por la aseguradora -aparte de los montos- se refieren a la falta de condena contra Yolanda De Simone e insisten en su responsabilidad;; las de la actora y de la demandada Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires exclusivamente a la indemnización concedida; todo ello por las consideraciones que vierten.-

II.- En consecuencia, corresponde analizar el modo de acaecimiento de los hechos y sus circunstancias, mas teniendo presente que la responsabilidad del demandado Dante Alberto Facello -determinada en causa penal donde se lo condenara por homicidio de la víctima- se encuentra firme.-
A estos fines, cabe repasar que hacía alrededor de dos meses que el menor R. L. Gómez estaba internado en el hospital de rehabilitación debido a secuelas de índole motriz originadas en lesiones provocadas por un disparo de arma de fuego según acontecimientos acaecidos el 29-3-97.-
El 8-7-97 la enfermera Yolanda De Simone le aplicó una inyección, como derivación de lo cual el paciente falleció.- Respecto de la enfermera, la magistrada valoró que efectivamente, suministró la droga "paranoval" al paciente; que de la historia clínica surgía que durante 7 días debían dársele dos dosis diarias, cada 12 horas; que de acuerdo a la hoja de indicaciones médicas firmada por Facello, estaba prescripto este tratamiento; que le aplicó la dosis dispuesta en la nalga derecha al paciente; que es ayudante de enfermería y puede colocar inyecciones; que pese a tratarse el accionar de la enfermera de la causa próxima del daño, en su carácter de ayudante de enfermería no estaba habilitada para cuestionar las indicaciones del médico a cargo del paciente; que esta profesional carece de culpa.-
La apelante -aseguradora contra riesgo de responsabilidad civil emergente de la profesión de médico en beneficio

del demandado Dante Alberto Facello- dice que existen parámetros de control de la droga al momento de su aplicación; que en oportunidad de su aplicación es necesario un médico anestesiólogo; que se le atribuye al médico por haber indicado en la historia clínica la administración de la droga; que el propio médico suspendió la aplicación de la droga por falta de quirófano; que el médico informó la suspensión de la aplicación a otra enfermera; que a Yolanda De Simone no () le llamó la atención que no figurara la no administración en el tiempo indicado; que determinó aplicar el medicamento en tiempo distinto al indicado; que cuestionó las indicaciones; que debía conocer que no todos los remedios son iguales; que la ayudante de enfermería no es personal mecánico; que más allá de la orden errónea, la aplicación no podía hacerse sin más y cuando la enfermera lo estimara; que la medicación es de uso exclusivo de anestesiología.-

Agrega que Facello y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deben responder por partes iguales; que a la responsabilidad de la Ciudad se suma la de Yolanda De Simone que es dependiente del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; que si la enfermera no estaba en condiciones de discernir, la Ciudad es responsable por no designar personal capacitado, no controlar la aplicación de fármacos y hacer imposible la disponibilidad de un quirófano.-
No encuentro que los agravios tengan sustancia.-
Está claro que el médico -así lo dijo el magistrado en causa penal y se dio por acreditado en la sentencia en esa sede- tomó la decisión de suministrar la droga; que no lo consultó con médico anestesista ni cardio-respiratorio; que dijo que el 8 de julio decidió suspender la medicación porque no había quirófano disponible; que dijo que le avisó verbalmente a la enfermera Heredia; que no lo anotó en la historia clínica pese a que había firmado la indicación de su administración en dos dosis a las 8 y a las 20 horas; que tampoco lo anotó en las hojas de auditoría médica y de enfermería; que el 3-7 había indicado comprimidos de paranoval y no se llevó a cabo porque no existen comprimidos, habiendo el médico mal interpretado el vademécum; que el paranoval es una droga ultra-rápida y sus efectos colaterales no pueden pasar de los 3 a 5 minutos de aplicada; que se usa a nivel anestésico; que el perito afirmó que la droga no era adecuada a la patología del enfermo; que según sus dichos, Facello no aclaró en qué lugar se haría el suministro porque pensaba hacer el control personalmente.-
El error del médico es palmario y así ya se ha considerado con la condena penal.-
Pero, en cuanto a la demandada auxiliar de enfermería Yolanda De Simone, ciertamente si el médico escribió en la historia clínica que debía darse un medicamento, la enfermera lo único que debía hacer era cumplir con esa administración. El hecho de haber visto que no se le había dado en la oportunidad debida y suministrarla un poco más tarde, no es cuestionar la orden, sino cumplirla. Además, la otra enfermera dijo expresamente que no se había aplicado en horas de la mañana porque no había existencia y, habiendo llegado en horas del mediodía, Facello le había dicho que comenzara el tratamiento al llegar la medicación y ella lo hizo saber a sus compañeras.-
Inclusive, en causa penal, en vista del cuadro probatorio, se ponderó que Facello fue mendaz cuando quiso excusarse en haber suspendido el suministro, pues jamás suspendió verbalmente la medicación, habiendo quedado desvirtuados sus interesados dichos en cuanto a que sabía que la aplicación de tal droga debía ir seguida de un estricto control que evidentemente, no iba a efectuar, no habiendo tampoco consultado a los otros servicios como anestesiología que hubieran debido intervenir.-
La decisión sobre el tipo de fármaco y las condiciones en que debe suministrarse corren por cuenta del médico y no de la enfermera, no existiendo elemento alguno del que pueda colegirse que tuviera -o pudiera haber tenido- mínimo conocimiento de algún cambio de órdenes que ni siquiera existió; menos, poder de decisión al respecto.-
En consecuencia, en mi opinión, debe confirmarse este aspecto del decisorio.-

III.- A los fines de fijar el resarcimiento, por la muerte del menor R. L. Gómez, la magistrada tomó en consideración que se trataba de un joven de 16 años que, de acuerdo a las constancias de autos, no estudiaba al tiempo de los hechos; que no se acreditó que tuviera trabajo estable; que se encontraba en un centro asistencial justamente a los fines de su rehabilitación, atento a la gravedad de la situación que presentaba como consecuencia de la herida de bala sufrida; que no puede dejar de valorarse el grado probable de recuperación que pudo haber tenido; que ello impediría su futuro como futbolista, actividad que ya no desarrollaba antes del accidente; que tenía 3 hermanos y su madre no reclamó indemnización por valor vida.-
En concreto y como daño patrimonial, por la razonable posibilidad de ayuda al padre que se traduce en un resarcimiento de pérdida de chance, como reparación del perjuicio en función de la asistencia que hubiera podido brindar, estableció la cantidad de $ 220.000; y en lo tocante al daño moral, no intentando poner un precio al dolor sino compensar el daño injustamente sufrido, reconoció la suma de $ 80.000.-

IV.- Diversos aspectos de las indemnizaciones fijadas por la muerte del menor R. L. Gómez son cuestionadas por cada uno de los apelantes y constituyen objeto de quejas.-
En general y respecto de ambos rubros, el actor Mario Gómez dice que el hecho se origina durante la vigencia de la ley de convertibilidad; que ello garantizaba el poder adquisitivo; que pidió U$S 1.800.000; que los montos

resultan iguales o inferiores a los fijados por la jurisprudencia hasta diciembre 2001; que no se ponderó la devaluación; que los precios crecieron; que el valor vida equivale a U$S 61.971,83 y el daño moral a U$S 22.253 a la paridad cambiaria de $ 3,55.-

El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se queja en concreto del excesivo monto del resarcimiento por valor vida por carecer de debida fundamentación, tachándolo de arbitrario por ello y por apartarse de las probanzas de autos. Resalta que el reclamo fue hecho por uno solo de los padres de la víctima; que no puede descartarse una futura demanda de la madre; que el monto significaría un evidente enriquecimiento sin causa; que no fue debidamente considerada la circunstancia referida al trabajo, estudios y posibilidades del menor; que el accionante sostiene que el hijo estudiaba como alumno regular en la escuela de educación técnica y que además jugaba oficialmente al fútbol en las divisiones inferiores del Club Atlético Vélez Sarsfield; que tales afirmaciones quedaron desmentidas; que la institución educativa informó que no fue alumno regular durante 1996 y 1997;que cursó el ciclo básico en 1995 y fue dado de baja por inasistencias el 11-10-95; que el Club Atlético Vélez Sarsfield informó que no estaba registrado entre los jugadores federados en las listas presentadas en la Asociación de Fútbol Argentino; que de la historia clínica surge que el menor no trabaja ni estudia y en la reseña, la madre refiere que ayuda al padre en changas de albañilería; que no puede soslayarse que el dictamen pericial sostiene que la lesión medular que sufrió el menor como consecuencia del disparo de bala hubiera cercenado el futuro deportivo; que se destaca su estado de paraplejia postraumática, vejiga e intestino neurogénico; que la herida de bala provocó la fractura del cuerpo de la tercera vértebra lumbar con desplazamiento y esquirla ósea que ocasiona lesión de la médula nerviosa; que en la pericia se destaca que la patología secuelar aumenta la morbilidad por infecciones urinarias y en la piel, por repercusión en los riñones y por problemas del intestino; que todo es indicativo de la gravedad de la discapacidad del menor; que no dice que la vida del menor vale menos porque no estudiaba, no trabajaba y no tenía posibilidades ciertas de progreso, sino que entiende que no es verosímil que le preste ayuda al padre por las sumas de condena; que hay otros hijos del accionante.-

La aseguradora citada en garantía por cobertura contra riesgo de responsabilidad civil por malapraxis del demandado Dante Alberto Facello aduce que la condena es excesivamente gravosa; que carece de parámetros suficientes de evaluación; que en particular cabe considerar que el causante hubiera en el mejor de los supuestos, portado discapacidad importante por las lesiones de arma de fuego; que la suma asignada generaría una renta de no menos de $ 5.000 mensuales sin perder ni alterar el capital; que el reconocido supera la razonable expectativa de ayuda económica de futuro que se podía recibir del hijo; que surge claro que el ingreso que debería haber generado el causante para disponer de tal monto en ayuda de su padre hubiera sido del orden de los $ 15.000 a $ 20.000 mensuales; que el causante no tenía trabajo y podría haber quedado discapacitado; que hubieran pasado varios años a cargo del padre hasta poder insertarse laboralmente.-
En particular y respecto de la indemnización por daño moral afirma la actora que resulta notoriamente insuficiente atento la naturaleza e intensidad del daño; que el desasosiego no está limitado al período de duelo; que el trauma implica una marca emocional en la psiquis que puede convertirse en más intensa; que la pérdida del hijo aun por causa de enfermedad ocasiona un daño irreparable; que las circunstancias son excepcionales; que el hijo fue internado para lograr la recuperación de una deficiencia motriz; que a esta altura no existía riesgo de vida; que su seguridad física debía estar resguardada; que el actor tenía satisfacción por la buena evolución del hijo; que el daño moral y shock emocional eran superiores a los habituales; que si bien no se garantizaba la evolución favorable, sí la integridad de la vida; que el paciente tenía tan sólo 16 años; que tenía toda su vida por delante; que la muerte prematura del hijo implica arrancarla de su progenitor.-
El demandado Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires también se agravia del daño moral. Plantea que la suma debe ser reducida de acuerdo a los parámetros jurisprudenciales; que la reparación del agravio moral no debe convertirse en fuente de lucro.-

V.- En cuanto a las formulaciones del actor referidas a la desvalorización monetaria, cabe aclarar que las cifras de primera y de esta instancia se fijan considerando parámetros pos-convertibilidad y que el valor de la moneda extranjera no es la pauta seguida por la jurisprudencia a los fines de elevar en tal progresión los montos antes fijados, por lo cual sólo cabe rechazar el punto.-

VI.- El actor Mario Gómez formuló su reclamo por valor vida entendiendo que la vida humana tiene un valor en sí misma, mas ha quedado claro que la sentenciante efectuó una ponderación de tipo económico representado por las ganancias que hubiese obtenido el menor de no haber ocurrido su muerte y el daño futuro cierto que a título de chance este hecho ha ocasionado, haciendo mérito a la frustración de la esperanza que el hijo significaba como ayuda y sostén del padre.-

Si bien la presunción de daño del art. 1084 del Código Civil en favor de la viuda e hijos de la víctima del acto ilícito por el fallecimiento de quien verosímilmente era el sostén del hogar, no favorece a los progenitores del difunto, estando aceptado que al margen de lo dispuesto toda persona que pruebe haber sufrido un daño resarcible puede demandar la indemnización del perjuicio, el punto no se controvierte en esta instancia en relación al padre de la víctima, sino en lo tocante a la cantidad reconocida.-
No es la vida lo que está en juego, pues lamentablemente, ella es irrecuperable para R. L. Gómez. El objeto de este juicio es un bien patrimonial. Se trata de medir económicamente el perjuicio que ocasionó al actor la irrevocable pérdida de la vida por parte del menor y no encuentro que el mismo sea mensurable pecuniariamente como lo hacen los actores en su demanda o en sus genéricos agravios sobre el valor de la moneda.-
Además, asiste razón a las demandadas en cuanto a que no se indemiza en abstracto. Toda vez que en el fuero civil no rigen las indemnizaciones tarifadas, a fin de establecer el monto, deben ponderarse factores tales como la edad, sexo, estado civil, ocupaciones habituales, nivel socio-económico y otras particularidades del caso concreto, lo que permitirá traducir en una cifra, obtenida con criterio de prudencia, la probable ayuda futura de los que se verá privado el actor. También, al aplicarse las pautas del derecho común, no sólo deben contemplarse las condición laboral, sino otra índole de asistencia con efectos patrimoniales en una comprensión integral de la proyección existencial humana. Se refiere a un conjunto de actos de desenvolvimiento productivo del sujeto, incluídos los actos cotidianos que generan bienestar o proporcionan servicios a sí mismo y a la familia, tareas normales en la vida del ser humano, como conducir, transitar, etc.; actividades tales que, en la medida que se ven impedidas, constituyen daño indemnizable, independientemente de la capacidad de ganancia.-
Mas el concepto tiene relación con ponderaciones de tipo económico que si no están representadas absolutamente, se deben proporcionar con las ganancias que hubiesen obtenido y el modo de vida que hubieran llevado las víctimas, de no haber ocurrido su muerte y el daño futuro cierto que este hecho les ha ocasionado a sus familiares.-
Y -como la juzgadora- encuentro que las grandes posibilidades del menor, que -según el actor, hoy se encuentran frustradas- lamentablemente no serían tan grandes. Por lo menos, con la prueba de autos no basta para así predecirlo.-
El tema, más que en otros casos, se refiere a la chance de ayuda futura y ha sido tratado por esta Sala en L. 350.962 del 21-11-02 , entre otros)).-
La doctrina y la jurisprudencia exigen que el daño resarcible tenga el carácter de cierto, no de meramente eventual o hipotético. Y si bien la chance en sí misma es resarcible, debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta. La probabilidad depende de un cálculo matemático. La probabilidad de que un hecho futuro ocurra es un valor numérico determinístico. Dentro de este contexto y desde que el derecho ha incursionado en la teoría de las probabilidades, aportando un lenguaje preciso para describir la incertidumbre, los jueces y abogados aprecian intuitivamente los hechos inciertos y han desarrollado una percepción especial, que les permite tomar decisiones en incertidumbre, como asimismo herramientas que permiten establecer criterios objetivos de decisión (Highton, Elena I. - Gregorio, Carlos G. - Alvarez, Gladys S., Cuantificación de daños personales. Publicidad de los precedentes y posibilidad de generar un baremo flexible a los fines de facilitar decisiones homogéneas y equilibradas, Revista de derecho privado y comunitario, Nº 21, Derecho y economía, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 127/190; esta Sala, L. 325.721 del 5-7-02).-
El análisis de la pérdida de chance, confronta por lo general dos extremos, que se hacen bien evidentes cuando se trata de casos límite; de un lado aquello que podría calificarse como "castillos en el aire" ("de Perrette* y su cántaro de leche..." ver Mazeaud-Tunc "Responsabilidad Civil", t. 1 - I N° 219, p. 312), y del otro la predecible por lo razonable, expectativa de contar con una ganancia. (C.N.Civil, Sala B, 7-8-02, P., M. R. c/Banco Caja de Ahorro S.A.).-
Por ello se utiliza el concepto de "probabilidad suficiente" o frases equivalentes, términos que aluden al umbral de la chance. Prácticamente en todos los campos de la decisión humana la certeza debe, de hecho, descartarse; por ello, la pregunta es ¿cuán grande debe ser el valor de probabilidad de una hipótesis, para que pueda ser tenida por cierta a los efectos del proceso decisorio? (Highton, Gregorio y Alvarez, ob. cit.).-

Han dicho nuestros tribunales (CSJN, 4-12-86, Fallos 229-XX; C.N.Com., Sala B, 7-2-89, L.L. 1989-D-288) que la chance configura un daño actual -no hipotético-, resarcible cuando Implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado por el responsable, y puede ser valorada en sí misma aun prescindiendo del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad; que la indemnización por pérdida de chance no se identifica con la utilidad dejada de percibir; sino que lo resarcible es la chance misma, la que debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, sin que pueda nunca indentificarse con el eventual beneficio perdido.-
A su vez, la doctrina coincide en el concepto (Bustamante Alsina, Jorge, La indemnización por pérdida de "chance" y el resarcimiento del daño moral por incumplimiento contractual, L.L. 1989-D-288) entendiendo que es

inobjetable la reflexión que se hace en el precedente. La chance es resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado por el responsable, y puede ser valorada en sí misma aún prescindiendo del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad. Si bien lo que daría al daño el carácter de eventual sería la probabilidad de obtener una ganancia o de evitar un perjuicio, hay, por otra parte una circunstancia cierta: la oportunidad de obtener la ganancia o de evitarse el perjuicio y esa oportunidad cierta se ha perdido por el hecho de un tercero, a causa de la inejecución por el deudor. Si la probabilidad hubiese tenido bastante fundamento, la pérdida de ella debe indemnizarse, la indemnización deberá ser de la chance misma y no de la ganancia perdida por lo que aquélla deberá ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta: el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad. Toda chance es un interés legitimo, es decir protegido por la ley, porque es una expectativa patrimonial del titular de un patrimonio que, como tal tiene certeza, y si aquella expectativa se realiza se obtiene la ganancia esperada. En cambio si la posibilidad se frustra existe una lesión actual al interés legítimo que ella representa y que constituiría un derecho subjetivo potencial, el cual se convierte en una facultad de actuar para reclamar en justicia el valor económico de aquélla esperanza.-

En el clasico precedente más citado del mundo en esta materia, pues es el que señaló una base señera sobre el concepto (King's Bench Division, C.A., 15/16-5-1911, Court of Appeal, Chaplin v. Hicks), la demandada fundó su defensa en que los daños eran de tal naturaleza que se tornaban en imposibles de evaluar; que la chance (en el caso de ganar un premio) estaba sujeta a tantas contingencias que era imposible para cualquiera, aun después de haber llegado a la conclusión de que la actora había perdido una oportunidad, asignarle un valor a la pérdida. El tribunal admitió que la cantidad de contingencias de que depende cierto resultado pueden convertir el cálculo no sólo en difícil, sino en insusceptible de ser llevado a cabo con certeza o precisión. Aclaró que podría coincidir en que los daños pueden llegar a ser tan imponderables como para tornar inaplicable la teoría de los cocientes o valores medios, en atención a que los guarismos necesarios para efectuar tal cálculo no son manifiestos, mas no admitió la afirmación según la cual, si es imposible arribar a una certeza, los daños son de justiprecio imposible. Aunque reconociendo que la cuantificación es a veces materia de grandes dificultades, apuntó que no hay otro principio universal en cuanto a la cantidad a fijar por un perjuicio, que aquél según el cual el fin de la ley es asegurar a la persona la reposición, en la medida de lo posible, a su estado anterior, o restablecer a la persona en la situación que hubiera tenido, de no ocurrir el hecho.-
Cabe, ciertamente, partir de la triste realidad de la víctima, que no es -lamentablemente- la de un menor de 16 años lleno de posibilidades de futuro.-
Y ello desde varios puntos de vista:
-El hecho del que derivó la muerte ocurrió el 8-7-97
-Con anterioridad, el 29-3-97 había sufrido una herida de bala con entrada en abdomen y salida en zona lumbar, con lesión de hígado, vesícula y duodeno, con gastroenteroanastomosis, quedando como secuela lesión medular incompleta, con paraplejia de miembro inferior izquierdo, escaras con secreciones, dolores en ambos miembros inferiores (fs. 114/119 causa penal)
-Así fue que ingresó al Hospital Municipal el 20-5-97 con diagnóstico de paraplejia postraumática
-Ya no se controvierte que R. L. Gómez no jugaba al fútbol como se dijo en la demanda, por lo menos con algún aspecto prometedor de futuro, pues durante los años 1996 y 1997, es decir aún antes de la herida de bala, no estaba registrado siquiera en el departamento de fútbol amateur del Club Atlético Vélez Sarsfield ni registrado como jugador federado (fs. 290). Y después de la lesión medular, su incapacidad le hubiera impedido todo eventual presunto futuro deportivo.-
-Ya no se controvierte que R. L. Gómez no estudiaba aun antes de la herida de bala, pues solamente había estado inscripto en la escuela oficiada en el año 1995 cuando cursó primer año que no terminó al haber sido dado de baja por inasistencias el 11-10-95, no surgiendo de las listas escolares durante 1996 ni 1997.-

Su situación de deterioro físico había tenido alguna mejoría en el aspecto motriz de rehabilitación, ya que se ponía de pie y caminaba acompañado por el kinesiólogo, tomando como apoyo una barra existente en el salón; practicaba básquetbol en silla de ruedas. No obstante, subsistía su incontinencia fecal, requería sonda vesical permanente y se mantenían las escaras sacra y cruralgia bilateral, que se acentuaban con los ejercicios. Y en realidad, dada su condición física, no cabe duda de que sería un discapacitado permanente, en silla de ruedas y con la posibilidad de dar algunos pasos con apoyo, subsistiendo además otras ya reseñadas minusvalías; y que sus posibilidades de sobrevida en atención a estos deterioros, eran menores a las de otras personas.-
Se trata de una familia de bajo nivel social (historia clínica fs. 26 causa penal) que vive en forma humilde, en una casa sin terminar de revocar, con pisos de cemento, calles de tierra, sin cloacas, agua corriente ni gas natural (testigos beneficio de litigar sin gastos fs. 109/111 estos autos).-
A los fines indemnizatorios, debe resaltarse que la situación de lesiones no se provocó en el hospital de la

demandada, que lo asistía en la rehabilitación de tales lesiones; y que el tipo de tareas que podría haber realizado el menor, dada su escasa calificación para otros trabajos, era de las que demandan esfuerzos físicos, si bien puede considerarse que -tras ardua rehabilitación- podría haberse reentrenado en algún oficio manual a los fines de obtener trabajo como discapacitado.-
El progenitor, de 43 años al tiempo de los hechos, es joven. Asimismo, procede toman en cuenta la existencia de otros tres hijos y que la eventual ayuda se hubiera compartido con la madre, no reclamante.-
A efectos de ajustar el monto, he consultado casos próximos en el Banco de Datos (Quanterix) del Proyecto coparticipado Ministerio de Justicia - Cámara Nacional Civil, Oficina de Proyectos Informáticos, también en Internet (www.iijusticia.edu.ar) y los precedentes de esta Sala, considerando comparativamente casos de otros hijos víctimas en condiciones normales de salud y capacidad, estudiantes, trabajadores, etc. cuyos montos he adecuado al supuesto de autos. Los principales precedentes son:
-esta Sala, L. 317.437 del 3-10-01, joven 25 años, sexo masculino, donde se reconoció $ 15.000 a la madre y $ 10.000 al padre
-esta Sala, L. 211.091 del 28-11-01, joven 17 años, sexo masculino, donde se reconoció $ 30.000 a la madre y $ 30.000 al padre

-esta Sala, L. 295.983 del 17-5-01, joven 17 años, sexo masculino, donde se reconoció $ 30.000 a la madre y $ 0 al padre
-esta Sala, L. 320.459 del 17-8-01, joven 17 años, sexo femenino, donde se reconoció $ 25.000 a la madre y $ 25.000 al padre
-esta Sala, L. 352.406 del 16-12-02, joven 15 años, sexo masculino, donde se reconoció $ 50.000 en conjunto a la madre y el padre
En suma, en mi opinión y tras una meditada ponderación de los diversos elementos en juego, debe reducirse la cantidad a la de $ 15.000.-

VII.- El actor ha sufrido un menoscabo en sus legítimas afecciones y la procedencia del daño moral no se discute, en atención a la índole del caso, la acción antijurídica y la titularidad del derecho del accionante; lo que se pone en tela de juicio por los apelantes es el monto de $ 80.000.-
Por si quedaran dudas en la caracterización de este perjuicio dado el tenor de los agravios de la actora, la Sala sostiene el criterio de la magistrada en cuanto a que nuestra normativa conceptúa como resarcitorio el daño moral (esta Sala, L. 154.123 del 15-4-96; L. 146.837 del 1-9-94; L. 146.192 del 7-10-94; L. 230.828 del 23-2-99, entre otros).-
El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado. El dinero es un medio de obtener contentamientos, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.-
La evaluación del perjuicio moral es tarea delicada pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como en principio debe hacerse de acuerdo al artículo 1083 C.Civil. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. La dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, padecimientos y actual dolor subsistente.-

Considero también, como lo indica la actora, que para establecer su monto no se deben correlacionar los daños materiales y morales puesto que se trata de lesiones de diferente índole y la existencia o no de daños materiales carece de influencia en la determinación del agravio moral (Llambías, Obligaciones, Bs. As., 1973, t. I, p. 344 y sus citas; esta Sala L. 10.017 del 12-4-85; L. 64.329 del 16-5-90; L. 164.223 del 8-6-95; L. 239.149 del 2-7-98; L. 283.568 del 14-3-00, entre otros).-
En razón de los sufrimientos padecidos por el actor a raíz del luctuoso hecho motivo de estos autos, el dolor que significa para una persona la pérdida de un hijo y el sentimiento de verse privado por el resto de su vida de la compañía que el joven R. L. le hubiese proporcionado, también ponderando precedentes de la Sala, propongo su reducción a $ 60.000.-

VIII.- La actora se agravia en cuanto a las costas del incidente que rechaza el planteo de inconstitucionalidad de la ley 25.561 en cuanto prohibe la indexación de los créditos.-

Dice que la ley 25.561 dejó sin efecto la convertibilidad; que hubo una gran devaluación; que se generó un proceso inflacionario; que la ley paradójicamente contiene la prohibición de actualización monetaria; que el acto del príncipe dio lugar a una alteración de todo el sistema económico; que la jurisprudencia no es pacífica; que de alguna manera deben recomponerse las relaciones. En consecuencia, teniendo en cuenta la cuestión debatida en el incidente que era de puro derecho, su parte no puede ser condenada en costas por el resultado adverso, tanto más teniendo en cuenta la atípica norma legal que originó tal planteo.-
Entiendo que le asiste razón pues, independientemente del carácter de perdedor y de la desestimación del pedido, la que modificó el sistema monetario se trata de una normativa que, efectivamente, ha dado lugar a polémicas doctrinarias y a contradicciones entre los tribunales, especialmente a incertidumbres e inseguridades jurídicas, máxime en los primeros tiempos en que algunos "expertos" auguraban una inflación sustancial.-

El planteo se efectuó el 10-4-02, a poco del cambio y más aún, cuando todavía se dictaban decretos diarios que modificaban las modificaciones y corrían ríos de tinta sobre la temática. Justamente, corresponde la distribución de costas en el orden causado en casos de cuestiones complicadas o difíciles o sin antecedentes doctrinales o jurisprudenciales, o si los hay contradictorios entre sí. Y también constituye supuesto de exención el de la ley nueva, cuya regulación ofrece un entramado jurídico de complejidad (Gozaíni, Osvaldo A., Costas procesales, Ediar, Bs. As., 1998, p. 79/85 y jurisprudencia allí citada).-
En suma, voto por la revocatoria de este aspecto del decisorio y la distribución de las costas por este incidente en el orden causado.-

IX.- La demandada Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se queja del plazo de condena, fijado en 10 días.-
Afirma que por aplicación del art. 22 de la ley 23.982 queda bajo la órbita de la administración efectuar la previsión presupuestaria para el ejercicio siguiente; que si no lo hizo dentro del período podrá ejecutarse la sentencia; que la norma corresponde al art. 105 de la ley 19.987; que la conclusión es que la sentencia deberá ser previsionada para el ejercicio siguiente y durante el período ordinario de sesiones.-
En efecto, ninguna duda cabe que las sumas cuyo pago se condena en la sentencia definitiva encuentran su causa o título con posterioridad a la fecha de corte referida en la ley 23.982, ya que se originaron en julio de 1997. Por ello, y en función de las argumentaciones expresadas en las causas R. 302.132 del 4-9-00, R. 241.174 del 18-3-98, R. 235.005 del 31-12-97, R. 230.362 del 6-10-97, entre otras, a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad, resulta de aplicación al caso de autos la normativa contenida en el art. 22 de la ley 23.982, loque así cabe declarar.-

Si mi voto es compartido, propongo en consecuencia la modificación parcial de la sentencia respecto de las cantidades a resarcir que estimo deben reducirse a $ 15.000 por pérdida de vida humana y a $ 60.000 por daño moral; asimismo la revocatoria del aspecto del decisorio que impone las costas del incidente de inconstitucionalidad de la ley 25.561 a la actora y la distribución de las mismas en el orden causado; y confirmándola en el resto de lo que decide y fuera materia de agravios; salvo en cuanto al plazo de cumplimiento, declarándose aplicable al caso lo dispuesto por el art. 22 de la ley 23.982. En cuanto a las costas de esta instancia, corresponde su imposición a la aseguradora La República Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. en relación a la demandada Yolanda De Simone; y en lo principal a la actora.-

El Dr. Eduardo Zannoni dijo:
Sin perjuicio de mantener mi criterio en lo relativo a la resarcibilidad del denominado "valor vida" en el caso (ver mi voto en sentencia libre n° 352.406 del 16/12/2002), adhiero al voto de la Dra. Highton de Nolasco por cuanto los agravios no han cuestionado la procedencia del rubro sino exclusivamente su monto.-
El Dr. Posse Saguier dijo:

Adhiero al voto de la Dra. Highton de Nolasco.-

FDO.: ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO EDUARDO A. ZANNONI - FERNANDO POSSE SAGUIER

///nos Aires, julio de 2003.-

AUTOS Y VISTOS:

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, modifica parcialmente la sentencia respecto de las cantidades a resarcir que se reducen a $ 15.000 por pérdida de vida humana y a $ 60.000 pordaño moral; asimismo se revoca el aspecto del decisorio que impone las costas del incidente de inconstitucionalidad de la ley

25.561 a la actora y se distribuyen las mismas en el orden causado; y se la confirma en el resto de lo que decide y fuera materia de agravios; salvo en cuanto al plazo de cumplimiento, declarándose aplicable al caso lo dispuesto por el art. 22 de la ley 23.982.-
En cuanto a las costas de esta instancia, se imponen a la aseguradora La República Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. en relación a la demandada Yolanda De Simone;; y en lo principal a la actora.-
Pasen los autos a despacho a efectos de conocer sobre la regulación de honorarios.-

Notifíquese y oportunamente devuélvase.//-

FDO.: ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO EDUARDO A. ZANNONI - FERNANDO POSSE SAGUIER

ACCION REVOCATORIA O PAULIANA. Acto a título gratuito: requisitos; carga de la prueba. Insolvencia del deudor: prueba indiciaria. Cita: ED, 174-688

Tribunal: CApel. Civ. Com. y Minería, San Juan , sala I Fecha: febrero 26-1997 Tema: acción revocatoria ordinario. Núm. Interno: 48.293 Enlace Nota a Fallo.

-----Sumario------

1. - Cuando el acto del deudor insolvente que perjudicase a los acreedores fuere a título gratuito, el interés de éstos es preferido al del adquirente, tenga o no éste buena fe, por lo que no tendrán a su cargo la prueba de la complicidad en el fraude, bastando sólo el ánimo de perjudicar por parte del deudor, que se presume.

2. - Cuando el acto cuestionado por la acción revocatoria pauliana se celebró y ejecutó a título gratuito, es impugnable aun cuando el deudor y el tercero hayan obrado de buena fe, dado que la revocación del mismo no supone la pérdida de un derecho adquirido a cambio de una prestación equivalente, sino simplemente la extinción de un beneficio.

3. - El direccionamiento doctrinal civilista, en el que la insolvencia se configura de modo objetivo cuando el contenido del activo del patrimonio no alcanza para que el deudor cumpla en debida forma las obligaciones contraídas, escapa a la caracterización del concepto dado por la legislación y jurisprudencia comercial, para quienes la insolvencia constituye un estado del patrimonio que, sin disponibilidad de crédito, se revela impotente para atender las obligaciones exigibles con los bienes normalmente realizables en oportunidad de dicha exigibilidad.

4. - La dinámica probatoria adquiere especial relevancia en el caso de la acción revocatoria pauliana, donde el actor debe probar el estado de insolvencia patrimonial de su deudor que, de acuerdo a la interpretación que corresponde hacer en el campo del derecho civil, significa demostrar que el activo del debitoris no es suficiente objetivamente para cubrir la prestación adeudada.

5. - En la acción revocatoria se exige al actor que pretende probar la insolvencia patrimonial de su deudor demostrar hechos y vinculaciones jurídicas que se llevan a cabo o existen en la esfera particular de su demandado, que son de exclusivo y pleno conocimiento de él, por lo cual la regla básica de la carga probatoria (art. 361 del cód. procesal) no debe ser aplicada con rigidez, sino teniendo en cuenta las peculiaridades concomitantes de cada caso en particular. Mas aún, si el demandado, al oponerse a la procedencia de la acción, asevera o expresa que es solvente, que tiene la capacidad patrimonial para enfrentar el pago de la deuda, hechos que de igual modo deben ser acreditados.

6. - El principio general para todo litigio común, según el cual la carga de la prueba de los hechos "positivos" incumbe al actor, cede, si no totalmente, en gran grado, en los juicios de fraude, desde que esa intención defraudatoria es íntima, subjetiva, de difícil prueba.

7. - Si el acreedor que incoara la pretensión revocatoria demostró fehacientemente que la deudora tenía a su nombre únicamente el inmueble que transfirió a título gratuito a su hija, queda fuera del margen de razonabilidad exigirle sin límites otras pruebas negativas tendientes a acreditar que aquélla no posee bienes importantes para tener convencimiento del estado de insolvencia.

8. - La circunstancia de que al realizar la declaración jurada patrimonial como requisito previo a la celebración del contrato con el banco acreedor, la deudora declarara que el único inmueble que poseía era aquel que transfiriera por título gratuito a favor de su hija, constituye una prueba indiciaria muy elocuente de su intención de evadir la ejecución forzada de sus débitos, dejando sin bienes su patrimonio. Ello es así, pues la declaración jurada referida -reconocida expresamente por la deudora- debe ser tenida como una expresión fehaciente del contenido de su patrimonio.

9. - En la acción revocatoria configura un claro indicio de la insolvencia de la deudora la pasividad demostrada por ésta en la tramitación del proceso, donde su defensa -luego de una mera negativa general de las afirmaciones de la actora- se centralizó en tratar de demostrar que ella no era principal deudora, que no se había beneficiado directamente con el crédito ejecutado, ni había tenido conocimiento de la deuda, cuando tenía la posibilidad de demostrar su solvencia patrimonial con la simple presentación de los instrumentos correspondientes, que era propietaria de otros bienes, fueran ellos inmuebles o muebles.

10. - En la acción revocatoria pauliana, no se puede exigir una prueba matemática acabada del estado de insolvencia, equivalente a un balance del activo y pasivo de los bienes que componen el acervo del deudor demandado, sino que, por su propia naturaleza, basta con tener indicios ciertos y concordantes del estado de incapacidad del contenido del patrimonio para garantizar el pago de la deuda. Por lo tanto si el monto declarado en la escritura pública de cesión gratuita como anticipo de herencia es semejante al que gravaba el patrimonio por una deuda con el banco actor, queda evidenciado el perjuicio que para el acreedor emergió del acto de cesión gratuita, lo que determina la configuración del segundo requisito previsto por el art. 962 del código civil. M.M.F.L.

----- Fallo---

En la ciudad de San Juan, a 26 días del mes de febrero del año mil novecientos noventa y siete reunidos en la sala primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería, los vocales Dres. Pascual Eduardo Alferillo

y Oscar Roberto Otiñano, con la ausencia por licencia (art. 40, ley 5854) del Sr. vocal Dr. Moisés Moya, a fin de conocer del recurso de apelación que se interpusiera la actora representada por el abogado Carlos Torioni Godoy (fs. 174) contra la sentencia recaída en el juicio Nº 14.309-15.893 caratulados Banco Francés del Río de La Plata, S.A. c. Robles, Lucila Isabel y otra -acción revocatoria- ordinario, dictada en fecha ocho del mes de febrero del año mil novecientos noventa y seis, obrante a fs. 167/173 de estos autos originados del Segundo Juzgado en lo Civil, Comercial y Minería, recurso que una vez concedido tuviera debida sustanciación en la alzada, fijadas ulteriormente las cuestiones a considerar en el orden que sigue: 1ª cuestión: ¿Es justa o adecuada a derecho la sentencia venida a recurso? 2ª cuestión: En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde en definitiva? El doctor Pascual Eduardo Alferillo dijo: En mérito a su calidad doy por reproducida la prolija relación de la causa que formula el señor Juez a quo en la sentencia definitiva de fecha ocho de febrero de mil novecientos noventa y seis, cuya copia autorizada obra a fs. 167/173. En el decisorio recurrido el sentenciante encuentra fundamento suficiente para no hacer lugar a la demanda, imponiendo las costas del juicio a la parte actora. La institución bancaria accionante apeló el dictum (fs. 174) concediéndosele el recurso en fecha 19 de febrero de 1996 libremente y en ambos efectos (fs. 174 vta.). La quejosa cuando sostiene el recurso con su escrito de expresión de agravios (fs. 170/195), como primer cuestionamiento al fallo, ataca la conclusión, considerada medular, referida a que no estaría probada la insolvencia del deudor. Para lo cual, afirma, que la deudora es insolvente confesa por cuanto su activo al abrir la cuenta corriente estaba integrado sólo por el inmueble que admite haber transferido a su hija a título gratuito, ergo, hoy su activo es inexistente y el pasivo está probado con la causa venida del Noveno Juzgado Civil (art. 409, CPC). Como segundo agravio, referencia, la consideración del sentenciante de meritar insuficiente la prueba informativa para acreditar la insolvencia del Registro Gral. Inmobiliario de la provincia. El tercer cuestionamiento lo puntualiza en el error en la intelección de la eficacia probatoria de prueba que el fallo supone debió rendir. El cuarto lo focaliza al relevo de rendir prueba a la accionada (que a escasos 6 meses del juicio ejecutivo, cuando abrió la cuenta corriente denunció un solo bien) y en desmedida exigencia se reclama la prueba de hechos negativos. En cuanto al quinto agravio, lo sintetiza en que, según la opinión del juzgador, no ha probado el segundo requisito del art. 962 (que el perjuicio resulte del acto mismo del deudor). El recurrente puntualiza posteriormente, otros agravios subordinados a los anteriores, para finalmente decir, que le produce perjuicio la imposición de las costas. Corrido traslado a la contraria, esta se presenta (fs. 196/200) oponiéndose a la pretensión contenida en el recurso de la actora y solicita las reservas para ejercer las vías recursivas extraordinarias por ante la Corte de Justicia local y nacional. Como punto inicial se debe meritar los efectos jurídicos que devienen en la procedencia de esta acción revocatoria pauliana intentada, la circunstancia acreditada en autos de que la deudora, señora Lucía Isabel Robles cedió gratuitamente a su hija, señora Carla Andrea Correa la propiedad del inmueble sito en calle OHiggins ... este -Trinidad- San Juan, identificado en el Registro Gral. Inmobiliario al Folio Real Matrícula 01-01029, mediante Escritura Pública Nº 43 Fº 76 fecha 18 de junio de 1993, pasada por ante la Escribana Mercedes Etelvina Basualdo, donde se instrumentó la transferencia como Anticipo de Herencia. Esta hipótesis es expresamente prevista por el Código Civil en su redacción original, cuando el art. 967 establece que si el acto del deudor insolvente que perjudicase a los acreedores fuere a título gratuito, puede ser revocado a solicitud de éstos, aun cuando aquel a quien sus bienes hubiesen pasado, ignorase la insolvencia del deudor. Este mandato legal, implica que en este caso no constituye exigencia de prueba para la procedencia de la acción revocatoria que el actor acredite la mala fe (entendida ésta como el conocimiento de la intención de insolventarse de la deudora por medio de ese acto) de quien se benefició con el acto, señorita Carla Andrea Correa, ni la connivencia fraudulenta entre ésta y el deudor enajenante, señora Lucía Isabel Robles. En igual sentido se pronuncian Belluscio-Zannoni cuando expresaron, parafraseando pronunciamientos judiciales, que el interés de los acreedores es, en este caso, preferido al del adquirente, tenga o no éste buena fe. Por lo que aquéllos no tendrán a su cargo la prueba de la complicidad en el fraude, bastando sólo el ánimo de perjudicar por parte del deudor, que se presume claro está, si el acto provoca o agravia su insolvencia (Belluscio-Zannoni, Cód. Civ. Comentado, anotado y concordado, T. 4 pág. 451). En función de ello, le asiste razón al recurrente cuando se agravia en los puntos 14 y 18 y critica a la sentencia cuando estima (fs. 172) que considera que no es suficiente la falta de pago para deducir la existencia de un fraude dado que se ataca un acto perfectamente válido de no mediar un ánimo de perjudicar que se trasunte y sea probado. Por cuanto, el acto cuestionado en autos se celebró y ejecutó a título gratuito siendo, a partir de esa característica, impugnable aun cuando el deudor y el tercero hayan obrado de buena fe (Salas, Acdeel Ernesto, Código Civil y Leyes complementarias anotados t. 1, pág. 481), dado que la revocación del mismo no supone la pérdida de un derecho adquirido a cambio de una prestación equivalente, sino simplemente la extinción de un beneficio (Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, pág. 390). A partir de la adecuada precisión de los efectos de la gratuidad del acto sujeto a pedido de revocación, para que proceda la acción revocatoria basta la configuración objetiva de las condiciones generales del art. 962 del CC, sin que sea necesario acreditar los requisitos subjetivos de la acción exigidos para la hipótesis de transferencia a título oneroso (art. 968, CC) como son que el deudor haya querido por ese medio defraudar a sus acreedores, la complicidad del tercero

con el cual ha contratado, y de suyo, la mala fe de éste. Desde esta perspectiva la consideración pasa al primer requisito exigido por el art. 962 del código civil, que el deudor se halle en estado de insolvencia, el cual debe existir al momento de entablarse la acción revocatoria. El concepto de insolvencia en el ámbito del Derecho Privado denota diferente significación, sea su aplicación en la normativa Civil o Comercial. En este sentido, la doctrina autoral es conteste en sostener que la insolvencia en el Derecho Civil se configura de modo objetivo, cuando el contenido activo del patrimonio no alcanza para que el deudor cumpla en debida forma las obligaciones contraídas. Esta idea es explicada por Belluscio-Zannoni cuando expresan ...no es sinónimo de cesación de pago, aunque se acepte que la cesación de pagos es el estado de un patrimonio que se manifiesta impotente para afrontar el cumplimiento de sus obligaciones exigibles. La insolvencia supone carencia de bienes patrimoniales para que los acreedores por medio de su ejecución -individual o colectiva- logren hacer efectivos sus créditos... (Cód. civil - Comentado, anotado y concordado t. 4, pág. 440). Es decir, el direccionamiento doctrinal civilista escapa a la caracterización del concepto dado por la legislación y jurisprudencia comercial para quienes la insolvencia constituye un estado del patrimonio que sin disponibilidad de crédito, se revela impotente para atender las obligaciones exigibles, con los bienes normalmente realizables en oportunidad de dicha exigibilidad (conf. Quintana Ferreyra, Francisco, Ley 19.551 - Comentada. Anotada y Concordada, t. 1, pág. 17; Cámara, Héctor, El concurso preventivo y la quiebra, t. 1, pág. 235: Rivera-Roitman-Videla, Concurso y Quiebras-Ley 24.522, pág. 11, entre otros). Ahora bien fijada la posición respecto del alcance del concepto de insolvencia y como paso previo para el examen en esta causa del cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 962 del código civil, ha menester determinar el alcance de la exigibilidad probatoria para la procedencia de la acción revocatoria pauliana, pues los agravios vertidos por la apelante encuentran como punto común la errada intelección de la eficacia probatoria de las pruebas integradas al proceso. En esta dirección, la regla básica de la carga probatoria reglamentada en nuestro ordenamiento ritual en el art. 361 del CPC, incumbe a la parte que afirma la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Pero conforme la naturaleza y particularidades de las distintas litis que se plantean al conocimiento de los magistrados, la exigencia procesal no debe mantenerse estática sólo en cabeza del actor, pues a medida que éste arrima probanzas en favor de los hechos afirmados en la demanda, el demandado, si desea desembarazarse de las reclamaciones del actor, no sólo por el derecho procesal de colaborar en la obtención de la certeza de los hechos que precedieron a la demanda, sino también en su propio interés, se verá necesitado de producir la contraprueba de descargo de las convicciones que vaya creando la prueba del actor. Esta dinámica probatoria adquiere especial relevancia en el caso de la acción revocatoria pauliana en examen, donde el actor debe probar el estado de insolvencia patrimonial de su deudor que de acuerdo a la interpretación del término insolvencia dado ut supra, significa demostrar que el activo de debitoris no es suficiente, objetivamente, para cubrir la prestación adeudada. Ello implica, que al actor se le exige demostrar hechos y vinculaciones jurídicas reales que se llevan a cabo o existen en la esfera particular de su demandado, que son de exclusivo y pleno conocimiento de él, por lo cual el principio procesal de mención no debe ser aplicado con rigidez, sino teniendo en cuenta las peculiaridades concomitantes de cada caso en particular. Mas teniendo en consideración que el demandado, al oponerse a la procedencia de la acción asevera, expresa o implícitamente, que es solvente, que tiene la capacidad patrimonial para enfrentar el pago de la deuda, hechos que de igual modo deben ser acreditados. La jurisprudencia sobre el particular entiende que ...el principio general para todo litigio, común, que la carga de la prueba de los hechos positivos incumbe al actor, cede, si no totalmente, en gran grado, en los juicios de fraude (simulación, acción pauliana común, fraude entre cónyuges), desde que esa intención defraudatoria es íntima, subjetiva, de difícil prueba... (CCivil, Familia y Sucesiones Tucumán, marzo 20-980 S. de P., E.V. c. P.A., LL, 980-467). Ahora bien precisado el criterio respecto de la carga probatoria en la acción revocatoria pauliana, ha menester resaltar que el concepto de patrimonio como el conjunto de los bienes de una persona elaborado por el codificador Velez Sársfield en la parte in fine del art. 2312 del código civil, impone en función de las sustanciales reformas introducidas por la ley 17.711 [ED, 21-961] y complementarias, diferenciar, la existencia de una parte del mismo sometida a un régimen de publicidad mediante la registración (art. 2505 Ley Nacional 17.801, inmuebles [ED, 23-921]; decreto-ley 6582/58, ley 22.977 [automotor] [EDLA, 1983-528]; 20.378 [equinos de sangre pura de carrera] [ED, 52-684]; Nº 11.723 [Propiedad intelectual], etc.) y de otra parte, en la cual la titularidad únicamente puede ser presumida por aplicación del art. 2412 de código civil (bienes muebles no registrables). Esta diferenciación no es meramente académica, sino que tiene importancia para la resolución de la litis, por cuanto el a quo entre sus fundamentos para el rechazo de la pretensión revocatoria, sostuvo que el recurrente no cumplió con requerir los informes a los Registros Nacionales del Automotor (fs. 171 vta.), para corroborar la posible existencia de automóviles inscriptos a nombre de la deudora. Con este criterio, el sentenciante inferior debió también exigir la información a los otros registros públicos de la propiedad, para conocer si era propietario de caballos de pura sangre, barcos, aeronaves, derechos intelectuales etc. Pero, se debe tener presente particularmente en este caso, que en autos se ha acreditado fehacientemente que la deudora tenía a su nombre únicamente el inmueble que transfirió a título gratuito a su hija, puesto ni siquiera el inmueble donde tiene

constituido su domicilio real es públicamente de su dominio, por lo cual exigir sin límites, para tener convencimiento del estado de insolvencia, otras pruebas negativas tendientes a acreditar que no posee bienes importantes, en este caso, queda fuera del margen de razonabilidad. Por ello, resulta acertada la queja de la recurrente, cuando califica como de inconmensurable exigencia la pretensión del Juez sentenciante de exigir la prueba de existencia de inmuebles en otra provincia (fs. 171). A la par de ese indicio concreto de falta de activo suficiente para enfrentar el pago del crédito del banco actor, se debe tener presente que la transferencia gratuita, acreditada en autos, exhibe la existencia de un empobrecimiento cierto en el patrimonio de la deudora, el cual objetivamente perjudica la garantía genérica que representa el patrimonio en su totalidad, por cuanto, al ser a título gratuito, no existe contraprestación que ingrese para restablecer el equilibrio entre el activo pasivo que lo compone. Por otra parte, y como índice elocuente de la insolvencia del deudor, aparece la propia actividad de la señora Lucía Isabel Robles, cuando realiza la declaración jurada patrimonial como requisito previo a la celebración del contrato con el banco actor. En efecto, y sin perjuicio de analizar la letra puntual del convenio, la declaración que hace la demandada a su acreedor tiene relevancia a los fines de la acción revocatoria pauliana, por cuanto, es el mecanismo voluntario y de buena fe por el cual exhibió el contenido de su patrimonio para que analizado por el Banco, éste determine si le concede o no el crédito. Es decir, interpretada la declaración de buena fe por las partes (art. 1198 del código civil), la misma precisaba y publicitaba el contenido del patrimonio. Por esta razón, la evidente acción de menoscabo del activo realizado por la deudora, constituye una prueba indiciaria muy elocuente de su intención de evadir la ejecución forzada de sus débitos, dejando sin bienes su patrimonio. Otra circunstancia relevante, derivada de interpretar de buena fe los actos de la demandada, aparece cuando se comprueba que la accionada no falseo los datos patrimoniales en su declaración jurada de bienes (fs. 114/116-147/149) respecto de los inmuebles de los cuales era titular, puesto que indicó que, únicamente, le pertenece en dominio el sito en calle OHiggins - este, Trinidad, San Juan. En efecto, ello fue ratificado con el informe emitido por el Registro General de la Propiedad (fs. 86/87/90), prueba que permite presumir, sin lugar a hesitación, que no posee otros bienes importantes en su acervo, ello por aplicación de los principios de la teoría del actor propio (venire contra factum propium nulli conceditur) dado que la parte con su conducta ha contribuido a fijar el sentido de las cláusulas contractuales en el negocio jurídico y por ende a su posterior interpretación, de donde, luego, no puede pretender un sentido contrario (Cám, Apel. Civ., sala 1, 2-08-96, Libro de Autos t. 69, Fº 57/64). La mala fe, en ninguna de sus facetas, puede recibir protección jurisdiccional. En la misma dirección se debe resaltar que la demandada en su responde (fs. 69/71) no niega expresamente, sino por el contrario es prueba ofrecida por su parte, que el contenido de la declaración jurada no era cierto o era parcial, sino por el contrario reconoce expresamente la causa Nº 9496 Bco. Francés del Río de La Plata c. Palmes Mario Eugenio y otra Ejecutivo del Noveno Juzgado Civil ofrecido como prueba (primer párrafo fs. 69 vta.) y la instrumentación de la cuenta corriente (fs. 70, in fine), por lo cual ese instrumento debe ser tenido como una expresión fehaciente del contenido del patrimonio de la señora Lucila Isabel Robles. Finalmente, se configura en otro indicio claro del estado de insolvencia de la deudora, la pasividad demostrada en la tramitación del proceso, donde su defensa, luego de una mera negativa general de las afirmaciones de la actora, se centraliza en tratar de demostrar que ella no es la principal deudora, que no se ha beneficiado directamente con el crédito, ni que ha tenido conocimiento de la deuda cuando tenía la posibilidad de demostrar su solvencia patrimonial con la simple presentación de los instrumentos correspondientes, que era propietaria de otros bienes, sean ello inmuebles o muebles. El demandado, con su conducta contraría el principio de colaboración que reconoce fundamento en la naturaleza publicista, no contribuye a la obtención de una sentencia justa, más allá del particular interés de los sujetos de litigio. Acosta, sobre este tema señala que este principio se halla íntimamente relacionado con el deber procesal de moralidad que se vulnera con el propósito de deformar la verdad, no sólo, cuando se obstruye la prueba del contrario o se falsea la propia, sino cuando se oculta la que se dispone (Visión jurisprudencia de la Prueba Civil -tomo I- pág. 159). En igual sentido la doctrina judicial con acertado criterio ha sostenido que tiene incuestionable importancia para el juzgador valorar la conducta procesal de las partes en el transcurso del juicio y especialmente en relación al deber que éstas tienen de auxiliar al juez para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, por lo que la falta de diligencia puesta de manifiesto por una de las partes en la etapa probatoria no deja de constituir una presunción contraria a sus pretensiones (Cám. Nac. Civ., sala M, 13-6-90. Rep. General JA, 1992-III-786). Por otra parte para la procedencia de la acción revocatoria pauliana no se puede exigir una prueba matemática acabada del estado de insolvencia, equivalente a un balance del activo y pasivo de los bienes que componen el acervo del deudor demandado. Sino por su propia naturaleza, basta con tener indicios ciertos y concordantes del estado de incapacidad del contenido del patrimonio para garantizar el pago de la deuda. En este sentido, el bien, conforme se declara en la escritura pública de cesión gratuita como anticipo de herencia (fs. 93) se precisa un valor fiscal de mismo de $ 15.882,30 a fecha 18 de junio de 1993, que normalmente es inferior al precio de cotización en plaza. Esa suma, representa el menoscabo que se produce en el patrimonio que se veía gravado por una deuda con el banco actor de $ 12.672,75 a fecha 21 de mayo de 1993 (fs. 05). La simple comparación de los montos pone de manifiesto el perjuicio para el actor emergente del acto mismo

de cesión gratuita realizado por su deudor en favor de un familiar. Con ello, queda perfectamente configurado el segundo requisito previsto por el art. 962 del código civil para la procedencia de la pretensión revocatoria. En relación al tercer requisito para la procedencia de la revocatoria, la existencia de un crédito quirografario de fecha anterior al acto de menoscabo, no existe contradictorio, sino simplemente planteos periféricos de la deudora demandada referidos a la negligencia del actor para el cobro de su crédito o que no tenía conocimiento del estado de la cuenta. Ello, no hace al thema decidendum por lo cual debe juzgarse al mismo configurado. En función de lo expuesto, juzgo que en este caso traído al conocimiento del tribunal ad quem se han configurado objetivamente los requisitos exigidos por el art. 962 del código civil para la procedencia de la acción revocatoria pauliana intentada contra el acto de cesión a título gratuito de inmueble sito en calle OHiggins - este -Trinidad- San Juan hasta el interés patrimonial del actor denunciado en la causa. En cuanto al tema de las costas, juzgo, siguiendo el principio objetivo de la derrota (art. 74 del CPC) receptado por el tribunal que integro, que deben ser impuestas a la demandada, en ambas instancias en función del resultado de este recurso. El doctor Oscar Roberto Otiñano dijo: Por los mismos motivos voto en igual sentido. 2da. cuestión: El doctor Pascual Eduardo Alferillo dijo: Por ello y lo acordado precedentemente corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 174, haciendo lugar a la demanda interpuesta. En virtud de ello corresponde decretar la revocación del acto, con el alcance previsto en el art. 965 del código civil, celebrado entre la Sra. Lucila Isabel Robles y Carla Andrea Correa de cesión gratuita de inmueble sito en calle Bernardo OHiggins - este -Trinidad- San Juan, identificado catastralmente con la N.C. Nº 01-62-780710, en el Registro Gral. Inmobiliario al Folio Real Matrícula 01-01029 e instrumentado al convenio en Escritura Pública Nº 43, Fº 76 de fecha 18 de junio de 1993 pasada por ante la Escribana Mercedes Etelvina Basualdo. Las costas de ambas instancias, deberán ser impuestas a la demandada vencida. El doctor Oscar Roberto Otiñano dijo: Por los mismos motivos voto en igual sentido. Por ello, y lo acordado precedentemente ser resuelve: Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 174, haciendo lugar a la demanda interpuesta. En virtud de ello corresponde decretar la revocación del acto, con el alcance previsto en el art. 965 del código civil, celebrado entre la Sra. Lucila Isabel Robles y Carla Andrea Correa de cesión gratuita del inmueble sito en calle Bernardo OHiggins - este -Trinidad- San Juan, identificado catastralmente con la N.C. Nº 01-62-780710, en el Registro Gral. Inmobiliario al Folio Real Matrícula 01-01029 e instrumentado al convenio en Escritura Pública Nº 43, Fº 76 de fecha 18 de junio de 1993 pasada por ante la Escribana Mercedes Etelvina Basualdo. Las costas de ambas instancias, deberán ser impuestas a la demandada vencida. Se deja constancia de que el presente fallo se expide con dos firmas por encontrarse con licencia del Dr. Moisés Moya (art. 40, ley 5854). Protocolícese, notifíquese en debida forma y previa reposición de sellado de ley, si así correspondiere, bajen los autos al Juzgado de origen. - Pascual E. Alferillo. - Oscar Roberto Otiñano (Sec.: Jorge Calvo).----------

SIMULACION: Concepto. Prueba: carga de la prueba; presunciones. Intervención del Ministerio Público Fiscal. Cita: ED, 171-263 Tribunal: CNCiv. , sala L Fecha: febrero 29-1996 Tema: simulación. Núm. Interno: 47.728

Sumario

1. - **La simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real. Emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.**

2. - Al tratar la simulación como vicios de los actos jurídicos debe tenerse presente que coexisten la apariencia negocial (aspecto externo) y la oculta intención real de las partes que han finiquitado el negocio simulado; es una discordancia entre la voluntad interna y su manifestación

3. - A los efectos de demostrar la simulación, es conveniente que se acredite la causa simulandi ya que es inverosímil que se lleve a cabo un acto sin motivación de ninguna naturaleza, es decir, en función de una causa fin o finalidad, la causa simulandi puede consistir en la voluntad de disimular la celebración de un acto prohibido por la ley o contrario a la moral o las buenas costumbres o que perjudica a terceros.

4. - Si bien la jurisprudencia ha considerado como **presunción** relacionada con las partes que intervienen en el acto la circunstancia de la existencia de **una estrecha vinculación entre ellas**, esto no es suficiente para tener por probada la simulación.

5. - Quien invoca la simulación de un acto debe ofrecer y producir la prueba de su afirmación, demostrando el acuerdo simulatorio en el cual el propio accionante o terceros participaron.

6. - El vínculo de parentesco suele constituir un elemento que debe ser tomado en cuenta, pero no es suficiente, por sí mismo, para presumir el negocio simulado debiendo sumársele otras circunstancias de hecho, de modo tal que se obtenga un adecuado marco de presunciones que, tal como lo determina el art. 165, inc. 5, del cód. procesal civil y comercial, por su número, precisión, gravedad y concordancia logren la efectiva convicción del juzgador sobre la existencia de un acto simulado.

7. - La actuación del Ministerio Fiscal sólo cabe en los casos en que se ventilan nulidades o anulabilidades absolutas, es decir, aquellas que comprometen intereses generales de la sociedad. Por lo tanto, si la pretensión de la accionante se basa en que se declare la simulación y se anule la venta que de la parte indivisa efectuara su madre a la demandada y a su cónyuge, no se advierte que existan en juego otros intereses que los privados y particulares expresados por la actora en su demanda, razón por la cual no existe materia alguna por la cual deba velar el Ministerio Público Fiscal (del dictamen del Sr. FISCAL ANTE LA CáMARA). M.M.F.L.

Fallo:

DICTAMEN DEL FISCAL ANTE LA CáMARA. - I. Vienen estos autos a consideración del Tribunal de V.E., a consecuencia del recurso de apelación deducido a fs. 213 por la actora, contra la sentencia del Sr. juez a quo, que con fecha 5 de abril de este año, rechazó la demanda instaurada por la apelante. La quejosa expresó agravios a fs. 219 y sigs., los que fueron replicados a fs. 224/5. Con ello el Tribunal de V.E. remitió los autos a este Ministerio Público Fiscal. II. En este proceso se ha presentado la ahora apelante -Da. María Antonia Gianotti- demandando a su hermana -Da. Elvira Victorina Gianotti de Batán-, por nulidad (conf. desistimiento de fs. 96). Si bien resulta claro el propósito nulificante, no lo es tanto el acto jurídico que se pretende atacar de tal modo. En efecto, tal extremo no resulta nítido de la propuesta hecha al tiempo de demandar, toda vez que se disvalora tanto la venta hecha de una propiedad ubicada en la calle Boquerón 414 de Ciudadela -de propiedad de los padres de las partes en juicio-, como el porcentual del condominio surgido de la posterior compra de otro inmueble ubicado en la calle Elizalde 4, Depto. 3 del primer piso, de Ciudadela. Y el tema termina por difuminarse, aún más, al advertir que el fundamento jurídico realizado a fs. 14 vta. nos pone tanto ante una hipótesis de nulidad por lesión, prevista en el art. 954 -segunda parte- del cód. civil, como a la hipótesis de simulación, prevista en el art. 955 y sigs.De todos modos, lo cierto es que el Sr. juez de la anterior instancia, en su sentencia de fs. 209 y sigs., en el primero de los considerandos, acotó la acción de la apelante, definiendo que la misma se trata de una nulidad por supuesta simulación, respecto de la venta que habría realizado su madre -Da. Elvira Piña de Gianotti- a su hija y yerno -la demandada Elvira Victorina y su difunto esposo, Dn. José Raúl Batán- de su cuotaparte indivisa en el inmueble de la calle Elizalde de Ciudadela. Se trata, entonces de la operación que resulta instrumentada en la escritura glosada a fs. 39 y sigs., pasara ante la Notaria Pérez Valle. La antedicha calificación, hecha en los términos del art. 163, incs. 3º, 4º y 6º del cód. procesal, no sólo no fue objetada al expresarse los agravios, sino que resulta expresamente ratificada por la actora, en el tercer párrafo del memorial de fs. 219. III. Atentos los términos en que ha sido deducido el reclamo -como nulidad, por simulación de un acto jurídico y no en función del régimen de bienes sucesorios- el Sr. juez de grado dictó sentencia: adversa a las pretensiones de la actora por entender insuficientes las presunciones, que analiza, y huérfanos de adecuada probanza los extremos en que se funda la acción. IV. De

entre las muchas distinciones que ha generado el estudio de las nulidades del código civil, la que interesa retener en este caso es aquella que apunta a la diferencia entre la nulidad -o anulabilidad- absoluta y relativa. Dice al respecto Patricio Raffo Benegas (en Llambías y otros: , t. II B, pág. 13) que la nulidad absoluta es establecida para proteger el orden social, las buenas costumbres, o de un modo más general, cuando se afecta el orden público. De ello se deduce que la nulidad absoluta debe ser declarada de oficio cuando aparezca manifiesta en el acto; puede pedirla el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley; y el acto no es susceptible de confirmación (art. 1047, cód. civil). Asimismo, el vicio de nulidad absoluta es imprescriptible, pues aquello que es inmoral no puede transformarse en moral por el solo transcurso del tiempo. En cambio, la nulidad es relativa cuando sólo afecta un interés privado; es una nulidad de protección, razón por la cual únicamente puede ejercerla la parte a cuyo favor se ha establecido; el acto es confirmable y la acción es prescriptible. Según lo enseña Rivera (conf.: Rivera y otros, Instituciones de derecho civil, Parte General II, nos. 1537 y 1538) la nulidad absoluta es un padecimiento esencial y permanente del acto. En cambio, la nulidad relativa nos pone frente a la existencia de un vicio que no hace a la sustancia del acto y no es perdurable. Explicando la primera hipótesis, señala que cabe entender la nulidad absoluta como un defecto que afecta al interés general, entendiendo por tal la tutela del interés colectivo, el orden económico social, en el que está interesado la comunidad toda. Enseña el primero de los autores mencionados (ob. cit., pág. 213) que son actos nulos de nulidad absoluta en general los realizados por incapaces de derecho (arts. 1043, 1361); aquellos que no tienen la forma exclusivamente ordenada por la ley (art. 1044) y los de objeto ilícito (art. 1044). A su vez, son anulables de nulidad absoluta, aquellos actos que dependiendo de la forma instrumental son anulables los respectivos instrumentos (art. 1045) cuando la ilicitud del acto depende de una investigación de hecho. Más adelante, (ob. cit., pág. 230) señala el autor comentado que padecen de una nulidad absoluta los actos nulos o anulables: 1º) por ilicitud del objeto (art. 1044, cl, 2ª y 1045, cl 3ª); 2º) de objeto inmoral; 3º) los actos formales carentes de la forma legal exclusiva (art. 1044, cl. 3ª); los instrumentos nulos o anulables. Aclara la obra comentada que en cuanto a los actos nulos o anulables en razón de la incapacidad de derecho del agente, no es posible predecir si a ellos corresponde una nulidad absoluta o relativa. Es menester -dice Raffo Benegas- descubrir previamente si es un interés público o privado el que resguarda la sanción de nulidad. V. En la perspectiva apuntada, en función de lo dispuesto por el art. 117, inc. 6º de la ley 1893 y, especialmente, por el art. 120 -párrafo 1º- de la Constitución Nacional (conf.: Héctor Masnatta: Régimen del Ministerio Público en la Nueva Constitución -LL, 19-X-94-; Gregorio Badeni: Organización del Poder representante del estado-órgano de control del Poder Judicial en JA, 15-III-1995. Véanse también las exposiciones de Néstor P. Sagüés, Oscar Fappiano y María Graciela Reiriz en Cuadernos de Fundejus, año 2, nº 2, octubre de 1994; Felipe D. Obarrio, El Ministerio Público: cuarto poder del Estado, -LL, 31-V-95-; O. P. Guillén, La reforma constitucional, síntesis y comentarios -punto VII. Ministerio Público- LL, Actualidad del 10-VIII-95 y R. O. Sáenz: El Ministerio Público. Bases para la ley orgánica nacional, LL, 17-VIII-95) estimo que la actuación de este Ministerio Público Fiscal sólo cabe en los casos en que se ventilan nulidades o anulabilidades absolutas, es decir aquellas que comprometen intereses generales de la sociedad. Analizada la materia sobre la que versa el presente entuerto no advierto que existan en juego otros intereses que los privados y particulares que ha expresado la actora en su demanda. Todo lo dicho, me lleva a concluir que, examinado el fondo del asunto, no encuentro materia alguna por la cual deba velar este Ministerio Público Fiscal. Por ello, solicito a V.E. excuse mi dictamen, me tenga por expedido en los términos que dejo expresados y tenga por purgada la falta de intervención del Sr. agente fiscal en la anterior instancia, respecto del tema de fondo. Noviembre quince de 1995. - Carlos R. Sanz.

En Buenos Aires, a los 29 días del mes de febrero de mil novecientos noventa y seis, hallándose reunidos en Acuerdo los señores vocales de la sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal a fin de pronunciarse en los autos Gianotti, María Antonia c. Gianotti, Elvira Victorina y otro s/simulación y de acuerdo al orden de sorteo el Dr. Giardulli dijo: Contra la sentencia de fs. 209/211 apela la actora y expresa agravios a fs. 219/222 vta., que fueron respondidos por la demandada a fs. 224/225. La queja se centra porque la sentencia de grado rechazó la pretensión de la accionante basada en que se declare la simulación y, por ende, se anule la venta que de la parte indivisa efectuara la madre de la actora a la demandada y su cónyuge. Se ha definido a la simulación como la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo (conf. Ferrara, La simulación, pág. 56). Al tratar la simulación como vicios de los actos jurídicos debe tenerse presente que coexisten la apariencia negocial (aspecto externo) y la oculta intención real de las partes que han finiquitado el negocio simulado; es una discordancia entre la voluntad interna y su manifestación (conf. Belluscio, A., Zannoni, E. Código Civil Comentado y Concordado, T. IV, pág. 387). Adquiere singular importancia la prueba aportada al proceso y le incumbe a quien pretende restar eficacia al acto demostrar el hecho anormal de la discrepancia entre la voluntad y su declaración; asimismo cabe tener presente que

el análisis de la prueba debe hacerse con criterio riguroso y en caso de duda debe estarse por mantener la validez del acto impugnado. Se aceptan, en el caso de terceros interesados, la probanza por cualquier medio, incluso testigos y presunciones pero éstas deben ser graves, precisas y concordantes que deben apreciarse en cada caso sometido a examen. En tal sentido es conveniente que se acredite la causa simulandi ya que es inverosímil que se lleve a cabo un acto sin motivación de ninguna naturaleza, es decir, en función de una causa fin o finalidad. La causa simulandi puede consistir en la voluntad de disimular la celebración de un acto prohibido por la ley o contrario a la moral o las buenas costumbres o que perjudica a terceros (conf. ob. cit., pág. 402). Ahora bien, del estudio de la prueba agregada a las presentes actuaciones no surge que la actora haya acreditado el motivo o intención que tuvieron las partes para dar una apariencia a un acto jurídico o a presentarlo de una manera diferente de la que corresponde. Si bien la jurisprudencia ha considerado como presunción relacionada con las partes que intervinieron en el acto la circunstancia de la existencia de una estrecha vinculación entre ellas, esto no es suficiente para tener por probada la simulación. Las posiciones absueltas por la actora a fs. 128 (pliego de fs. 126) acreditan que la accionante no mantenía contacto con sus padres desde el año 1980 (pos. 2da.) al punto tal que desconocía el nivel de ingresos de sus padres como así también sus necesidades (ver ampliación de posiciones). Por otra parte, de la confesional absuelta por la demandada no se determina que haya habido, como pretende la actora, una donación encubierta (ver fs. 82 y posiciones fs. 128 vta.). A fs. 143 se halla agregada la contestación del oficio cursada a la escribana interviniente en el acto escriturario en el que consta que el precio pactado en esa operación es el que figura en la escritura; no concretándose en ese momento la entrega de dinero como también consta; por haberse efectuado contra un simple recibo, el día anterior a la escrituración, en la escribanía; no confeccionándose boleto de compraventa, por considerarlo innecesario. Por otra parte, de la prueba informativa ofrecida y producida por la parte actora (ver fs. 122/123, 124, 125, 157/158, 164/183) no quedó acreditada la pretendida causa para que proceda la acción de simulación. La orfandad probatoria quedó evidenciada a través de la lectura del expediente y en tal sentido la actora adoptó una posición pasiva frente a la carga de la prueba que a su parte correspondía; sobre ella pesaba dicha carga conforme lo normado por el art. 377 del CPCC. El vínculo de parentesco suele constituir un elemento que debe ser tomado en cuenta pero no es suficiente, por sí mismo, para presumir el negocio simulado debiendo sumársele otras circunstancias de hecho, de modo tal que se obtenga un adecuado marco de presunciones que, tal como lo determina el art. 165, inc. 5º del CPCC, por su número, precisión, gravedad y concordancia logren la efectiva convicción del juzgador sobre la existencia de un acto simulado. Esta sala ha sostenido que quien invoca la simulación del acto, debe ofrecer y producir la prueba de su afirmación demostrando el acuerdo simulatorio en el cual el propio accionante o terceros participaron (Jesiortr Bernardo c. Kremeraite de Zakaz Luba del 8-8-94 en JA, Nº 5970 del 31-1-96).

En tal sentido hubiera sido necesario acreditar que hubo una donación y la prueba aportada por la actora y la substanciada en la causa resulta poco convincente a tal efecto. Por lo expuesto y los fundamentos vertidos por el Sr. juez de grado que comparto, y por razones de brevedad doy por reproducidos, opino que debe confirmarse el decisorio anterior. Por ello voto, para que se confirme la sentencia impugnada de fs. 209/211 con costas de Alzada a cargo de la vencida (art. 68 del CPCC). El Dr. Pascual por análogas razones vota en igual sentido. Y Visto: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcripto precedentemente el Tribunal resuelve: Confirmar la sentencia impugnada de fs. 209/211, con costas de Alzada a cargo de la vencida (art. 68 del CPCC). Difiérese la regulación de honorarios para cuando el Sr. Juez a quo fije los de la instancia anterior. Se encuentra vacante una vocalía (art. 109, Reglamento para la Justicia Nacional). Regístrese, notifíquese y devuélvase. - Jorge A. Giardulli. - Emilio M. Pascual (Sec.: Susana E. Lambois).

SUMARIO - SIMULACION. Sustracción de la obligación alimentaria. Valor de la prueba indiciaria "Marini Graciela Del Carmen c/Gamba Raul Omar y otro - simulación" - CAMARA PRIMERA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN NICOLAS (Buenos Aires) - 26/06/2003

"**Elemento presuncional de innegable valor constituye la ausencia de boleto de compraventa,**puesto que deviene del todo inverosímil que quien asume el pago de una obligación en cuotas de la dimensión de la alegada no refleje en un instrumento privado la modalidad de la operatoria, con las diferentes condiciones respecto a uno de los elementos esenciales del negocio, cual es el pago del precio (sus cuotas, la asunción de la deuda prendaria, etc.)."

"La "retentio possessionis" constituye una importante presunción de la ficción de la operación, por cuanto resulta contradictorio que quien se desprende de la propiedad de un bien lo use y lo mantenga bajo su custodia y vigilancia."

"**Es indicio típico de la existencia de la simulación la estrecha vinculación entre las partes otorgantes del acto**, que en autos se ve conformada por la admisión que han hecho los demandados de estar ligados por una relación de amistad."

"Cabe se afirme, por lo inhabitual, que es contrario a la razón y a aquello que de ordinario ocurre, que quien tiene un vehículo, un trabajo y un activo accionario, proceda sin resguardo y seguridad alguna, a desprenderse de aquel capital y de su única fuente de ingresos, sin que se trasunte una finalidad que justifique aquel quehacer."

"**En este contexto es evidente entonces que el bien nunca salió del dominio del cónyuge de la actora y que la operación no fue más que una ficción armada con la finalidad de insolventarse ante la inminencia de la ejecución de la obligación alimentaria incumplida.**"

TEXTO COMPLETO

En la ciudad de San Nicolás de los Arroyos, a veintiséis de junio de dos mil tres, reunidos los señores Jueces de la Excma. Cámara Primera de Apelación para dictar sentencia en los autos caratulados: "MARINI GRACIELA DEL CARMEN c/GAMBA RAUL OMAR y otro - SIMULACION", del Juzgado de Paz Letrado de Baradero, del Departamento Judicial San Nicolás, habiendo resultado del sorteo correspondiente que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Dres. Silvia Cristina Rivero de Knezovich, Carlos Arturo Porthé y César Luis Telechea, y estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1ª.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia de fs.114/116vta.?
2ª.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION, la Sra. Jueza Dra. Rivero de Knezovich dijo:

I.- De resultas de la acción promovida por Graciela del Carmen Marini, en representación de sus hijos menores: G. O., M. D. y E. G. y M., contra Hugo Mario Cuis y Raúl Omar Gamba, la sentencia apelada concluyó haciendo lugar a la demanda y, en consecuencia, declarando la nulidad por simulación de la operación de compraventa del automotor marca Mercedez Benz, dominio SXI 482, celebrada el 26/9/97 entre los demandados (fs.114/116 vta.)).//-
La solución no conformó a los accionados y los agravios vertidos en el memorial de fs.134/136 vta. intentan convencer acerca de la veracidad de la transferencia del dominio del bien referido, aduciendo que la sentencia no () valoró adecuadamente los argumentos por ellos vertidos, justificando las razones de la operación, como así también poniendo en crisis los elementos que el a quo sostuviera como indicativos de la simulación.-

II.- La situación y los medios de prueba:

El presente caso se trata de una simulación denunciada por un tercero, es decir, quien no ha sido parte en el acto simulado, ni directamente ni por mandatario. Por lo tanto, encontrándose -generalmente- los mismos imposibilitados de presentar el contradocumento o prueba literal de la simulación, se ha admitido -tanto por la doctrina como por la jurisprudencia- que puedan probar la simulación que para ellos no es más que un hecho, por

cualquier medio de prueba, incluso testigos y presunciones, dado que se trata de esclarecer un acto oculto a cuyo alrededor, habitualmente, se han tomado las precauciones necesarias para desvanecer todo elemento probatorio (conf. Roberto H. Brebbia, "Hechos y Actos Jurídicos", Tomo 2, pág. 330;; Llambías, Jorge Joaquín "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Tomo II, pág. 474, editorial Abeledo Perrot, edición 1997; Borda, Guillermo "Tratado de Derecho Civil. Parte General", T. II, pág. 339, ed. Abeledo Perrot, ed. 1999; Salvat, Raymundo, "Derecho Civil Argentino. Parte General", vol. II, ed. Tea, ed. 1951, pág. 628; Cámara, Héctor, "Simulación en los Actos Jurídicos", ed. Depalma, año 1958, pág.194; este Tribunal RSD 173-00 y RSD 48-88; Cám. Civ. y Com. 2da. San Isidro, RSD 8-92, Sumario JUBA B1750130).-
También se han sentado criterios que en modo parcial desplazan la carga de la prueba, pues se entiende que la parte demandada por simulación no puede hacerse la desentendida cobijándose en que la regla del "onus probandi incumbi actori", y que tiene el deber moral de aportar los elementos tendientes a demostrar la seriedad del acto, existiendo al respecto una responsabilidad probatoria compartida, ya que si el acto es real resulta sencillo a quienes aparecen realizándolo demostrar en forma decisiva su veracidad, contra lo dificultoso e irrazonable que es para la actora el rendir una prueba negativa, como lo es aquella necesaria para acreditar la inexistencia del negocio (cfr. Cám. Civ. y Com. Azul, RSD 4-93, sumario JUBA B1050179;; Cám. Civ. Prim. Sala 2º La Plata, RSD 84-96, Sumario JUBA B151761). Y ello también en mérito al deber de colaboración que pesa sobre los demandados, que les exige aportar la prueba de descargo pertinente tratando de acreditar no sólo la sinceridad del acto, sino también su buena fe (este Tribunal RSD-173-00).-

III.- La causa simulandi y los indicios:

Tengo para mí que **la causa simulandi a la que alude la accionante se muestra razonable**, importante, seria y contemporánea al acto tildado de simulado y en orden a los indicios que en adelante he de mencionar llega a ser un preámbulo para iniciar el camino de acreditación de la simulación, sirviendo de hilo conductor para guiar el razonamiento ante el laberinto de los hechos comprobados.-
La trascendencia innegable de dicho extremo surge en tanto **todas las conductas humanas tienen una razón de ser, un interés que hace que se obre de esa manera**. Y en este contexto la causa simulandi adquiere importancia capital, ya que no solo explica el acto y constituye por sí misma una presunción, sino que además, a la luz proveniente de tal circunstancia, todas las demás adquieren contornos que las vuelven particularmente singulares y que acotan toda apertura a lo posible (cfr. esta Cámara RSD 48-88).-
Se ha denunciado que la transferencia que hace Gamba del camión a Cuis tuvo por objeto el sustraerse al cumplimiento de la obligación alimentaria fijada con el alcance que surge del convenio homologado a fs.23/vta. de los autos "Marini de Gamba, Graciela del Carmen y Gamba, Raúl Omar. Divorcio Vincular" (expte. 7250 del Juzgado de Paz de Baradero).-
De dichos obrados y de la causa nº 8054 de trámite por ante esa misma dependencia judicial, caratulada "Marini, Graciela del Carmen c/Gamba, Raúl Omar. Ejecución de Alimentos", se desprende que **la operatoria cuestionada se produjo cuando Gamba se hallaba en mora en el pago de su obligación alimentaria para con la parte actora** (deuda que ascendía a la suma de $ 1.729 conforme liquidación de fs. 108/vta. de los autos primeramente citados).-
Llamativamente en fecha 31/7/97 también se había despojado de la totalidad de las acciones que tenía en la firma "Transporte Automotor Baradero SA" que presidía el co-demandado Hugo Mario Cuis, beneficiario de ambas operaciones de transferencias (cfr. informe de fs. 68 de la causa 8054).-
En resumen, **el negocio acusado de fingido ha tenido como móvil determinante el privar a los alimentados de uno de los bienes (el único registrable que quedaba** -ver fs.47vta.-) que hubieran podido ser prenda común para el cumplimiento del deber de asistencia que pesaba sobre el obligado. Y ello en mérito a las plurales presunciones que ut infra he de mencionar, pues entiendo que por su gravedad, precisión y concordancia, permiten inferir la insinceridad del acto atacado y, de ese modo, el acierto de la decisión del juzgador que me precede en la instancia.-
Elemento presuncional de innegable valor constituye la ausencia de boleto de compraventa, puesto que deviene del todo inverosímil que quien asume el pago de una obligación en cuotas de la dimensión de la alegada no refleje en un instrumento privado la modalidad de la operatoria, con las diferentes condiciones respecto a uno de los elementos esenciales del negocio, cual es el pago del precio (sus cuotas, la asunción de la deuda prendaria por Cuis, etc.).-
De todo esto **no existe ninguna prueba, ya que no se ofreció, ni se produjo aquella tendiente a acreditar la efectiva entrega del monto pactado por la venta**, cuando la trascendencia del acto debió inevitablemente dejar sus vestigios. **Plurales eran los medios para comprobar que efectivamente se pagó el precio (informes bancarios, títulos de créditos, transferencias, recibos, etc.) y al respecto no es de dudar que los demandados se hallaban en mejor posibilidad de demostrarlo a fin de neutralizar los elementos desdicentes de su alegada actividad, y por ello es razonable sopesar también su no hacer como un dato sugerente de la no existencia de**

la venta.-

Análisis que por cierto se ve robustecido por su conexidad con la causa simulandi invocada, ya que de haber percibido las cuotas pactadas -concluida también su obligación prendaria- y la contraprestación por la venta de las acciones societarias, no se entiende por qué no cumplió al menos mínimamente con su obligación alimentaria, si es que su designio fue así hacerlo como lo afirmara en el memorial apelatorio (fs. 134 vta.).-

La **"retentio possessionis" constituye una importante presunción** de la ficción de la operación, por cuanto resulta contradictorio que quien se desprende de la propiedad de un bien lo use y lo mantenga bajo su custodia y vigilancia.-

Sobre el punto han sido contestes los testigos Luis María Bernardi (fs. 70/vta.), Luis Manuel Verdina (71/vta.) y Adrián Sergio Touzet (fs. 79/vta.) en reconocer que quien conduce el camión es el demandado Gamba, a quien además sindican como su propietario, como así también haber visto permanecer dicho rodado algunas noches frente a su domicilio, lo que fuera reconocido por los accionados en oportunidad de absolver posiciones (fs. 47/48 y 51/52).-

Coincidente ha sido el informe de Productos de Maíz SA en cuanto hace saber que es el Sr. Gamba quien ingresa a su planta industrial conduciendo el camión objeto del acto en crisis (fs. 76).-

Es indicio típico de la existencia de la simulación la estrecha vinculación entre las partes otorgantes del acto, que en autos se ve conformada por la admisión que han hecho los demandados de estar ligados por una relación de amistad (fs. 48 y 52 vta.).-

En otro orden no se muestran atendibles los relatos que en justificación de los indicios referenciados han esbozado los memorialistas, pues todo lo que han venido aquí a decir en torno a la actividad económica y/o laboral de Gamba se muestra confuso e incoherente y sabido es que lo enmarañado es enemigo de lo sincero.-

Es que no tiene asidero que quien primeramente realizaba fletes para TAB SA, transfiere luego las acciones, vende su camión y comienza un relación laboral de chofer con el adquirente del vehículo, para posteriormente renunciar sin dar mayores explicaciones.-

Cabe se afirme, por lo inhabitual, que es contrario a la razón y a aquello que de ordinario ocurre, que quien tiene un vehículo, un trabajo y un activo accionario, proceda sin resguardo y seguridad alguna, a desprenderse de aquel capital y de su única fuente de ingresos, sin que se trasunte una finalidad que justifique aquel quehacer.-

Y en tanto no han brindado los demandados razones de peso que den causa a aquella inverosimilitud de la secuencia de los actos que se dicen cumplidos, no cabe sino extraer como real la versión que resulta de lo relatado por la actora, que para más encuentra sostén en presunciones graves, precisas y concordantes.-

Y son aquéllas las que me llevan a la convicción de que ha existido complicidad en el actuar de los demandados, al punto tal de arribar a la simulación del acto que aquí se cuestiona.-

Pues dejando de lado lado los dimes y diretes que se sucedieron con motivo del perfeccionamiento del embargo trabado en el juicio de divorcio (ver informes de fs.18/19, 37, 50, 66/67 y 120/121), cuya efectivización culminara cuando se desprendió Gamba de las acciones justamente para transferírselas a Cuis (adquirente del camión), no deja de resultar sugestivo que el mismo día en que se decreta el embargo de los sueldos que presuntamente percibía el primero como chofer del segundo, presenta Gamba la renuncia al empleo -y así a dejar de percibir su único ingreso- dando razones absurdas como las que se expresan a fs.21vta. del escrito de responde, pues no se comporta así cualquier persona del común que esté en sus cabales y que dispense a sus intereses propios los cuidados de cualquier persona normal.-

Debe recordarse que en tanto los hombres, en situaciones normales, se comportan con una suerte de homogeneidad, deben interpretarse con suma estrictez todas aquellas conductas que se muestran anormales y contrarias a lo que se hace en tales circunstancias por el común de la gente (RSD 48-88 de esta Cámara).-

Pero aquí no termina la cuestión, pues de ser cierto aquel vínculo y su extinción, no se entiende como permaneció luego el camión en poder del co-accionado Gamba, ya que quedó comprobado que siguió siendo el único que lo conducía y que efectuaba el trabajo de fletes en Productos de Maíz SA (cfr. prueba testimonial citada e informe de fs. 76).-

Se ha argumentado que ello era así porque realizaba changas para Cuis, lo que no se condice con la habitualidad y permanencia que en el uso de dicho rodado da cuenta el plexo probatorio precitado y lo incongruente que resulta el seguir laborando para quien se presentó la renuncia.-

Escaso valor probatorio adquieren los recibos de fs. 57/65, toda vez que han sido desconocidos en su autenticidad por la actora y la pericia contable de fs. 102/104 no pudo corroborar la existencia de esa relación laboral invocada por los demandados.-

Tampoco cabe otorgar eficacia alguna al informe del taller Guidi (fs.88 y 93), por cuanto las prestaciones a las que aluden las facturas de fs.91/92 son posteriores a la iniciación de este juicio y al conocimiento que los demandados tomaron de la acción simulatoria.-

En este contexto es evidente entonces que el bien nunca salió del dominio del cónyuge de la actora y que la

operación no fue más que una ficción armada con la finalidad de insolventarse ante la inminencia de la ejecución de la obligación alimentaria incumplida.-
La circunstancia de que Cuis presente suficiente capacidad adquisitiva, no desmerece dicha conclusión cuando surge manifiesta su complicidad de la secuencia de los hechos comprobados, al punto tal que ha sido el nombrado quien en oportunidad de absolver posiciones, al ser indagado para que jure si es verdad que abonando en negro las retribuciones a Gamba por los viajes que efectúa, este último elude cumplir sus obligaciones alimentaria, contesta que sí, que es cierto (fs. 52).-
En tanto quedan así, con la tarea de análisis precedentemente concretada, contestadas "a fortiori", las observaciones hechas por los apelantes al fundamento argumental del decisorio -que cabe calificar de acertado puesto en la compañía de las conclusiones que acá y ahora hemos alzado- es pertinente concluir, por vía de inferencia lógica entonces, conforme a las reglas de la sana crítica, a lo que surge del curso ordinario y natural de las cosas, y prevalidos de las plurales, graves, precisas y concordantes presunciones que se infieren de los hechos probados en la causa en orden a los comportamientos exteriorizados por aquellos que concurrieron a la creación del acto jurídico atacado, afirmando la definitiva y sustancial corrección del fallo en examen, que al declarar nula la compraventa del camión marca Mercedes Benz, dominio SXI 482, ha puesto de manifiesto la cierta realidad que encubre al simulado acto invocado por los demandados (art. 163, 375, 384 y 456 del CPCC, y 955, 956 y concordantes del Código Civil).-

Voto por la afirmativa.-

Por iguales fundamentos, los Sres. Jueces, Dres. Porthé y Telechea votaron en el mismo sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTION, la Sra. Jueza Dra. Rivero de Knezovich dijo:
De conformidad con el resultado habido al votarse la anterior cuestión, propongo que desestimemos el recurso interpuesto por los demandados y, en su mérito, confirmemos la sentencia de primera instancia obrante a fs.114/116vta. Las costas de esta Alzada serán satisfechas por los apelantes que resultaron vencidos (art. 68 del Código Procesal).-

Así lo voto.-

Por iguales fundamentos, los señores Jueces Dres. Porthé y Telechea votaron en el mismo sentido.-
Con lo que finalizó el presente Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente

SENTENCIA

Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede, se resuelve:
Desestimar el recurso deducido por los demandados y, en su mérito, confirmar la sentencia obrante a fs. 114/116 vta.-
Imponer las costas de esta Alzada a los apelantes vencidos (art. 68 del CPCC).-
Notifíquese y devuélvase.//-

Fdo.: CARLOS ARTURO PORTHE - SILVIA RIVERO DE KNEZOVICH - CESAR LUIS TELECHEA
MARIA EUGENIA SORMANI, Secretaria

SUMARIO - JUICIO DE ALIMENTOS: Transferencia simulada de un inmueble de propiedad del alimentante. ACCION DE SIMULACION: Prescripción. Cómputo. Momento a partir del cual el tercero conoce la existencia del acto simulado - L. 349949 - "M., D. F. y otros c./ M., E. M. y otros s/simulación" - CNCIV - SALA F - 03/04/2003-

"El conocimiento "efectivo, pleno y cabal" a partir del cual se inicia el comienzo del cómputo del plazo de prescripción de la acción ejercible por terceros, no puede ser otro que el que deviene de la comprobación de la existencia del acto que se pretende atacar, al que se califica de simulado en razón de su anulabilidad, para revertir los efectos que produce en perjuicio del tercero. Tal cosa acaece desde que éste se cerciora de dicho acto, no a través de meros comentarios o rumores, sino por constancias indubitables."

"La actora, quien desde que tomó conocimiento del acto infirió o sospechó que se trataba de un acto simulado, obtuvo a través de la copia de la matrícula del inmueble enajenado información acerca de quiénes habían intervenido en la enajenación, y esto a fin de saber a quiénes debía demandar. Pero tal información la requirió precisamente porque en base al primitivo informe del Registro sabía que el inmueble había sido transferido. Es este saber o conocer el que, a mi juicio, determinó en el caso el comienzo del plazo de prescripción de la acción según la doctrina legal aceptada por esta Cámara, en pleno, 10/9/82, in re: "Glusberg, Santiago c./ Jorio, Carlos".-
Existió de parte de la actora, concluyo, una falta de adecuada diligencia que obliga -mal que nos pese ante las circunstancias del caso- a declarar prescripta la acción intentada."

TEXTO COMPLETO:
En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 3 días del mes de abril de dos mil tres, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, para conocer en los autos del epígrafe, respecto de las cuestiones sometidas a su decisión a fin de determinar si es arreglada a derecho la sentencia apelada.//-
Practicado el sorteo correspondiente, resultó el siguiente orden de votación: ZANNONI - HIGHTON DE NOLASCO - POSSE SAGUIER.-

A la cuestión propuesta el DOCTOR ZANNONI, dijo:

1. La sentencia apelada (fs. 271/273)) declara prescripta la acción de simulación promovida por la actora, por sí y en representación de sus hijos menores, contra E. M. M., M. J. C. y H. R. C.. En consecuencia, rechaza la demanda, con costas a la actora.-

2. Apeló la actora a fs. 277 y expresó agravios a fs. 289/293. La Defensora de Menores de primera instancia apeló a fs. 281 vta. Los agravios de la actora fueron contestados por los codemandados C. y C. a fs. 295/296 y 298/299, respectívamente. El Señor Defensor de Menores de Cámara mantuvo el recurso de apelación de la Defensora de la anterior instancia a fs. 301.-

3. Los antecedentes del caso son los siguientes:

a) En mayo de 1993 **D. F. M**., actuando por derecho propio y en representación de sus hijos menores M. E., F. A., L.N., S. C., R. A. y M. E. M., **promovió demanda de alimentos contra su cónyuge y padre de los menores**, E. M. M.. El juicio tramita ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia nº 102, por autos: "M. de M., D. M. y otros c./ M., E. M. s./ Alimentos" que en copia certificada de fs. 1 a 342 se tienen a la vista y que a continuación se relacionan en lo pertinente.-
b) A fs. 210/212 de los autos citados **se dictó sentencia condenando a M. a abonar a su esposa e hijos las pensiones alimentaria**s que en ella se fijan. Esta Sala confirmó la decisión en cuanto a la cuota fijada en favor de la esposa y modificó la establecida para los menores, que fue aumentada (fs. 232/234).-
c) Dictada la sentencia de primera instancia **la actora solicitó y obtuvo se ordenara el embargo preventivo sobre el inmueble** que denunció como de propiedad del demandado, situado en Las Flores, Provincia de Buenos Aires (fs. 207/208).-
d) **Diligenciado el testimonio** de la resolución que ordenó la traba del embargo, **el Registro de la Propiedad** de la Provincia de Buenos Aires **hizo saber** mediante informe del 15 de febrero de 1995 ***que el inmueble había sido enajenado*** (fs. 243).-
e) A fs. 246/247, con fecha 14 de marzo de 1995, la actora practicó liquidación por los alimentos adeudados y acompañó el informe del Registro de la Propiedad, manifestando textualmente que "...el embargo oportunamente ordenado en autos no pudo ser trabado atento a que el demandado transfirió -seguramente en una operación

simulada- el inmueble de su propiedad sito en la ciudad de Las Flores, Provincia de Buenos Aires...".-
f) A fs. 263 la actora solicitó la inhibición general de bienes de M., haciendo saber -a fin de fundamentar la procedencia de la medida- que desconocía bienes de propiedad del demandado, "dejando constancia -añade- que respecto del inmueble ubicado en la ciudad de Las Flores, cuyo embargo fue ordenado por resolución de fecha 28/6/94, surge de autos que dicha medida no () pudo ser anotada por haber el inmueble sido simuladamente transferido por el señor M. (ver fs. 244)...".-
g) El 25 de abril de 1997 la actora promovió la mediación previa y obligatoria en relación al presente juicio de simulación cuya demanda se presentó el 18 de diciembre de 1997 (fs. 8/10). Con ella acompañó un certificado de dominio del inmueble expedido por el Registro de la Propiedad el 25 de abril de 1996 (fs. 4/6) de cuyas constancias surge que M. era propietario del inmueble por donación que le hizo su padre, E. L. M., el 23 de agosto de 1985, sobre el cual simultáneamente se constituyó derecho real de usufructo vitalicio y gratuito en favor de ambos padres. Surge, además que M. J. C. adquirió de M. la nuda propiedad sobre el mismo inmueble según escritura pasada ante el escribano H. R. C. el 19 de agosto de 1994.-

4. La demanda de simulación se promueve, pues, contra E. M. M., el adquirente de la nuda propiedad, M. J. C. y contra el notario que autorizó la escritura de venta, H. C.. Todos ellos han opuesto al progreso de la acción la defensa de prescripción afirmando que, a la fecha en que la actora inició los trámites de la mediación obligatoria previa -25 de abril de 1997-, habían transcurrido los dos años que prevé el art. 4030, Cód. Civil, que es aplicable también a los terceros (esta Cámara, en pleno, 10/9/82, in re: "Glusberg, Santiago c./ Jorio, Carlos", ["LL", 1982-D-525, "ED", 101-181 y "JA", 1982-IV-443]) desde que D. F. M. tomó conocimiento de la existencia de la enajenación (a lo sumo, el 14 de marzo de 1995, fecha en que ella agregó al juicio de alimentos el informe del Registro de la Propiedad que así lo destacaba).-
Como anticipé, la sentencia en recurso acogió la defensa y, por lo tanto, declaró prescripta la acción de simulación promovida por la actora y rechazó la demanda. De lo resuelto se agravia obviamente la actora.-

5. Corresponde preguntarse qué se debe entender por conocimiento del acto. En ocasión de dar su voto en el fallo plenario de esta Cámara, la mayoría del Tribunal señaló que el cómputo del plazo bienal de la prescripción oponible a terceros, que han sido obviamente ajenos a la celebración del acto simulado, debe hacerse "no desde el simple conocimiento o vagas sospechas, sino desde el conocimiento efectivo, pleno y cabal del acto", pues "en tanto no se produzca aquel conocimiento certero, la prescripción no corre por la sencilla razón de que la acción aún no ha nacido".-
Debe quedar liminarmente en claro que para los terceros el mentado conocimiento no deriva de la publicidad que, en su caso, adquiera el acto, mediante su inscripción registral. Sobre esto hay jurisprudencia virtualmente uniforme. Recuerdo que esta Sala así lo resolvió desde sus primeros precedentes (así, voto del doctor Collazo en fallo del 10/8/61, "LL", 104-652;; voto de la doctora Argúas, en fallo del 25/11/65, "ED", 14-752), y ha sido reiterado por el Tribunal en fallos mucho más recientes (voto del doctor Polak en fallo de la Sala L, 26/6/95, "LL", 1995-E-305; voto del doctor Degiorgis en fallo de la Sala K, 30/9/99, "LL", 2000-B-768). No es ocioso destacar que esta doctrina fue compartida, aún antes de la reforma de la ley 17.711, cuando se entendía que la simulación conllevaba la anulabilidad del acto en razón de la falsedad de su causa. Fue así que mayoritariamente se acordó en que por aplicación del primer párrafo del art. 4030, la acción de simulación ejercida por terceros prescribía a los dos años computados a partir de que la falsa causa fue conocida.-
Vuelvo entonces a la pregunta acerca de cuándo debe reputarse que el tercero conoce la existencia del acto simulado. En uno de los precedentes antes citados se sostiene que ello sucede "desde el momento en que el impugnante ha tenido conocimiento del caracter ficticio del acto". Y se añade que "la circunstancia de que quien lo ataca haya sabido que se celebró el acto o que se haya inscripto en el Registro de la Propiedad no constituye el punto de partida o comienzo del cómputo de la prescripción, toda vez que ello no importa necesariamente el conocimiento de la simulación que lo afecta" (del voto del doctor Degiorgis, "LL", 2000-B-769). En sentido similar se ha dicho que el cómputo debe hacerse "desde que el tercero ha tomado conocimiento de la existencia de la simulación en forma real y no meramente hipotética y conjetural" (Rivera, Instituciones de derecho civil. Parte general, 2ª ed., Bs. As., 2000, t. II, pág. 865).-
El deslinde, nos exige clarificar los conceptos.-
Una cosa es el conocimiento del acto. Otra, muy distinta, es el conocimiento del carácter simulado del mismo acto. Tengo para mí que el conocimiento "efectivo, pleno y cabal" al que se refiere la doctrina legal siguiendo los precedentes que he recordado, no puede ser otro que el conocimiento del acto como tal -la venta, la enajenación, el gravamen, etcétera-. El objeto de conocimiento es el acto o negocio;; su calificación de simulado es para el tercero siempre una inferencia, una sospecha, a lo sumo una "certeza moral", que no deriva de un conocimiento "efectivo, pleno y cabal" (ya que, a diferencia de las partes, él ha sido ajeno al acuerdo simulatorio de quienes lo celebraron). Para los terceros, la acción queda expedita desde que ellos "supieron o pudieron saber que había un acto ficticio

para burlar sus derechos" (Cifuentes, Negocio jurídico, Bs. As., 1986, pág. 544).-
Quien toma conocimiento fehaciente de la existencia de un acto que afecta su interés legítimo puede inferir o colegir con mayor o menor grado de certeza que tal acto ha sido simulado porque encubre un acuerdo simulatorio en su perjuicio. Desde ese momento nace para él, y tiene expedita, la acción de simulación. El carácter simulado o no, resultará de la sentencia que así lo declare puesto que se trata de un acto anulable (arts. 1045 y 1046, Cód. Civil). Antes de la sentencia el actor no puede más que limitarse a afirmar -y de hecho así lo hace- que el negocio que lo afecta es simulado, lo que procurará demostrar en el proceso.-
De manera que en mi entender el conocimiento "efectivo, pleno y cabal"a partir del cual se inicia el comienzo del cómputo del plazo de prescripción de la acción ejercible por terceros, no puede ser otro que el que deviene de la comprobación de la existencia del acto que se pretende atacar, al que se califica de simulado en razón de su anulabilidad, para revertir los efectos que produce en perjuicio del tercero. Tal cosa acaece desde que éste se cerciora de dicho acto, no a través de meros comentarios o rumores, sino por constancias indubitables.-

6. Traslademos estas ideas al caso de autos.-
La actora tomó conocimiento de la enajenación del inmueble cuya nuda propiedad correspondía al codemandado M., a lo sumo cuando, estando ya en su poder, ella acompañó al juicio de alimentos el informe del Registro de la Propiedad que hacía saber de su enajenación, esto es, el 14 de marzo de 1995. En su presentación de esa fecha señaló, como ya se dijo, que el embargo no pudo ser trabado debido a que el demandado transfirió -seguramente en una operación simulada- el inmueble de su propiedad.-
Seguramente, es un adverbio de modo que tiene dos acepciones según el Diccionario de la Real Academia Española: "de modo seguro", y "probablemente, acaso". Pues bien, poniéndonos en la posición que más favorece a la actora en este excurso semántico, debe concordarse en que ella afirmó que la enajenación de M. implicaba probablemente, acaso, una transferencia simulada. En su expresión de agravios destaca, y subraya, que "tal manifestación era simplemente una presunción, una sospecha de algo que, luego, al tener a la vista el informe de dominio resultó completo y determinó el conocimiento de mi parte de la insinceridad del negocio celebrado entre M. y C." (fs. 292).-
Puedo concordar en que ante lo informado por el Registro de la Propiedad la actora apenas presumió o sospechó que el acto de enajenación de M. era simulado. Pero en lo que no puedo concordar es que a través de tal informe ella no conociera la existencia del acto que presumió o sospechó de simulado.-
Es verdad que el informe de dominio solicitado un mes más tarde le permitió saber además, a través de la copia de la matrícula individual del inmueble, a quién había transferido M. su nuda propiedad, con qué fecha, y el escribano que autorizó la venta. Pero el cómputo del plazo de prescripción no puede a mi juicio hacerse tomando como fecha inicial la expedición de este informe posterior que, si bien se analiza, fue solicitado justamente porque la actora ya conocía desde antes la existencia de la transferencia o enajenación. Por cierto que el informe era necesario para individualizar a los demandados. Pero esto es otra cuestión. La actora, quien desde que tomó conocimiento del acto infirió o sospechó que se trataba de un acto simulado, obtuvo a través de la copia de la matrícula del inmueble enajenado información acerca de quiénes habían intervenido en la enajenación, y esto a fin de saber a quiénes debía demandar. Pero tal información la requirió precísamente porque en base al primitivo informe del Registro sabía que el inmueble había sido transferido. Es este saber o conocer el que, a mi juicio, determinó en el caso el comienzo del plazo de prescripción de la acción según la doctrina legal aceptada por esta Cámara, en pleno, 10/9/82, in re: "Glusberg, Santiago c./ Jorio, Carlos".-
Es decir que cuando la señora M. de M. acudió a la mediación obligatoria previa a la iniciación de este juicio, el 25 de abril de 1997, había vencido el plazo bienal de prescripción que debe computarse a partir del 14 de marzo de 1995. Existió de parte de la actora, concluyo, una falta de adecuada diligencia que obliga -mal que nos pese ante las circunstancias del caso- a declarar prescripta la acción intentada. 7. Por estos fundamentos doy mi voto en el sentido de confirmar la sentencia apelada. Con las costas de esta instancia a cargo de la actora, vencida (art. 68 del CPCC).- Los honorarios profesionales se regularán cuando lo hayan sido los de la anterior instancia.-

Por análogas razones a las aducidas por el vocal preopinante, los DOCTORES HIGHTON DE NOLASCO y POSSE SAGUIER votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Fdo.: E. A. ZANNONI - ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO - FERNANDO POSSE SAGUIER

//nos Aires, abril de 2.003.- Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada. Con las costas de esta instancia a cargo de la actora.- Los honorarios profesionales se regularán cuando lo hayan sido los de la anterior instancia.- Notifíquese y devuélvase.//- Fdo.: E. A. ZANNONI - ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO - FERNANDO POSSE SAGUIER.

PLENARIO – PRESCRIPCION DE LA ACCION DE SIMULACION ART . 4030 CC

(C. Nac. Civ. en pleno, 10/9/82 - Glusberg, Santiago, conc. v. Jorio, Carlos, suc.).

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se declara que: **"El plazo bienal de la prescripción de la acción de simulación (art. 4030 párr. 2º CCiv.), es aplicable también a los terceros"**.- César D. Yáñez.- Armando Fernández del Casal.- Jorge Escuti Pizarro.- Alfredo Di Pietro.- Félix R. de Igarzábal.- Santos Cifuentes.- Jorge H. Alterini.- Agustín Durañona y Vedia.- Patricio J. Raffo Benegas.- Carlos E. Ambrosioni.- Alberto J. Bueres.- Néstor L. Lloveras. - Pedro R. Speroni.- Jorge E. Beltrán.- Ricardo L. Burnichón.- Leopoldo Montes de Oca.- Antonio Collazo.- Jorge H. Palmieri.- Osvaldo D. Mirás.- Marcelo Padilla.- Rómulo E. M. Vernengo Prack.

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, septiembre 10 de 1982.- ¿El plazo bienal de prescripción de la acción de simulación (art. 4030 párr. 2º CCiv.), es aplicable también a los terceros?

Los Dres. Yáñez, Fernández del Casal, Escuti Pizarro, Di Pietro, de Igarzábal, Cifuentes, Alterini, Durañona y Vedia, Raffo Benegas, Ambrosioni, Bueres, Lloveras, Speroni, Beltrán, Burnichón y Montes de Oca, dijeron:

1. Se ha convocado a tribunal plenario para tratar si la prescripción bienal que contempla el art. 4030 párr. 2º CCiv., es también aplicable cuando la acción de simulación es ejercida por terceros.

Como paso previo a la consideración de los fundamentos que para esta mayoría tornan aplicable la prescripción bienal, cabe destacar que la reforma al Código Civil introducida por la ley 17711 (ADLA XXVII-B-1810 [1]) marca un hito, a partir del cual sólo es dable esa interpretación, continuadora, por otra parte, del criterio mayoritario que ya imperaba antes de ella.

En efecto, antes de 1968 existía disparidad de criterios originados en la interpretación del art. 4030 CCiv., en cuanto disponía que la acción de nulidad por "falsa causa" prescribía a los dos años, surgiendo así el interrogante de si esa regla comprendía o no a la simulación.

Por una parte, un importante sector de la doctrina sostenía que si se trataba de una simulación absoluta, era imprescriptible (conf. Acuña Anzorena, "La simulación de los actos jurídicos", 1936, "Imprescriptibilidad de la acción de simulación absoluta", LL 19-872 y "Donaciones disfrazadas entre padres e hijos. Naturaleza de la simulación que importan y término de prescripción de la acción", JA 74-913; Llambías, "Parte general", t. 2, 1961, p. 533, n. 1802; Colmo, "De las obligaciones en general", p. 687, n. 998 a; Cámara, "Simulación en los actos jurídicos", p. 429, n. 314; Segovia, "El Código Civil de la República Argentina", t. 2, 1933, p. 799, nota 24 a su art. 4032 , entre otros), pero si era relativa, regía en principio la prescripción bienal del art. 4030 (conf. Acuña Anzorena, "La simulación de los actos jurídicos" cit., p. 110; Colmo, "De las obligaciones en general" cit., p. 689, n. 998 a; Llambías, "Parte general" cit., t. 2, ps. 550/553, n. 1827 -cuando es demandada por terceros-; Segovia, "El Código Civil de la República Argentina", t. 2, p. 742, nota 24 a su art. 4032 -sin distinguir quién la alega-).

Por otro lado se sostuvo que, al no contemplar el art. 4030 la simulación, se debía aplicar la prescripción ordinaria de todas las acciones personales, o sea de 10 años entre presentes y 20 entreausentes (conf. Gallo, en su Adda a Salvat, "Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general", t. 3, p. 575, n. 2220 d).

Algunos pocos fallos se decidieron por la prescripción decenal en caso de simulación absoluta, con fundamento en que no es un supuesto de falsa causa, y la bienal si se trataba de simulación relativa, sosteniendo que ésta se encontraba comprendida en la expresión "falsa causa" mencionada en el art. 4030 (conf. C. 1ª Civ. y Com. La Plata, 31/7/1939, LL 15-734 [2]; íd., 28/12/1943, LL 33-654).

Finalmente, una corriente doctrinal y jurisprudencial mayoritaria sostenía que la acción prescribía a los 2 años, fuera la simulación absoluta o relativa, intentada por las partes o terceros, por aplicación del art. 4030 , correlacionado con la norma del art. 501 , que también alude a la "falsa causa", y en tanto no sería dable suponer que la misma expresión pudiera tener distinta acepción en los artículos (conf. Lafaille, "Parte general. Apuntes", t. 2, p. 234; Machado, "Comentario del Código Civil argentino", t. 11, p. 309; Llerena, "Código Civil argentino", t. 10, p. 537; Salas, "Prescripción de la acción de simulación", JA 1946-I-699; Spota, "Tratado de Derecho Civil", t. 1, vol. 3-8, p. 550 y ss., n. 2247 y ss.; Salvat, "Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general", t. 3,

ns. 2220 y 2221; Borda, "Tratado de Derecho Civil. Parte general", t. 2, p. 321 ; Yáñez Álvarez, César D., voz "Simulación", en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XXV, p. 503 y ss.; C. Apel. Cap., 30/9/1890, en Fallos y Disposiciones de la C. Apel. Cap. serie 3ª, t. 10-33; C. Nac. Civ., sala A, 22/7/1954, JA 1954-IV-93; íd., sala B, 13/3/1964; LL 115-54 [3]; íd., sala C, 2/3/1955, JA 1955-II-487; íd., sala D, 6/10/1959, LL 97-88 [4], entre otros).

Dentro de este panorama se produce la reforma de 1968, la que se limita a agregar al art. 4030 un párrafo que sólo alude a la prescripción bienal de la acción entre partes, y ante la omisión respecto del plazo de prescripción aplicable cuando la acción es ejercida por terceros, aquellas polémicas lejos de aquietarse, se renuevan. Por una parte, se considera que el plazo debe ser el común decenal del art. 4023 (conf. Aráuz Castex, "Derecho civil. Parte general. Reforma de 1968", p. 143; Barbero, Omar U., "Prescribe a los 10 años la acción de simulación ejercida por terceros", JA 1981-IV-750 ; Etkin, Alberto M., "Prescripción de la acción de simulación", JA 1978-I-729 ; Fassi-Bossert, "Fraude entre cónyuges", ED 64-577; Mercader, "Examen y crítica de la reforma del Código Civil, 2 Obligaciones", 1971, Ed. Platense, p. 323; C. Nac. Civ., sala B, causas 259167 del 8/5/1980 y 261451 del 29/10/1980 [5]).

Para Llambías se debe distinguir entre simulación absoluta o relativa intentada por terceros. En el primer caso, sostuvo que la acción es imprescriptible y, en el segundo, a pesar de la imprescriptibilidad teórica de la acción de simulación, ella caduca (y no prescribe) a los 2 años, si en ese lapso no se deduce juntamente con la acción revocatoria (conf. "Parte general" cit., t. 2, p. 538 y ss.).

Finalmente, otro sector se apoya en aquel criterio que ya prevalecía antes de la reforma, y se orienta por la aplicación analógica del plazo de 2 años fijado para las partes, también a los terceros (conf. Borda, "Tratado de Derecho Civil. Parte general" cit., t. 2, p. 369 y "La reforma del Código Civil. Prescripción", ED 29-743; Mosset Iturraspe, "Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios", t. 1, p. 225; Rivera, "Las reformas civiles (decreto ley 17711/1968) anotadas, cap. VIII. Acción de simulación", ED 60-895; Salas-Trigo Represas, "Código Civil y leyes complementarias anotados", t. 3, p. 357 ; en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2 al 5/9/1981), publicación de la Fundación Editora Notarial La Plata -recomendación de "lege data": prescripción decenal; de "lege ferenda": prescripción bienal-, ponencias de los Dres. Pera Ocampo, Piñón (prescripción bienal para la relativa), Saux-Albornoz, Sosa, Stodart de Sasim y Campanella de Rizzi (salvo que sea nulidad absoluta); C. Nac. Civ., sala A, causa 272287, 31/8/1981; íd., sala B, en composición anterior, 28/10/1974, ED 62-160 [6]; íd., sala C, 29/12/1978, LL 1979-B-63; íd., sala E, en composición anterior, 8/2/1972, ED 45/396; sala F, causa 261568, 17/12/1981; íd., íd., causa 274133, 15/3/1982; íd., sala G, 25/9/1980, ED 91-308; C. Nac. Com., sala B, 25/3/1977, ED 74-651 [7]; íd., íd., 16/8/1979, ED 86-764; Sup. Corte Bs. As., 7/5/1974, ED Rep. 8-920, siguiendo el criterio que ya antes se había sostenido, cambiando el que aplicaba la prescripción decenal, ED 22-431 [8] y 432 [9] C. 1ª Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 18/9/1975, JA 29-1975, p. 226; C. 1ªCiv. y Com. Bahía Blanca, 20/11/1979, ED 89-164; C. 1ª Civ. Com. y Minería San Juan, 7/10/1977, JA 1978-III-3).

2. Es indudable que la reforma de 1968, al tratar el tema que motiva este plenario, peca de imprecisión, pues difícilmente pueda plantearse e materia de simulación cuestión más ardua de resolver, y los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales exigían una técnica legislativa más rigurosa. Pero recogió el criterio que en forma casi mayoritaria aplicaba un plazo único de 2 años a la acción, ya fuera entre las partes o intentada por terceros, fundándose en el plazo fijado por el art. 4030 para el supuesto de "falsa causa". Por otra parte, puso en claro que la simulación absoluta es prescriptible, desechando aquellas opiniones, que sostenían su imprescriptibilidad. Y no pudo ser de otra manera pues no sería acertado pensar que una comisión integrada por prestigiosos juristas prescindiera de aquel criterio, exponiéndose a dejar librada la solución a una interpretación a contrario, la que no deja de tener sus peligros.

Si bien el Dr. Borda no integró técnicamente la comisión, debe repararse que fue el inspirador y principal menor de la reforma, por lo que su opinión reviste particular importancia, desde que después de ella siguió sosteniendo e interpretando lo que ya había dicho antes. En efecto, este autor sostiene lo siguiente: "Hay que añadir que el nuevo párrafo agregado al art. 4030 sólo alude a la acción entre las partes. ¿Significa esto que cuando la acción es ejercida por terceros la prescripción es decenal? Tal opinión, fundada en el argumento a contrario, nos parece insostenible. Si ya antes de la sanción de la ley 17711 la opinión prevaleciente en nuestra doctrina y jurisprudencia era que el plazo de 2 años era aplicable tanto a la acción ejercida por las partes como por terceros, no se alcanza a comprender por qué la omisión de la nueva ley referida a los terceros ha de extender en su caso el plazo de 10 años. Por lo demás, no hay razón alguna que justifique un plazo mayor para el supuesto de que la acción sea ejercida por terceros, lo cual permite la aplicación analógica del plazo fijado para las partes" (conf. "Tratado de

Derecho Civil. Parte general" cit., t. 2, p. 369 y "La reforma del Código Civil. Prescripción" cit., con redacción distinta a la anterior, p. 746). Esta interpretación, importante por provenir de quien estuvo íntimamente ligado a la reforma, corrobora que el agregado incorporado al art. 4030 , lejos de modificar la opinión prevaleciente estuvo precisamente dirigido a confirmarla.

3. En el tratamiento del problema hay varios valores en juego. No se desconocen los principios relativos al carácter restrictivo de la prescripción, pues en tanto implica la extinción de la acción por el no ejercicio-inactividad imputable sólo a la parte que teniendo la acción no la ejerce-, en caso de duda, si existiera, debe estarse a la prescripción que la asegure por más tiempo. Pero frente a ello, tampoco debe olvidarse que en el tema también se encuentra involucrado el problema referente a la seguridad jurídica, o sea de la estabilidad de los actos jurídicos, los que sobre todo en épocas e inseguridad económica no pueden dilatarse en el tiempo. Es así que la interpretación no puede desentenderse de sus resultados, y ante la posibilidad de distintas soluciones, todas ellas brindadas por la norma vigente, debe optarse por aquella que mejor atienda a la consolidación de la situación existente, evitando el riesgo de generar serios conflictos reñidos con el bien supremo de la paz y seguridad social.

A primera vista, parecería que con esta interpretación se podría producir una disparidad en el tratamiento de las situaciones que se puedan presentar entre partes y terceros, en tanto las asimila aplicándoles a ambas la prescripción bienal. Pero no es así a poco que se repare que ello tiene su solución atendiendo a la forma en que se computa el plazo. El de las partes corre desde el desconocimiento de la simulación por el aparente titular del derecho y ante terceros, no desde el simple conocimiento o vagas sospechas, sino desde el conocimiento efectivo, pleno y cabal del acto. Si con respecto a las partes, ya Salvat sostenía que mientras éstas respetaran la convención oculta, hay un reconocimiento constante del derecho de la otra parte, lo que constituye una interrupción reiterada que impide que el plazo empiece a correr en los términos del art. 3989 CCiv. (conf. "Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general" cit., t. 3, p. 585, n. 2226), con relación a los terceros, analógicamente puede existir una ampliación del plazo, pues en tanto no se produzca aquel conocimiento certero, la prescripción no corre por la sencilla razón de que la acción aún no ha nacido. Se trataría, en todo caso, de un derecho eventual y tal es la recepción que del aforismo romano "actioni non natae non praescribitur", ha efectuado el Código Civil en los arts. 3953 , 3956 y 3957 .

4. En otro orden de ideas, cabe agregar que la conclusión expuesta tiene sustento también en las reglas prácticas de interpretación de la ley. En este sentido, es conocido el principio, unánimemente admitido por la doctrina y también consagrado por nuestro más alto tribunal, que sostiene que las normas legales no deben interpretarse en forma aislada sino armonizándolas con las otras disposiciones de la misma ley, siendo éste el único modo de obtener el recto significado de sus disposiciones (conf. Salvat-Romero del Prado, "Parte general", t. 1, p. 183, n. 267 b; Busso, "Código Civil anotado", t. 1, 1958, p. 146 yss.; Salas, "Código Civil", t. 1, 1972, p. 15, n.2 ; Borda, "Tratado de Derecho Civil. Parte general" cit., t. 1, p. 223 ; Corte Sup., Fallos 297:142 ; 299:93 ; 301:460 [10]; 302:1600 , entre muchos otros).

Y es así como ya en el mismo art. 4030 , el legislador demostró su intención de fijar plazos breves al establecer el de 2 años para la nulidad de los actos jurídicos por violencia, intimidación, dolo y error, desde el conocimiento del vicio o cesación de la violencia (parte 1ª) y para la simulación entre partes (parte 2ª, agregada por la reforma). En materia de fraude, el que obviamente es ilicitud, el art. 4033 establece un plazo aun más corto, de 1 año, desde que el acto tuvo lugar o desde que los acreedores tuvieron noticia del hecho. Y en materia de lesión subjetiva, el plazo acordado al lesionado o sus herederos es de 5 años a partir del acto (art. 954 parág. 4º).

Aun más, no se debe olvidar que el art. 4023 , en el que funda su posición la opinión minoritaria, en su parte 1ª establece la prescripción decenal como principio general, "salvo disposición especial", y que esta norma debe necesariamente ser coordinada con el art. 4030 , que es especial y se decide por la bienal para los actos jurídicos celebrados con "falsa causa".

Y es en este último sentido que, como ya se expuso, la reforma recepcionó el criterio mayoritario que subsumía la simulación en la "falsa causa" del viejo art. 4030 , aspecto sobre el cual no innovó. Se había sostenido, concretamente, que "falsa causa", equivale a "causa simulada" (conf. Busso, "Código Civil anotado", comentario al art. 501 , p. 169, n. 3, y su cita de Salvat, Colmo, Lafaille y Gorostiaga). No tuvo, por lo tanto, el legislador necesidad de hacerlo, pues al determinar como se regula entre las partes, estaba avalando que la "falsa causa" comprendía a todo tipo de simulación, también la referida a terceros. La letra del Código lo dice claramente al expresar: "desde que el error, el dolor o falsa causa fuese conocida" y la falsa causa no es alusiva al error sobre la

causa, pues éste se encuentra colocado en forma genérica en el precepto, lo mismo que el dolo y, en consecuencia, sólo cabe interpretar que en la "falsa causa" conocida con respecto a terceros. Por lo tanto, si entre las partes la prescripción no corre mientras respetan el acto oculto, la disposición del art. 4030 en el sentido de que la acción de nulidad por "falsa causa" se prescribe por dos años desde que ésta fuere conocida, rige para el caso en que la acción sea ejercida por terceros, pero no en el caso de ejercicio por las partes mismas.

Una inquietud podría suscitar la redacción del párr. 2º del art. 4023 CCiv., también reformado en 1968, en tanto estatuye:"Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, trátese de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto un plazo menor". Esa preocupación del intérprete derivaría de considerar que la simulación invocada por terceros perjudicados por el acto anulable, sería el único supuesto comprendido en dicho párr. 2º recientemente transcripto. En tal sentido podría razonarse que al admitir que también en ese supuesto rige la bienal del art. 4030 por lo de la falsa causa, quedaría en párr. 2º del art. 4023 vacío de contenido, ya que con aquella primera norma de plazo abreviado se habrían agotado las posibilidades de la prescripción de la acción de nulidad.

La mentada liberación por el transcurso del tiempo, únicamente es posible frente a las nulidades relativas, sea al acto nulo o anulable. Y ello surge del art. 1047 CCiv., en cuya parte final dispone que la nulidad absoluta no es susceptible de confirmación, lo que implica que la acción de nulidad no es renunciable (conf. Buteler, J. A., "Clasificación de las nulidades", n. 73, p. 86; Llerena, "Comentarios y concordancias" cit., t. 4, 1933, p. 107, n. 8; Aráuz Castex, "Parte general", t. 2, n. 1741), y tampoco prescriptible pues la prescripción liberatoria se ha considerado una especie de renuncia tácita, únicamente admisible frente a la nulidad relativa (conf. Segovia, "Exposición...", t. 1, p. 285, nota 24; Llerena, "Comentarios y concordancias", t. 4, p. 107, n. 7; Borda, "Parte general", t. 2, n. 1252 ; Llambías, "Parte general", t. 2, n. 1979; Aráuz Castex, "Parte general" cit., t. 2, n. 1742; Boffi Boggero, "Nulidad de los actos jurídicos", en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XX, p. 463; Corte Sup., 20/11/1937, JA 60-367; C. Civ. 2ª Cap., 6/8/1940, LL 19-638 [11]; C. Nac. Civ., sala D, 27/2/1964, ED 7-382 [12]; íd., sala A, 31/5/1968, JA 1968-V-336).

Esta interpretación definitivamente fijada con la ley 17940 (13), permite considerar que aparte de la prescripción de nulidades relativas por disposiciones que prevén un plazo menor al común de 10 años, se presentan otros variados casos que no son de simulación. Así, los actos del representante de un incapaz de hecho que no fue autorizado (conf. C. 1ª Civ. Mar del Plata, 17/3/1964, LL 115-611 [14]); los viciados por incapacidad de derecho manifiesta, con nulidad instituida en resguardo de intereses privados, como los del art. 1361 incs. 1 a 4 (conf. C. Nac. Civ., sala F, 19/3/1963, LL 110-635 [15]; íd., sala D, 30/9/1964, LL 116-568 [16]; íd., sala A, 18/12/1964; LL 122-199 [17]; íd., sala C, 18/5/1966, LL 123-22; íd., sala G, 5/3/1981, LL 1981-C-118 [18]; íd., sala B, 27/5/1980, ED 89-219); la venta de cosa parcialmente ajena -art. 1331 - (conf. C. Nac. Civ., sala C, 17/11/1977, con disidencia del Dr. Alterini para quien se trata de un caso de inoponibilidad al titular omitido, ED 77-168; íd., sala D, 13/3/1979, LL 1979-B-621 [19], con disidencia del Dr. Ambrosioni; íd., sala A, 2/4/1965, ED 12-79 [20]; para parte de jurisprudencia, la venta de un bien ganancial sin la conformidad del cónyuge (conf. la reseña en ED 95-602, ns. 216 a 218); los actos realizados sin discernimiento (conf. C. Nac. Civ., sala C, 23/11/1976, ED 72-555; íd., sala A, 20/7/1961, JA 1962-I-27, etc.).

El principio general, por lo tanto, del art. 4023 , acoge todas las hipótesis de invalidez no comprendidas en disposiciones particulares, como las precedentemente expuestas, lo que desvirtúa la inquietud de su vigencia práctica si se le extrae también la simulación invocada por terceros.

En consecuencia, respondiendo a la propuesta del tema del presente plenario, como doctrina legal obligatoria (art. 303 CPCCN. [21] t.o. [22]), se resuelve: "El plazo bienal de la prescripción de la acción de simulación (art. 4030 párr. 2º CCiv.), es aplicable también a los terceros".

Los Dres. Collazo, Palmieri, Mirás y Padilla dijeron:

Para resolver el problema que plantea la convocatoria es conveniente partir del principio de interpretación de la ley que establece que cuando ésta es clara, debe estarse a sus términos. El art. 4030 CCiv. parece suficientemente claro en cuanto sólo contempla la acción de simulación ejercida entre las partes y ante tan categórico texto no cabe recurrir a la analogía, con más razón si se tiene en cuenta que la prescripción es de interpretación restrictiva y, en caso de duda, deberá estarse por la solución más favorable a la subsistencia de la acción dándose preferencia a la disposición que la asegure por más tiempo (conf. Salvat-Galli, "Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general", t. 3, p. 400, n. 2054 d; Borda, "Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones", t. 2, p. 11, n. 1001

; Llambías, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", t. 3, p. 310, n. 2010, entre otros).

2. Una de las consideraciones fundamentales dadas por la mayoría para sostener que el plazo de prescripción de la acción de simulación ejercida por terceros es de 2 años, es la opinión del Dr. Borda, quien como integrante de la Comisión Reformadora de 1968, expuso un criterio sin duda alguna valioso. Es indiscutible, y en esto se coincide con la mayoría, que en la materia que se está tratando la reforma peca de imprecisión, pero si su opinión hubiera predominado en el seno de aquella comisión, es más que probable que los arts. 4023 y 4030 no hubieran quedado redactados tal como están, y sin resolver el conflicto doctrinario y jurisprudencial que, desde mucho antes, alertaba acerca de la necesidad de una concreta definición legislativa. De ser así no se hubiera abierto el camino para interpretaciones distintas, tal como venía ocurriendo, pues no sólo es esta minoría la que sostiene que es aplicable la prescripción decenal, sino que ese criterio tiene también apoyo doctrinario autorizado, con fundamento en la claridad de la ley, por cuanto, como ya se indicó, el art. 4030 establece que prescribe a los dos años la acción para dejar sin efecto entre las partes un acto simulado, sea la simulación absoluta o relativa, en concordancia con el art. 4023 en cuanto determina el plazo de 10 años para interponer la acción de nulidad, si no estuviera previsto un plazo menor.

Por lo tanto, partiendo del hecho de que la ley es clara y que de haber predominado la opinión de Borda en la comisión reformadora, es indiscutible que estos artículos tendrían que estar redactados de otra manera o, en su defecto, ser más claros, debe considerarse decenal la prescripción para los terceros.

3. Tampoco parece aceptable dejar de considerar las notorias diferencias existentes entre la acción de simulación ejercida entre las partes y la ejercida por terceros, puesto que en el primer caso generalmente se está frente a un supuesto de simulación lícita (arg. arts. 957 , 959 , 960 y concs. CCiv.), mientras que en el segundo es precisamente un presupuesto necesario para el ejercicio de la acción, la ilicitud (conf. Llambías, "Código Civil anotado", t. 2-B, p. 129, n. 2; Borda, "Tratado de Derecho Civil. Parte general", t. 2, p. 365, n. 1188).

De ahí que, cuando la ley tiende a proteger a aquellos que por medios ilícitos se ven burlados en sus derechos, mediante la desaparición de bienes sustraídos fraudulentamente del patrimonio de sus deudores, se explica la mayor amplitud en el plazo de la prescripción de la acción respectiva, por cuanto si bien la prescripción es una institución que -como decía de Digesto (XVI, VI 3º 1)- ha sido impuesta por el "bono público" por el fundamental interés de los negocios, de la seguridad y firmeza de la vida económica, de la necesidad de que cualquier relación termine, para que la actividad no se sienta menguada por la indecisión durante largo plazo y para que la expansión y el auge sean una realidad y así una condición de vida de la sociedad entera, no por ello debe optarse en el caso concreto por la solución que permita que a su amparo, se consolide con mayor facilidad el fraude y la inmoralidad.

4. Por otro lado debe también valorarse la distinta situación que con relación al acto simulado se encuentran las partes y los terceros. Aquéllas saben desde un comienzo la verdad acerca de ese acto y es por esa razón que recién nacerá la prescripción cuando "el aparente titular del derecho hubiere intentado desconocer la simulación" (art. 4030 in fine), mientras que el tercero, al sospechar en un principio la simulación, puede entrar en una zona nebulosa, que no le permita ver nítidamente su interés en accionar. Además, hay otro aspecto que marca claramente la diferencia y es el relativo a la prueba. Entre las partes existe generalmente contradocumento y la única dificultad puede surgir al tratar de determinarse en qué momento se intentó desconocer la simulación. Pero para los terceros en este aspecto existe una verdadera dificultad, pues en un principio se guiarán sólo por presunciones, y luego tendrán que munirse de todos aquellos elementos que prueben la simulación, bajo riesgo de correr una simple aventura judicial (conf. Barbero, "Prescribe a los diez años la acción de simulación ejercida por terceros" , JA 1981-IV-750). Todo ello, y en cuanto también es beneficioso para la preservación del orden social, aconseja aplicar a la acción de simulación ejercida por terceros, la prescripción decenal prevista por el art. 4023 CCiv.

Por lo tanto, respondiendo a la propuesta del plenario debe sentarse la siguiente doctrina legal obligatoria: "El plazo bienal de prescripción de la acción de simulación (art. 4030 párr. 2º CCiv.), no es aplicable a terceros".

El Dr. Vernengo Prack dijo:

"La verdad es independiente de los votos que consigue. Con frecuencia nace con uno solo, porque no siempre es inteligible a la primera vista".

1. El prestigioso ex camarista Jorge J. Llambías salta de la bianualidad de los actos simulados en determinados

casos, a la imprescriptibilidad de la acción de simulación -en otros-, cuya nulidad es absoluta.

Me ocuparé de esta última tesis, basando la argumentación en impecables razones jurídicas, y funcionamiento, de un para mí eximio camarista, César de Tezanos Pinto.

Decía así, votando detrás de Quesada y formando sala con Raúl Perazzo Naón (JA 74-925): "Es exacto que la nulidad absoluta está fundada en razones de orden público, pero también lo es, y en esto existe uniformidad en la doctrina, que la prescripción se apoya en razones de la misma índole en cuanto busca el orden, la tranquilidad y seguridad social evitando que se susciten controversias difíciles de resolver con respecto a un pasado lejano cuando las pruebas han desaparecido a los hechos han sido olvidados. La certidumbre y la seguridad a través de un lapso apreciable, es un elemento de tranquilidad social quizás más importante que el mantener indefinidamente viciado un acto por incapacidad absoluta de una de las partes, por la ilicitud de su causa o por defectos de forma en el instrumento que le dio nacimiento, tanto más si dicho acto ha sido objeto de sucesivas transmisiones a terceros.

"¿Qué acto más flagrante en contra del orden público y constitucional que aquel del usurpador de un inmueble, consciente de que no le pertenece, y que, a pesar de su mala fe y de la ausencia de todo título, adquiere, sin embargo, la propiedad a los 30 años (sic) de haberlo poseído? (art. 4016). ¿Y qué más digna de amparo como que constituye una nulidad absoluta, que la situación del menor impúber o del demente declarado en juicio respecto de las obligaciones contraídas durante su incapacidad, y cuya acción de nulidad la ley la declara prescriptible a los 2 años de llegados a la mayor edad o desde que salieron de la curatela? (art. 4031). ¿Y la acción revocatoria no es igualmente prescriptible, a pesar de referirse a actos realizados en fraude y perjuicio de terceros"?

"A mi modo de ver -continúa diciendo Tezanos Pinto-, en todas estas situaciones, concurre un factor de interés social, que debe reputarse de un orden superior al que la ley pudo tener en cuenta para impedir la convalidación de un acto reprobado por vía de la confirmación; no sonconfirmables y esto no obsta a que la ley los declare prescriptibles".

Continúa argumentando que nuestro régimen legal es de la prescriptibilidad consagrado por la declaración expresa y terminante del art. 4019 : "Todas las acciones son prescriptibles en razón precisamente de los fundamentos de orden público que le sirven de base".

Más adelante, explica porqué en este caso la doctrina francesa no es aplicable: "Dentro del articulado del Código de Napoleón no existe ningún texto que declare en forma rotunda de nuestro art. 4019 que `todas las acciones son prescriptibles' y menos aun figura una enumeración taxativa de cuáles son las acciones que están exceptuadas del alcance de la prescripción. Han sido la doctrina y la jurisprudencia francesa las que han elaborado la construcción jurídica sobre ese punto `en ausencia de un precepto legal' (lo destacado no es del citado), por lo que sus conclusiones no pueden tener mayor influencia en nuestro derecho donde existe el texto claro y categóricoque acabo de mencionar" (p. 926, 2ª col.).

Otro argumento que agregaba era que Vélez Sarsfield se apartó de Freitas al tratar los "efectos" de las nulidades. En el art. 809 del proyecto establecía que las nulidades absolutas no eran "susceptible de cubrirse por confirmación, ni de subsanarse por la prescripción; y este artículo al no ser reproducido en nuestro Código sino en forma parcial -en lo concerniente a la confirmación (art. 1058)- revela que no fue aceptado, sino con el alcance limitado por nuestro codificador o al menos que éste se reservó su juicio para tratar del asunto en la sección relativa a la prescripción, dentro de la cual no sólo no aparece reproducido el concepto de Freitas, sino que a las acciones emergentes de actos que este autor reputaba la nulidad absoluta, nuestro Código las declara expresamente prescriptibles, tal como ocurre con los actos celebrados por menores impúberes, dementes declarados en juicio" (p. 926, 2ª col.).

No creo necesario agregar una palabra al lúcido voto de Tezanos Pinto argumentado sobre la inexistencia de la imprescriptibilidad, en materia de acción de simulación.

2. La distinción entre parte y terceros. Requiere disculpas por repetir algunos conceptos de la ponencia presentada a las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil ("Ponencias", 1981, Ed. Fundación Editorial Notarial, p. 42), pero donde voy a agregar unos renglones más de la cita del Escriche ("Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", 1896, Ed. Librería de Garnier Hnos., Rue des Saint Peres, n. 6, p. 1533) "el concierto o la

inteligencia de dos o más personas para dar a una cosa la apariencia de otras. El objeto de la simulación es engañar; y bajo este punto de vista se halla comprendida bajo el nombre general de fraude, del cual no se diferencia sino como la especie del género. Para cometer la simulación es necesario el concurso de muchos contrayentes que se pongan de acuerdo para engañar a terceras personas o a los magistrados, mientras que el fraude se hace muchas veces por uno solo de los contrayentes en perjuicio del otro".

Esta definición nos recuerda que en toda simulación hay engaño, y que los destinatarios de dicho engaño son precisamente los terceros o los magistrados.

Y de la misma manera que en el caso de la sociedad (art. 1659 CCiv.) y del mandato (art. 1891 CCiv.), cuando los respectivos objetos son ilícitos o contrarios a las buenas costumbres no dan acción ni siquiera para reclamar el aporte efectuado, o recuperar lo anticipado o gastado por el mandatario o mandante respectivamente.

Así sucede con la simulación cuya sanción entre partes, es que "no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro", y, lo dispuesto después de la palabra "salvo", no modifica la enunciación porque es imposible que se pueda "dejar sin efecto el acto sin que las partes obtengan por lo menos `algún' beneficio de la anulación".

Desafío a que alguien mencione un solo caso en el que no haya ningún beneficio para las partes simulantes, como dice al ley después de la 17711 . Y ello no queda modificado por la existencia del contradocumento, ya que éste contiene algo "en contra de la prohibición de las leyes, o contra los derechos de un tercero" sí, de alguna manera, deja sin efecto el acto, "con algún beneficio para alguno de los simulantes, como establece el art. 959 , reformado por la ley 17711 .

El caso del art. 958 de simulación relativa sin violación de la ley, ni perjuicio de tercero, en la medida en que puede ser ejercida entre partes es un caso utópico actualmente, atenta la redacción del art. 959 , que lo hace imposible.

El dolo (art. 931) está destinado a engañar a la otra parte; pero la simulación exige que ambos otorgantes simulantes traten de engañar a los terceros o a los magistrados. Ya en ello existe algo inmoral porque el derecho no puede consagrar la la "mentira" o el "engaño".

Por último, los pocos casos de simulación entre partes sobre los que he tenido experiencia, los tribunales han forzado el concepto que no obtienen "ningún beneficio" (que lo obtienen) cuando han querido conceder la acción, generalmente denegada, aun antes de la severa redacción actual del art. 959 .

Actuando como abogado, perdí un pleito ante una sala de la Capital Federal oponiendo la falta de legitimación de la actora para demandar a mi clienta que había invertido todo su dinero de la parte en efectivo y había, por el saldo, contratado una hipoteca estrictamente personal e intransferible en el Instituto de Ayuda para el Pago de Retiros y Pensiones Militares, por la alegación de aquélla, que gozaba de derecho preferente de inquilina, renunciado frente a dicho instituto por acto auténtico. Se trataba de un mandato oculto de dos primas de bastante edad que vivían juntas y que se dividían los gastos del departamento, incluyendo la comida, y la doméstica. No se admitió el perjuicio del acreedor hipotecario que sólo otorgaba esos préstamos a los beneficiarios para obtener su vivienda propia, y la devolución del dinero desvalorizado (no funcionaba la indexación) para que aquél otorgara a otro necesitado afiliado un nuevo crédito. Se benefició la principal simulante, pagando con dinero desvalorizado después de ocho años de la compra, y la ayuda del instituto benefició a una parte simulante que había engañado al mismo y la que, erróneamente se acogió la acción.

Actualmente, con la modificación del art. 959 , la acción entre partes es prácticamente imposible si se cumple con la ley.

No hay duda ninguna que la parte 2ª del art. 4030 se refiere a la simulación entre las partes:

"Prescribe a los dos años la acción para dejar sin efecto entre las partes un acto simulado, sea la simulación absoluta o relativa. El plazo se computará desde que el aparente titular del derecho hubiera intentado desconocer la simulación".

¿Qué quiere decir "entre las partes" un acto simulado? Sólo un sentido: los autores del "concierto simulatorio", los

que "se ponen de acuerdo para realizar un acto simulado".

Bastaría ello, y la mención de la actitud o la conducta descripta en la norma del "titular aparente" que intenta desconocer el acuerdo simulatorio, que es exclusivamente el punto de partida para donde se comenzaba a contar la acción interpartes.

Es decir, la reforma de la ley 17711 -siguiendo la teoría de la institución en su consecuencia más concreta: ésta se desprende y al cabo de un tiempo nada tiene que ver con su autor o legislador- sólo se ha referido concreta y expresamente a la simulación entre partes.

3. La simulación y los terceros. Quien nunca inició una acción de simulación representando a una parte simulante; y por otro lado le haya tocado hacerlo representando a un tercero contra los simuladores, no puede entender la diferencia por conceptos escritos, si no ha vivido la diferencia que existe en la realidad.

Así, se le escapará, la diferencia fundamental que existe entre los terceros que reclaman la simulación para que la cosa vuelva al patrimonio del simulador que aparece como "enajenante o disponiente de la cosa" y los terceros, que le interesa que la cosa quede en cabeza del "testaferro" porque son acreedores de este último.

Casi diría, que las tesis entre los diez años y los dos años están identificadas por ambas tendencias.

Se me ocurre que es más conforme con la realidad y con la moral y las buenas costumbres, que se proteja a los terceros que intentan hacer volver la cosa al patrimonio del simulador que aparece como enajenante. Éstos, por las razones que hemos dado en dos votos de la sala B de la C. Nac. Civ., no sólo están por el plazo de los 10 años, sino que lo necesitan, porque sólo en la búsqueda de antecedentes y esperando se concreten boletos de compraventa o se realicen sospechadas y nada más que sospechadas inscripciones u otros trámites previos se concluyen los dos años de averiguaciones, en los que puede no haber la suficiente certeza como para iniciar la acción, pero puede resultar alguna prueba aquívoca de que ya lo conocía, y el término le comience a correr.

En cambio, los partidarios de los dos años también para los terceros, lo único que logran es consolidar el dominio en cabeza del testaferro y repeler las acciones de los acreedores del simulador enajenante. Es decir, que benefician la situación menos clara.

En la causa 261451 "Fernández v. Querejeta" (23) se trataba de dejar sin efecto por simulada una donación hecha por el Sr. Cerri a su concubina (según la ley argentina) en perjuicio de su cónyuge, y que luego de fallecida esta última, quedaba defraudada la hija legítima del matrimonio Cerri-Fernández. La complicación de los distintos actos y trámites previos al juicio, de aplicarse la prescripción bianual para la cónyuge que era un tercero en el acto simulado (luego su heredera: la hija), hubiera consolidado una defraudación llevada a cabo por una serie de actos simulados.

En la causa 259167 también de la sala B, con el voto en primer término del Dr. Palmieri, se evita con la prescripción decenal algo similar; al año de muerto el padre, la madrastra de la actora hace escriturar sólo a su nombre, el inmueble que había comprado por medio de un boleto de compraventa aquél. Es decir, la madrastra trataba de defraudar a la hija del primer matrimonio de su marido una vez que éste ha fallecido.

Los casos de simulaciones complicados en materia de sociedad conyugal, o mejor dicho sustracciones de bienes de la sociedad conyugal, con respecto a las cuales él o la cónyuge son terceros, son innumerables, y el término bianual no alcanza para desbaratarlos.

Todo lo dicho, en razón de que el Dr. Borda no ve una razón para diferenciar la simulación entre partes (que se vigilan estrechamente) y que han realizado como cómplices un acto ilícito; de la acción de los terceros que precisamente representan todo lo contrario: son los cazadores de los simuladores, es decir, del fraude, de la mentira o de la clandestinidad que tanto daño causa a la Nación toda.

4. La continuidad racional histórica. Todo lo referente a la prescripción de las acciones es interpretación restrictiva. Es decir, si la acción no se menciona específica y típicamente en la norma que establece la prescripción, ésta no se puede ampliar por analogía.

Sobre la distinta naturaleza que tiene la locución "falsa causa" con relación a simulación; y sobre todo, lo heterogéneo que son los vicios de violencia, intimación, dolo y error (llamados vicios del consentimiento) y que corresponden a las condiciones de los actos voluntarios: libertad (se opone a la violencia e intimidación); intención (es deformada por el error esencial o por el dolo), discernimiento (presupuesto de la capacidad) (art. 900 CCiv.), han dicho palabras definitivas Cámara y Galli, en base a la interpretación de las fuentes: García Goyena, en donde "causa falsa" corresponde a los de error sobre la causa.

Si falsa causa no se refiere a la simulación en el art. 4030 (otro argumento es que no se hubiera aplicado a la simulación entre partes porque éstas siempre la hubieran conocido desde que existía el acto) porque el artículo gramaticalmente no lo dice, y la interpretación debe ser restrictiva: el agregado de la ley 17711 se refiere sólo a la simulación entre partes, por sus términos inequívocos, la conclusión es obvia: a la simulación invocada por terceros se le debe aplicar la regla de prescripción que específicamente se refiere a ella sin dar lugar a interpretación de ninguna índole: "la acción de nulidad", "si no estuviere previsto un plazo menor".

El art. 4030 sólo prevé un plazo menor para la simulación entre partes, es decir, lo que en teoría podría llamarse la simulación como acción. En cambio, al art. 4023 corresponde la simulación como un hecho, en el cual el accionante no ha sido parte. La acción podría denominarse acción de nulidad a secas.

Los casos de prescripción de acción de nulidad menor de 10 años mencionados en la doctrina han sido extraídos de jurisprudencia que, o es anterior al año 1968 -fecha de la reforma-; o, cuando es posterior, ha sido tomada de tomos anteriores sin advertir que mediaba la mencionada reforma del año 1968.

Así es importante el principio contenido en la nueva redacción del art. 3966 CCiv. que enuncia que la prescripción corre tanto para los incapaces que tuvieran representantes legales como de los que carecen de ella. En este último caso se podrá aplicar el art. 3980 .

Los casos del art. 1361 incs. 1 a 4 están claramente comprendidos en el art. 4030 por mediar una contratación "dolosamente" ejecutada contra las prescripciones de la ley, ya que el art. 1362 CCiv. quita acción a las personas a las cuales comprenda la prohibición.

La venta sin la conformidad del cónyuge está perfectamente prevista en la parte 1ª del art. 4031 .

En cuanto a la mención de "actos realizados sin discernimiento" me remito a lo dispuesto en los arts. 897 y 900 CCiv. Por el primero debería decirse propiamente: "hecho involuntario", ya que así se denomina a los hechos humanos ejecutados sin discernimiento; por el segundo (art. 900 CCiv.) se prevé la consecuencia "hechos ejecutados sin discernimiento no producen por sí obligación alguna". Mal se pueden aplicar a esos "actos", la prescripción decenal, cuando -como dice el artículo- no producen por sí obligación alguna.

Queda entonces demostrado el vaciamiento del art. 4023 párr. 2º que era el que preveía la simulación como un hecho.

Voto por que el plazo bienal de prescripción de la acción de simulación (art. 4030 párr. 2º CCiv.) no puede aplicarse a los terceros que no han intervenido en el acuerdo simulatorio.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se declara que: "El plazo bienal de la prescripción de la acción de simulación (art. 4030 párr. 2º CCiv.), es aplicable también a los terceros".- César D. Yáñez.- Armando Fernández del Casal.- Jorge Escuti Pizarro.- Alfredo Di Pietro.- Félix R. de Igarzábal.- Santos Cifuentes.- Jorge H. Alterini.- Agustín Durañona y Vedia.- Patricio J. Raffo Benegas.- Carlos E. Ambrosioni.- Alberto J. Bueres.- Néstor L. Lloveras. - Pedro R. Speroni.- Jorge E. Beltrán.- Ricardo L. Burnichón.- Leopoldo Montes de Oca.- Antonio Collazo.- Jorge H. Palmieri.- Osvaldo D. Mirás.- Marcelo Padilla.- Rómulo E. M. Vernengo Prack.

NOTAS:

(1) ALJA 1968-A-498 - (2) JA 68-307 - (3) JA 1964-V-148 - (4) JA 1959-VI-519 - (5) JA 1981-II-486 - (6) JA 25-1975-432 - (7) JA 1977-IV-413 - (8) JA 1968-IV-420 - (9) JA 1968-V-428, ns. 72 y 73 - (10) JA 1980-619 - (11) JA 71-700 (12) JA 1964-IV-97 - (13) ALJA 1968-B-1303 - (14) JA 1964-VI-267 - (15) JA 1963-V-336 - (16) JA 1964-VI-472 - (17) JA 1965-III-347 - (18) JA 1981-III-648 - (19) JA 1979-IV-28 - (20) JA 1965-IV-44 - (21)

ALJA 1967-A-533 - LA 1981-A-206 - (22) LA 1981-B-1472 - (23) Ver nota 5.

SUMARIO - LESION SUBJETIVA. Relación negocial entre supermercado y proveedor. Impacto del supermercadismo sobre la relación entre el comercio minorista y proveedores. Mercado dominante. Elemento subjetivo de la lesión: Configuración
CAUSA 54903/1996 - "Establecimiento Frutícola Sede SRL c/COTO C.I.C.S.A. s/sumario" - CNCOM - SALA B - 19/07/2002

"El principal impacto del supermercadismo sobre la relación entre el comercio minorista y proveedores fue la aparición de empresas con poder de mercado dominante. Esto modificó la interacción tradicional entre proveedores y supermercados pequeños o medianos y comerciantes minoristas, la que en general era encauzada -fundamentalmente- por los oferentes. El peso indudablemente gravitante de las cadenas de supermercados e hipermercados se tradujo en el cambio de un sistema, en que el proveedor era -frecuentemente- quien fijaba los precios, a otro donde éstos surgen no de una negociación entre proveedores y compradores sino de las decisiones de los supermercados e hipermercados (v. dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, resolución N° 810 del 31/7/1997 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería).-
Usualmente, le equilibrio entre las partes del negocio -en la mayoría de los casos- no existe, ya que la industria supermercadista dispone de mecanismos de dominación suficientes como para garantizar la adhesión de los proveedores. En tal sentido, pueden mencionarse a título ejemplificativo los sistemas de incentivos (campañas de interés del proveedor, lanzamientos de productos, compras pactadas por períodos largos, etc). Y sistemas de desincentivos (exclusión del proveedor, amenazas de exclusión, etc). Los sistemas de desincentivos son por demás efectivos, sobre todo, cuando los proveedores realizaron fuertes inversiones para operar con el supermercadista."

"La estructura del mercado y la posición de sus integrantes (en el sub lite supermercado con una importante cuota del mercado y proveedor) me persuade de la asimétrica posición en la que se encontraron al tiempo de negociar el contrato. Es evidente -para la preopinante- que los grandes volúmenes traficados por Coto y su colocación en el mercado lo dotan de mayor capacidad para imponerse a sus abastecedores. En consecuencia procede la admisión del elemento subjetivo."

"Distinta suerte correrá le elemento objetivo del instituto, pues no surge de autos elementos convictivos sobre una ventaja patrimonial desproporcionada e injustificada, ni que como consecuencia del dolo de la demandada la accionante debiera entregar mercaderías sin cargo o sub facturarlas."

TEXTO COMPLETO

En Buenos Aires, a los 19 días del mes de julio de dos mil dos, reunidos los señores jueces de Cámara en la sala de acuerdos, fueron traídos parra conocer los autos "ESTABLECIMIENTO FRUTÍCOLA SEDE SRL contra COTO CICSA" sobre sumario, en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el artículo 268 del código procesal, resulto que debían votar en el siguiente orden: Doctores Piaggi, Díaz Cordero y Butty.//-

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

La señora Juez de Cámara Doctora Piaggi dijo:

I)) La causa. Establecimiento Frutícola Sede SRL demandó a Coto C.I.C.S.A.;; impetrando: (i) la anulación de las notas de débito emitidas por éste sin respaldo causal, y aquellas a las cuales se les atribuyó dolo en su emisión; (ii) la determinación de mercaderías no facturadas a su valor real; (iii) la determinación de los perjuicios causados y lucro cesante; (iv) la fijación del daño moral; y, (v) la liquidación de la cuenta corriente mercantil que los vinculó (v. fs. 835/868). La defensa a fs. 898/915 negó los hechos y contestó demanda.-
El objeto del juicio y las secuencias de la causa fueron satisfactoriamente expuestas en la sentencia recurrida; los doy por reproducidos a los fines de este decisorio para evitar estériles reiteraciones.-

II) La decisión recurrida. La sentencia definitiva de primera instancia del 28/9/2001, corriente a fs,. 1655/1668 acoge parcialmente la demanda y condena a la defendida al pago de ochocientos treinta y un pesos ($831) más el precio de la mercadería descripta en la guía de transporte N° 0000.... del 5/12/1995, con sus intereses. Las costas fueron impuestas a la actora. Contra el veredicto se alza la sindicatura de la quiebra actora a fs. 1669; sus quejas corren a fs. 1684/1985.-

La presidencia de esta sala llamó "autos para sentencia" el 29/4/2002 (fs. 1692) y realizado el sorteo de la causa el 15/5/2002 (fs. 1692vta.) el Tribunal se encuentra habilitado para resolver en la causa.-

III) La pretensión recursiva. La recurrente reprocha al a quo que: (i) la sentencia no () se corresponde con los antecedentes de autos; (ii) no cabe excluir las notas de débito emitidas por devolución de mercaderías o por diferencia de calidad; y, (iii) apreció erróneamente el informe pericial contable en punto a las mercaderías sin cargo.-
Trataré sólo aquéllas quejas susceptibles de incidir en la decisión final del pleito (cfr. CSJN, 13/11/86 in re "Altamirano, Ramón c/comisión Nacional de Energía Atómica"; idem, 12/2/87, in re "Soñes Raúl c/administración Nacional de Aduanas; bis idem; 6/10/87, in re "Pons María y otro"; CNCM, esta sala, 15/6/99, in re "Crear Comunicaciones SA c/Telearte SA Empresa de Radio y Televisión"; idem, 16/7/99, in re "Organización Rastros SA c/Supercemento SA").-

IV) La solución. A) A criterio de la preopinante, le fallo es coherente, concreto, adecuadamente fundado y expone suficientemente las razones que de acuerdo a las circunstancias del pleito lo sustentan. Carece de contradicciones y el criterio de análisis empleado se ajusta a las premisas que sirven de antecedente a sus conclusiones.-
Recuerdo -una vez más- que la apreciación de la prueba es un razonamiento lógico-valorativo y sistemático sobre todos los elementos colectados en la causa (cfr. CNCOM, esta sala, 31/8/1999, in re "Czapski, Severino c/La cité de Buenos Aires SA"; idem, 228/12/1999, in re "Saia SA c/CS Bonorino SA"). No existió errónea apreciación de la prueba; el fallo impugnado se ajusta a las constancias probadas de al causa y no existe apartamiento del principio de la sana crítica (Art. 386 CPCC).-
La finalidad de la prueba es llevar al Magistrado al convencimiento de los hechos y de su certeza. El juez tiene el deber de reconstruir históricamente los hechos para determinar si las afirmaciones de las partes son o no ciertas. Para ello tiene obligación de examinar las pruebas rendidas y apreciarlas con criterio lógico-jurídico, valorándolas conforme a las reglas de la sana crítica y las máximas de experiencia extraídas de la observación del corriente comportamiento humano; sobre bases científicamente verificables (confr. CSN, 7/6/1988, in re "Martínez Saturnino y otros s/homicidio calificado, LL 1988-E-395; CN Com, esta sala, 18/5/1999, in re "Diners Club SAC y T c/Debat, Raúl Omar). Todo lo anterior teniendo en cuenta que es preciso no apreciar cada prueba con independencia del conjunto, a fin de deducir una convicción racionalmente fundada de todos y cada uno de los elementos colectados en el proceso.-
Conforme los términos de las quejas que se traen a conocimiento del Tribunal, corresponde analizar; (i) si la diferencia entre la facturación y el pago con emisión de notas de débito configuró lesión subjetiva; (ii) si está acreditada la sub facturación de los productos vendidos, y de ser así si tal proceder se origina en abuso del supermercado demandado; (iii) si procede la anulación de las notas de débito emitidas por la accionada.-

b) El principal impacto del supermercadismo sobre la relación entre el comercio minorista y proveedores fue la aparición de empresas con poder de mercado dominante. Esto modificó la interacción tradicional entre proveedores y supermercados pequeños o medianos y comerciantes minoristas, la que en general era encauzada -fundamentalmente- por los oferentes. El peso indudablemente gravitante de las cadenas de supermercados e hipermercados se tradujo en el cambio de un sistema, en que el proveedor era -frecuentemente- quien fijaba los precios, a otro donde éstos surgen no de una negociación entre proveedores y compradores sino de las decisiones de los supermercados e hipermercados (v. dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, resolución N° 810 del 31/7/1997 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería).-
Usualmente, le equilibrio entre las partes del negocio -en la mayoría de los casos- no existe, ya que la industria supermercadista dispone de mecanismos de dominación suficientes como para garantizar la adhesión de los proveedores. En tal sentido, pueden mencionarse a título ejemplificativo los sistemas de incentivos (campañas de interés del proveedor, lanzamientos de productos, compras pactadas por períodos largos, etc). Y sistemas de desincentivos (exclusión del proveedor, amenazas de exclusión, etc). Los sistemas de desincentivos son por demás efectivos, sobre todo, cuando los proveedores realizaron fuertes inversiones para operar con el supermercadista.-

c) La doctrina autoral y jurisprudencial, está conteste en la necesidad de reunir tanto el elemento objetivo como el subjetivo para que opere el instituto de la lesión del artículo 954 del código civil. Existe en la lesión subjetivas, una doble connotación: a) la objetiva, resultante de la desproporción de las prestaciones -que exterioriza una anomalía en el sinalagma del contrato (equivalencia de las prestaciones) y, otra subjetiva, pues concurren las partes a celebrar el negocio y una actúa con la finalidad específica de aprovechamiento o explotación de la necesidad, inexperiencia o ligereza de la otra (cfr. Belluscio Augusto, Zannoni Eduardo, y otros, Código Civil, comentado, anotado y concordado, Tomo 4, Ed. Astrea, buenos Aires, 1982, pags. 355-356).-
Obviamente, la lesión debe ser sustancial, desproporcionada, exagerada e injustificable; de manera tal que no deje

dudas razonables sobre la contravención de elementales principios de equidad, ya que tratándose de una excepción a la regla, debe interpretarse restrictivamente y no debe resultar un medio para sustraer a los contratantes de las consecuencias negativas de un mal negocio o librarlos del cumplimiento de compromisos negligentemente asumidos (cfr. CNCOM, sala C, 13/10/1987, in re, "Fels Fernando c/Cía. Financiera de Automotores SA").-
En punto a los actos entre mercaderes, se invoca reiteradamente -como fundamento para su exclusión- que la propia actividad hace imposible en el orden natural de la vida negocial, la hipótesis de ligereza o inexperiencia, por su necesario grado de especialización y profesionalismo. Si bien no es dudoso que la lesión subjetiva puede perpetrarse en el área comercial negocial, su apreciación debe efectuarse con peculiar precaución; habida cuenta que el ordenamiento jurídico mercantil requiere y supone, aptitudes y capacidades objetivas para el manejo y administración de los negocios. Tales particularidades restringen la posibilidad de que los comerciantes sean víctimas de ligereza e inexperiencia (cfr. CNCOM, esta sala, 29/9/78, in re, "Cía. General de Combustibles SA c/Di Gicamo Roberto). El mercader debe asumir todos los recaudos necesarios para ejercer su actividad profesional, caso contrario, no puede pretender ampararse en la teoría de la imprevisión o alegar lesión subjetiva (cfr. CNCOM, esta sala, 21/9/93, in re "Tejidos Oke SA, c/Viscosud, SA").-
Ahora bien, la estructura del mercado y la posición de sus integrantes (en el sub lite supermercado con una importante cuota del mercado y proveedor) me persuade de la asimétrica posición en la que se encontraron al tiempo de negociar el contrato. Es evidente -para la preopinante- que los grandes volúmenes traficados por Coto y su colocación en el mercado lo dotan de mayor capacidad para imponerse a sus abastecedores. En consecuencia; no obstante lo expuesto en los párrafos anteriores en el sub examine procede la admisión del elemento subjetivo.-

d) Distinta suerte correrá le elemento objetivo del instituto, pues no surge de autos elementos convictivos sobre una ventaja patrimonial desproporcionada e injustificada, ni que como consecuencia del dolo de la demandada la accionante debiera entregar mercaderías sin cargo o sub facturarlas. El monto de las notas de débito informadas por el perito contador (v. fs. 1067/1068) no inciden en el quantum facturado por el peticionante.-
Coincido con el a quo en que -conforme las pruebas de la causa- no existe desproporción evidente, que viabilice la declaración de nulidad de las notas de débito, ni elementos de prueba que acrediten el dolo que habría "forzado" al accionante a sub facturar productos o a entregarlos sin costo. Los testigos -no impugnados por las partes- estuvieron contestes en las causas de emisión de las notas de débito. A fs 1142 Fabio Ernesto Grimoldi testificó, que cuando se advertían diferencias en la calidad de las mercaderías entregadas se notificaba al proveedor de la diferencia y se pactaba: o recibir mercadería sin cargo o efectuar ajustes en los precios convenidos. Agregó que "...todo salía con notas de débito..." A fs. 1146 sus dichos son corroborados por el deponente Edgardo Eugenio Prioetti (v. también pret. 12°, fs. 1150 y repreg. 6°, fs. 1151 de la declaración del testigo Claudio Esteban Matera).-

e) El síndico de la quiebra actora se queja arguyendo que, las notas de débito por diferencia de calidad son improcedentes porque los controles fueron estrictos y as mercaderías vendidas eran ofrecidas al público como de primera calidad. Sostiene, que la defensa descontaba al proveedor un monto de la factura, a pesar que luego vendía -la misma mercadería- sin descuento. Agrega, que no corresponden descuentos por devolución de mercaderías porque estas no fueron devueltas y eran vendidas por Coto. Respecto de las notas de débito emitidas por diferencia de calidad (no impugnadas) no se acredito que las frutas eran de la calidad pactada o que luego fueran comercializadas por Coto sin diferencias de precios.-
En las notas de débito por devolución de mercaderías, si bien el síndico manifestó en sus agravios que: "...tratándose de mercadería perecedera, la demandada emite una nota de débito para no pagarla al proveedor, tampoco paga impuestos y luego en lugar de tirarla la vende en sus góndolas...", ello no se compadece con el testimonio de Daniel Alejandro Sede quien dijo: "...si... (las frutas)... reunían las calidades exigidas se procedía a la descarga de la mercadería, de lo contrario, directamente se remitía el camión de vuelta como había llegado, sin descargar un solo bulto...".-

e) Finalmente, las notas de débito emitidas por la defensa no fueron rechazadas oportunamente por el accionante, y la sindicatura informó en sus agravios (v. fs. 1684) su dificultad para examinar los libros de la actora, pues no fueron puestos a su disposición;; y, no cabe abundar sobre la eficacia probatoria de los registros mercantiles cuando son llevados en legal forma. El juez no puede suplir la actividad de las partes en materia probatoria y tampoco puede aceptarse el argumento actor para morigerar la ausencia de libros contables.-

V) La condena. En mérito a lo expuesto y no existiendo fundamentos lógicos, razonables y concordantes para apartarse de lo resuelto en la anterior instancia (Art. 386 CPCC), propongo al Acuerdo confirmar la sentencia impugnada e imponer las costas de alzada al actor vencido (Art. 68 CPCC). He concluido.//-

Fdo: Piaggi, Díaz Cordero y Butty

VICIO DE LESION. Art. 954 Código Civil. Obtención de una ventaja patrimonial desproporcionada. Aprovechamiento del estado de inexperiencia de una persona de 70 años. Reivindicación del inmueble transferido
R. 350006 - "Bufalo Golf Dora Beatriz c/Morán Juan Carlos s/Reivindicación" - CNCIV - SALA H - 20/11/2002

"En la inteligencia del Art. 954 del Código Civil, el vicio de lesión aparece configurado cuando se reúnen tres requisitos, uno de ellos objetivo y los otros dos subjetivos: a) la obtención de una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación, b)estado de necesidad, ligereza o inexperiencia del lesionado, c) explotación de esa inferioridad por el lesionante, que se presume, salvo prueba en contrario, en caso de notable desproporción de las prestaciones."

"Nuestro Código, a diferencia del italiano que requiere una desproporción que alcance por lo menos al 50% del justo valor, no requiere porcentajes para establecer cuando se configura una desproporción notable, grosera, sino que lo deja librado al criterio del juez de acuerdo a las circunstancias.-
En el caso, y conforme surge de la copia de la escritura pública en la que se formalizó la compraventa del inmueble por el que se reclama, la operación se hizo por un valor que alcanza tan sólo al 20% del tasado por el perito designado en la causa penal traída ad effectum videndi. Por ello, admitida la existencia de la desproporción notable, cabe señalar que nuestro Código supera también a su modelo, el Art. 138 del Código Civil alemán, pues ante las dificultades que pueden presentarse para probar la "explotación", la presume cuando la desproporción es notable."

"En lo que concierne al elemento subjetivo cabe destacar que el demandado contaba con 70 años en el momento de celebrarse el contrato cuya nulidad se persigue (18 más que su contraria), quien se encontraba en una delicada situación sentimental al haber fallecido su esposa muy poco tiempo antes de la compraventa (fines de 1991).-
Llama la atención que al mes de conocer a la actora el demandado llegó a confiar tanto en ella que la designó como su apoderada, y también como su única y universal heredera, constando ambas designaciones en sendos instrumentos públicos suscriptos el día 22 de abril de 1992. Cabe aclarar que la actora señaló que ambas partes se hicieron testamentos recíprocos, pero el que ella le otorgara al demandado no fue adjuntado en autos, por lo que debo tenerlo por inexistente.-
También interesa destacar que si la actora se interesa hasta en los bienes de las personas que acaba de conocer, y fuera de las circunstancias apropiadas, cabe también suponer que es una persona habituada a este tipo de operaciones o bien que está alerta a la aparición de oportunidades, todo lo cual permite tener por acreditada la situación de inferioridad y el consecuente aprovechamiento. Se advierte que el demandado es más débil e inexperto, frente a la actora más fuerte, capaz o conocedora."

Copyright © elDial.com - editorial albrematica

TEXTO COMPLETO

En Buenos Aires, a 20 días del mes de noviembre del año 2002, hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala "H" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos: "Bufalo Golf Dora Beatriz c/Morán Juan Carlos s/Reivindicación" y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Kiper dijo:

Contra la sentencia de primera instancia (fs. 275/9 vta.)), que rechazó la excepción de falta de legitimación activa y la acción por reivindicación, y declaró nula la escritura traslativa de dominio N° 87, del 3 de junio de 1993, por la que se transfirió la propiedad del inmueble sito en la calle Méndez de Andes 2239/41, de la Ciudad de Buenos Aires, expresa agravios la parte actora a fs. 337/41, cuyo traslado fue contestado a fs. 342 y vta. En consecuencia, las presentes actuaciones se encuentran en condiciones de dictar un pronunciamiento de carácter definitivo.//-
En su presentación ante la Cámara, la apelante se agravia de la valoración de la prueba que hiciera el primer sentenciante, por basar su decisión en la pericia practicada en la causa penal, informe en el que el perito tasador determinó el valor el inmueble en u$s 85.000 y no en u$s 100.000. Cuestiona que tampoco se haya considerado la valuación fiscal, ni lo fluctuante y cambiante del mercado inmobiliario de nuestro país desde la fecha de la escritura de venta hasta la de la pericia. Señala que la desproporción que advierte el a quo "no es evidente, ni clara, ni indudable", y que no () puede quedar a su cargo probar que no se aprovechó del demandado al celebrar la compraventa. Por último, entiende que la sola desproporción no vicia el contrato, y que la ley exige máxima

prudencia del sentenciante al analizar si en el acto medió lesión subjetiva.-

I. En vista de que al contestar los agravios, el demandado plantea que "el líbelo de la vencida no constituye una crítica ni razonada ni concreta del pronunciamiento en cuestión", analizaré en primer término este pedido.-
La simple disconformidad o disenso con lo resuelto por el a quo, sin fundamentar la oposición o sin dar la base jurídica, no importa la "crítica concreta y razonada" exigida por el Art. 265 del Cód. Procesal (CNCiv. Sala H, "Mazzoriello, Filomena c/Consorcio Bernaldes 1922 y otro", del 6-7-92, en Rev. JA. del 3-1-96, pág. 62, nro. 32).
Sin embargo, se ha declarado de modo concordante, que en la sustanciación del recurso de apelación, el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos aún frente a la precariedad de la crítica del fallo apelado, directiva que tiende a la armonía entre el cumplimiento de los requisitos legales y la garantía de la defensa en juicio, y delimita restrictivamente el ámbito de las sanciones que importan pérdida o caducidad de los derechos del apelante (conf. CNCiv., Sala E, septiembre 24-1974, LL, tomo 1975-A, página 573;; ídem, Sala G, abril 10-1985, LL, tomo 1985-C, página 267; conf. CNECiv. y Com., Sala I, abril 30-1984, ED, tomo III, página 513).-
Lo dicho implica que, si la apelación cumple en cierta medida las exigencias del artículo 265 del ordenamiento procesal, según el referido criterio de amplia flexibilidad, que resulta ser la interpretación que se juzga más acorde con la apuntada garantía constitucional, cabe estimar que la carga procesal de fundar los agravios se satisface con el mínimo de técnica exigido por las normas procesales en materia recursiva (conf. CNCiv., Sala G, 15-5-81, LL, tomo 1983-B, página 764; CNCom., Sala C, 22-9-78; LL, tomo 1978-D, página 674).-
En el caso de autos, considero que la presentación realizada por la parte actora cumple con los requisitos exigidos y por esa razón, no corresponde hacer lugar al pedido formulado.-

II. En la inteligencia del Art. 954 del Código Civil, el vicio de lesión aparece configurado cuando se reúnen tres requisitos, uno de ellos objetivo y los otros dos subjetivos: a) la obtención de una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación, b)estado de necesidad, ligereza o inexperiencia del lesionado, c) explotación de esa inferioridad por el lesionante, que se presume, salvo prueba en contrario, en caso de notable desproporción de las prestaciones. Ello significa que con respecto a este tercer requisito se produce una inversión de la carga de la prueba, la desproporción probada por el impugnante del acto hace presumir la explotación, pero la víctima necesariamente tiene que acreditar el otro elemento subjetivo, es decir, que a esa desproporción se llegó como consecuencia de haberse encontrado en situación de necesidad, ligereza o inexperiencia (CNCiv., Sala D, del 2/9/1982, Frieboes de Bencich, Emilia c/Bencich, Maximiliano, JA, 1983/III, pág. 414).-
Como lo recuerda Llambías, ya antes de la reforma producida por la ley 17.711, según el criterio tradicional la lesión se producía cuando el daño excedía la mitad del valor entregado por el damnificado ("Parte General", II, p.335). Es así que se han anulado contratos leoninos, como aquél en el que el precio no guardaba una razonable y honesta proporción con el riesgo asumido por el cesionario (Cam. Civ. 1º, JA, 1943, IV, 248).-
Nuestro Código, a diferencia del italiano que requiere una desproporción que alcance por lo menos al 50% del justo valor, no requiere porcentajes para establecer cuando se configura una desproporción notable, grosera, sino que lo deja librado al criterio del juez de acuerdo a las circunstancias.-
En el caso, y conforme surge de la copia de la escritura pública en la que se formalizó la compraventa del inmueble por el que se reclama, la operación se hizo por la suma de u$s 20.000, valor que alcanza tan sólo al 20% del tasado por el perito designado en la causa penal traída ad effectum videndi, cuya copia certificada obra a fs. 204/5.-
La actora sostuvo que hizo tasar el inmueble oportunamente, pero nunca acreditó haberlo hecho. Ni siquiera acompañó recortes periodísticos de la época, de los que se pudiera ver que la tasación efectuada por el perito era equivocada. Menos aún, puede considerarse la valuación fiscal del bien, toda vez que es sabido que no se corresponde con el valor de mercado, por la desactualización, y la falta de datos que pueden influir en el valor del bien, como ser antigüedad, estado de conservación, mejoras, etc.-
Ahora bien, admitida la existencia de la desproporción notable, cabe señalar que nuestro Código supera también a su modelo, el Art. 138 del Código Civil alemán, pues ante las dificultades que pueden presentarse para probar la "explotación", la presume cuando la desproporción es notable.-
Señala Spota que "toda grosera desproporción de prestaciones hace presumir explotación. Entonces, el cargo de la prueba se ha facilitado para el lesionado. Le basta probar la grosera desproporción de prestaciones. La otra parte, si quiere demostrar que no hay lesión, debe acreditar su buena fe, debe probar que no explotó a nadie, prueba sumamente difícil. Por lo tanto, la reforma ha seguido el sendero que va trazando esa experiencia alemana, pero también la experiencia nuestra, la experiencia recogida a través del Art. 953, aquellos casos que aplicó la jurisprudencia argentina, en los cuales bastaba la grosera desproporción de prestaciones para que surgiera la presunción de explotación y, por ende, la nulidad del negocio jurídico por lesión subjetiva" ("Curso sobre temas de derecho civil", p.173).-

Es numerosa la doctrina que considera que la presunción establecida en el Art. 954 comprende tanto el aprovechamiento como la situación de inferioridad de la víctima (Borda, G., "La reforma del Código Civil. Lesión", ED, 29730, nºIII; Raffo Benegas, P., y Sassot, R., "La lesión", JA, doctr. 1971802; Arauz Castex, M., "La reforma de 1968", Bs As, 1968, p. 129; Smith, J. C., "Consideraciones sobre la reforma del Código Civil", LL, 1301016; López de Zavalía, F., "Teoría de los contratos. Parte General", p. 395; Mosset Iturraspe, J., "Justicia contractual", p. 191; Zannoni en BelluscioZannoni, "Código Civil comentado...", 4, p.373). Como señaló el Dr Cifuentes en un recordado voto, "literalmente no parece posible dividir a tal explotación o aprovechamiento específico del contenido del aprovechamiento. Por lógica, todo indica que la mentada 'explotación' es de algo, no de nada. Una parte no se aprovecha in abstracto sino in concreto. Sería muy poco razonable, pienso, sostener que se presume el aprovechamiento, que es presumir una conducta calificada del sujeto frente a un estado disminuido de otra persona, del cual aquél saca partido, sin contener a la vez la presunción de ese estado. No podría a mi parecer sostenerse que alguien hace su agosto de una ventaja, sin a la vez dar por entendido que esa ventaja existe" (Sala C, 81081, LL, 6882, fallo 81.000).-
Admitido ello, pierden entidad los agravios de la apelante en torno a que no se ha probado la situación de inferioridad (fs. 339 vta.), pues sobre ella pesaba la carga probatoria. Para desvirtuar la presunción, debió acreditar que no medió una situación de inferioridad en el demandado, o bien que no aprovechó o explotó tal situación. Fuera de las excusas ya examinadas, no ha producido la actora pruebas que desvirtúen la presunción de la existencia del doble elemento subjetivo ya referido.-
Sin perjuicio de ello, y en lo que concierne al elemento subjetivo que según cierta doctrina que al comienzo del voto citara, su prueba también incumbe a la víctima, cabe destacar que el demandado contaba con 70 años en el momento de celebrarse el contrato cuya nulidad se persigue (18 más que su contraria), quien se encontraba en una delicada situación sentimental al haber fallecido su esposa muy poco tiempo antes de la compraventa (fines de 1991).-
Llama la atención que al mes de conocer a la actora (según reconoció la Sra. Búfalo Golf en la posición 1ra., obrante a fs. 177, se conocieron en marzo de 1992), el demandado llegó a confiar tanto en ella que la designó como su apoderada, y también como su única y universal heredera, constando ambas designaciones en sendos instrumentos públicos suscriptos el día 22 de abril de 1992. Cabe aclarar que la actora señaló que ambas partes se hicieron testamentos recíprocos, pero el que ella le otorgara al demandado no fue adjuntado en autos, por lo que debo tenerlo por inexistente.-
También interesa destacar que si la actora se interesa hasta en los bienes de las personas que acaba de conocer, y fuera de las circunstancias apropiadas, cabe también suponer que es una persona habituada a este tipo de operaciones o bien que está alerta a la aparición de oportunidades, todo lo cual permite tener por acreditada la situación de inferioridad y el consecuente aprovechamiento. Se advierte que el demandado es más débil e inexperto, frente a la actora más fuerte, capaz o conocedora (conf. Carranza, J., "El vicio de lesión en la reforma del Código Civil argentino", p. 303), pues en definitiva se trata de apreciar una situación de inferioridad genérica (conf. Astuena, "La lesión como causa de nulidad o reajuste de los actos jurídicos bilaterales", ED, 45968; Mosset Iturraspe, J., "Justicia contractual", p.186, nota 46).-
No puede soslayarse que el Sr. Morán acreditó que la Sra. Búfalo Golf se le presentó como contadora pública (con la tarjeta personal cuya copia obra en autos, la cual poseía en su reverso unas anotaciones que el perito calígrafo designado de oficio concluyó que correspondían al puño y letra de la actora), y que según el informe obrante a fs. 181, elaborado por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas, "la Sra. Dora Beatriz Búfalo Golf, titular del DNI ..., no se encuentra inscripta en ninguna de las Matrículas que tiene a su cargo este Consejo Profesional", circunstancias que refuerzan aún más la existencia del aprovechamiento de la situación de necesidad, ligereza o inexperiencia del demandado de parte de la actora.-

Por lo expuesto, propongo la confirmación del decisorio apelado; con costas a la actora vencida (art. 68 del C.P.C.C.N.).-

Los Dres. Giardulli y Gatzke Reinoso de Gauna, por las consideraciones expuestas por el Dr. Kiper, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores Jueces por ante mí, que doy fe.-

///nos Aires, 20 de noviembre de 2002.-

Y VISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide:
Confirmar el decisorio apelado;; con costas a la actora vencida (art. 68 del C.P.C.C.N.-
Toda vez que la parte actora se encontraba notificada de la regulación de honorarios de sus letrados por la suma total de $14.000, conforme cédula de fs. 285, la apelación por altos de la discriminación efectuada a fs. 298 resulta

extemporánea.-

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, archívese.//-

Fdo.: Jorge A. Giardulli, Elsa H. Gatzke Reinoso de Gauna y Claudio M. Kiper.-

LESION. Art. 954 Código Civil. CESION DE DERECHOS Y ACCIONES LITIGIOSOS. Intervención de un abogado. Aprovechamiento de la situación de inferioridad en que se encuentra una persona con graves deficiencias educativas. Estado de necesidad, ligereza e inexperiencia. Estrecha vinculación entre el cesionario de la cesión y el abogado que continuó el juicio iniciado por el cedente. Mala fe. NULIDAD del contrato de cesión de derechos. Procedencia. MEDIDAS ORDENATORIAS. Inhabilitación. Designación de curador

Expte Nº 109.853 - "C., J. O. c/ B., S.A. s/ incidente de nulidad" en autos "C., J. c/ C., F. y ot. s/ Daños y perjuicios" - CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MERCEDES (Buenos Aires) - SALA I - 28/03/2006

"Del informe pericial se desprende con claridad que al suscribir la escritura de cesión de derechos, C. obró con ligereza o inexperiencia. ¿Qué otra cosa puede pensarse de una persona con escasísimo nivel cultural, analfabeta, que sólo se maneja con las cosas cotidianas, con nula capacidad de abstracción, y que conoce los billetes sólo por su color? La situación subjetiva del lesionado que contempla el art. 954 del Código Civil, obviamente es en relación al acto celebrado, cuya validez se analiza. Es evidente que un individuo con tales características psíquicas y culturales no podía comprender de qué se trataba el documento que estaba firmando: una cesión de derechos y acciones litigiosas, cuestión de difícil comprensión para alguien que no tiene capacidad de abstracción."

"Aún cuando C. no fuera encuadrable en el supuesto de disminución de facultades mentales previsto en el art. 152 bis del C.Civil (cosa que no puede aseverarse a tenor de lo que surge de los informes periciales), no cabe ninguna duda que por sus graves deficiencias educativas (al punto de no saber leer ni escribir) y características psicológicas, puede obrar en forma irreflexiva, con precipitación, sin conciencia alguna de sus actos, sobre todo si es objeto de un actuar inescrupuloso por quien pretenda sacar provecho de ello. Coadyuva a tal conclusión que sólo sin ninguna conciencia de lo que se está haciendo, puede alguien firmar al unísono dos documentos contradictorios. Por un lado una cesión de derechos y acciones litigiosas "sin reserva ni limitación alguna" (sic), y por el otro un poder general judicial para actuar en el juicio cuyos derechos se ceden."

"La inexperiencia y la ligereza en el actuar por parte de C. es bien clara y más que suficiente para dar por acreditado el elemento subjetivo del sujeto pasivo de la figura contemplada por el art. 954, toda vez que las tres situaciones que la norma prevé son alternativas y no conjuntas (la conjunción "o" no deja lugar a dudas al respecto). No obstante, si por vía de hipótesis se entendiera que de alguna manera, aunque sea mínimamente, C. tuvo alguna conciencia de la operación celebrada, no me cabe duda que del lado de la contraparte hubo un aprovechamiento de su estado de necesidad. El actor es de condición muy humilde, vive de "changas", y tiene una compañera y cinco hijos menores a quienes alimentar, evidente situación de carencia material, que podría explicar - repito, si es que alguna conciencia tuvo de sus actos - que haya "canjeado" una expectativa de recibir una importante suma de dinero que podía cambiar su vida, por una suma menor de dinero y comestibles de supermercado "para asegurarse la manutención de su familia por un tiempo", como dice el propio incidentado."

"La mala fe en el obrar por parte del "cesionario" del acto cuestionado en autos, surge en forma palmaria y manifiesta de todos los elementos colectados. Dije al comienzo que no podía desvincularse al contador N. R. S., Presidente de B. S.A., de su hijo el abogado L. N. D. S. (con quien comparte hasta el mismo lugar físico para sus actividades profesionales), quien, en su carácter de apoderado de otros damnificados del accidente, conocía perfectamente las alternativas de la causa penal y de los juicios civiles, y, como ya he señalado, las buenas perspectivas reparatorias que podían obtenerse. También, dada la vinculación hasta familiar de esos damnificados con C., la vecindad y los datos de los expedientes, es dable presumir que conocía la condición de pobreza de éste y su escasísimo nivel cultural. En tales condiciones, concluir que existió por parte del contador S. un aprovechamiento de tal situación de inferioridad para obtener un beneficio económico es forzoso y evidente."

"No puede pasarse por alto es la estrecha vinculación entre el cesionario de la cesión y el abogado que pasó a continuar el juicio iniciado por C., que da por tierra la defensa del incidentado basada en que, casi contra su voluntad, aceptó la cesión que aquel insistentemente le propusiera con el ánimo de sacarse de encima un juicio que le pesaba. Esta versión cándida e ingenua de las cosas no resiste el menor análisis. Hubo un claro y manifiesto aprovechamiento de la situación de inferioridad de C. con la finalidad de obtener una ventaja patrimonial desproporcionada."

En la cuidad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los Veintiocho días del mes de Marzo de dos mil seis, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. EMILIO ARMANDO IBARLUCIA Y MARIA JULIA ZANGRONIZ DE MARCELLI, no interviniendo el Dr. ROBERTO PEDRO SANCHEZ por hallarse excusado a fs. 238, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el Expte Nº 109.853, en los autos: "C., J. O. C/ B., S.A. S/ INCIDENTE DE NULIDAD" en autos "C., J. c/ C., F. y ot. s/ Daños y perjuicios".//-

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del C.P.C.-

1°.- ¿Es idónea y suficiente la expresión de agravios en relación a la vía incidental elegida?

2°.- En su caso, ¿es justa la sentencia apelada?

3°.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Ibarlucía y Marcelli.-

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, el señor Juez Dr. Ibarlucía dijo:

I.- La sentencia de fs. 215/23, que hace lugar al incidente de nulidad promovido, es apelada por la incidentada, que deduce memorial a fs. 225/29, el que es contestado a fs. 230/32.-

II.- Antecedentes.-

1.- Del juicio principal.-

El Sr. J. O. C., por intermedio de su entonces apoderado Dr. G. A. G., promovió en el mes de marzo de 2001, demanda por los daños y perjuicios que sufriera a raíz del accidente de tránsito ocurrido el día 27/11/00, formándose los autos "C., J. O. c/ C., Félix y ot. s/ Daños y perjuicios". Contestada la demanda por los accionados y la compañía aseguradora, el 19/10/01 se presentó el Dr. L. N. D. S. con un poder general judicial otorgado por C. de fecha 27/09/01, haciendo saber la revocación del poder anterior, y pidiendo la apertura a prueba (fs. 55/59)).-

En plena producción de ésta, el 15/08/02 se presentó el mismo Dr. S. acompañando una copia de una escritura de la cesión por parte del Sr. J. O. C. de derechos y acciones litigiosos derivados del mencionado juicio a la firma Barabán S.A., representada por su Presidente el sr. N. R. S., otorgada el 26/09/01 (fs. 151/55). Acto seguido - el 21/08/02 - C., con el patrocinio del Dr. J. Q. P., hizo saber que, con motivo de comunicarle este letrado al Dr. S. que lo sustituiría en el patrocinio, había recibido como respuesta de éste una carta-documento (de fecha 14/08/02) haciéndole saber que había cedido todos sus derechos por escritura del 26/09/01, circunstancia que ignoraba totalmente, dado que nunca se le había explicado y que no () sabía leer y escribir (fs. 157/61). Luego se presentó el Dr. L. S. acompañando el estatuto social y acta de designación de autoridades de B. S.A. (donde figura como Presidente N. R. S., fs. 164/180).-

Ante la situación planteada, el juez interviniente, haciendo uso de las facultades previstas por el art. 36 inc. 4 del C.Proc., fijó audiencia para que comparecieran las partes y los letrados. En el transcurso de la misma (acta de fs. 242/45), C. narró que había sido presionado por el Dr. S. por medio de amenazas (y hasta utilización espúrea de la policía local) a que firmara "papeles", tanto en la casa del mismo como en unas oficinas en Giles, y otras circunstancias que rodearon los hechos. Preguntado por el juez acerca de si sabía leer y escribir, dijo que sólo sabía dibujar su nombre. Presente en la audiencia los peritos de la Asesoría Pericial Departamental, Dr. Zazzali y Lic. Echaire, accedieron a brindar un informe acerca de la capacidad de C. para comprender lo que significaba una cesión de derechos, previo cuarto intermedio para una entrevista a solas con el mismo. Reanudado el acto, manifestaron que C. tenía un retardo mental leve, oligofrenia leve o debilidad mental, con incapacidad de mínimas abstracciones, y que no tenía capacidad de entender la compleja naturaleza de un acto como el señalado. El sr S. (Presidente de Barabán S.A.) y el Dr. L. S. negaron los hechos narrados por C., brindando otra versión.-

El juez resolvió remitir copias de la totalidad de las actuaciones a la U.F.I. en turno, al Tribunal de Disciplina del

Colegio de Abogados, al Tribunal Notarial y al Juzgado Notarial del Colegio de Escribanos Departamental, y al Ministerio de Seguridad de la Provincia, y finalmente, hallándose controvertida la legitimación activa, dispuso la suspensión del trámite de las actuaciones (fs. 246/47).-

2.- Del incidente.-

Poco antes de la celebración de la audiencia, C., con el patrocinio del Dr. Q. P., había promovido el incidente de nulidad que derivó en la sentencia que ahora es objeto de apelación.-

En el mismo explicó lo siguiente: en septiembre de 2001, sus sobrinos Juan Carlos C. y Pedro Bianchi, quienes eran representados por el Dr. L. S. en el juicio "Bianchi y otros c/ Luppi y otros s/ daños y perjuicios", le dijeron que su abogado quería hablar con él. Así las cosas, se presentó en sus oficinas, y el Dr. S. le dijo que debía dejar al Dr. G., que le correspondían $ 3.000 por el accidente y que "tenía que firmar", a lo que se negó, circunstancia que motivó que el Dr. S. lo intimidara y amenazara con hacerlo "meter preso". Estando luego en su casa, llegó un móvil policial, que lo trasladó a las oficinas del Dr. S. en Carmen de Areco, donde nuevamente fue amenazado, le dijo que le correspondían $ 3.000 y lo obligaron a firmar unos escritos, desconociendo su contenido. A continuación fue llevado por el empleado del Dr. S. a una oficina en San Andrés de Giles, donde una señora le hizo firmar otros papeles.-

Continuó diciendo que los $ 3.000 nunca los había recibido, y que guardó silencio sobre lo ocurrido por miedo, hasta que, luego de la entrevista con la perito psicóloga, quien le sugiriera que buscara asesoramiento, se acercó al estudio del Dr. Q. P., quien remitió la nota al Dr. S. haciéndole saber que lo sustituiría en el patrocinio, recibiendo con gran sorpresa por contestación que existía una cesión de derechos, que hasta el momento no había sido denunciada en el expediente.-

Explicó que no sabía leer ni escribir (como surgía de la pericial psicológica que se le hiciera), pero además alegó que nunca había oído hablar de Barabán S.A., firma cuyo presidente era el padre del Dr. S. - lo que implicaba una violación del art. 1361 inc. 6 del C.C. (por remisión del art. 1435) -, quien a su vez era abogado de la empresa.-

Sostuvo que el Dr. S. había aprovechado la ligereza, inexperiencia y necesidad de su persona, para hacerle firmar un documento en su perjuicio, por un precio vil ($ 3.000 pagaderos en cuotas), por lo que el acto estaba viciado por dolo (art. 931 C.C.), y lesión (art. 954 C.C.), además de haber sido otorgado sin discernimiento, intención y libertad (art. 897 C.C.).-

Pidió, en consecuencia, que se declarara la nulidad del contrato de cesión de derechos, con costas.-

A fs. 55/63 contestó el Sr. N. R. S., en representación de Barabán S.A., con el patrocinio del Dr. N. J. C., planteando en primer lugar la improcedencia de la vía incidental elegida, sosteniendo que debía imprimirse el trámite del juicio ordinario.-

Negó los hechos relatados en el incidente, y en cuanto a la cesión de derechos, dijo que en agosto de 2001 C. le había pedido al Dr. L. S. que continuara el juicio que había iniciado por el accidente del 27/11/00, y que desde un principio había querido desprenderse del juicio a cambio de una suma de dinero, dada la presión que sentía por parte de los familiares, toda vez que él había sido quien condujera el automóvil y su situación jurídica era comprometida.-

Dijo que C. le pidió $ 3.000 para ceder sus derechos, lo que le pareció elevado, dado que el resultado del juicio era incierto y aquél estaba imputado, junto con el chofer del camión, de triple homicidio culposo, corriendo el riesgo de ser condenado. Por otro lado - añadió - el cedente, a un año del accidente, no presentaba secuelas, y no tenía seguridad acerca de la solvencia de la compañía de seguros. Agregó que C. le insistió "hasta el cansancio" que le aceptara su oferta de cesión de los derechos, y que le pidió que le pagara el precio en cuotas - parte en efectivo y parte en mercaderías -, por lo que abrió una cuenta corriente en un supermercado, de donde C. retiraría $ 130 por mes, y el resto se abonó en efectivo. Acompañó fotocopia de documentación acreditante del retiro de tal mercadería y los pagos efectuados, alegando que de ello surgía que en total le había pagado $ 3.517,37.-

Reconoció que el incidentista había sido trasladado por un dependiente del Dr. S. a la Escribanía Segurola en San Andrés de Giles - donde se firmó la cesión -, negando que hubiese sido llevado a la fuerza. Como prueba de ello acompañó un instrumento privado de cesión de derechos de fecha 1/09/01;; o sea, anterior a la escritura, lo mismo que el pago de la primera cuota convenida.-

Explicó que la cesión había operado sus efectos entre las partes pero no respecto del deudor cedido (los demandados en el juicio), a quienes nunca se les había notificado, y que no se había presentado en el pleito, dado el riesgo que implicaba que el juicio se perdiera con costas.-

Finalmente, discutió las condiciones intelectuales de C., y en especial lo desarrollado en la audiencia llevada a cabo el 19/09/02 en el principal, y pidió el rechazo del incidente.-

A fs. 71 el juez, a tenor de lo prescripto por el art. 184 del C.Proc., resolvió posponer la resolución para la oportunidad del art. 185 del mismo código.-

A fs. 93 el incidentista contestó el traslado de la documentación acompañada por la contraria, negando su autenticidad.-

Abierto el incidente a prueba, se produjo la misma.-

III.- La sentencia.-

Trata en primer lugar el juez el planteo respecto de la vía elegida, y dice que no se advierten derechos de terceros que pudieran verse afectados, que las partes en el incidente se hallan vinculadas al proceso principal, dado que de la resolución del mismo depende quién resulta actor en éste (art. 175 C.P.C.C.), y que además el incidentado ha tenido oportunidad de ofrecer y producir prueba, no advirtiéndose cuál sería el tercero afectado en su violación del derecho de defensa.-

En torno al fondo del asunto, analiza los elementos de la lesión subjetiva contemplada en el art. 954 del C.C., llegando a la conclusión de que, en el caso, existe: a) ventaja patrimonial desproporcionada por parte del cesionario; y b) explotación de éste de la desventaja o inferioridad del cedente. Respecto de esto último, sostiene que el dictamen psiquiátrico denota que C., si bien no es demente en sentido jurídico, padece de un retraso mental leve, con déficit en su capacidad de abstracción, vinculado con la falta de lecto-escritura. Finalmente, dice que C. firmó un poder y cedió sus derechos el mismo día, y que, de haber sabido lo que había hecho, no hubiera revocado un poder que resultaba abstracto, ya que quien litigaba lo hacía, en realidad, a nombre de otro.-

Declara, en consecuencia, la nulidad del contrato de cesión de derechos y acciones litigiosas, con costas a la incidentada.-

IV.- Los agravios y su contestación.-

La apelante expresa los siguientes agravios:

- Que la nulidad debió abarcar al boleto de compraventa de derechos litigiosos anterior, cuestión no considerada por el sentenciante.-

- Que no se han probado los requisitos exigidos por el art. 954 del C.Proc.. En primer lugar, porque no se han considerado las circunstancias que rodearon el negocio jurídico, del cual se desprende que no hubo desproporción de prestaciones por una serie de razones que enumera. En especial se queja de que el juez haya considerado como punto de comparación del precio de la operación, el monto pedido en la demanda, dado que se trató de un reclamo antojadizo, como ocurre habitualmente en los juicios de daños y perjuicios como forma de presionar a las compañías aseguradoras. Dice que C. es demandado en otro juicio por el mismo accidente.-

- Que la suma de u$s 3.000 convenida en el contrato de cesión no es "impresentable", atento a ser en ese momento altamente dudosos los derechos de C.-

- Que no se probó el aprovechamiento del estado de necesidad, ligereza o inexperiencia.-

- Que el juez no ha considerado los tres requisitos sustanciales de la lesión subjetiva, sino dos.-

- Que el juez no ha valorado correctamente la prueba, entre ellas, el dictamen de la perito psicóloga.-

- Que la vía incidental no era la adecuada, dado que debió seguirse una acción autónoma para obtener la nulidad de

un acto jurídico, y que de esa forma se violó el derecho de defensa.-

En su contestación, el incidentista defiende la sentencia dictada, argumentando que se ha probado el déficit en la capacidad de abstracción por parte de C., asociado a la carencia de lecto-escritura. Respecto del boleto anterior, dice que, al no saber leer y escribir, no tiene ninguna importancia, y que es obvio que, si hubiese sabido que había cedido sus derechos a otra persona, no hubiera dado un poder al Dr. S. para el juicio. En relación al supuesto carácter dudoso de los derechos litigiosos de C., señala que se olvida el quejoso de que el automóvil conducido por éste fue embestido por atrás por el camión, y que contaba con la presunción de embestido a su favor. Sostiene, en relación a los daños sufridos por C., que tras el peritaje médico le dictaminaron una incapacidad del veinte por ciento. Expresa que es irrisorio el planteo de que B. S.A. aceptó la cesión para "desentenderse" de C., dado que bastaba con negarse a celebrarlo. Por último, en relación a la objeción a la vía incidental, sostiene que la incidentada ha omitido detallar cuál es la prueba que se ha visto privada de producir.-

V.- Medidas para mejor proveer.-

Llegados los autos a esa alzada se requirió como medida para mejor proveer la remisión de los autos principales, y luego la de los autos "Bianchi, Pedro A. y ot. c/ Luppi, Oscar y ot. s/ daños y perjuicios", y la causa penal sustanciada con motivo del accidente de autos.-

VI.- Agravios sobre la vía incidental elegida.-

El agravio en este aspecto no cumple con los requisitos del art. 260 del C.P.C.C.. En efecto, dice el juez que se halla debidamente acreditado que las partes en este incidente se hallan vinculadas al proceso principal, y que no se advierte cuál sería el tercero afectado en su derecho de defensa. Además, expresa que el incidentado no ha expresado cuál sería el perjuicio sufrido en la medida que ha tenido oportunidad de ofrecer y producir prueba, sin observarse algún impedimento fundado en el trámite conferido.-

Nada de esto ha sido objeto de crítica concreta y razonada por parte del apelante. Insiste en la violación del derecho de defensa, sin expresar concretamente en qué habría consistido. Es decir, nada dice acerca de defensas de las que se habría visto privado de oponer ni de pruebas que hubiese podido producir (arg. art. 172 C.Proc.). En cuanto a que la nulidad de un acto jurídico no puede tramitarse por vía incidental, no deja de ser una afirmación dogmática; en especial en el caso de autos, donde es evidente que la dilucidación de la cuestión planteada en este incidente determina nada más ni nada menos que la persona del actor en el juicio principal. No podría, a mi juicio, darse un ejemplo más claro de cuestión vinculada con el objeto principal del juicio, como prevé el art. 175 del C.Proc.. Finalmente, la cuestión de los terceros presuntamente afectados que se alegara al contestar el incidente (sin mencionar cuáles), ha sido descartado por el juez en la sentencia, no siendo objeto concreto de agravios.-

Por consiguiente, considero que debe declararse desierto el recurso en este aspecto (arts. 260 y 261 C.P.C.C.).-

VOTO POR LA NEGATIVA.-

La señora juez Dra. Marcelli por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante emite su voto en el mismo sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el señor Juez Dr. Ibarlucía dijo:

I.- Sobre el no tratamiento del instrumento privado de cesión de derechos.-

Se queja la apelante de que la sentencia nada dice del instrumento privado de cesión de derechos y acciones litigiosas por ella acompañada al contestar el incidente, celebrado con anterioridad a la escritura de cesión cuya nulidad se declara.-

Al respecto, es de señalar en primer lugar que la cesión de derechos litigiosos debe hacerse "bajo pena de nulidad" por escritura pública (art. 1455 C.C.), de manera que ninguna validez tiene el instrumento acompañado. En segundo lugar, aún cuando no pueda considerarse que medió un desconocimiento expreso al contestar el traslado respectivo a fs. 93, el hecho de que después C. haya otorgado un poder al Dr. S. para que continuara el juicio, denota que muy poca conciencia tenía de que hubiera cedido los derechos sobre el mismo.-

II.- Sobre la lesión subjetiva.-

Para que se configure esta causal de nulidad de los actos jurídicos (art. 954 C.C.) deben darse tres requisitos: 1) obtención de una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionado y sin justificación; 2) estado de necesidad, ligereza o inexperiencia del lesionado; 3) explotación de esa inferioridad por el lesionante (Llambías, Cód. Civil. Anotado, T. II-B, p. 107).-

El primero es el elemento objetivo de la figura, y el segundo y el tercero los elementos subjetivos, siendo que estos últimos se presumen en el caso de probarse el primero (art. 954 3er. párr. C.C.).-

1.- Ventaja patrimonial desproporcionada y sin justificación.-

Según surge de la escritura cuya copia obra a fs. 151/54 del juicio principal, el precio de la cesión fue de $ 3.000, a abonarse en quince cuotas (una de ellas ya pagada con anterioridad). El objeto de la cesión fueron los derechos y acciones litigiosos "sin reserva ni limitación alguna" derivados del accidente motivo del expte. "C. c. C. s. Daños y perjuicios". El monto total de esta demanda era de $ 160.112. Como dice el juez de grado, la desproporción de las prestaciones surge en forma evidente con sólo confrontarlas.-

No obstante, analizaré los motivos esgrimidos por el apelante para rebatir ello, basados en que no es de ese mero confronte de donde debe deducirse o no la desproporción de las prestaciones. Dice al respecto que se trataba de derechos litigiosos y por ende dudosos, y al efecto enumera una serie de circunstancias que hacían difícil el éxito de la demanda, y por lo tanto riesgosa la operación asumida por B. S.A., a saber: a) que C. conducía el automóvil en el que murieron cuatro personas y hubo ocho heridos; b) que en ese automóvil viajaban once personas; c) que era modelo 1977; d) que el vetusto automóvil circulaba por la peligrosa ruta 7; e) que las luces eran defectuosas, habiendo ocurrido el accidente a eso de las 23 hs.; f) que C. no había sufrido lesiones corporales; g) que no era propietario del automóvil, y g) que en el momento de la cesión de derechos, C. se encontraba imputado penalmente por los homicidios y lesiones ocurridos.-

Tal como pretende el apelante y en derecho corresponde, el análisis acerca de la desproporción o no de las prestaciones, debe realizarse en el momento en que la cesión se celebró, o sea el 26/09/01 (fs. 151/54 del expte. de daños), y en consecuencia debe examinarse el estado de los expedientes vinculados al tema: la causa n° 51.472 del Juzgado de Garantías N° 2 Departamental caratulada; el principal de este incidente ("C. c/ C. s/ daños y perjuicios"), y los autos "Pedro, Pedro Amador y ot. c/ Luppi, Oscar y ot. s/ daños y perjuicios).-

De la causa penal se desprende que en horas de la noche (1.35 hs.) del 27/11/00, C. conducía un Renault12, viajando en su interior once personas, cinco de ellos mayores y seis niños, cuando fue embestido en la parte trasera por la parte delantera de un camión de transporte de "La Serenísima", conducido por C.. De resultas del choque, fallecieron una señora de 23 años y dos niños menores de dos años, y los demás sufrieron lesiones (entre ellos C.). El primer informe mecánico arrojó la destrucción total de la parte trasera del Renault 12, no encontrándose carcazas y plásticos de los faros traseros (fs. 16), siendo imputado del hecho C. y C. incluido entre las víctimas (fs. 18). Un segundo informe pericial (del 20/12/00) ratificó que no habían encontrado rastros de los faros y que no se podía, por ende, establecer si las luces al momento del accidente funcionaban. (fs. 99). Las fotografías del Renault 12 son elocuentes sobre el embestimiento trasero sufrido por el Renault (fs. 113/14). Con posterioridad (27/06/01), se realizó un informe pericial accidentológico, que volvió a ratificar que no podía determinarse si las luces funcionaban, la velocidad de los vehículos, ni tampoco que una falla preexistente impidiera la marcha del Renault, descartándose que este automóvil se hallara detenido al ocurrir el accidente (fs. 178/80 y 186/87).-

Surge también de la causa que el Dr. L. S. (hijo del Sr. N. R. S., Presidente de Barabán S.A.) el 18/01/01 se presentó en la causa con un poder otorgado por algunas de las víctimas del accidente el 12/12/00, pidiendo ser tenido por particular damnificado (fs. 129/32), lo que así se hizo. El 23/02/01 se le notificó a J. O. C. su carácter de imputado en la causa y el 29/05/00 se le recibió declaración indagatoria.-

De la lectura de los autos "Bianchi, Pedro Amador y ot. c/ Luppi, Oscar y ot. s/ daños y perjuicios" se desprende que fue iniciada el 6/02/01 por el Dr. L. S., en representación de siete damnificados (directos e indirectos) del accidente, contra C. y Luppi (conductor y titular registral del camión respectivamente) (fs. 76/110), y queel 10/08/01 se produjo la prueba pericial mecánico, de donde surge, además del carácter de embistente del camión en la parte trasera del Renault, que no podía determinarse si las luces traseras estaban encendidas o no dado que el impacto había arrancado los soportes y los acrílicos (fs.246/61).-

A su vez, de los autos "C. c/ C. y ot. s/ daños y perjuicios" surge que fue iniciado por el Dr. Germán Augusto Gold

en representación de J. O. C. el 21/03/01, contra C. y Luppi, alegándose la responsabilidad del camión por el carácter de embistente en la parte trasera del Renault, que circulaba por su mano, y la excesiva velocidad del primero. En cuanto a los daños, dijo que C. había sufrido lesiones de carácter grave, consistentes en fractura de homóplato, traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento, conmoción cerebral (embolia) y traumatismo de columna vertebral, que era oficial albañil, que a raíz de las lesiones no podía extender el brazo y por ende trabajar, y que había pasado por cuatro hospitales. Agregó que sus ingresos promedio al tiempo del accidente eran de $ 600, que estimaba que le había quedado una incapacidad física del 30 por ciento con 36 años de vida laboral útil por delante. Sobre la base de estimar los daños por incapacidad física, daño moral, daño psíquico, daño estético y daño emergente, reclamó la suma de $ 160.112 (fs. 6/11).-

En nombre de los accionados contestó la demanda la Dra. Leda Pecorelli, sustentando, principalmente, su defensa en que el Renault se había aparecido imprevistamente delante del camión en la ruta, sin luces traseras, y que pese a aplicar los frenos, no pudo evitar embestirlo. Adujo que el Renault estaba detenido o circulaba a escasa velocidad, que el número de ocupantes superaba la permitida, y que ninguno llevaba cinturón de seguridad. Alegó, en consecuencia, la eximente de culpa de la víctima (art. 1113 C.C.), y pidió la acumulación a los autos "Bianchi c/ Luppi" (fs. 16/24). Posteriormente, La Buenos Aires Cía. de Seguros S.A. se presentó adhiriendo a la contestación de demanda (fs. 29). Ordenada la acumulación de los expedientes (fs. 49), se presentó el Dr. L. S. como apoderado de C. el 19/10/01, acompañando copia de revocación del poder al Dr. Gold, y un poder general judicial a su favor otorgado el 26/09/01, siendo tenido por parte en tal carácter (fs. 55/59).-

Como surge de los antecedentes arriba referidos, la fecha de este poder coincide con la de la cesión de derechos y acciones litigiosas cuestionada, y ambas escrituras fueron otorgadas ante el escribano Estanislao Segurola de San Andrés de Giles (fs. 55/57 y 151/54).-

Al absolver posiciones en el presente incidente de nulidad, reconoció el Sr. N. R. S. (Presidente de B. S.A.) que era el padre del Dr. L. S., y que poseía un estudio contable en el mismo lugar que su hijo (fs. 136 y vta.). Asimismo, el sr. Luis Visitación, dueño del supermercado que aparentemente entregara mercadería a C. como pago de la cuotas de la cesión, declaró que el Dr. S. había sido abogado de él, y que C. llegó a su comercio en el vehículo del mismo (fs. 126vta.). El sr. Crivelli, empleado de la escribanía Segurola, testimonió que cuando C. llegó para la firma de la cesión y del poder, lo hizo en el automóvil del Dr. Duaygües, quien estuvo presente (fs. 129vta.). Este abogado figura en el poder junto al Dr. S. (fs. 55/57 del juicio de daños y perjuicios).-

Pese a que es obvio presumir que el contador S., en su condición de padre del Dr. L. S., estaba informado por éste de las características del accidente y las alternativas de los juicios (penal y civiles) al momento de la firma de la cesión de derechos, he hecho las puntualizaciones aludidas porque queda claro que no es una mera presunción. Está totalmente probado: compartían sus estudios profesionales en el mismo domicilio, la cesión de derechos y el poder general se hicieron conjuntamente en la misma escribanía, y C. llegó a ésta acompañado por el socio del Dr. S.. Además, la persona encargada de "pagarle" las cuotas de la cesión era (o había sido) cliente del Dr. S., quien lo acompañó al local la primera vez.-

Ello implica que el contador S. no sólo estaba informado por su hijo abogado de las alternativas de los juicios, sino asesorado por el mismo, y por ende que no podía ignorar varios aspectos jurídicos que - sin que esto implique prejuzgar sobre la suerte del juicio de daños y perjuicios - obrarían notablemente a favor de C.. En primer lugar, la teoría del riesgo creado elaborada por la jurisprudencia en torno al art. 1113 del C.C., según la cual, en los casos de daños causados con un objeto riesgoso para exonerarse de responsabilidad el demandado (propietario o guardián) debe probar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder; en palabras de la Suprema Corte provincial, la ruptura del nexo causal entre el riesgo creado y el daño (Ac- 35.155, Ac. 35.531, Ac. 35.822, Ac. 39.435, entre otros). O sea, a la inversa de la regla general sobre carga de la prueba (art. 375 C.Proc.), al actor le basta, en principio, con probar el hecho ilícito, el daño sufrido y la relación de causalidad, recayendo sobre el accionado la carga de probar las eximentes de responsabilidad aludida. Esta doctrina es sobradamente conocida, y aplicada pacíficamente por los tribunales de la provincia. En segundo lugar, a favor de C. existía una doble presunción, de aquellas que la doctrina denomina "presunciones hominis": la condición de embistente del camión, y que el choque hubiera sido con la parte frontal de este vehículo contra la parte trasera del Renault (también presunciones muy conocidas y reiteradamente aplicadas).-

Por supuesto que - como tantas veces se ha dicho - estas presunciones no son absolutas, toda vez que la colisión puede producirse por una maniobra brusca o imprevista del embestido, pero siempre corresponde al demandado probar que esa ha sido la causa determinante del accidente. En el caso de autos, en ambos expedientes acumulados

los demandados y la citada en garantía habían alegado que el Renault 12 circulaba de noche sin las luces traseras encendidas, y que, además, o estaba detenido o iba a muy baja velocidad. De los informes periciales mecánicos que he referido (anteriores a la cesión de derechos) se desprende que, debido a los destrozos sufridos por el Renault, era imposible determinar lo primero, circunstancia, por lo demás, fácilmente verificable con sólo ver las fotografías del vehículo. En cuanto a lo segundo, los peritos dijeron también que no era posible determinar la velocidad de los vehículos al momento del impacto, descartándose que el Renault se hubiese detenido (fs. 187).-

En definitiva, todos los elementos reunidos hasta el momento - bien conocidos por el Dr. S., quien es lógico presumir que se los transmitió a su padre -, dan por tierra la defensa del incidentado, sustentada en la difícil y comprometida situación de C. en el accidente. La circunstancia de que fueran varias personas en el automóvil o que no llevaran puestos cinturones de seguridad (si es que ello era así; no me pronuncio al respecto), no cambiaba demasiado el juego de las presunciones señalado, aunque pudieran disminuir la cuota de responsabilidad de los accionados.-

Obviamente, el hecho de que C. no fuera el propietario del automóvil embestido en nada influía respecto de los rubros indemnizatorios que había reclamado. Tampoco, a poco que se revisaran los elementos colectados en la causa penal, la circunstancia de que, junto con el conductor del camión, hubiese pasado en la causa penal a la condición de imputado y se le hubiese recibido declaración indagatoria. Cualquiera sabe que es habitual que en las causas por lesiones u homicidio culposo producto de la colisión de dos vehículos, lo habitual es que los conductores de ambos revistan el carácter de imputados, sin que ello implique que vayan los dos a ser procesados. En el caso, el sobreseimiento de C. era perfectamente previsible, y así se dispuso, a pedido del Fiscal (quien pidió la elevación a juicio respecto de C.), por resolución del 22/10/01 (fs. 32/35 y 39 de la causa n° 1220 del Tribunal en lo Criminal N° 1 Departamental).-

Finalmente, las constancias de la causa penal lejos estaban de denotar que C. no hubiese sufrido "ni un rasguño", como expresa el apelante en su expresión de agravios. Por de pronto había sido internado en el hospital local donde el médico policial había constatado lesiones de carácter grave (fs. 13vta. y 28), y al momento del accidente tenía 29 años, de manera que, en el caso de que le hubiese quedado una incapacidad física, la indemnización podía ser importante.-

Por supuesto que, como todos sabemos, cuando existe beneficio de litigar sin gastos, las demandas "se inflan" y muchas veces se piden montos indemnizatorios mucho mayores que los que los jueces finalmente fijan, o que las sumas a las que se arriba en acuerdos conciliatorios. Buen ejemplo de ello es la demanda firmada por el Dr. L. S. en el juicio "Bianchi, Pedro A. y ot. c/ Luppi, Oscar y ot. s/ daños y perjuicios", donde el monto más bajo reclamado fue de $ 212.000, y el más alto de $ 1.253.000. A fs. 649/56 obran en dichos autos acuerdos transaccionales presentados el 16/12/04 - firmados por el Dr. S. en representación de los actores -, por montos que oscilan entre $ 68.000 y $ 637.770.-

Es de señalar que si bien estos acuerdos transaccionales son del año 2004, el Dr. S. reconoció en la audiencia de fs. 242/45 de los autos principales que antes de que - por intermedio del Dr. Q. Palladino - C. le revocara el poder, ya estaba en conversaciones con la compañía de seguros para arreglar el pleito, y que el conflicto se generó - según sus dichos - por la negativa de aquel a arribar a un acuerdo. Tal revocación ocurrió el 14/08/02 (ver fs. 158/60 de los autos principales), y la cesión de derechos se había firmado el 26/09/01. De manera que es dable presumir que ya al hacerse esta operación, el Dr. S. tenía en mira o estaba en tratativas conciliatorias con la compañía aseguradora.-

Por consiguiente, aún cuando la demanda de C. no fuera previsible que pudiera prosperar por el monto pedido en su momento por el Dr. Gold, la distancia entre los $ 3.000 de precio de la cesión y el monto total indemnizatorio que razonablemente podía obtenerse (ya sea por acuerdo o sentencia), era sideral en el momento de celebrarse la cesión.-

La notable desproporción de las prestaciones es evidente y manifiesta, y más aún si se tiene en cuenta la forma de pago - 15 cuotas sin interés -, que ni siquiera, según el mismo incidentado, se habrían abonado en efectivo, sino parcialmente con productos de supermercado. Destaco, por lo demás, que no se ha probado que el pago total se haya realizado. C. lo negó en el escrito inicial de este incidente, y el incidentado acompañó recibos en fotocopias simples (fs. 62). Al corrérsele el traslado pertinente, el incidentista insistió en la falta de pago, y negó la autenticidad y validez de la documentación acompañada (fs. 93). Correspondía al incidentado probar la autenticidad de los pagos mediante recibos originales y pericial caligráfica (art. 375 C.P.C.C.), cosa que no hizo. C. sólo

reconoció en la audiencia de posiciones haber recibido alguna mercadería pero no dinero en efectivo (fs. 140vta.). La declaración testimonial del comerciante que supuestamente habría entregado la mercadería no agrega más que confusión dado que dijo no recordar si C. firmaba algún documento por ello (fs. 126/27), por lo que quita entidad probatoria al informe de fs. 153, cuyo firmante no se sabe quién es (art. 384 C.P.C.C.).-

Resta señalar que la desproporción de las prestaciones subsistía al momento de promoverse el incidente (art. 954 4to. párr. C.C.). En efecto, éste se presentó el 6/09/02 (fs. 20vta.), y para entonces ya obraba en el juicio de daños y perjuicios, la historia clínica del hospital de San Andrés de Giles que daba cuenta de las lesiones sufridas por C. (fs. 94/95), el informe del perito ingeniero, diciendo que no podía afirmarse que las luces traseras del Renault no hubieran estado encendidas, y que ambos vehículos circulaban con una diferencia de velocidades de aproximadamente 50 km./h. (fs. 97/112). Se había producido en ese momento el informe médico pericial (del 27/05/02), dando cuenta de que C. había sufrido traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento y trauma dorsal izquierdo con fractura del hueso homóplato, que había tenido un yeso durante dos meses, que en la región occipital había un hundimiento de forma ovalada, y que sólo podía elevar el brazo hasta 90 grados, hacia atrás 20 grados y hacia delante 35 grados, todo lo cual, a juicio del perito, arrojaba una incapacidad parcial y permanente del 21 por ciento (fs. 131/32). Finalmente, también obraba en el expediente, el informe pericial psicológico presentado el 2/07/02 (fs. 138/47). En definitiva, la prueba producida luego de la cesión y antes de la iniciación del incidente de nulidad, lejos de indicar que hubiera menguado la desproporción de las prestaciones, indica que aumentó (siempre comparando el precio "convenido" y la expectativa razonable de resultado del juicio).-

2.- Estado de necesidad, ligereza e inexperiencia.-

Como anticipara, la notable desproporción de las prestaciones hace presumir la explotación por parte del beneficiado del estado de necesidad, ligereza o inexperiencia del perjudicado. Vale destacar que para algunos autores la presunción se extiende al elemento subjetivo del lesionante (la explotación o aprovechamiento), pero la mayoría entiende que incluye también al elemento subjetivo del lesionado. Como se dice en el Código Comentado de Belluscio-Zannoni, no guarda lógica pensar que alguien puede aprovecharse de otro que no se encuentre en una situación de inferioridad. "...El aprovechamiento o explotación no son sino especificativos de aquello que se aprovecha. Y lo que se aprovecha no es sino la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de la víctima del acto lesivo..." (Cód. Civ . Anot., T. IV, p. 375, con cita del voto del Dr. Cifuentes en fallo de la C.N.Civ., Sala C, 8/10/81, L.L. 6/08/82, y del Dr.Alterini en Sala C, 22/06/82).-

La presunción opera como inversión de la carga de la prueba: el demandado es el que debe probar que no se dieron los elementos subjetivos del instituto (Llambías, Cód. Civ. Anot., T. II-B, p. 110; S.C.B.A., 7/03/95, E.D. del 29/08/95, voto del Dr. Mercader). En el caso de autos, tal prueba no se ha producido.-

Los testigos que declararon ofrecidos por la incidentada, nada aportaron de lo cual pudiera deducirse que C. no estuviera, al celebrarse el acto, en estado de necesidad, ligereza o inexperiencia. El testimonio de Diego Fernández (fs. 118) nada aporta, además de estar claramente comprendido en las generales de la ley por ser empleado del Dr. S., e involucrado por C. en los hechos denunciados. Del testimonio de Miriam Crivelli, empleada de la escribanía Segurola, naturalmente no podía esperarse que dijera que había advertido algún grado de incapacidad en C., presión sobre el mismo por parte de terceros, o que el escribano no hubiese estado presente en el acto (fs. 128/29). La declaración de Luis Visitación (cliente o ex cliente del Dr.S.), sólo da cuenta del presunto acuerdo para que le entregaran comestibles a C. en su supermercado, pero expresa que nunca lo atendió personalmente al punto de no reconocerlo si lo viera (fs. 126/27).-

La pericial psicológica (ofrecida por ambas partes), lejos de destruir la presunción contemplada por el art. 954 3er. párr. del C.C., la reafirma plenamente. Del mismo surge (peritaje presentado el 19/06/04, fs. 166/80) que C. vive de hacer changas y amansar caballos, que trabaja en una panadería barriendo a cambio del pan y facturas del día, que no recuerda la fecha de su nacimiento ni las de sus hijos, que no las aprendió, que fue al "hogar" hasta los 9 años y que luego fue a trabajar, criándose en un rancho de barro, junto con nueve hermanos, que nunca fue a la escuela, que "no conoce la plata", y que distingue los billetes por los colores (llamándolos "cotorras", "chimangos", "colorados", "azules"), no sabiendo su valor.-

La psicóloga informa distintos hechos observados durante la entrevista. Por ejemplo que al ofrecerle café, le preguntó cuántas cucharadas quería que le pusiera, y le contestó "póngale usted", dejándolo a su criterio, diciendo luego que estaba bien antes de probarlo. Informó también que le hizo hacer distintos tests, debiendo leerle los cuestionarios y, a raíz del vocabulario utilizado, debió traducirle las expresiones a un lenguaje más coloquial.

Describiendo la personalidad, dice la experta que C. puede hacer trabajos manuales o tareas concretas sin dificultad, pero que su actividad intelectual es muy pobre, presentando un déficit en la capacidad de abstracción, y que si bien puede prever ciertas situaciones (el crecimiento de un caballo, por ejemplo), no puede contestar el formulario de un test según la consigna, sino haciendo referencia a situaciones cotidianas. Agrega que el déficit en la capacidad de abstracción está relacionado con la falta de lecto-escritura, lo que le produce un sentimiento de inferioridad, con personalidad de tipo inhibida, con tendencia al aislamiento y a la vez con fuerte dependencia del prójimo (en especial su compañera) hasta para la toma de decisiones cotidianas. Expresa que lo único que dice saber C. es lo que su padre le enseñó - las cuestiones de campo, como amansar caballos y llamar al dinero como se ha señalado -, y que está colocado en una posición que le impide saber otras cosas. Finalmente, en relación a la veracidad de los dichos de C. dice la perito que guardan coherencia interna.-

Al pedido de explicaciones formulado por la incidentada, la perito responde, en lo que aquí interesa: a) que en la medida que C. es capaz de comprender, no es incapaz en el sentido del art. 141 del C.P.C.C., pero que ello es no sin dificultades, toda vez que presenta una actividad intelectual muy pobre, con déficit en la capacidad de abstracción, debido a una pronunciada escasez cultural que lo acompaña desde siempre; b) que no presenta retardo o debilidad mental, y que los elementos clínicos que podrían ser tomados como retardo los atribuye a la enorme insuficiencia cultural y a una modalidad de mecanismos psíquicos gestados a una edad muy temprana (fs. 196).-

El dictamen pericial corrobora con más detalle lo que los peritos oficiales (psiquiatra y psicóloga) informaran al juez luego de entrevistar a C. en la audiencia de fs. 242/45 (al que hiciera referencia al relatar los antecedentes), y responde las críticas que a esto último se hicieran en la contestación del incidente, acompañándose un informe pedido a un reconocido profesional, que, como dice el juez, más allá de ser un interesante elemento de lectura, nada aclara ni agrega respecto de los hechos que motivan la controversia planteada.-

Asimismo también es corroborado por el informe psiquiático efectuado por los peritos oficiales a pedido de la Asesora de Incapaces al inicio del incidente, y del que se corriera traslado a las partes sin recibirse observaciones (fs. 67, 82/83, 85vta.). Se dice en el mismo que C. padece un "retardo mental leve", denotado por insuficiencia del desarrollo global de las funciones psíquicas caracterizada por una capacidad intelectual por debajo del promedio y déficit significativo en la capacidad adaptativa.-

Se desprende con claridad, entonces, del informe pericial que al suscribir la escritura de cesión de derechos, C. obró con ligereza o inexperiencia. ¿Qué otra cosa puede pensarse de una persona con escasísimo nivel cultural, analfabeta, que sólo se maneja con las cosas cotidianas, con nula capacidad de abstracción, y que conoce los billetes sólo por su color?

La situación subjetiva del lesionado que contempla el art. 954 del C.C., obviamente es en relación al acto celebrado, cuya validez se analiza. Es evidente que un individuo con tales características psíquicas y culturales no podía comprender de qué se trataba el documento que estaba firmando: una cesión de derechos y acciones litigiosas, cuestión de difícil comprensión para alguien que no tiene capacidad de abstracción. La inexperiencia - dice Llambías (Cód.Anotado, T. II-B, p. 107) - es "la falta de conocimiento que se adquiere con el uso y la práctica". Alejandro Borda dice que no se trata de una inexperiencia general (aunque si existe será suficiente) sino que basta que debido a su escasa cultura o corta edad, no se tenga experiencia para celebrar el acto en concreto, lo cual le impide aquilatar las ventajas y riesgos que asume. "La inexperiencia - dice - se vincula con la desinformación, con la no profesionalidad, con el encuentro entre profesionales y aficionados... La inexperiencia hace referencia a una situación de desigualdad entre las partes, situación que es aprovechada por el más fuerte, capaz, inteligente o conocedor en detrimento del débil o inexperimentado" ("La lesión. A treinta años del la ley 17.711 y de cara a las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", E.D. 179-1067).-

La noción de ligereza es más difícil de conceptualizar. No cabe duda que quedan comprendidos en ella todos aquellos casos de personas que no llegan a ser dementes, pero que están en una situación fronteriza, captados por el art. 152 bis del C.C. (Llambías, ob. cit, T. II-B, p. 107;; Borda, "La reforma del Código Civil. Lesión", E.D. 29-727). Sin embargo, coincido con Alejandro Borda (ob. cit.), en que tal noción confundiría la ligereza del art. 954 con la inhabilitación del art. 152 bis, y no parece que el legislador haya tenido la intención de identificar un mismo concepto con dos palabras diferentes. "De seguirse tal línea doctrinaria - dice el autor citado - resultaría muy estrecho el campo de aplicación de la ligereza. Pienso, por mi parte, que por ligereza debe entenderse un obrar irreflexivo, un comportamiento carente de razonabilidad, un obrar con precipitación sin conciencia de las consecuencias del acto realizado, siempre y cuando no se trate de una actitud netamente negligente".-

Comparto plenamente tal interpretación. Aún cuando C. no fuera encuadrable en el supuesto de disminución de facultades mentales previsto en el art. 152 bis del C.Civil (cosa que no puede aseverarse a tenor de lo que surge de los informes periciales), no cabe ninguna duda que por sus graves deficiencias educativas (al punto de no saber leer ni escribir) y características psicológicas, puede obrar en forma irreflexiva, con precipitación, sin conciencia alguna de sus actos, sobre todo si es objeto de un actuar inescrupuloso por quien pretenda sacar provecho de ello. El informe de la perito psicóloga es bien claro al respecto.-

Coadyuva a tal conclusión que sólo sin ninguna conciencia de lo que se está haciendo, puede alguien firmar al unísono dos documentos contradictorios. Por un lado una cesión de derechos y acciones litigiosas "sin reserva ni limitación alguna" (sic), y por el otro un poder general judicial para actuar en el juicio cuyos derechos se ceden. Demás está dar por sentado esto último. A poco de otorgado el poder, invocando el mismo se presentó el Dr. S. en los autos principales (fs. 55/59), y no se conoce (ni se ha denunciado) que el poder se haya extendido para otra cosa.-

La inexperiencia y la ligereza en el actuar por parte de C. es bien clara y más que suficiente para dar por acreditado el elemento subjetivo del sujeto pasivo de la figura contemplada por el art. 954, toda vez que las tres situaciones que la norma prevé son alternativas y no conjuntas (la conjunción "o" no deja lugar a dudas al respecto). No obstante, si por vía de hipótesis se entendiera que de alguna manera, aunque sea mínimamente, C. tuvo alguna conciencia de la operación celebrada, no me cabe duda que del lado de la contraparte hubo un aprovechamiento de su estado de necesidad. El actor es de condición muy humilde, vive de "changas", y tiene una compañera y cinco hijos menores a quienes alimentar (ver inf. psicológico, fs. 174), evidente situación de carencia material, que podría explicar - repito, si es que alguna conciencia tuvo de sus actos - que haya "canjeado" una expectativa de recibir una importante suma de dinero que podía cambiar su vida, por una suma menor de dinero y comestibles de supermercado "para asegurarse la manutención de su familia por un tiempo", como dice el propio incidentado (fs. 57)

3.- Explotación o aprovechamiento de la situación de inferioridad.-

Este elemento subjetivo en el sujeto activo (el lesionante) de la figura del art. 954 implica, para la mayoría de los autores, mala fe en su obrar, o, en todo caso, violación del deber de obrar de buena fe que debe reinar en todo acto jurídico (Llambías, Cód. Anot., T. II-B, p. 110). Bien aclara Alejandro Borda que no requiere la verdadera intención de explotar o de aprovecharse sino que basta el mero conocimiento de la situación que permita "capitalizarla" en su beneficio, dado que no debe confundirse la lesión con el dolo (ob. cit.).-

Dije al principio que la notable desproporción de las prestaciones hacía presumir la explotación de la situación de inferioridad del lesionado y que la prueba en contrario recaía en el demandado (3er. párr. del art. 954), y, al igual que con los elementos subjetivos del sujeto pasivo (ya analizados), tal prueba no se ha producido en autos.-

Antes bien, la mala fe en el obrar por parte del "cesionario" del acto cuestionado en autos, surge en forma palmaria y manifiesta de todos los elementos colectados. Dije al comienzo que no podía desvincularse al contador N. R. S., Presidente de B. S.A., de su hijo el abogado L. N. D. S. (con quien comparte hasta el mismo lugar físico para sus actividades profesionales), quien, en su carácter de apoderado de otros damnificados del accidente, conocía perfectamente las alternativas de la causa penal y de los juicios civiles, y, como ya he señalado, las buenas perspectivas reparatorias que podían obtenerse. También, dada la vinculación hasta familiar de esos damnificados con C., la vecindad y los datos de los expedientes, es dable presumir que conocía la condición de pobreza de éste y su escasísimo nivel cultural. En tales condiciones, concluir que existió por parte del contador S. un aprovechamiento de tal situación de inferioridad para obtener un beneficio económico es forzoso y evidente.-

No es del caso analizar aquí cuál es la verdadera operación que se esconde detrás de la cesión de derechos a favor de Barabán S.A. (v.g. si encubre o no una cesión a favor del Dr. L. S.), porque, en todo caso, será objeto de la investigación penal que el juez de primera instancia promoviera por medio de la resolución de fs. 246/47 de los autos principales. Tampoco es motivo de este pronunciamiento si tal escritura de cesión fue una forma de evadir la prohibición expresa del art. 1442 del C.C. en cuanto a la veda de cesión a los abogados de las acciones de los procesos en que intervinieren o hubieren intervenido, o del art. 1361 inc. 6 (por remisión del art. 1441), respecto de la prohibición de compra por parte de los abogados de los bienes que estuvieren en litigio ante el tribunal ante el cual ejercieren o hubieren ejercido su profesión. Pero lo que no puede pasarse por alto es la estrecha vinculación entre el cesionario de la cesión y el abogado que pasó a continuar el juicio iniciado por C., que da por tierra la defensa del incidentado basada en que, casi contra su voluntad, aceptó la cesión que aquel insistentemente le

propusiera con el ánimo de sacarse de encima un juicio que le pesaba. Esta versión cándida e ingenua de las cosas no resiste el menor análisis. Hubo un claro y manifiesto aprovechamiento de la situación de inferioridad de C. con la finalidad de obtener una ventaja patrimonial desproporcionada.-
Párrafo aparte merece la insólita situación de la simultánea cesión de derechos y acciones con el otorgamiento de un poder general a un abogado que lo presenta para actuar en el juicio cedido. Además de ser indicativo - como ya dije - de la falta de conciencia por parte de C. de lo que firmara, es una clara demostración de la mala fe del actuar del cesionario. Como confesó en la contestación del incidente, se pretendió de esa manera sortear los efectos de una eventual condena en costas (fs. 58), lo que ya de por sí es un obrar de mala fe respecto de la parte contraria (en violación a la conducta que impone el art. 34 inc. 5), ap. d) del C.P.C.C.). Pero a mi juicio es evidente que se actuó de esa manera con una doble finalidad: por un lado, no pagar la tasa de justicia, aprovechando el beneficio de litigar sin gastos de C., y por el otro, disminuir el impacto que en el ánimo del juzgador a la hora de fijar los montos indemnizatorios pudiera tener visualizar el precio de $ 3.000 de los derechos cedidos. Es decir, falta de buena fe procesal tanto respecto de la parte contraria como frente al órgano jurisdiccional, conducta que no puede recibir más que una enérgica reprobación, y que completa el cuadro del elemento subjetivo desde el lado del sujeto activo del instituto del art. 954 del C.C. que vengo analizando.-

Por todo lo expuesto, la sentencia apelada debe ser confirmada.-

II.- Medidas ordenatorias. Levantamiento de la suspensión.-

Como complemento de la sentencia apelada, haciendo uso de las facultades que otorga al tribunal el art. 36 del C.P.C.C., a fin de que no se cause más perjuicios al actor, propongo que como medida ordenatoria, se deje sin efecto la suspensión del procedimiento dispuesta a fs. 246/47 de los autos principales, debiéndose continuar el juicio con el sr. J. O. C. como legitimado activo, devolviéndose, en consecuencia dichos autos, junto con copia certificada de esta sentencia.-

Asimismo, surgiendo con claridad de los informes de fs. 82/83 y de fs. 166/80 que, dadas las condiciones intelectuales y psíquicas de C. que no estaría en condiciones de administrar el dinero que eventualmente pudiera recibir en caso de obtener una sentencia favorable en el juicio principal, con el consiguiente perjuicio a su persona y patrimonio, sugiero que se remitan fotocopias certificadas de los informe de fs. 82/83 y 166/80 y de la presente sentencia a la Asesoría de Incapaces Departamental en turno para que se promueva un Incidente de Inhabilitación, a fin de que se le designe un curador (art. 152 bis, inc. 2 y últ. párr. del C.C.).-

III.- Costas:

Si mi tesitura es compartida, las costas de ambas instancias deben ser a cargo del incidentado vencido (art. 69 C.P.C.C.).-

IV.- Comunicación:

Teniendo en cuenta lo resuelto por el juez de grado en la resolución de fs. 246/47 de los autos principales, propongo que se remita copia certificada de la presente sentencia a la Unidad Fiscal de Investigación, Juzgado o Tribunal en que tramite la causa que se formara con motivo de la denuncia cuya copia obra a fs. 252, a los efectos que correspondan.-

Por lo expuesto, con las medidas ordenatorias propuestas, VOTO POR LA AFIRMATIVA.-

La señora juez Dra. Marcelli por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante emite su voto en el mismo sentido.-

A LA TERCERA CUESTION PLANTEADA, el señor Juez Dr. Ibarlucía dijo:

De acuerdo a la forma en que ha quedado votada la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1°) Confirmar la sentencia apelada, con costas en ambas instancias al incidentado vencido (art. 69 C.P.C.C.).-

2°) Levantar la suspensión del procedimiento dispuesta a fs. 246/47 de los autos "C., J. O. c/ C., Félix y ot. s/ daños y perjuicios", quedando establecido que el legitimado activo para continuar el juicio es el Sr. J. O. C., debiéndose

devolver dichos autos junto con copia certificada de la presente sentencia (art. 36 C.P.C.C.).-

3°) Remitir copias certificadas de los informes de fs. 82/83 y 166/80 y de la presente sentencia a la Asesoría de Incapaces Departamental a fin de que se promueva Incidente de Inhabilitación con el fin de que se designe curador al actor para el caso de que eventualmente obtenga sentencia favorable en los autos principales (art. 152 bis inc. 2° y últ. párr. C.C.).-

4°) Remitir copia certificada de la presente sentencia a la Unidad Fiscal de Investigación, Juzgado o Tribunal en donde tramite la causa iniciada con motivo de la denuncia cuya copia obra a fs. 252 de los autos principales, a cuyo fin certifique la Actuario sobre la radicación de la causa.-

ASI LO VOTO.-

La señora juez Dra. Marcelli por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante emite su voto en el mismo sentido.-

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser confirmada.-

POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, SE RESUELVE:

1°) CONFIRMAR la sentencia apelada, con costas en ambas instancias al incidentado vencido (art. 69 C.P.C.C.).-

2°) LEVANTAR la suspensión del procedimiento dispuesta a fs. 246/47 de los autos "C., J. O. c/ C., Félix y ot. s/ daños y perjuicios", quedando establecido que el legitimado activo para continuar el juicio es el Sr. J. O. C., debiéndose devolver dichos autos junto con copia certificada de la presente sentencia (art. 36 C.P.C.C.).-

3°) REMITIR copias certificadas de los informes de fs. 82/83 y 166/80 y de la presente sentencia a la Asesoría de Incapaces Departamental a fin de que se promueva Incidente de Inhabilitación con el fin de que se designe curador al actor para el caso de que eventualmente obtenga sentencia favorable en los autos principales (art. 152 bis inc. 2° y últ. párr. C.C.).-

4°) REMITIR copia certificada de la presente sentencia a la Unidad Fiscal de Investigación, Juzgado o Tribunal en donde tramite la causa iniciada con motivo de la denuncia cuya copia obra a fs. 252 de los autos principales, a cuyo fin certifique la Actuario sobre la radicación de la causa. NOT. y DEV. junto con todos los expedientes solicitados "ad effectum videndi".-

Fdo.: María Julia Zangroniz de Marcelli - Emilio A. Ibarlucía.//-
Ante mi, Dr. Ramiro J. Tabossi.-

Vicio del consentimiento – DOLO - Anulación de la promesa de compraventa – (C. Nac. Civ., sala F, 21/04/1989, - Benito, Oscar V. Jenik De Zuik, Ana S/ Escrituración. Compraventa Inmobiliaria).

- Sumario -

"Para que el dolo determine la anulación de un acto jurídico, debe ser grave, es decir apto para engañar a una persona que pone el cuidado corriente en el manejo de sus asuntos. Si la maniobra es tan grosera, que una mínima precaución la habría desbaratado, el dolo no es grave. Lo es en cambio, si el engaño tiene suficiente entidad como para hacer caer en él a una persona medianamente precavida. No cabe invocar por la vendedora que fue víctima potencial del dolo del comprador al suscribir el documento en que se acordó la enajenación de un bien, fundándose en que aquélla tenía defectos de visión lo que la convertían en una ciega para la lectura y la escritura sin sus anteojos, si quedó acreditado que a pesar de su avanzada edad -74 años- administrada personalmente su patrimonio con suficiente soltura como para celebrar contratos y si al suscribir el mentado instrumento tuvo los lentes en su poder en el momento de concretarse la operación. Si no los usó, su proceder fue negligente. Aún cuando hipotéticamente pueda afirmarse que el comprador actuó con dolo, por no cumplirse con el requisito de la gravedad exigido por el art. 932, inc. 1 (*); del Código Civil no puede concluirse en la nulidad del boleto. **Si la vendedora no leyó el documento que firmó, deberá culparse a sí misma por las consecuencias de su imprudencia o ligereza**. Además, el hecho que no exigiera un ejemplar del instrumento suscripto y hubiera aceptado que su contratante se quedará con las dos copias, demuestra su negligencia.

* Art. 932.– Para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes:

1 Que haya sido **grave**;

2 Que haya sido la causa **determinante de la acción;**

3 Que haya ocasionado un **daño importante**;

4 Que **no haya habido dolo por ambas partes**.

ACTOS Y HECHOS JURIDICOS -Vicios de la voluntad: dolo. COMPRAVENTA. Anulación del acto. Cita: ED, 183-381 Tribunal: CNCiv. , sala G Fecha: mayo 28-1999 Tema: nulidad de acto jurídico. Núm. Interno: 49.398

--------- Sumario--------

1. - **Para que el dolo se configure como vicio de la voluntad** y, por lo tanto se constituya en causa de anulabilidad del acto jurídico se requieren tres condiciones dinámicas que menciona el art. 932 del cód. civil, por lo que la acción u omisión dolosa -conforme la comprensión del art. 931- del mismo cuerpo legal: **a) debe haber sido grave** , es decir, que la víctima no haya podido evitar ser inducida a error, a pesar de haber obrado con la diligencia y prudencia que es necesario exigir en toda contratación; b) **debe ser también la causa determinante del acto** , esto es, que sin él el acto no se habría realizado o se lo hubiera hecho en condiciones distintas; **c) que haya ocasionado un daño** importante; d) la cuantía es una razón estática que excluye el efecto invalidatorio cuando ha existido dolo recíproco.

2. **- Determinar la reunión de las condiciones que menciona el art. 932 del cód. civil es una cuestión de hecho librada a la apreciación judicial,** respecto de la cual, para demostrarla son válidos todos los medios de prueba, incluso el de presunciones. Ello es así ya que, por lo común, la demostración de la existencia del dolo resulta muy difícil de producir, pues por lo mismo que se trata de un hecho ilícito y de maniobras engañosas, destinadas a inducir a error a la otra parte, ellas se desenvuelven dentro del mayor sigilo; de ahí que asuma especial importancia la prueba de presunciones.

3. - **Las condiciones personales de quien se dice víctima del dolo son a menudo relevantes para apreciar su gravedad** -imposibilidad de evitar el error-, porque permiten apreciar si el artificio o engaño ha podido tener lugar y, en su caso, si ha determinado el acto jurídico o influir en él de cualquier manera.

4. - **La gravedad del dolo, y por lo tanto, las demás condiciones, debe juzgarse con arreglo a la condición intelectual y cultural del sujeto que padece el engaño** , por lo que no pueden predicarse reglas generales, que se resisten a adaptarse a las múltiples particularidades que ofrece cada caso. **No existen moldes rígidos y perfectamente delimitados para apreciar todos los matices que pueden incidir en el discernimiento** , desde la máxima afectación que se encuentra en las razones que enuncia el art. 921 del cód. civil, hasta la circunstancial eliminación que es consecuencia de las maniobras engañosas realizadas en cada caso.

5. - **La verdadera esencia del discernimiento consiste en la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias, de manera que quede esclarecido el sentido de la intención, en la medida que en su aplicación al acto, este sea conocido y se tenga conciencia de sus consecuencias en el momento de su realización.**

6. - **Corresponde anular la compraventa efectuada por la vendedora a su nieta, cuando diversos elementos de juicio permiten afirmar que aquella conoció con posterioridad el alcance del acto que suscribiera mediante escritura pública (en el caso de autos, se trataba de una mujer de 88 años con dificultades auditivas - prácticamente sordera total y con problemas de visión- que un año antes del acto redactó una escritura pública por la que donaba por partes iguales a cada una de sus cuatro hijas la mitad indivisa del mismo inmueble que aparece vendiendo a su nieta, quien carecía de capacidad económica para adquirir el bien pagando el precio, y los testigos declaran sobre expresiones de la actora en el sentido de haber sido "estafada"**). M.M.F.L.

---------- Fallo----------

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 28 días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: Robledo de Gahona, María Ester c. Aiello, Laura María s/nulidad de acto jurídico, respecto de la sentencia de fs. 677/683, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es justa la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara doctores Leopoldo Montes de Oca-Roberto Ernesto Greco-Carlos Alfredo Bellucci.

A la cuestión planteada el señor **juez de Cámara doctor Montes de Oca dijo** :

I. María Ester Robledo de Gahona promovió la nulidad del negocio jurídico de que da cuenta la escritura de venta que suscribiera el 5 de octubre de 1990 en la que aparece como compradora su nieta Laura María Aiello, hoy demandada . Se invocó el vicio de la intención como consecuencia del error a que fuera inducida por la actividad dolosa de la accionada juntamente con sus progenitores, quienes le hicieron firmar un papel, quizás la escritura pública de fs. 581/582, **cuando, en realidad, su verdadera intención era donar a sus cuatro hijas, incluída Dora Adelma Gahona, madre de la demandada, la parte que le correspondía en el inmueble de la calle Darwin** ..., de esta ciudad. Tras apreciar los elementos de juicio incorporados al proceso, **la sentencia de la anterior instancia rechazó la demanda, con costas a la parte actora, decisión que provocó el reproche de fs. 700/710** , cuyo respectivo traslado no fuera respondido en esta alzada.

II. La sentencia recurrida menciona con razón que en la etapa de **postulación la Sra. de Gahona puso énfasis en**

su avanzada edad al momento del otorgamiento de la escritura pública -88 años-, en su deterioro físico y anímico, así como también las diversas cuestiones que enfrentaban al grupo familiar, especialmente en torno a su asistencia, la disposición del mencionado bien y otros aspectos secundarios. Es sabido que para que el dolo se configure como vicio de la voluntad y, por lo tanto, se constituya en causa de anulabilidad del acto jurídico se requieren las tres condiciones dinámicas que menciona el art. 932 del cód. civil, por lo que la acción u omisión dolosa -conforme la comprensión del art. 931- a) debe haber sido grave, es decir, que la víctima no haya podido evitar ser inducida a error, a pesar de haber obrado con la diligencia y prudencia que es necesario exigir en toda contratación; b) debe ser también la causa determinante del acto, esto es, que sin él el acto no se habría realizado o se lo hubiera hecho en condiciones distintas; c) que haya ocasionado un daño importante; d) la cuantía es una razón estática, que excluye el efecto invalidatorio cuando ha existido dolo recíproco. En esta típica cuestión de hecho la uniformidad de la doctrina y jurisprudencia, admite que es una cuestión librada a la apreciación judicial, respecto de la cual, para demostrarla son válidos todos los medios de prueba, incluso el de presunciones.

En verdad, no podría ser de otra manera, debido a que por lo común, la demostración de la existencia del dolo resulta muy difícil de producir, pues por lo mismo que se trata de un hecho ilícito y de maniobras engañosas, destinadas a inducir a error a la otra parte, ella se desenvuelven dentro del mayor sigilo; de ahí que asuma especial importancia la prueba de presunciones (ver voto del Dr. Padilla, CNCiv., sala C, sent. del 23/2/1967 en ED, 19-346, al que se añade, en el mismo sentido la facultad integrativa esencial de la personalidad, mencionada en el voto que cierra el acuerdo). **En este mismo orden de ideas, debe tenerse igualmente en cuenta que las condiciones personales de quien se dice víctima del dolo son a menudo relevantes para apreciar su gravedad -imposibilidad de evitar el error-, porque permiten apreciar si el artificio o engaño ha podido tener lugar y, en su caso, si ha determinado el acto jurídico o influir en él de cualquier manera**(CNCiv., sala A, del 26/11/62, voto del Dr. Borda, en LL, 110-498, fallo 50.221). En definitiva, la gravedad del dolo, y por lo tanto, las demás condiciones, **debe juzgarse con arreglo a la condición intelectual y cultural del sujeto que padece el engaño** , por lo que no pueden predicarse reglas generales que se resisten a adaptarse a las múltiples particularidades que ofrece cada caso. No existen moldes rígidos y perfectamente delimitados para apreciar todos los matices que pueden incidir en el discernimiento, desde la máxima afectación que se encuentra en las razones que enuncia el art. 921 hasta la circunstancial eliminación que es consecuencia de las maniobras engañosas realizadas en cada caso.

Bajo tales premisas, **es posible aprehender que la verdadera esencia del discernimiento consiste en la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias (**Cifuentes, S., en Belluscio, Código Civil..., t. 4, pág. 21, coment. al art. 897) de manera que quede esclarecido el sentido de la intención, en la medida que en su aplicación al acto, este sea conocido y se tenga conciencia de sus consecuencias en el momento de la realización. En el caso, **diversos elementos de juicio permiten afirmar que la Sra. de Gahona conoció con posterioridad el alcance del acto que suscribiera mediante la escritura pública del 5 de octubre de 1990**. En primer lugar, cabe referir que un año antes de ese acto se redactó la escritura pública de fs. 312/319 por la que la misma actora donaba por partes iguales a cada una de sus cuatro hijas, la mitad indivisa del mismo inmueble que posteriormente aparece vendiendo a su nieta. Es cierto que dicha escritura no tuvo efecto, conforme la manifestación notarial (íd. fs. 478 y 506), pero también lo es que en el proceso no consta ninguna razón fehaciente que justifique el cambio de actitud de la Sra. de Gahona en ese lapso, de suerte que la explicación debe buscarse en la cambiante actitud de la madre de la demandada, verdadero artífice junto con el padre de ésta, al decir, de los testigos, de todo el conflicto. Adviértase que el sobrino de la accionante, Facundo Mario López, fs. 305 vta./306, fue portador del mensaje de Dora Adelma Gahona a su madre, aquella llorando le dijo decile a mamá que se venga para casa, que yo la voy a cuidar; que los papeles que se han hecho se van a romper, que no quiero que esto continúe, que no quiero saber nada más... Aunque no es precisa la referencia temporal el testigo afirma que la actora le confió ...Chiche me han robado, me han dejado en la calle.... **El testimonio de este familiar cuyo conocimiento de los hechos resulta indudable, revela, además del arrepentimiento por todo lo actuado en torno a la transmisión a favor de la demandada,** el permanente ir y venir de la actora hacia y desde la casa de cada una de sus hijas durante los últimos años de su vida (la Sra. de Gahona falleció el 7 de agosto de 1993, a los 91 años, y la presente acción fue continuada por tres de sus hijas), y, por último, la pormenorizada referencia acerca de la absoluta imposibilidad económica de la demandada para adquirir el bien, pagando el precio. **En sentido concordante se expide Angela Tedesco** , fs. 304, **a quien también la actora, en la casa de su hija Olga Gahona, la abrazó llorando y le dijo que la habían estafado conjuntamente la demandada y sus progenitores, en presencia del escribano interviniente, le dijeron firmá y callate** ; no digas nada..., lo mismo hace Alicia Norma Beltramo de Carnelli, fs. 307 vta./308, quien escuchó las recriminaciones de la abuela hacia su nieta, a lo que esta respondió abuela, que decís, con qué plata voy a comprarla yo..., en obvia referencia a la imposibilidad económica de pagar el precio de venta de la casa. **Las dificultades auditivas,** prácticamente la sordera total de la actora, es afirmada en forma invariable por todos los testigos, **mientras que los problemas de visión en la época del acto**

jurídico impugnado se asientan en la documentación emanada del médico Dr. V. J. P., autenticada a fs. 298, que se agrega a fs. 571, con el siguiente diagnóstico: 1) glaucoma-presión; 2) catarata; 3) hemorragias de retina y, desde luego, por las afirmaciones corroborantes de los testigos.

También en forma contemporánea con dicho acto resultan las constancias de la historia clínica emanada de la Clínica Privada Independencia de fs. 354/360, que dá cuenta del deterioro de la salud de la actora, y por caso, la necesidad de internación (en igual sentido el informe del Hospital Israelita Ezrah de fs. 328/329; íd. fs. 265, del Sanatorio Güemes). Es de toda evidencia que el importante deterioro de la salud de la Sra. de Gahona abrió un amplio campo de posibilidades para el desvío engañoso de su voluntad en la realización del acto jurídico. Si no se considera demostrada la imposibilidad de la víctima de ser inducida a error por las falencias físicas apuntadas y por la consideración integral de su personalidad, existen reunidos suficientes hechos indiciarios que apreciados a la luz de las reglas de la sana crítica, revelan su eficacia probatoria con la concurrencia de ciertos requisitos que se vinculan con la obtención del mayor grado de certeza posible en cuanto a la existencia del hecho que se trata de conocer .

Habrá de verse seguidamente que se encuentran comprobados una pluralidad de hechos indiciarios, de manera que la gravedad de la presunción, en el caso el desvío de la voluntad de la actora, tiene aptitud para genera un suficiente grado de certeza, y no de la mera posibilidad, acerca del hecho doloso. La presunción es precisa, lo cual requiere que entre el hecho o hechos probados y el deducido medie una conexión directa como aquí ocurre, asimismo, son susceptibles de interpretarse en un único sentido y, además, los indicios son concordantes, es decir, no son excluyentes y forman entre sí un conjunto armonioso y coherente (Palacio, L. E., Derecho Procesal Civil, t. V, págs. 451/453). Esta concepción debe ser referida a la ya mentada modificación de la voluntad de la Sra. de Gahona, del animus donandi a la venta, en el lapso de un año, sin que se brinde ninguna explicación razonable de tal circunstancia. Claro está que el cambio puede explicarse o bien presumirse en la resistencia de la familia Aiello a perder el inmueble donde realizaban, en parte, actividades lucrativas. **Igualmente tiene importancia, en orden a la justa decisión del litigio, la carencia de posibilidades económicas de la demandada -a la sazón de 25 años, conviviente con sus padres, que ni siquiera alegara actividad remunerada-, compradora a su vez, una semana más tarde, de la parte que correspondía a su madre.** Es preciso poner de relieve que conforme la moderna distribución de la carga probatoria (art. 377, segundo párrafo, del cód. procesal), el onus probandi, en orden a la requerida colaboración para obtener la verdad jurídica objetiva, recaía sobre la parte demandada pues se encontraba en mejores condiciones de hecho para producir la prueba respectiva (Peyrano, J. W., Nuevos rumbos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas... en ED, 182-1588) carga que, por otra parte, quedaba vinculada a la procedencia de la defensa. Los testigos que a instancia de la demandada deponen a fs. 486 y 489 no declaran más allá del buen trato que la Sra. de Gahona recibía del grupo familiar que vivía en la casa de la calle Darwin, mientras que surge contradictoria la declaración del escribano V. (fs. 469/470), vinculado profesionalmente al padre de la accionada, respecto de la oportunidad del pago del precio, en comparación con la constancia de la escritura pública que otorgara. No hay oposición entre el conjunto de testigos de la parte actora y las circunstanciales expresiones de los de la accionada. Finalmente no se ha podido acreditar la autenticidad de los certificados de depósito a plazo fijo nominativo del Banco Mercantil Argentino, ni la participación personal de la accionante en el respectivo trámite, con mayor razón y sentido si se aprecia el error en la mención del número correspondiente al documento de identidad de aquella, que certeramente se apunta a fs. 707 vta., tal como resulta de la misma escritura pública, distinto, por añadidura, al que surge de la escritura de poder obrante a fs. 7/9 del expte. 28.661/92. III. **Por todo lo expuesto, corresponde decretar la nulidad del acto jurídico (arts. citados, 1045, 1048 y concordantes del mismo código) de que dá cuenta la escritura pública del 5 de octubre de 1990, revocándose la sentencia apelada, con costas, en ambas instancias, a cargo de la parte demandada, que resulta vencida (art. 68, cód. citado).** Los señores jueces de Cámara doctores Roberto Ernesto Greco y Carlos Alfredo Bellucci votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor Montes de Oca. Y Vistos: Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se revoca la sentencia de fs. 677/683, en consecuencia haciéndose lugar a la demanda, se decreta la nulidad del negocio jurídico de que dá cuenta la escritura pública de fs. 581/582; con costas, en ambas instancias, a cargo de la parte demandada. Los honorarios de los profesionales intervinientes serán regulados una vez fijados los de primera instancia. Devueltas que sean las actuaciones al juzgado de origen se realizará la comunicación requerida a fs. 566. Notifíquese y devuélvase. - Leopoldo Montes de Oca. - Roberto Ernesto Greco. - Carlos Alfredo Bellucci.

Vicio de Error - Demanda por nulidad de reconocimiento de paternidad por vicio de error contra la menor - (C. Nac. Civ., sala K, 11/6/2001 - R., L. v. R. R., E. L.). JA 2002-II-519. 2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, junio 11 de 2001. Con comentario: "La nulidad del reconocimiento por vicio de error, el derecho a la identidad y la Convención de los Derechos del Niño (*)

La Dra. Estévez Brasa dijo:
En las presentes actuaciones, L. R. inicia demanda por nulidad de reconocimiento por vicio de error contra la menor E. L. R. R. Narra el accionante, y de allí deviene su petición, que mantuviera una relación con la madre de la menor que se concretó en una convivencia desarrollada entre enero y marzo de 1984. Que con posterioridad a su separación, esto es en el mes de abril de 1984, la Sra. R. C. le hace saber que espera un hijo que era suyo (del accionante).

Si bien la noticia lo sorprendió, habiendo mantenido una vida en común que coincidía con la que debía ser época de la concepción, reconoció voluntariamente a quien creyó su hija, según surge de la partida glosada a fs. 2. Agrega además que se comportó como padre, visitando a la menor y oblando sumas de dinero en concepto de alimentos.

No obstante, manifiesta que, hacia fines del año 1996, la madre de la menor le hace saber que la niña no era su hija y que había mantenido simultáneamente relaciones con otro hombre.

Los estudios genéticos realizados -y que acredita con las constancias de fs. 3 a 12- revelan que, en efecto, no es el padre de la menor E. L. R. R.

Ante ello manifiesta **que ha existido una acción dolosa por parte de la madre** de la menor que lo indujo a error convenciéndolo de su paternidad cuando, por lo menos, la Sra. R. C. podía suponer que existía otro presunto padre. Por ello, invocando el art. 263 CCiv., pide se declare la nulidad del acto de reconocimiento y se proceda al cambio de apellido como corresponde.

La sentencia hace lugar a la demanda y declara la nulidad del reconocimiento que efectuara L. R. con respecto a la menor E. L. R. R., debiendo ser inscripta como E. L. R. en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas oficiándose al efecto y quedando así desplazada de su anterior filiación paterna.

Apela y consecuentemente expresa agravios quien fuera designado tutor ad litem de la menor, E. L. R. R.

Puede adelantarse que la queja no tendrá recepción en esta instancia. En reiteradas oportunidades se dijo que las circunstancias que derivan de las relaciones de familia presentan características tales que desbordan las previsiones legales. Tal sucede en autos.

No puede formularse una interpretación a la letra de los arts. 247 y 249 que el recurrente cita en su memoria, ni restarle valor a las declaraciones testimoniales, ni pensar que el actor hubiera dudado de su paternidad, ni argüir en una inexistencia de acción dolosa por parte de la madre, quien naturalmente sabía de su convivencia con otro hombre.

¿Qué beneficio podría conllevar para la menor -única parte merecedora de consideración en autos frente a actitudes irresponsables de los mayores- mantener un estado de familia que no es el real, como surge de las probanzas obrantes a fs. 3 a 12 ya referidas, sino, por el contrario, la permanente sensación de vivir en un engaño aceptando como padre a quien no lo siente así según surge de autos (acta de fs. 73) y llevando a dicha menor -quien ya ha alcanzado la edad de dieciséis años- a decir que "si en autos se rechazara la acción ella ejercería su derecho para desplazarse del estado de hija de R.". Agrega que quiere que todo termine cuanto antes, que está con tratamiento psicológico desde los seis años y que sacarle el apellido R. sería para ella como una liberación.

Y aunque quien suscribe lamenta esta suerte de hibridación que surge en las nuevas formas de familia que representan un deterioro sostenido del núcleo social por excelencia, no puede desatender estas dolorosas manifestaciones de la menor, la opinión profesional obrante a fs. 76 y los dichos -impresionantes por su ligereza, hay que decirlo- de la madre de la menor que ha convencido a otro señor con quien, según parece, convivía en la misma época que con R. para que se someta a un ADN de modo que, de resultar positivo, reconocería a la niña como su hija. Si el asunto no fuera tan angustioso y descalibrado frente a una menor que aparece careciente de una

real familia, podría aparecer como una ridícula comedia de enredos. Lástima que tales "enredos" oscurecieron, acaso para siempre, la natural felicidad de una infancia.

La Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la ONU. en 1989 y reconocida en nuestro país en octubre de 1990 por ley 23849 tiene actualmente jerarquía constitucional y es el importante sustento a través de su art. 7 de la guarda de la identidad de los menores.

Pero, a mayor abundamiento, y a estar a las constancias de autos -sin intentar leer "bajo el agua" en cuanto a complejas promiscuidades de los mayores susceptibles de enturbiar la vida de un niño- no puede dudarse en opinión de quien suscribe en decretar una confirmatoria de la sentencia que así se propone al acuerdo.

Y, aunque en tal acuerdo los distinguidos colegas puedan opinar que lo que seguirá no es un argumento jurídico, parece oportuno recordar la "Carta a las familias" de Juan Pablo II, dada precisamente en el declarado "año de la familia", esto es 1994, en la que se lee: "¡Ninguna sociedad humana puede correr el riesgo del permisivismo en cuestiones de fondo relacionadas con la esencia del matrimonio y de la familia. Semejante permisivismo moral llega a perjudicar las auténticas exigencias de paz y de comunión entre los hombres"...

"Los derechos de la familia están íntimamente relacionados con los derechos del hombre. En efecto, si la familia es comunión de personas, su autorrealización depende en medida significativa de la justa aplicación de los derechos de las personas que la componen. Algunos de estos derechos atañen directamente a la familia, como el derecho de los padres a la procreación responsable y a la educación de la prole" (ob. cit., I, 17).

Por ello, como se dijo, la propuesta es por la confirmatoria de la sentencia en todo cuanto decide, imponiendo asimismo en esta instancia las costas en igual manera.

Los Dres. Moreno Hueyo y Degiorgis por análogas razones votan en igual sentido.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente, por unanimidad de votos el tribunal decide confirmar la sentencia en todo cuanto decide e imponer asimismo en esta instancia las costas en igual manera.

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 6 y 30 ley 21839 y su modificatoria ley 24432 se confirman los honorarios recurridos por ser equitativos a la fecha de su regulación de primera instancia.- Teresa M. Estévez Brasa.- Julio R. Moreno Hueyo.- Carlos R. Degiorgis. (Sec.: Adolfo Campos Fillol).

La nulidad del reconocimiento por vicio de error, el derecho a la identidad y la Convención de los Derechos del Niño (*)

Por Pedro Di Lella

SUMARIO:

I. Introducción.- II. La Convención y la identidad: a) El tratado; b) Los antecedentes de la norma en la Convención; c) Las condiciones de su vigencia. III. Las normas internas.- IV. La disposición del art. 247.- V. El artículo 249.- VI. El vicio de error en el reconocimiento.- VII. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

El fallo en comentario resuelve acertadamente, a mi criterio, una cuestión inhabitual en nuestros anales jurisprudenciales.

Se trata de un reconocimiento realizado por quien mantuvo relaciones sexuales con la madre en el período de la concepción, que luego es informado por ésta de que no era el verdadero padre de la niña, ya que lo era un tercero con quien había mantenido relaciones simultáneamente.

Recurre sin embargo para ello a las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño en cuanto protegen la identidad de los "niños" como si las normas del Código Civil no fueran suficientes para lograrlo.

Ello merece a juicio del autor dos comentarios:

El primero referido a que la solución a que se arriba es la que dispone el Código Civil.

Y el segundo, que si no hubiera sido así, las normas de la Convención distan de ser aptas para rectificar la ley en este aspecto, ya que la protección del derecho a la identidad en ellas es sumamente limitada, aun cuando a veces se crea lo contrario.

Me ocuparé en primer lugar del alcance de la Convención y luego de la legislación interna.

II. LA CONVENCIÓN Y LA IDENTIDAD

a) El tratado

Si bien no en todos los países la cuestión se presenta con la importancia que tiene en la Argentina, que incorporó la Convención a su derecho positivo pero con rango constitucional, no cabe duda de que tratar de dilucidar la finalidad de la norma que protege la identidad de las personas (en el caso sólo de los niños) la pretensión de los creadores de la misma y la interpretación que se le da en el ámbito internacional, ayudará a una mejor comprensión de su alcance.

Para ello, de conformidad a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, nos ocuparemos en primer lugar de las normas que contiene el tratado (1).

A la luz de lo expuesto cabe preguntarse qué alcance es razonable dar a la expresión de la Convención cuando dice, refiriéndose a los Estados, que "se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas". El segundo párrafo del artículo dispone que si un niño fuere privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad, o de todos ellos, los Estados deberán prestar la asistencia y protección apropiada y con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Si vemos el conjunto del articulado advertiremos que el art. 6 dispone que el niño tendrá derecho "...en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"; si lo correlacionamos con el art. 9 cuyo inciso primero permite la separación del niño de sus padres cuando así convenga a su "superior interés", la inclusión en el art. 20 de la adopción y otras instituciones como admisibles y la disposición del art. 21 en cuanto admite la adopción internacional de menores están claramente indicando cuál es el sentido en el que debe ser interpretado el art. 8 con relación al derecho de familia interno de cada país.

Así siguiendo las mentadas instrucciones de la Convención de Viena, tenemos que del conjunto de normas de la Convención de Derechos del Niño surge que este derecho a la identidad del menor no implica limitación alguna al derecho de cada país de regular las disposiciones jurídicas referidas a menores de la manera más conveniente según el criterio de su legislador, sea que se refieran a la filiación, a la adopción, o la legitimidad o la caducidad de las acciones de estado filial.

Si bien es cierto que, en la medida de lo posible, el niño deberá permanecer con "sus padres" obvio resulta que la Convención no conlleva un criterio que obligue a determinar paternidad o maternidad según algún criterio preestablecido. Así, por ejemplo, creo que no habría forma de afirmar que conforme la Convención la madre del niño debe ser la madre gestante o debe ser la madre biológica, sino que el legislador interno de cada país realizará la opción que considere más adecuada.

Tampoco surge de la normativa internacional crítica o aceptación del criterio de las legislaciones nacionales de presumir la paternidad del marido de la madre.

He sostenido antes (2) que el "superior interés del menor" (3) a que hace referencia la Convención como una de las primordiales obligaciones de los Estados, tiene un primer intérprete en el legislador de cada país, y así es razonable que sea éste quien determine en qué casos y circunstancias responde a dicho superior interés la separación del niño de sus padres.

b) Los antecedentes de la norma en la Convención

Es posible que aun después de seguido el conjunto del articulado se considere necesario "confirmar" el sentido o que pese a lo expuesto su sentido es ambiguo u oscuro.

En tal caso y conforme la misma Convención de Viena ya citada, deberá recurrirse a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración para verificar si la interpretación dada es correcta (4).

Veamos así cuál fue el origen y los debates sobre el tema.

En cuanto al origen de la expresión derecho a la identidad del menor incluido en el art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño (résolution A/44/736), en adelante la Convención, es preciso recordar que ni en la Declaración de Derechos del Infante propuesta en 1923 por l'Union Internationale de Secours aux Enfants, y adoptada en 1924 por la Sociedad de las Naciones ni en la Declaración de derechos del niño proclamada el 20/11/1959 por la Asamblea General de Naciones Unidas (résolution 1386/XIV) había mención alguna a tal derecho y ello fue especialmente remarcado por Lopatka (5).

Lo cierto es que en el proyecto original (6) este derecho no figuraba y fue incorporado en primera lectura -en términos a los que luego se hará referencia-; así surge del informe del Grupo de Trabajo (7) y surge también que la Argentina sugirió modificaciones que tienen que ver con la incorporación de este derecho (8).

El texto del actual art. 8 fue propuesto al grupo de trabajo como art. 9 bis en 1985 y fuediscutido y adoptado en 1986 en primera lectura.

Se advertirá que, si el documento hubiera quedado redactado como estaba originalmente, el derecho a la identidad quedaba limitado exclusivamente a esos tres aspectos, nacionalidad, nombre y relaciones familiares y que eso era todo lo que los países estaban dispuestos a aceptar como concepto de identidad que la ley no podía modificar.

Fue la Argentina el país que más insistió en el cambio de este artículo, pretendiendo que el mismo hiciera referencia a la "verdadera y genuina identidad personal, legal y familiar" y pretendiendo que se obligara a los Estados a brindar asistencia y protección para reestablecer su identidad verdadera y genuina (9).

El debate que obstó a la agregación de un artículo con este sentido es por demás interesante. El representante de Noruega consideró que la identidad del niño ya estaba contemplada en el art. 2 , en el 6 y en el 8 de la Convención.

Es necesario recordar además que el derecho a la identidad era tratado en la redacción anterior de la propia Convención en el art. 2 , que decía que "el niño tendrá derecho desde su nacimiento a un nombre y registro y a adquirir una nacionalidad. 2. El niño tendrá derecho desde su nacimiento a que se respeten su identidad y dignidad humanas, raciales, nacionales y culturales, con la obligación correspondiente de respetar la identidad y dignidad humanas, raciales, nacionales y culturales de los demás".

Las modificaciones posteriores provocaron que el art. 2 hiciera referencia a los derechos del niño independientemente de toda discriminación, la inscripción inmediata después del nacimiento lo que es hoy el art. 7 , junto con el nombre y la nacionalidad y, mientras que el art. 7 establece desde cuándo el niño goza de esos derechos -desde el nacimiento-, el art. 8 actual establece que el Estado se obliga a respetar esos derechos, pero la falta de sinonimia entre ambos artículos, y el hecho de que "la identidad" incluya nacionalidad, nombre y relaciones familiares, puede llevarnos a preguntar si hay algo más en este concepto.

El representante de Holanda no sólo se manifestó de acuerdo con el de Noruega sino que además señaló la inconveniencia del artículo a la luz de los diversos problemas de derecho de familia ocultos en el mismo.

Los representantes de Austria y Estados Unidos compartieron, junto con el de Canadá, estas observaciones.

A una propuesta de reforma de Polonia el delegado de Holanda observó que el concepto de "identidad familiar" no era conocido en todos los Estados; las delegaciones de Finlandia y Austria estuvieron de acuerdo y exigieron que la Argentina aclarara qué entendía por "identidad familiar", explicaciones que, dadas, no fueron consideradas

satisfactorias por el representante de Austria y las delegaciones de Francia y del Reino Unido compartieron las preocupaciones expresadas por las otras delegaciones.

Fue Noruega la que propuso reemplazar la expresión "identidad familiar" por "relaciones familiares", lo que fue aceptado.

Ante la insistencia de la Argentina, el representante de Australia manifestó que no se entendía el significado de la expresión "identidad familiar".

Así, la expresión familia fue suprimida después de la expresión "identidad" y Bulgaria propuso agregar la expresión "de conformidad con sus sistemas legales y prácticas judiciales".

Este último agregado resulta relevante precisamente porque de esta forma se dejaba librado al criterio de cada legislador nacional la regulación de estos diferentes aspectos cuando, reitero, ni siquiera se había aceptado incluir otros aspectos al término identidad que no fueran los tres antes expresados, nombre, nacionalidad y relaciones familiares.

Luego de un intercambio de opiniones en primera lectura se aprobó así el artículo: "Los Estados parte en la presente Convención se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad (nacionalidad, nombre, relaciones familiares) de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas".

El párr. 2º del artículo que hacía referencia a los supuestos en que un menor era privado en "forma fraudulenta" de alguno o todos los elementos de su identidad, fue modificado quedando como, en "forma ilegal".

El presidente (10) declaró que había una propuesta para modificar los párrs. 1º y 2º, el primero que tiene que ver con nuestro tema, se proponía que "se eliminaran los paréntesis y se agregara, antes de la palabra "nacionalidad", las palabras "incluidos la" (11).

La Secretaría de Naciones Unidas aceptó la propuesta con la idea de que de esa forma no quedaran excluidos algunos otros elementos de la identidad (12) que, sostuvo, podía haberlos y no haber sido tenidos en cuenta.

Como se ve, en ningún momento se aceptó, discutió o insinuó que cuestiones relacionadas con la filiación, o las acciones de estado estuvieran reguladas por esta normativa y por eso quedó la frase "de conformidad con la ley".

No sólo fue evidente sino que fue explicitado (13) por la delegación argentina que la propuesta de modificación pretendía poner un límite a la ley, a la luz de los sangrientos episodios que la Argentina había vivido entre 1976 y 1983.

Pero, a mi juicio acertadamente, las delegaciones de los otros países se negaron a limitar al legislador nacional en este aspecto porque, como claramente lo dijo el representante de Holanda, hay una serie de cuestiones de derecho de familia detrás de estas expresiones y claramente ellas implicaban una modificación trascendente al derecho de familia de varios países occidentales que no estaban dispuestos a aceptarlos.

Lo que la Argentina pretendía con la introducción de este articulado era evitar que menores pertenecientes a un grupo familiar fueran privados del mismo sin fundamento moral alguno y expresaba así su profunda desconfianza en sus legisladores futuros.

Una redacción como la propuesta hubiera impactado sobre cuestiones que tienen que ver con la filiación en aspectos variados, que sin pretender agotarlas podemos mencionar como las referidas a las presunciones de paternidad matrimonial, al alcance o posibilidad de los reconocimientos de hijos nacidos de padres no casados, a la legitimación para entablar ciertas acciones de reclamación o impugnación de estado filial y a la caducidad o prescripción (para los países que las admiten) de ciertas acciones de estado y hasta podía implicar la eliminación de la adopción como institución familiar (14).

Fue natural el disenso de los demás países con dictar una normativa internacional con este alcance, ya que lo único pretendido era dar un mínimo de protección, criterio con el que se podrá discrepar pero que surge del texto y de las opiniones vertidas.

c) Las condiciones de su vigencia

En doctrina de nuestra Corte Suprema, los tratados deben interpretarse "en las condiciones de su vigencia" esto es, como son naturalmente aceptados por los restantes países signatarios.

Si hubiere dudas respecto del criterio de vigencia de esta Convención en el punto indicado, puede verse que la doctrina europea acepta pacíficamente el mismo.

Así afirma Pilar Rodríguez Mateos: "En cualquier caso la Convención asume una posición de norma positiva mínima, en el sentido de no agotar el elenco de los derechos de la infancia, por ello no afectará a las disposiciones más apropiadas para la realización de los derechos del niño que puedan estar recogidas en el Derecho interno de los Estados parte o en su derecho internacional vigente, esto es las obligaciones asumidas convencionalmente en material colaterales", es, afirma, "... una cláusula de salvaguarda hacia el régimen más favorable que pueda derivarse de los ordenamientos nacionales o internacionales" (15).

El representante sueco en ocasión de opinar sobre el proyecto de Convención (16) se lamentaba de que la misma no contuviera ni siquiera una protección mejor que la que se ha previsto en el derecho humanitario internacional y sostenía que su opinión era que ése era el que debía aplicarse, porque salvaguardaba más y mejor a los niños que esta Convención.

Bélgica señaló lo mismo, indicando que la protección era tan mínima que había artículos que implicaban un retroceso en lo que respecta a otros instrumentos internacionales vinculantes.

En mi opinión, sin perjuicio de que la protección pudo ser mejor, la no adopción del texto propuesto por la Argentina fue la solución correcta.

Los episodios extraordinarios vividos en un territorio y en una época determinada no justifican el dictado de una norma internacional que impacte sobre el derecho nacional de cada país en el que funcionó razonablemente, es por ello que el art. 8 en su inc. 2 dispone que el Estado protegerá al niño privado de alguno de los elementos de su identidad mediante la prestación de asistencia para reestablecerlos.

Y la misma doctrina europea al ocuparse concretamente del alcance del derecho a la identidad muestra un apego constante a la normativa de la Convención; así:

Lopatka (17) parece definir el derecho a la identidad como comprensivo exclusivamente de nacionalidad, nombre y relaciones familiares.

Pilar Rodríguez Mateos (18) engloba dentro del derecho a la identidad sólo el derecho al nombre, la nacionalidad y en la medida de lo posible conocer a sus padres y ser cuidado por ellos.

Quesada González (19) sostiene que el derecho a conocer el propio origen (que en ningún momento confunde con el mantenimiento de la filiación biológica) como un derecho de la personalidad, pero en ningún momento sostiene que sea parte de un derecho a la identidad, aunque considera que está relacionado con el principio del "libre desarrollo de la personalidad".

Es claro así a mi juicio que en la doctrina europea se distingue perfectamente el derecho a la identidad, que se define incluyendo el nombre, la nacionalidad y, de ser posible las relaciones familiares, sin que tal definición excluya imperativamente otros conceptos que pueden englobarse en el derecho a la identidad.

Sin duda no implican y menos necesariamente, el derecho a conocer el propio origen biológico o un determinado derecho a una filiación predeterminada, y mucho menos que limiten las facultades del legislador nacional para regular la caducidad de las acciones o los sujetos legitimados para ser sujetos activos o pasivos de ellas (20).

Esa es a mi juicio la adecuada interpretación de la Convención; lo demás es inventar la norma.

La interpretación extensiva que se pretende hacer en algunos países, como la Argentina (21), donde se distingue en

la faz estática y faz dinámica del derecho de la identidad, y pretendiendo englobar en la primera todos los atributos de la identificación y el origen genético biológico y en la segunda la proyección histórico existencial de la persona, excede lo que en general se interpreta en la comunidad internacional como el alcance de la Convención y resulta prudente por tanto adecuarse a aquélla.

Ello no implica abrir juicio sobre si las soluciones dadas por la ley nacional son buenas o malas.

Lo que no debe hacerse es tratar de utilizar la Convención para "so pretexto" de una supuesta violación a ella pretender reformar el derecho interno de acuerdo a la creencia personal de quien o quienes las exponen.

III. LAS NORMAS INTERNAS

Hecho el análisis anterior resulta obvio que el firmante piensa que las normas legales internas que regulan la filiación, su determinación e impugnación, no pueden verse modificadas por esta disposición de la Convención y que ni tribunal ni doctrina extranjera alguna dieron semejante alcance al derecho a la identidad que ella consagra.

También resulta claro que no considera quien esto escribe que la Convención disponga que las leyes deben tener un determinado contenido en materia de identidad y que queda librado al legislador local disponer cuándo podrá, como en el caso concreto, impugnarse o no el reconocimiento.

Así, la Convención consideró que las regulaciones a dar en materia de filiación eran de competencia exclusiva y excluyente del legislador nacional y esa es la interpretación hoy en todo Occidente, aunque la Argentina parece expresar alguna disidencia particular al respecto.

Desde esta perspectiva es que debemos plantearnos la pregunta:

¿Hubiera sido diferente la solución del caso si en lugar de invocarse una interpretación desorbitada del derecho a la identidad que menciona la Convención se hubiera pretendido fundar la disposición en derecho interno?

Creemos que no.

La solución del caso debería ser la misma.

Ya alguna vez sostuvimos que quien "reconoce" a un hijo, en realidad no "conoce" su calidad de padre, él lo más que puede afirmar es que mantuvo relaciones sexuales con la madre.

De allí a sostener que él es el padre la distancia puede ser, como en el caso, grande (22).

La mujer es la única que sabe si mantuvo relaciones sexuales con más de un hombre y por tanto si aquel al que atribuye la paternidad "es", o sólo "puede ser", el padre.

La cuestión dista de ser novedosa; el mismo Rivero Hernández recordaba la frase de los legisladores franceses "la Nature n'a fait même à la femme que des démi-confidences".

Esto es, si la mujer mantuvo relaciones sexuales con más de un hombre, ella misma puede ignorar quién es el padre del niño gestado.

En el caso ocurre esto y el reconociente, informado por la madre de que no es el padre de la niña, realiza los estudios que excluyen su paternidad: él no puede ser el padre.

¿Debe anularse el reconocimiento?

Así llega la cuestión a la Cámara.

Según la sentencia, el recurrente sostiene que debe mantenerse la validez del reconocimiento, porque los arts. 247 y 249 obstan a que se anule el mismo.

La Cámara afirmará que "no puede formularse una interpretación a la letra de los arts. 247 y 249".

Ello permitiría afirmar que la Cámara considera que la letra de tales artículos impedía acoger la acción.

Pienso que no es así.

IV. LA DISPOSICIÓN DEL ART. 247

El art. 247 dispone que la paternidad extramatrimonial "queda determinada" por el reconocimiento o la sentencia.

¿Esa "determinación" obsta a que pueda ser impugnada?

Cabe aclarar que en realidad este artículo, si bien habla de impugnación, obliga a diferenciar entre la "nulidad" que se funda en que por aplicación de los principios generales relativos a los vicios de los actos jurídicos el reconocimiento es nulo, y la "contestación" que se funda en la discrepancia del reconocimiento con la realidad biológica (23).

Aclarado ello nos vemos obligados a considerar qué quiere decir la ley cuando dice que la filiación "queda determinada".

"La determinación o establecimiento de la filiación es un tema complejo sobre el cual las ideas no están, a mi juicio, suficientemente claras" (24).

Afirma De la Cámara Álvarez que una cosa es la prueba de que la filiación ha quedado determinada y otra cosa es la determinación misma (25).

Pero a los efectos aquí analizados lo que interesa es si determinada la filiación ello obsta a su impugnación.

Creo que basta el planteo para advertir que la respuesta es rotundamente negativa.

El art. 263 CCiv. dispone expresamente que el reconocimiento puede ser impugnado "por los que tengan interés en hacerlo".

Es obvio entonces que el hecho de que se haya "determinado" la filiación no obsta en modo alguno a que se la cuestione (26).

Es claro así que el art. 247 permite "contestar" (27) el reconocimiento fundado en la falta de concordancia entre el mismo y la realidad a "cualquier interesado", estando sin embargo conteste la doctrina (28) en que el mismo reconociente no podría realizar esta impugnación; él carece de legitimación activa para ello.

Así este artículo sí es una valla para que el reconociente "torne" de idea.

Pero claro, no es ése el caso de autos, ya que aquí se invoca un vicio en el consentimiento, es decir no es la impugnación por la falta de concordancia entre realidad y reconocimiento, sino la situación de quien invoca un vicio en el acto de reconocimiento, al que este artículo no hace referencia alguna.

V. EL ARTÍCULO 249

Aun cuando el art. 247 no impida la impugnación podría entenderse que el otro artículo invocado, el 249, sí debería considerarse un límite a tal posibilidad.

Ello porque dispone que el reconocimiento es irrevocable, lo que permite leerlo como diciendo que quien realizó el reconocimiento no puede retractarlo.

Esa afirmación no presenta dudas: quien reconoció voluntariamente no puede luego simplemente "tornar de idea".

La doctrina de los "actos propios", si no hubiera norma al respecto, constituiría también una valla infranqueable y el

acto del reconocimiento no podría ser atacado por el mismo que lo realizó.

Pero no puede omitirse que dije "el acto" del reconocimiento. Porque es indudable también que el reconocimiento es un acto y acto jurídico (29).

Todo acto jurídico está sujeto a las normas que los regulan aun respecto de sus vicios, salvo disposición expresa de la ley; así por ejemplo en materia testamentaria el error en la cuantía de la herencia no es justificativo para revocar la aceptación.

El reconocimiento es irrevocable, pero esa y sólo esa es la única limitación que a las disposiciones generales de un acto jurídico unilateral impone la ley.

Recuerda Belluscio que el reconocimiento puede ser anulado en los supuestos de falta de discernimiento o incapacidad del reconociente, o por vicios de forma, o por vicios del consentimiento, o por incompatibilidad con el estado anterior, o por imposibilidad biológica, como cuando el reconocido es de más edad que el reconociente (30).

Debo señalar que no comparto todas las caracterizaciones del maestro antes citado; así por ejemplo no creo que el reconocimiento respecto de quien goza de un estado filial inscripto en el Registro Civil sea nulo, simplemente él no produce efecto alguno ni podrá acceder al Registro, pero si algún legitimado promueve luego la impugnación de esa filiación establecida y logra el desplazamiento el reconocimiento antes efectuado cobra virtualidad ipso iure.

Sin detenernos más en lo hasta aquí expuesto, lo dicho implica que si el reconocimiento ha sido consecuencia por ejemplo del error, el dolo o la violencia, el mismo podrá y deberá ser anulado.

De lo contrario habría que afirmar que si una persona reconoce un hijo, bajo amenaza de muerte, el reconocimiento sería irrevocable, o que el reconocimiento realizado por un demente no podría ser impugnado por él cuando recobre la razón.

Y en mi opinión ésa es precisamente la diferencia que tradicionalmente ha hecho la doctrina entre la "contestación" del reconocimiento, por no ajustarse éste a la realidad biológica, que no podrá ser realizada por quien reconoció, y la impugnación del reconocimiento, por ser inválido el acto jurídico debido a un vicio del mismo o a falta de capacidad del reconociente, que nada obsta lo promueva él mismo.

VI. EL VICIO DE ERROR EN EL RECONOCIMIENTO

El varón que reconoce como propio al hijo gestado en el período en que mantuvo relaciones sexuales con la madre tiene legitimación activa para impugnar tal reconocimiento cuando toma conocimiento del error padecido.

Será sin duda una cuestión de hecho para el juzgador determinar si en el caso ha habido razón para errar o si el error provino de una negligencia culpable (art. 929 CCiv.).

En opinión de quien esto escribe no podría alegarlo el hombre que, a sabiendas de que la mujer mantenía relaciones sexuales con terceros en ese período, hizo el reconocimiento sin ningún recaudo.

La cuestión de sobre quién pesa la carga probatoria dependerá de las circunstancias del caso (31).

Algunas cuestiones se presentarán diáfanas; si había una relación de pareja con rasgos de habitualidad, considero que ha habido razón para errar porque en las relaciones de pareja es normal la creencia recíproca en la exclusividad de la relación y por tanto la prueba debe pesar sobre quien alega la inexcusabilidad del error.

Por el contrario, si el hijo es fruto de una mera relación ocasional, considero que el error es injustificable.

Pero ello presenta una paradoja difícil de resolver.

Digo que el error es injustificable porque el hombre no debe olvidar que su reconocimiento no afecta sólo su vida, ni la de la madre, sino fundamentalmente la del hijo a quien está emplazando en un determinado estado de familia.

El varón no tiene derecho a emplazar al hijo en un falso estado filial.

Si su relación fue meramente ocasional le es exigible que trate de buscar elementos que le permitan corroborar su paternidad antes de proceder al emplazamiento del hijo; si no lo hace su "error" no podrá invocarse en el futuro.

Y digo que la respuesta es paradojal, porque manteniendo la jurisprudencia tradicional se afirma, y lo comparto (32), que al juez le basta la mera prueba del mantenimiento de las relaciones sexuales en el período de la concepción para que deba en su sentencia tener por acreditada la filiación.

Así el reconociente está sometido a una mayor obligación de cuidado que el juez, y en mi opinión está bien que así sea.

Cuestiones de la intimidad de los seres humanos deben ser resueltas por éstos con el mayor cuidado; si no lo hacen y debe recurrirse al juez éste dictará su sentencia con los elementos que el derecho pone a su alcance.

Al varón se le presenta en este tema una perspectiva de difícil solución jurídica; supongamos que tiene dudas sobre su paternidad, quiere realizar estudios que le permitan tener una mayor certeza de ella antes de reconocer.

¿Cómo puede hacerlo si no cuenta con la colaboración de la madre?

Fácil, se dirá, con una presentación judicial.

Pero no es tan fácil. ¿Es posible que cualquier persona se presente a un juez atribuyéndose haber tenido relaciones sexuales con la madre y pretendiendo realizar estudios sobre un menor?

Y a esa cuestión, lejos de ser nimia, se le suma otra.

El hombre al presentarse al juez reconociendo que tuvo relaciones sexuales con la mujer ya se colocaría en la situación de ser declarado padre; si la mujer se opone a la realización de estudios, sosteniendo que el accionante sí es el padre, o negándole tal carácter, el expediente presentará una complejidad difícil de resolver.

En mi opinión, el juez no podría obligar a la madre a que someta al hijo a tal estudio solicitado por quien, al mismo tiempo, no se atreve a afirmar el vínculo con el hijo, por lo que deberá rechazar la pretensión.

Sin embargo, también considero que en este especial caso, si se promueve a posteriori la acción de filiación, la mera relación sexual entre los progenitores, admitida y reconocida por el padre, no debería ser suficiente para decretar la paternidad, ya que el hombre trató de comprobar ésta y tal pretensión fue obstaculizada.

VII. CONCLUSIÓN

Sintetizando, la Convención de los Derechos del Niño no pone límite alguno al legislador local respecto de la regulación de la filiación, incluyendo la forma de determinar la filiación, la paternidad o la maternidad y sus impugnaciones.

Ello no obsta a afirmar que en el derecho argentino quien reconoció el niño concebido en el seno de la mujer con la que mantuvo relaciones sexuales en el período de la concepción, cumpliendo así un deber moral y jurídico puede, si descubre que medió error excusable en su reconocimiento, impugnar el acto jurídico celebrado con tal vicio.

NOTAS:

(*) La primera parte de este trabajo se funda en la ponencia que presentara el autor al X Congreso Iberoamericano de Derecho de Familia -Mendoza- cuya impresión resultó defectuosa y por tanto ininteligible.

(1) Convención de Viena, arts. 40 y 31.

(2) Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bs. As., Argentina 1997 (JA 1997-III-1037) en postura aceptada por los

restantes miembros de las jornadas.

(3) Isela G. Trejo Saravia recuerda que en la discusión del art. 3.1 de la Convención se concluyó que "los intereses competitivos, entre otros, de la justicia y de la sociedad en general debían tener por lo menos la misma importancia que los del niño" citando en su apoyo el doc. E.CN. 4/1989/48 párrafo 21, en "El interés superior del niño. Principio Prevalente" publicado en "Divulgación jurídica" Ed. Comisión Coordinadora del Sector de Justicia. Unidad Técnica Ejecutiva, El Salvador, año 6, n. 2 abril de 1999, resumen del trabajo galardonado con el Primer Premio del X Congreso Internacional de Derecho de Familia (Mendoza, Argentina) pendiente de publicación.

(4) Arts. 40, art. 31 y 32 de la Convención de Viena.

(5) Lopatka, Adam, "La convention relative aux droits de l'enfant" en "Topical Reports. The Rights of the Child", Revue International de Droit Penal n. 3-4, 1991 (Vol. 62, p. 766).

(6) El Gobierno de Polonia presentó en 1978 a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas un texto sobre una Convención relativa a los Derechos del Niño con vistas a su adopción en 1979 Año Internacional del Niño.

(7) Naciones Unidas Consejo Económico y Social, doc. E/CN.4/1989/48 del 2 de marzo de 1989.

(8) E/CN.4/1985/64, párr. 9º.

(9) E/CN.4/1985/64, párr. 9º y anexo II y E/CN.4/1986/39 párrs. 33º a 49º.

(10) Documento mencionado en nota 3, p. 54.

(11) Según la cita anterior esta propuesta está contenida en el documento E/CN.4/1989/WG.2/CRP.1/Add.1.

(12) E/CN.4/WG.1/CRP.1/Add.e, párrs. 22º y 23º.

(13) Documento E/CN.4/1989/SR. 54 del 20/11/1989 Consejo Económico y Social Naciones Unidas.

(14) Santos Cifuentes afirma que "la invocación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, traída y llevada para consagrar el pretendido derecho fundamental, debe ser interpretada sin darle una dimensión que no tiene y que podría arrasar con el régimen de la familia consolidada" ("El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido", LL del 14/6/2001, p. 5).

(15) "La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989", en Revista Española de Derecho Internacional, vol. XLIV, 1992, n. 2, Julio-Diciembre, Instituto de Ciencias Jurídicas, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1992, p. 471.

(16) Documento E/CN.4/1989/.54 del 20/11/1989.

(17) "La convention relative aux droits de l'enfant" en "Topical Reports. The Rights of the Child" cit., nota 6, p. 769.

(18) "La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989" cit. en nota 15, ver p. 473.

(19) Quesada González, María C., "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico".

(20) Santos Cifuentes afirma: "El programa de orden público de la institución familiar no debe ponerse en el difícil trance de las impugnaciones sin sustancia, con el pretexto del armado de un derecho al que se le da categoría fundamentadora y superior a toda otra institución jurídica", "El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido" cit.

(21) Ver XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, JA 1998-I-839 .

(22) "La paternidad, de otro lado -segunda consideración de las anunciadas-, es algo que por su propia índole le es desconocido al padre ilegítimo (que sólo puede ser `presunto padre'). Debo insistir en que toda la teoría de la paternidad (la presunción de paternidad legítima, su justificación, su impugnación...) se caracteriza y está teñida por su misterio, su dificultad de prueba, el ser inasequible y sólo presumible, en el mejor de los casos prima facie. Nadie puede asegurar su propia paternidad (`privilegio del que únicamente gozó Adan' dice Royo). El padre ilegítimo jamás podrá declarar (jurídicamente) su paternidad, ni siquiera confesarla: no lo sabe, no puede saberlo, y menos asegurarlo. Lo único que puede saber y asegurar son sus relaciones habidas con la madre. Toda valoración de la actitud del `presunto padre' deberá ser consecuente con estas afirmaciones, que creo por ahora indiscutibles. En consecuencia la deducción de la paternidad, su afirmación a efectos jurídicos, está por encima y al margen de su principal protagonista. Viene pronunciada o deriva del juego de una presunción, legal o judicial: una verdadera presunción de paternidad, en mi opinión, que se explica y justifica al igual que la regla pater is est por el mecanismo de la cohabitación causal como dije antes". Rivero Hernández, Francisco, "La presunción de paternidad legítima", 1971, Ed. Tecnos, Madrid, p. 267 y conc. nota 223 en p. 268. Sin duda de que estos comentarios del distinguido autor español han sufrido la modificación de los avances en el campo de la genética, pero lo cierto es que sigue siendo válido que el padre que "reconoce" un hijo, no conoce ser el padre, él conoce que tuvo relaciones con la madre, no menos sin duda, pero no más.

(23) Augusto C. Belluscio lo explica así con meridiana claridad en "Manual de Derecho de Familia", t. II, p. 250, n. 475.

(24) De la Cámara Álvarez, Manuel, "El nuevo Derecho de Familia español", 1982, Ed. Reuss, Madrid, p. 43.

(25) Opinión citada en la nota anterior, p. 45.

(26) Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. en Belluscio y Zannoni, "Código Civil comentado", t. 6, 1986, Ed. Astrea, p. 777.

(27) Belluscio, Augusto C., "Manual de Derecho de Familia" cit., t. II p. 251 n. 477.

(28) Azpiri, Jorge O., "Derecho de Familia" cit., p. 438; Méndez Costa, María J., "La filiación", 1986, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 353 n. 223; Zannoni, Eduardo A., "Derecho de Familia" cit., t. II, p. 480.

(29) Diez Picazo, Luis y Gullón, Antonio en "Sistema de Derecho Civil", vol. IV, 1990, Ed. Tecnos, Madrid, p. 260; Castán Tobeñas, José, "Derecho Civil español común y foral" 1985, Ed. Reuss S.A., Madrid, p. 148; Trabucchi, Alberto, "Instituciones de Derecho Civil", t. I, 1967, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 308. (Aunque cabe destacar que estos dos últimos autores señalan la dificultad para caracterizarlo como "negocio jurídico" en la manera que tradicionalmente usan los autores europeos para referirse al "acto jurídico" de nuestra doctrina). Entre los autores nacionales también existe coincidencia: Belluscio, "Manual de Derecho de Familia", t. II, p. 246 n. 469 in fine 1986, Ed. Depalma; Azpiri, Jorge O., "Derecho de Familia" 2000, Ed. Hammurabi, p. 409; Méndez Costa, María J., "La filiación", 1986, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 214 n. 130.

(30) Belluscio, Augusto C., "Manual de Derecho de Familia" cit., t. II, p. 250 n. 476.

(31) Santos Cifuentes, "Código Civil comentado", t. 4, p. 210 n. 5 "El error hace presumir la razón para errar".

(32) Di Lella, Pedro, "Paternidad y pruebas biológicas", 1997, Ed. Depalma, p. 15; C. Nac. Civ., sala C, LL 1992-B-463.

MATRIMONIO - Nulidad - Vicios del consentimiento - Ocultamiento de cualidades morales - Antecedentes penales.- (C. Nac. Civ., sala D, 25/08/2001 - D., M. N. v. R., O. P. s/nulidad de matrimonio, expte. libre nro. XXX). RDF 2002-20-151.

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los veinticinco días del mes de agosto de dos mil uno, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Excma. Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil, sala D, para entender sobre el recurso interpuesto en los autos caratulados: "D, M. N., v. R. O., P. s/nulidad de matrimonio", el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara doctores Mercante, Martínez Álvarez, Bueres. A la cuestión planteada, el Dr. Domingo A. Mercante, dijo:
La sentencia de fs. 205/209 rechazó la demanda de nulidad de matrimonio contraído por la actora con P. R. O. el 25/3/1997 con fundamento en no encontrar configurado ninguno de los supuestos del art. 175 del CCiv. A fs. 217/222 la accionante vencida expresó sus agravios contra la decisión, los que no recibieron contestación del demandado; a fs. 227/229 dictaminó el señor fiscal de Cámara y a fs. 230 se llamaron estos autos para dictar sentencia definitiva.

I. Resumen de la causa. 1. La demanda. A fs. 12/19 se presentó por su propio derecho M. N. D. promoviendo demanda por nulidad del matrimonio contraído con P. R. O. el 25/3/1997; **funda su derecho en lo dispuesto en el art. 175 del CCiv. referente al error sobre las cualidades de su contrayente, que -dice- desconocía al momento de la celebración.** Que conoció al demandado en su infancia y durante el curso de sus vacaciones sin volver a saber nada sobre él. Que en 1997, al ver una fotografía suya en casa de su madre, la que era amiga de la de su marido, la llamó y se encontraron en una reunión llevada a cabo en casa de esta última, comenzando, a partir de ese momento, a verse a diario. Que encontró en él una gran compañía en razón de haber perdido a su novio después de una relación de tres años, en razón del fallecimiento del mismo. Que el demandado le hizo saber que debía regresar a la ciudad de XXX, y que no quería separarse de ella, por lo que le propuso el casamiento, lo que aceptó de inmediato. Que la noticia fue impactante para ambas familias, dudando sus padres del futuro de la pareja en razón de que el novio había convivido con otra mujer de la que había tenido hijos mellizos, lo que no consideró descalificante de su integridad. Que a poco del casamiento su felicidad comenzó a apagarse ante el comportamiento impropio de su cónyuge, el que se alejaba de su hogar hasta altas horas de la noche regresando ebrio y sometiéndola a actos de violencia y malos tratamientos. Que el 6/1/1998 nació el hijo que esperaba, pero nada hizo cambiar a su marido. Que en razón de que los actos de violencia se incrementaron, tomó la decisión de regresar a casa de sus padres dejando asentado en la comisaría del lugar el hecho y los motivos de su traslado y, **al sentir que había sido defraudada en su matrimonio, comenzó a indagar sobre los antecedentes de su esposo, llegando así a enterarse que había tenido cinco causas penales:** una en la localidad de G., Pcia. XXX (causa XXX), otra en esta ciudad con fundamento en lo dispuesto en el art. 482 del CCiv. (expte. XXX), con una internación dispuesta por el Juzgado Civil nro. XXX, una tercera nro. XXX, por robo tramitada por ante el Juzgado de Instrucción que no cita, una cuarta por hurto por ante el Juzgado de Instrucción nro. XXX, y una última por infracción al decreto-ley 6582/1958 nro. XXX, por ante el Juzgado XXX, Secretaría XXX. **Reconoce que no puede alegar su propia torpeza, pero el art. 175 del CCiv. prevé este tipo de casos al haber ocultado su cónyuge sus verdaderas cualidades personales con el fin de crear una falsa imagen. Afirma que nadie, antes de casarse, averigua los antecedentes penales de su pareja y el error vicia el consentimiento y produce como consecuencia la anulación del acto.** Cita doctrina y jurisprudencia en apoyo de su pretensión tendiente a obtener la nulidad del acto matrimonial.

2. La contestación. A fs. 54/62 el demandado, por su propio derecho, dio contestación a la acción. Practica allanamiento a esta última dando los motivos para hacerlo, desconociendo todo lo afirmado por su cónyuge. Le imputa haberlo obligado a regresar a esta ciudad dejando su trabajo en la de XXX, y ello en razón de que el escaso sueldo que él percibía por su trabajo, que sólo alcanzaba a los $ 700 no le permitían conceder a la actora las comodidades que su familia paterna podía otorgarle. Que él ha criado hijos mellizos nacidos de su unión con otra mujer manteniendo con ellos una relación excelente, siendo éste un hecho que la accionante no desconocía. Describe largamente sus relaciones con su esposa y los parientes de ésta, endilgándole a aquélla los malos tratamientos de los que dice haber sido víctima. Asegura que nunca ocultó su pasado a su cónyuge, y que si bien tuvo varios procesos, debe librarse oficio a los respectivos juzgados a los fines de determinar cómo finalizaron para observar que carecieron de gravedad. Pide se haga lugar al allanamiento y, en caso contrario, se rechace la

demanda que contesta.

3. Las pruebas. No es ocioso recordar que el tribunal no se encuentra obligado a seguir al recurrente en todas y cada una de las cuestiones y argumentaciones que propone a consideración de la alzada, sin tan sólo aquellas conducentes para decidir el caso, y que bastan para dar sustento a un pronunciamiento válido (CSJN, Fallos, 258:304 ; 262:222 ; 263:230), y, por otra parte, los jueces no están obligados a ponderar exhaustivamente todas las pruebas agregadas, sino aquellas que se estimen apropiadas para resolver el caso (CSJN, Fallos, 274:113 ; 280:320 y art. 386 , CPCC).

A fs. 186/191 alegó la actora y a fs. 202/203 dictaminó el fiscal de la instancia anterior.

4. La sentencia. Consideró el a quo, luego de un detenido y profundo análisis de lo dispuesto por los arts. 175 , 220 y 239 del CCiv. y sus interpretaciones en doctrina y jurisprudencia, la totalidad de la prueba arrimada a los autos; las declaraciones testimoniales de D. S. G., K. M. C., M. L. O. y P. R. A.; lo hizo después con los informes y causas penales agregadas y consideró con profundidad y certeza la confesión ficta del demandado y sus alcances, teniéndolo por confeso. Por fin, al referirse a los requisitos exigidos para determinar la existencia del dolo elaborados por la doctrina imperante y su influencia en la consideración del error en las cualidades de la persona, destacó que este último debe resultar excusable de acuerdo a lo normado por el art. 929 del CCiv., es decir que quien invoca el error no haya incurrido en negligencia culpable de la cual provenga su ignorancia de la verdad; que contrajo matrimonio -como ella lo afirma- al mes y medio de noviazgo, y que al serle propuesto aquél "no dudó en aceptar", refiriéndose a las condiciones espirituales de la actora al proceder de ese modo, concluyendo en que "no ha probado el supuesto de error o dolo previsto en el art. 175 del CCiv., ni que P. R. O. hubiere logrado beneficio alguno al contraer matrimonio con la actora", por lo que, para adoptar una decisión de la trascendencia de la que se trata "debe apreciarse razonablemente la unión que se contrae" en los términos del art. citado, echando por tierra la posibilidad de invocar un error justificable, por lo que finaliza rechazando la demanda.

5. Los agravios. Largamente se extendió la actora en la fundamentación de su queja. Manifiesta que el sentenciante ha incurrido en un error de base al asumir que la demanda se basa en el cambio de actitud del demandado después del matrimonio, cuando en realidad lo fue en la ocultación de sus actividades delictivas, las que, de haber las sabido, la actora no se hubiera unido al demandado. Que éste ocultó en forma intencional y maliciosa su tortuoso pasado y su adicción a las drogas. Que de ello surge el dolo traducido en el ocultamiento, y no puede obligarse a una persona a vivir toda su vida ligada en matrimonio cuando fue víctima de engaños de esa magnitud. Que la sentencia muestra ribetes moralistas con apreciaciones estrictamente subjetivas. Que el hecho, en virtud de las consideraciones efectuadas en la sentencia, está probado a pesar de las negativas del demandado. Que al hacer referencia a las causas criminales promovidas contra el requerido, afirmó que eran ignorados por su cónyuge, haciendo igual razonamiento con referencia a la adicción a las drogas del esposo. Que se ha hecho caso omiso de que, como surge de la causa de XXX, al momento del casamiento el demandado tenía pedido de captura. Que el Dr. Belluscio, al estudiar el tema, examinando los casos probables y más comunes, hace referencia a situaciones similares, de gravedad tal, que de haber sido conocidas antes del matrimonio éste no se hubiera celebrado. Que la sentencia fuerza la interpretación de los hechos al sostener que en la actora hubo negligencia culpable, sin tener en cuenta que constituye una situación moral y social violenta requerir al prometido el presente certificado de carencia de antecedentes penales. Que aun admitiendo lo escaso del período de noviazgo antes de contraer matrimonio, lejos está de ser increíble o extraño. Que el error ha sido justificable, pues es materialmente imposible para cualquier persona descubrir este tipo de cosas si la otra se propone ocultarlas. Que no se advierte por qué el fallo exige la obtención de un beneficio por parte de R., porque sólo él sabe qué motivos o provecho obtendría de su oscura actitud. Que en el caso hubo error y dolo, por lo que solicita la revocatoria de la sentencia haciendo lugar a la demanda.

A fs. 227/229 dictaminó el fiscal de Cámara, y a fs. 230 se llamaron los autos para dictar sentencia definitiva.

II. La revisión. El art. 175 del CCiv. prescribe que "vician el consentimiento la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente. También lo vicia el error acerca de cualidades personales del otro contrayente si se prueba que, quien lo sufrió, no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido el estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía...". A su vez, el art. 220 califica de "nulidad relativa" al matrimonio cuando "fuere celebrado adoleciendo el consentimiento de alguno de los vicios a que se refiere el art. 175 " (inc. 4º). Al referirse al error acerca de las cualidades personales del otro contrayente, la ley admitió, a los efectos de la nulidad, el error cualitatis. Este error, para ser admitido como vicio de la voluntad, debe recaer sobre aspectos esenciales, es decir, debe ser grave, determinante -porque de haber conocido la verdad, quien lo invoca no

habría consentido el matrimonio- y excusable (art. 929 del CCiv.). Esto último porque a la víctima le es exigible una mediana diligencia para no caer en él (Bueres - Highton, Código Civil. Análisis doctrinario..., Hammurabi, Buenos Aires, 1995, 1, ps. 869 y 1017). Enfrentado el juez a la petición de las partes de la nulidad matrimonial con tales fundamentos, sólo le queda examinar "si se ha probado la versión que de las circunstancias fácticas se ha dado" (Colombo, Carlos J., Código Procesal anotado y comentado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, III-332), haciendo aplicación de la ley a los hechos de la causa para determinar la verdad jurídica objetiva (CSJN, 16/2/1999, en "San Martín Aguiar y ot."). Dentro del ámbito del art. 386 del Código Procesal.

La actora es nacida en 1962 (Partida de fs. 3), tenía 28 años de edad y se encontraba angustiada debido al fallecimiento de su novio en fecha relativamente reciente. En tales circunstancias conoció al demandado, el que, a poco de formada la relación le propuso matrimonio, el que contrajeron 45 días después del reencuentro, pues se habían conocido de pequeños. Tanto ella como sus padres tenían conocimiento de que el novio había mantenido relaciones concubinarias con una mujer en XXX, de cuya unión nacieron hijos mellizos, lo que llevó a aquellos últimos a desaconsejar a su hija el matrimonio en ciernes. Celebrado por fin el acto matrimonial, y al encontrarse embarazada un mes después, contrajeron matrimonio eclesiástico. Regresado el demandado a XXX a fines de mantener su trabajo, quedó ella residiendo en la ciudad de XXX, mientras él lo hacía en la de XXX por razones laborales. Venidos luego a la ciudad de P., de la provincia de XXX, relata los malos tratamientos a los que la sometía su esposo, lo que describen las testigos M. L. O. a fs. 157, P. R. A. a fs. 168 y R. S. P. de P. a fs. 172 por medio de exhortos librados a la jurisdicción de la provincia XXX, lo que impulsa a la actora a tomar la decisión de abandonar su hogar, radicándose en casa de sus padres. Desilusionada de las consecuencias de su matrimonio, comienza a practicar averiguaciones sobre la personalidad de su marido, obteniendo por resultado la protagonización, por parte del mismo, de varias causas penales: "R. O. P. s/art. 482 del CCiv.", tramitada ante el Juzgado Nacional en lo Civil nro. XXX, por adicción a estupefacientes, habiendo sido ingresado a la Unidad 20 del Hospital Borda por tener una causa por el delito de robo; las que llevan los nros. XXX, XXX y XXX ante el Juzgado de Sentencia en lo Correccional XXX del Departamento Judicial de XXX y la última de ellas ante el de Primera Nominación XXX, constancias de todo lo cual tengo para este acto a la vista, surgiendo que ya desde su minoridad el demandado fue procesado y sufrido prisión preventiva por el delito de robo de automotor, todo lo que trae a la actora a promover esta nulidad con los fundamentos antes anotados.

No he analizado el contenido de las declaraciones testimoniales ante referidas en razón de que hacen cita de los motivos que llevaron a la actora a practicar las averiguaciones que la condujeron a obtener las actividades de su cónyuge antes del casamiento, que es lo verdaderamente esencial para tomar decisión en el caso, determinando -si las probanzas arrimadas lo permiten- si existió el error alegado al contraer la actora matrimonio con el demandado.

La disposición citada del art. 175 del CCiv. permite interpretar que el vicio consensual del dolo no está limitado al caso en que provoca error acerca de la persona del otro contrayente o de sus cualidades personales. Puede también relacionarse con circunstancias vinculadas con la unión por contraer, siempre que se trate de maniobras que realmente vicien el consentimiento de quien las sufre, es decir que, según el orden normal de las cosas pueda razonablemente suponerse que -de no haber existido el dolo- el consentimiento matrimonial no habría sido prestado (Belluscio, C. A., Manual de Derecho de Familia, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 211, parág. 109). El fundamento de la nulidad de los actos viciados por dolo es el hecho ilícito, el acto repugnante a la moral, y para determinar su existencia se aplican los principios generales establecidos en los arts. 931 y ss. del CCiv. para los actos jurídicos (Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil, 9ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1993, "Familia" , I-116); "toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee" para conseguir la celebración del matrimonio (art. 931 cit.), como igualmente la omisión dolosa, es decir, "reticencia u ocultación dolosa" (art. 933), que existe si se ocultan circunstancias que habría deber moral o de conciencia de explicar.

Por aplicación del art. 932 , para que el dolo vicie el consentimiento matrimonial es preciso: Que sea grave (inc. 1º); que sea la causa determinante del acto (inc. 2º); que no haya habido dolo por ambas partes (inc. 4º). Señala Belluscio (Manual..., cit., p. 212) que en cuanto al inc. 3º -que haya ocasionado un daño importante- resulta superfluo con relación al matrimonio, donde el daño resulta, simplemente, de haberse contraído el matrimonio como consecuencia de una acción u omisión dolosa, quedando la víctima ligada por un vínculo que no habría deseado de no mediar el engaño.

Sí revisten importancia las condiciones impuestas en los dos primeros incisos del artículo en comentario. Con respecto a la gravedad del dolo (inc. 1º) los artificios y astucias deben ser de tal índole que la víctima haya podido ser engañada no obstante haber actuado prudentemente, no extendiendo la protección al que incurre en negligencia

culpable. En cuanto al segundo -causa determinante del acto- quien invoca el engaño debe demostrar que de no haber mediado el dolo no habría consentido el matrimonio, no sólo en su propia apreciación objetiva, sino también ponderada desde un punto de vista objetivo la razonabilidad de su probable actitud frente al conocimiento de la verdad.

Destaqué las palabras "no haber actuado prudentemente" en virtud que resulten, al fin, las que determinaron en el caso el rechazo de la demanda, es decir, la negligencia culpable adjudicada a la actora en conocer las condiciones morales de la persona con la cual iba a contraer matrimonio.

"Descuido o ligereza" señala Belluscio en esa actividad (Manual..., cit., p. 212); "mediana diligencia" pide Bueres (Bueres - Highton, Código..., cit., p. 866, parág. 3º). Para que el dolo sea calificado de grave, se requiere que en la persona que lo sufra no hubiera habido negligencia culpable: debe afectar a alguien que ha obrado con prudencia normal (esta sala, 8/6/1978, "R. B., C. D. v. M. de R. B., G. T.", LL, 1979-B-238), así, no quedan amparados la negligencia, el descuido o la ligereza en el actuar de quien por eso no descubre el ardid.

El señor juez a quo consideró apresurado el matrimonio celebrado a consecuencia de la proposición del demandado 45 días después de haberse reencontrado la pareja (fs. 209) plazo durante el cual "ninguna persona puede razonablemente llegar a conocer a otra con profundidad como para asumir un proyecto de vida, como es el matrimonio", afirma en la sentencia. Yo agregaría algo más: sus padres le desaconsejaron el casamiento en razón de conocer la anterior unión con una mujer con la que el futuro contrayente había resultado padre de mellizos (fs. 13 del escrito de demanda). Cabe entonces hacer análisis de ambas causas aparentemente demostrativas de negligencia culpable de la actora y con fundamento en las máximas de la experiencia que la doctrina, con base en lo dispuesto en el art. 386 del Código Procesal admite expresamente.

Una soltera de 28 años de edad -la que ignora la juventud que posee- se siente en las puertas de pasar de aquel estado al de "solterona"; la experiencia demuestra que es un temor genético en las mujeres; un sentimiento de falsa frustración que las va invadiendo con prisa y sin pausa, y que fácilmente puede impulsarla a aceptar una proposición matrimonial al cabo de un noviazgo de 45 días, especialmente con alguien a quien conoció durante su infancia, lo que lleva a suponer válidamente a cualquier ser humano que tal amistad es de "toda la vida". Con respecto al consejo paterno, aquellas máximas de experiencia también enseñan que antes que dejar de insistir en sus propósitos al aconsejado, más bien significan un aliciente para lograr la concreción de sus intenciones, lo que diario e históricamente es comprobable desde Romeo y Julieta, y aun desde antes si nos detenemos en el reexamen de la historia. En cuanto a la unión y paternidad anteriores del proponente no son capaces tampoco de desviar a la novia de sus prontas concreciones matrimoniales, situación en la que se encuentran excusas válidas para todo; la unión de un soltero con otra mujer no es reprobable para todos; un nacimiento producto de ella es inevitable para algunos; hasta llega a pensarse que puede ser un buen padre.

La aceptación prematura aparece así, en principio, como una actitud inexcusable, y puede conducir a la contrayente a un sinnúmero de sorpresas: que el marido resulte víctima de soberbia, de falta de contracción al trabajo, amante de las ironías injuriantes, etc., nunca merecedoras de una nulidad matrimonial, pero pocas veces puede la mujer esperar o suponer que haya sido procesado por robo y hurto o por adicción a los estupefacientes al extremo de padecer las sanciones del art. 482 del CCiv. terminando internado por disposición de las autoridades policiales. Por lo demás, ¿qué actitud diligente puede pedirse a una novia antes de contraer matrimonio? ¿Acaso la de solicitar a los Registros de Régimen Penal y Carcelario de Todas las provincias del país informes sobre su prometido? Por cierto que además de ser ésta una actividad casi imposible para un ciudadano común, sería también altamente injuriante. "De eso no se habla", diría una autora de guiones cinematográficos, y por cierto que el delincuente no se sentiría movido a confesarlo a su futura esposa antes del casamiento.

Borda (Tratado..., cit., ps. 116/117), conocido en su calidad de excepcional tratadista como renuente a la admisión de nulidades matrimoniales, ofrece el siguiente ejemplo: "El engaño sobre las cualidades morales no basta, en principio, para provocar la nulidad; tal el caso del hombre mentiroso, ebrio habitual, malvado, etc., que se presenta como virtuoso; pero si mediara una condena infamante y se hace pasar como persona de antecedentes irreprochables, procede la nulidad". Lo expuesto me conduce a concluir en que no ha habido "descuido o ligereza" en la actora para aceptar la proposición matrimonial, y que se encontraba justamente agotada la "mediana diligencia" conducente a estimar a su futuro marido como una persona de valías corrientes; quizás no sin defectos, pero nunca poseedor de los antecedentes que la condujeron al error -doloso por la ocultación- de sus cualidades morales.

En cuanto hace al requisito del inc. 2º del art. 932 citado, que el dolo "haya sido la causa determinante de la acción", la maniobra dolosa debe haber sido la razón por la cual la víctima se inclinó a otorgar el acto, considero que queda ampliamente satisfecho con las actitudes examinadas en el párrafo precedente con el ocultamiento por parte del demandado de sus cualidades morales, las que, ponderadas desde un punto de vista objetivo, hace razonable la actitud de la actora frente al conocimiento de la verdad, por lo que debe ser aceptada su petición.

En virtud de todo lo expuesto y considerado, oído el fiscal de Cámara y si mi criterio resulta aceptado, propongo la revocatoria de la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda interpuesta por M. N. D., decretando la nulidad de su matrimonio contraído con P. R. O. registrado, según la Partida de fs. 11 bajo el Acta XXX del T. XXX al Folio XXX del año 1997 en la Delegación XXX. En razón del allanamiento practicado a fs. 54/62, las costas se declaran en el orden causado (art. 70 del Código Procesal).Así lo voto.

Los señores jueces de Cámara, Dres. Martínez Álvarez y Bueres, por análogas razones a las aducidas por el juez de Cámara Dr. Mercante votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.
Con lo que terminó el acto.Buenos Aires, agosto 21 de 2001.Y vistos: Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se resuelve: revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda interpuesta por M. N. D. decretando la nulidad de su matrimonio contraído con P. R. O. registrado según la Partida de fs. 11. En razón del allanamiento practicado a fs. 54/62, las costas se declaran en el orden causado (art. 70 del Código Procesal). Notifíquese y devuélvase.- Domingo A. Mercante.- Eduardo M. Martínez Álvarez.- Alberto J. Bueres.

SUMARIO - DERECHOS PERSONALISIMOS. Derecho a la planificación familiar. Derecho a disponer del propio cuerpo. Mujer de bajos recursos económicos. Solicita autorización para realizar ligadura de Trompas de Falopio

Expte. 2935 - "G. G., María Teresa s/ accion de amparo" - TRIBUNAL EN LO CRIMINAL N° 1 DE NECOCHEA (Buenos Aires) - 07/06/2002

"Concluyo entonces en la obligación-deber -en este caso del Estado Municipal- de proveer a la amparista los medios necesarios para concretar su voluntad de que se le liguen la Trompas de Falopio, evitando de ese modo, para lo sucesivo, volver a quedar embarazada.

Deseo señalar -y debería ser hecho conocer a las autoridades sanitarias municipales- que en la medida que decisiones de la índole de las que nos ocupa resulten el producto de la libre voluntad debidamente informada del interesado, tornan innecesario el requerimiento de autorización judicial alguna, ya que como dispone el Art. 19 de la C.N. "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados".

Todo lo cual se enmarca en la verdadera dimensión constitucional de la dignidad humana, y el libre desarrollo de la personalidad, a ejercer libremente su opción de vida." (Del Voto del Dr. Juliano)

TEXTO COMPLETO

///en la ciudad de Necochea, a los 07 días del mes de junio de 2002, se reúne el Tribunal en lo Criminal Nº 1 a los fines de celebrar Acuerdo en los autos caratulados: "G. G., María Teresa s/ ACCION DE AMPARO" (Expte. Nº 2935)), donde, producto de las deliberaciones realizadas y en el que se practicó el sorteo prescripto por el artículo 168 de la Constitución de la Provincia, resultó del mismo que la votación debía ser en el orden siguiente: Mario Alberto Juliano, Alfredo Pablo Noel y Luciana Irigoyen Testa.-

ANTECEDENTES.-

Se presenta la señora María Teresa G. G. con el patrocinio letrado de las Dras. Andrea FAVORETTI y María Silvina RICCI con el objeto que se le autorice la realización de una intervención quirúrgica de ligadura tubaria o de trompas.-

Aduce que el Jefe del Servicio de Tocoginecología del Hospital Municipal local, el Dr. Carlos G. Wall, se niega a realizar dicha práctica.-

Dice que dicha negativa agrede derechos constitucionales de los cuales es titular, como la libertad de disponer de su propio cuerpo y los derechos a la planificación familiar, a la autonomía, a la dignidad humana y a la igualdad, toda vez que dichas prácticas se realizan sin inconvenientes en los establecimientos privados, a los cuales no puede acceder en función de su condición económica.-

Al describir su situación familiar, manifiesta que actualmente se encuentra esperando a su sexto hijo, siendo los demás Jesús de 16 años y Divana de 15, que actualmente se encuentran en Chile con sus guardadores, ya que la situación económica que atraviesa le impide tenerlos consigo, y Ever de 4 años, Kevin de 2 y Catrielde 1.- Que estos 3 últimos hijos -junto al que espera- son de su segundo matrimonio.- Adjunta documental que acredita sus vínculos familiares.-

Dice que el resto de los métodos anticonceptivos han sido infructuosos, ya que en general los rechaza su organismo.-

Sostiene que se encuentra desamparada, ya que su marido se encuentra desocupado, que sólo realiza changas y que recibe alguna ayuda del Estado (Plan Vida y Plan Materno) que le permite atender sus necesidades mínimas.- En tal sentido, ha sido agregado un informe socioeconómico de la causante realizado por intermedio del Consultorio Jurídico Gratuito del Colegio de Abogados Departamental que da cuenta de la precaria situación por la que atraviesa la familia de la amparista.//

Termina afirmando que la "ligadura de trompas" resulta el mejor método para evitar futuros embarazos, lo cual contribuiría a cimentar su situación familiar, de salud y económica, siendo que a su modo de ver ello no sería mutilante ni esterilizante, ya que en caso de desear una nueva concepción se podría realizar una "desligadura", o una fertilización asistida o recurrir a técnicas de "permeabilización".-

Como medida de mejor proveer -y según luce a fs. 69, el Tribunal hizo comparecer ante su presencia a la amparista y a su señor esposo, el señor Lucas E. E. Ambos, mayores de edad, ratificaron la presentación judicial y manifestaron encontrarse debidamente informados de los alcances y consecuencias de lo que solicitaban, reiterando su voluntad que se acceda a lo solicitado.

Inmediatamente después, se hizo comparecer al Jefe del Servicio de Tocoginecología del Hospital Municipal, el Dr. Carlos G. Wall, quien -como luce a fs. 71- en resumidas cuentas manifestó no tener antecedentes del caso concreto para diagnosticar la situación, por lo que el Tribunal ordenó la práctica de una completa revisación sobre la persona

de la causante.-
A fs. 72 luce el informe del Dr. Ricardo Alfredo Pérsico, quien ha determinado que la fecha presuntiva del parto sería para el 21 de julio del corriente año.- No advierte que existan riesgos en la salud de la paciente ante futuros embarazos y dice que los métodos anticonceptivos podrían ser los habituales, que normalmente provee el Hospital. Dice que es muy difícil revertir una ligadura de trompas.
Corrido traslado del informe hospitalario a la amparista, agrega un certificado suscripto por el Dr. Carlos A. Fucile -médico de la Sala de Salud del Barrio Norte donde se asiste la causante- quien dice que el embarazo es "de riesgo" por su condición familiar.
En otro orden, cuestiona al informe hospitalario, refiriendo que el "riesgo" no debe ser evaluado estrictamente en relación a la salud de la paciente, sino en el contexto familiar en el cual se inscribe. Pone en tela de juicio que el Hospital Municipal se encuentre en condiciones de proveer de métodos anticonceptivos. Reitera su convicción de que el método solicitado es el más conveniente para su situación.
En función de los aludidos antecedentes se resolvió plantear y votar la siguiente cuestión:- ¿Debe hacerse lugar a la acción de amparo que se intenta, caso afirmativo, qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. JULIANO DIJO:-
El caso precedentemente reseñado entraña la posibilidad de ejercer actos soberanos sobre el propio cuerpo, como resulta ser una ligadura de trompas, que impedirá a la causante en lo futuro la concepción de nuevos hijos.
En esta temática existe prolífica doctrina y jurisprudencia que reafirma y protege los derechos personalísimos del individuo, tanto en su versión negativa (rechazo de prácticas médicas) como positiva (solicitud de prácticas médicas), lo que afortunadamente me eximirá de extenderme en aspectos conceptuales que hoy por hoy se encuentran generalmente reconocidos y aceptados.
A partir del conocido caso "BAHAMONDEZ" la C.S.J.N. acuñó una importante doctrina, que comparto y en lo que al caso interesa podríamos resumir de la siguiente manera: todo individuo cuenta con la prerrogativa de disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida y de cuanto le es propio, esfera de señorío que sólo se encuentra sujeta a su voluntad y es protegida por el art. 19 de la Constitución Nacional.
Dicha plataforma ideológica asigna a la amparista en forma incuestionable el derecho a obtener la práctica médica que requiere, en tanto y en cuanto, como ha quedado plasmado en autos, comporta una voluntad debidamente informada, es decir, conocedora en plenitud de los alcances que dicha decisión implica.
Considero que para el caso que nos ocupa no es necesario poseer un conocimiento científico ni de sofisticada elaboración, siendo suficiente el que puede contar la causante, que se exterioriza en su voluntad de no volver a quedar embarazada, lo que será la lógica consecuencia de la práctica médica que requiere.
El derecho a la autodeterminación y a la elección del proyecto de vida individual, torna innecesario y abstracto considerar si la decisión adoptada por la amparista encuentra justificación en el riesgo que para su salud pueden significar futuros embarazos o las dificultades que le puede acarrear en la vida cotidiana el aumento de su núcleo familiar, según se ha propuesto en la causa.
Ahora bien, ¿tiene el Estado la obligación de proporcionar la asistencia reclamada?
Adelanto mi respuesta positiva al interrogante, ya que a los fines de materializar el derecho a la planificación familiar (art. 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer), que de no exteriorizarse en actos concretos como el que nos ocupa, quedaría reducido a una mera declaración de principios, sin efectividad conducente de ninguna naturaleza.
Concluyo entonces en la obligación-deber -en este caso del Estado Municipal- de proveer a la amparista los medios necesarios para concretar su voluntad de que se le liguen la Trompas de Falopio, evitando de ese modo, para lo sucesivo, volver a quedar embarazada.
Deseo señalar -y debería ser hecho conocer a las autoridades sanitarias municipales- que en la medida que decisiones de la índole de las que nos ocupa resulten el producto de la libre voluntad debidamente informada del interesado, tornan innecesario el requerimiento de autorización judicial alguna, ya que como dispone el art. 19 de la C.N. "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". Todo lo cual se enmarca en la verdadera dimensión constitucional de la dignidad humana, y el libre desarrollo de la personalidad, a ejercer libremente su opción de vida.
Propicio entonces se declare el derecho de la señora María Teresa G. G. a realizar sobre su persona la intervención quirúrgica para ligar sus Trompas de Falopio, ordenando en consecuencia a la autoridades del Hospital Municipal "Dr. Emilio Ferreyra" de esta ciudad se le realice dicha práctica médica en ocasión del parto que presuntivamente habrá de dar tener lugar día 21 de julio del corriente año -si se realiza cesárea- o luego del mismo, en la primer oportunidad que médicamente se establezca, a cuyos fines se deberá programar la actividad necesaria para tales fines y por el método mas indicado, según las reglas del arte de curar.

A la cuestión planteada, voto por la AFIRMATIVA, por ser ello mi sincera y razonada convicción (arts. 16, 19 y 75.23 C.N. y 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer).-

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DR. NOEL DIJO:-
Comparto lo expuesto por el colega que lleva la voz cantante, sólo me permitiré agregar someros conceptos sobre la cuestión.
El caso se debe analizar a la luz de las normas superiores que conforman la Constitución Nacional, los pactos internacionales que se incorporan en el año 1994 en su mismo rango, en la Constitución Provincial y de los principios bioéticos universalmente admitidos.
Para los arts. 19 y 75 inc. 19 de la Constitución Nacional, la intervención quirúrgica solicitada no controvierte derechos ajenos y, en ese marco legal, deviene inobjetable la decisión de no tener más descendencia, amparada en el ámbito de su privacidad, toda vez que no es susceptible de ofender el orden y la moral pública la elección de un método que no es más que uno de los métodos de anticoncepción -el más seguro-, al que puede acudir en ejercicio de una decisión individual una mujer de 39 años de edad, basada en razones personales -elevado número de hijos y apremios económicos-, que bien pueden ubicarse en el ámbito de la maternidad responsable y la protección de la familia consagrada en la Norma Fundamental y los tratados internacionales, reafirmado por el art. 36 inc. 1 y 8 de la Constitución provincial
La ligadura de trompas no es irreversible en el 80 % de los casos, no implicando cercenamiento sino obstrucción de la trompa, agregando asimismo que son aplicables los métodos de fertilización asistida, incluso a las mujeres con ligazón tubaria a los cuales puede recurrir si es su deseo concebir un nuevo hijo, lo que puede hacerse en un hospital público (vbg. Hospital de Clínicas de Buenos Aires), con lo cual evidentemente se pone de relieve que la mujer siempre estará en condiciones de procrear, no se está en presencia de una lesión gravísima en función de la ligazón de trompas de falopio explicitado.
No es aplicable para resolver el caso lo normado por la ley 17.132 ni el decreto provincial Nº 5413/58, sino que expresamente afirmo que, desde el punto de vista médico, la intervención no tiene características esterilizantes ni mutilantes (opinión Dr. Nicholson, cit. en Resolución 223/00 de la Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires;; BLANCO, Luis G., en "Esterilización terapéutica de adultos capaces", ED., t 161 p. 211).//
Voto en idéntico sentido y por iguales fundamentos que el Dr. Juliano, por la AFIRMATIVA, por ser ello también mi sincera y razonada convicción (arts. 16, 19 y 75.23 C.N. y 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer).-

A LA MISMA CUESTION LA SEÑORA JUEZ DRA. IRIGOYEN TESTA DIJO:-
Voto en idéntico sentido y por iguales fundamentos que el Dr. Juliano, por la AFIRMATIVA, por ser ello también mi sincera y razonada convicción (arts. 16, 19 y 75.23 C.N. y 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer).-

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente RESOLUCION:-
I.- DECLARAR el derecho de la señora María Teresa G. G. a realizar sobre su persona una intervención quirúrgica para ligar sus Trompas de Falopio, ordenando en consecuencia a la autoridades del Hospital Municipal "Dr. Emilio Ferreyra" de esta ciudad se le realice dicha práctica médica en ocasión del parto que presuntivamente habrá de dar tener lugar día 21 de Julio del corriente año -si se realiza cesárea- o luego del mismo, en la primer oportunidad que médicamente se establezca, a cuyos fines se deberá programar la actividad necesaria para tales fines y por el método mas indicado, según las reglas del arte de curar (arts. 16, 19, 43 y 75.19 y 23 C.N.;; 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y 20 de la Constitución Provincial).-
REGISTRESE, NOTIFIQUESE a la amparista y al establecimiento hospitalario con copia certificada completa del presente, y cumplido ARCHIVESE.-

Fdo.: Dr. Mario Alberto Juliano - Dr. Alfredo Pablo Noel - Dra. Luciana Irigoyen Testa

SUMARIO

DERECHO A LA IDENTIDAD. Menor de edad. Hijos de desaparecidos durante la dictadura militar. Extracción de sangre - S.C. G. 449 L.XXXI - "G., Mirta Liliana s/ querella" - CSJN - 27/12/1996

"La realización de la prueba de histocompatibilidad - cuando está en juego la identidad de un menor - no afecta derechos fundamentales como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen.

El empleo de la coacción estatal no se dirige, en el caso en que se dispuso la extracción de sangre de un menor cuya identidad está en juego, a los eventualmente imputados de los delitos investigados, por lo que no puede considerarse que pueda existir relación alguna entre la medida ordenada y el principio de inocencia vigente en nuestro sistema penal.

Al no afectar la extracción de sangre dispuesta ninguna garantía constitucional, negar su cumplimiento importaría desconocer lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por ley 23849 e incorporada a la Carta Magna en el Art. 75, inc. 22 por la reforma del año 1994, lo que podría ocasionar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos."

TEXTO COMPLETO

Suprema Corte:

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, de esta ciudad, confirmó lo resuelto por el magistrado de primera instancia en cuanto dispuso la realización de un examen de histocompatibilidad, a fin de determinar si el menor G. H. G., es hijo biológico del matrimonio integrado por M. M. de G. y M. G.//

Contra dicho pronunciamiento la Defensora Oficial ante los Tribunales Federales, ejerciendo la representación del menor mencionado, interpuso recurso extraordinario a fs. 311/315, el que fue concedido a fs. 329.

-I-

Los hechos que se investigan en las presentes actuaciones, han consistido en la separación de un niño recién nacido de su padres D. A. C. y A. E. A. de C. (hoy desaparecidos)), mientras éstos se encontraban detenidos durante la última dictadura militar. Según datos aportados por los representantes de V. A. C., abuelo paterno del menor y querellante en la causa, el niño víctima de la retención u ocultamiento y de la supresión de su estado civil, podría encontrarse en poder del matrimonio constituido por V. R. y A. M. D. de B. o del constituido por G. G. y M. M. de G. Cabe destacar aquí, que se ha ordenado ya y practicado en autos, un examen de histocompatibilidad entre el matrimonio B. y la persona que aparece inscripta como su hijo, acreditándose con total certeza que se trata efectivamente de su descendiente. Distinta es la situación con el matrimonio G., pues ha sido expresa su oposición a dicho examen y a través del recurso extraordinario que nos ocupa, la representante del menor impugna la realización de esa diligencia.

-II

La recurrente tacha de arbitrario lo resuelto por el a quo, descalificándolo como acto jurisdiccional válido, pues considera que menoscaba expresas garantías constitucionales, al violar el derecho a la intimidad, a la salud, a la integridad física y a la libre determinación, lesionando además el derecho de defensa en juicio (arts. 16, 18, 19 y 75 inc. 22° de la Constitución Nacional). Sostiene que la medida dispuesta carece de sustento en elementos probatorios que la justifiquen, y que de tal forma la pretensión de la querella adolece de verosimilitud y razonabilidad.

Cita en apoyo de su argumentación las consideraciones elaboradas por V.E. al fallar en el caso "Muller" (Fallos: 313:1113) y solicita la revocación del auto impugnado.

-III

En tales condiciones, estimo que el recurso de que se trata resulta admisible y ha sido bien concedido por el a quo, toda vez que la decisión atacada, por su naturaleza y consecuencias pone fin a la cuestión federal articulada sobre

el punto por quien ejerce la representación legal del menor y causa un gravamen de insusceptible reparación ulterior, por lo que reviste entidad suficiente para ser equipada a sentencia definitiva a los fines del Art. 14 de la ley 48.
Ahora bien, en otro orden de cosas, no desconozco que V.E. se ha pronunciado recientemente -confirmando la medida que se impugnaba-, en un caso donde era también cuestionada la realización compulsiva de una prueba hematológica de compatibilidad, y un menor resultaba víctima de los delitos investigados (confr. causa H.91. L.XXIV "Hazán, Gustavo Salvador y otro s/ apelación de medidas probatorias -causa N° 197/90-", resuelta el 4 de diciembre de 1995).
En esa oportunidad, sostuvo V.E. la procedencia de la diligencia pues surgía en forma indubitable que el estudio ordenado guardaba relación directa con el objeto procesal de la causa, era conducente para el esclarecimiento de los hechos y no excedía los límites propios del proceso en que fue dispuesto -arts. 178, 180 y 182 del Código de Procedimientos en Materia Penal- (consid. 7°, fallo citado).
En respuesta a los agravios allí introducidos, dijo esa Corte "que tampoco se observa la afectación otros derechos fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen" (consid. 10°).
Agregó que "por no constituir una práctica humillante o degradante, la intromisión en el cuerpo que la medida dispuesta importa, se encuentra justificada por la propia ley (arts. 178, 207 y 322 del Código de Procedimientos en Materia Penal), pues en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia" (consid. 11°, segundo párrafo).

-IV

En relación con el caso que nos ocupa, opino que las claras consideraciones expuestas tendrían plena aplicación si la medida impugnada fuera el resultado de una labor investigativa previa que permitiera sospechar fundadamente que, al menos, G. H. G. no es hijo biológico de quienes aparecen como sus padres, y que podría tratarse del niño que dio a luz A. E. A. de C. mientras se encontraba privada de su libertad.
Pero como se advierte claramente de la lectura de la causa, no surge que desde su iniciación se hubieran ordenado o producido medidas de prueba en esta dirección, con lo cual puede afirmarse, sin hesitación alguna, que el examen de histocompatibilidad encuentra apoyatura sólo en los dichos de los denunciantes. Dichos que, si bien de su veracidad no corresponde dudar, demuestran cierto grado de inseguridad y falta de respaldo probatorio, ya que no puede resultar suficiente en este sentido la simple transcripción de un informe de origen desconocido, que afirma que al menor "lo tienen desde el 78, 'lo adoptaron' en la misma época de los militares, después del mundial de fútbol" (confr. fs. 92). Adviértase que ya desde el inicio, la querella presentó como posibles tenedores del menor a dos matrimonios sin dar mayores razones de su ambigua imputación, y que pese a ello, el juez de primera instancia ordenó la realización del examen respecto de la familia B., que arrojó el resultado obrante a fs. 234/241, demostrativo de lo endeble de los informes anónimos citados por los denunciantes.
Ahora bien, si V.E. ha entendido -aunque en un proceso de distintas características fácticas- que la extracción compulsiva de sangre a un menor para la realización de una prueba como la cuestionada, presupone ejercer cierto grado de violencia -por mínima que sea sobre su cuerpo, lo que de por sí invada su esfera íntima, restringe su libertad en cuanto más ella tiene de esencial -esto es la disponibilidad del propio cuerpo- y comporta una lesión a la integridad física del niño, bien jurídico, este último que la doctrina del Tribunal -en punto al resarcimiento del daño causado- estima susceptible en sí mismo de tutela (Fallos: 313:1113, consid. 20° y sus citas), considero que resulta ineludible para avanzar sobre tan valiosos bienes, justificar adecuadamente la razonabilidad de la medida dispuesta.
Podrá el señor juez de la causa ordenar cuantas medidas de prueba considere pertinentes, para conformar el plexo probatorio o indiciario acorde con la medida que hoy se cuestiona (acreditar el estado de embarazo de la madre, las circunstancias de nacimiento del menor -repárese en que habría sido en su domicilio y que el mismo se sitúa en un edificio-, la atención médica recibida antes, durante y después del parto, etc.), sin ello, a mi criterio, la decisión no aparece como una derivación razonada del derecho vigente y de las circunstancias probadas de la causa. Es por ello que, ante la orfandad probatoria ya expuesta, aparece como irrazonable, por el momento, la producción de la medida recurrida, toda vez que, aun cuando el proceso penal, como ya se dijo, presenta características propias por la incidencia del interés de la sociedad en la investigación y castigo de los delitos, ese interés no autoriza, a mi modo de ver, que sólo a partir de los dichos de los querellantes, se avance sin más sobre los derechos a la intimidad, a la libertad de disposición corporal y a la integridad física, los cuales se verían menoscabados por la realización de una medida de prueba que, en tales condiciones no aparece racionalmente justificada.

-V-

Por lo expuesto, considero que V.E. debe declarar procedente el recurso y revocar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 19 de julio de 1996.

Fdo.: ANGEL NICOLAS AGÜERO ITURBE

Buenos Aires, 27 de diciembre de 1996.

Vistos los autos: "G., Mirta Liliana s/querella".

Considerando:

1°) Que D. A. C. y A. E. A. de C., para entonces embarazada, fueron privados de su libertad en noviembre de 1977 y conducidos a distintos centros clandestinos de detención donde la última dio a luz un varón en marzo de 1978 (ver sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, casos Nros. 402 y 499, publicada en Fallos: 309:1116 y 1240). Por otra parte, G. H. G. habría nacido el 20 de abril de 1978, asistido por la partera R. P. (ya fallecida, fs. 127/128), según surge de la partida y el certificado de nacimiento obrantes a fs. 72/73, 95. Ello habría ocurrido en el domicilio de M. G. y M. M. de G., quienes sostuvieron que se trataba de su hijo biológico y negaron que el menor fuese víctima de sustracción, retención o alteración de su estado civil.

2°) Que a fs. 270 el fiscal solicitó la realización de un examen inmunogenético a la familia G. tendiente a confirmar o descartar la hipótesis del parentesco del menor con el querellante, prueba que a su juicio era indispensable y que debía llevarse a cabo aun sin el consentimiento de aquéllos, quienes se habían negado a someter al menor a la producción de tal examen, pues en algunos de los delitos que se investigaban -la alteración del estado civil y la falsedad ideológica de su partida de nacimiento (arts. 139, inc. 2°, 292 y 293 del Código Penal)- el bien jurídico protegido era el estado civil de la víctima, el menor G., y quienes ostentaban su patria potestad no podrían oponerse a la medida por ser posibles autores de esos delitos. La querella se adhirió a esa petición.

3°) Que el juez de instrucción accedió al requerimiento "por ser una medida de carácter conducente a los efectos de determinar si G. H. G. tiene relación de parentesco con el aquí querellante" y dispuso "la realización del examen de histocompatibilidad respecto de Guillermo G., M. M. de G. y M. G." (fs. 276).
Los datos genéticos del grupo familiar del querellante, V. A. C., ya obraban en el Banco Nacional de Datos Genéticos (fs. 64).
El 28 de diciembre de 1994 el menor G. H. G. -ya apelada la resolución por la defensora oficial- presentó un escrito mediante el que manifestó su negativa a la realización de esa prueba (fs. 284), al igual que el matrimonio G. quien hizo reserva del caso federal (fs. 285). 4°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó la resolución impugnada sobre la base de que en autos se investigaba la posible comisión de los delitos que prescribe el Art. 146 del Código Penal, que la medida dispuesta tendía a acreditar si el menor guardaba vínculos de sangre con quienes decían ser sus progenitores, los que no podían oponerse a ella debido al conflicto de intereses generados con la víctima al ser los posibles victimarios, y porque la medida guardaba proporcionalidad, estaba sometida al control judicial y constituía una exigua afectación de los derechos de los sujetos pasivos dentro del marco de la coerción estatal en el procedimiento criminal (fs. 307/308).
5°) Que contra dicha decisión la defensora oficial, en representación del menor G. H. G., interpuso recurso extraordinario por entender que se habían conculcado sus derechos a la intimidad, a la salud, a la integridad física y a la libre determinación, por falta de causa y fundamento fáctico o jurídico en la medida dispuesta, que constituiría en sí misma una violación a la garantía de la defensa en juicio, y por considerar que se hallaba en juego la inteligencia de una ley federal, la 23.511 de creación del Banco Nacional de Datos Genéticos. Sostuvo que la medida probatoria no aparecía como verosímil o razonable porque no surgía de la causa ningún elemento que la sustentase, tal como había ocurrido anteriormente con otro grupo familiar, respecto del cual la misma prueba había confirmado la paternidad biológica, y que de seguirse el criterio investigativo de esta causa se crearía un estado de inseguridad jurídica toda vez que se encontraría cuestionada la filiación de todos los niños nacidos en fecha aproximada al nacimiento del que se pretende (fs. 311/315).
El remedio federal fue concedido en virtud de hallarse en juego la inteligencia acordada a diversas garantías constitucionales.

6°) Que este Tribunal ha establecido la validez constitucional de medidas como la impugnada en la causa H.91 XXIV "H., G. S. y otro s/ apelación de medidas probatorias", fallada el 4 de diciembre de 1995, acuyas consideraciones corresponde remitirse por razones de brevedad.

7°) Que por ese motivo y al haber quedado firme la medida de extracción de sangre respecto de M. G. y M. M. de G. por no haberla éstos impugnado, sólo resta examinar el agravio de la representante del menor referente a la falta de fundamento de la prueba a partir de las constancias de la causa.

8°) Que, en principio, debe dejarse en claro que el empleo de la coacción estatal no se dirige, en este caso, a los eventualmente imputados de los delitos investigados, con lo cual no puede considerarse que pueda existir relación alguna entre la medida ordenada y el principio de inocencia vigente en nuestro sistema penal.

9°) Que, por último, en el precedente supra citado, esta Corte ha establecido que al no afectar la medida dispuesta garantía constitucional alguna, negar su cumplimiento importaría desconocer lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.849 e incorporada a la Carta Magna en el Art. 75, inc. 22 por la reforma del año 1994;; circunstancia ésta que podría ocasionar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos, toda vez que en las particulares circunstancias del sub lite la prueba ordena da aparece como el medio para poner pronta y eficaz solución a la situación del menor G.;; a lo que cabe agregar que la propia defensora oficial, en su memorial ante la cámara, sostuvo que medidas como la decretada en este caso concreto "debe entendérselas razonablemente dirigidas a la averiguación de los hechos delictivos, lo que constituye en definitiva el fin y el objeto de todo proceso".

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la resolución apelada. Hágase saber, agréguese copia del precedente citado y devuélvase.

Fdo.: JULIO S. NAZARENO - CARLOS S. FAYT -AUGUSTO CESAR BELLUSCIO-ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según mi voto) - ANTONIO BOGGIANO - GUSTAVO A. BOSSERT.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que los agravios de la apelante promueven el examen de cuestiones sustancialmente análogas a las resueltas por esta Corte en la causa H.91 XXIV "H., G. S. y otro s/ apelación de medidas probatorias", con fecha 4 de diciembre de 1995, a cuyas consideraciones corresponde remitirse por razón de brevedad.

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la resolución apelada. Hágase saber, agréguese copia del precedente citado y, oportunamente, devuélvase.//

Fdo.: ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Buenos Aires, 5 de marzo de 2002.

Vistos los autos: "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo".

Considerando:

1°) Que los hechos relevantes de la causa, los fundamentos de la sentencia apelada y los agravios de los recurrentes se encuentran adecuadamente expuestos en el dictamen del señor Procurador General de la Nación al que corresponde remitir por razones de brevedad.

2°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que en el caso se encuentra en juego el derecho a la vida previsto en la Constitución Nacional en diversos tratados internacionles y en la ley civil (arts. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental; 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica; 6° de la Convención sobre los derechos del Niño; 2° de la ley 23.849 y Títulos III y IV de la Sección Primera del Libro I del Código Civil).

3°) **Que la cuestión debatida en el sub examine consiste en determinar si el fármaco "Imediat", denominado "anticoncepción de emegecnia", posee efectos abortivos, al impedir el anidamiento del embrión en su lugar propio de implantación, el endometrio. Ello determina que sea necesario precisar si la concepción se produce con la fecundación o si, por el contrario, se requiere la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno, aspecto éste que la cámara entendió que requería mayor amplitud de debate y prueba.**

4) Que sobre el particular se ha afirmado que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario. En este sentido, la disciplina que estudia la realidad biológica humana sostiene que "tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo...Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación" (confr. Basso, Domingo M. "Nacer y Morir con Dignidad" Estudios de Bioética Contemporánea. C.M.C, Bs. As. 1989, págs. 83, 84 y sus citas).

5°)Que, en esa inteligencia, Jean Rostand, premio Nobel de biología señaló: "existe un ser humano desde la fecundación del óvulo. El hombre todo entero ya está en el óvulo fecundado. Está todo entero con sus potencialidades..." (confr.Revista Palabra n° 173, Madrid, ene Por su parte el célebre genetista Jerome Lejeune, sostiene que no habría distinción científicamente válida entre los términos "embrión" o "preembrión", denominados seres humanos tempranos o pequeñas personas (citado en el caso "Davis Jr. Lewis v. Davis Mary Sue", 1° de junio de 1992, Suprema Corte de Tennessee, J.A. 12 de ayo de 1993, pág. 36).

6°) Que en el mismo orden de ideas W. J. Larson, profesor de Biología Celular, Neurobiología y Anatomía de la Universidad de Cincinatti sostiene: "En este contexto comenzaremos la descripción del desarrollo humano con la formación y diferenciación de los gametos femenino y masculino, los cuales se unirán en la fertilización para iniciar el desarrollo embriológico de un nuevo individuo" (Human Embriology; pág. 1: Churchill Livingstone Inc. 1977).

A su vez B. Carlson, profesor y jefe del Departamento de Anatomía y Biología Celular de la Universidad de Michigan afirma: "El embarazo humano comienza con la fusión de un huevo y un espermatozoide" (Human Embriology and Developmental Biology, pág. 2, Mosby Year Book Inc. 1998).

Por su parte T. W. Sadler, profesor de Biología Celular y Anatomía de la Universidad de Carolina del Norte entiende que: "El desarrollo de un individuo comienza con la fecundación, fenómeno por el cual un espermatozoide del varón y el ovocito de la mujer se unen para dar origen a un nuevo organismo, el cigoto" (Langman's Medical Embriology, Lippincott Williams & Wilkins, 2000).

7°) Que asimismo, "es un hecho científico que la construcción genética' de la persona está allí preparada y lista para ser dirigida biológicamente pues E ADN del huevo contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles'" (conf. Salet Georges, biólogo y matemático, en su obra "Azar y certeza" publicada por Editorial Alhambra S.A., 1975, ver págs. 71, 73 y 481; la cual fue escrita en respuesta al libro "El azar y la necesidad" del premio Nobel de medicina Jacques Monod, causa "T., S." -disidencia del juez Nazareno- Fallos: 324:5).

8°) Que, en forma coincidente con este criterio se expidió, por abrumadora mayoría, la **Comisión Nacional de Etica Biomédica -**integrada entre otro por un representante de la Academia Nacional de Medicina- a solicitud del señor ministro de Salud y Acción Socia con motivo de la sentencia dictada en primera instancia en las presentes actuaciones (fs. 169). Ello fue denunciado por la actora como hecho nuevo, cuyo tratamiento fue considerado inoficioso por la cámara. No obstante, corresponde asignar a dicho informe un valor siquiera indiciario)Que según surge del prospecto de fs. 14 y del informe de fs. 10 fármaco "Imediat" tiene los siguientes modos de acción: "a) retrasando o inhibiendo la ovulación (observado en diferentes estudios con mediciones hormonale -pico de LH/RH, progesterona plasmática y urinaria); b) alterando el transporte tubal en las trompas de Falopio de la mujer del espermatozoide y/o del óvulo (estudiado específicamente en animales de experimentación -conejos- se ha observado que el tránsito tubal se modifica acelerándose o haciéndose más lento). Esto podría inhibir la fertilización; c) modificando el tejido endometrial produciéndose una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantación" (conf. fs. 112).

10) Que el último de los efectos señalados ante el carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la

vida que no es susceptible de reparación ulterior. En efecto, todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo. Se configura así una situación que revela la imprescindible necesidad de ejercer la vía excepcional del amparo para la salvaguarda del derecho fundamental en juego (Fallos: 280:238; 303:422; 306:1253, entre otros).

11) Que esta solución condice con el principio pro homine que informa todo el derecho de los derechos humanos. En tal sentido cabe recordar que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano. Sobre el particular la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe seguir como guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (conf. arts. 41, 62 y 64 de la Convención y 2° de la ley 23.054), dispuso: "Los Estados...asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (O.C. - 2/82, 24 de septiembre de 1982, parágrafo 29, Fallos: 320:2145).

12) Que esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112; 323: 1339). En la causa "T., S.", antes citada este Tribunal ha reafirmado el pleno derecho a la vida desde la concepción (voto de la mayoría, considerandos 11 y 12 y disidencia de los jueces Nazareno y Boggiano). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).

13) Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), este Tribunal ha reafirmado el derecho a la vida (Fallos: 323:3229 y causa "T., S.", ya citada).

14) Que los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción. En efecto el art. 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica establece: "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". Además todo ser humano a partir de la concepción es considerado niño y tiene el derecho intrínseco a la vida (arts. 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2 de la ley 23.849 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). El Código Civil, inclusive, en una interpretación armoniosa con aquellas normas superiores, prevé en su art. 70, en concordancia con el art. 63 que "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".

15) Que cabe señalar que la Convención Americana (arts. 1.1 y 2) impone el deber para los estados partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que es "deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (O.C. 11/90, parágrafo 23). Asimismo, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional (Fallos: 319:2411, 3148 y 323:4130).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada, se hace lugar a la acción de amparo y se ordena al Estado Nacional -Ministerio Nacional de Salud y Acción Social, Administración Nacional de Medicamentos y Técnica Médica-, que deje sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación distribución y comercialización del fármaco "Imediat" (art. 16, segunda parte, ley 48). Costas por su orden en atención a la índole de la cuestión debatida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Notifíquese y devuélvase. JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S. FAYT (en disidencia)- AUGUSTO CESAR BELLUSCIO (en disidencia)- ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia)- ANTONIO BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ - GUSTAVO A. BOSSERT (en disidencia)- ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.

ES COPIA

DISI-DENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DON GUSTAVO A. BOSSERT

Considerando:

Que el recurso extraordinario interpuesto en autos no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).Por ello, y oído el señor Procurador General, se declara mal concedido el recurso extraordinario. Notifíquese y devuélvase. CARLOS S. FAYT - GUSTAVO A. BOSSERT.

ES COPIA

DISI-DENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON AUGUSTO CESAR BELLUSCIO Y DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el recurso extraordinario que ha sido concedido por la cámara a quo no se dirige contra una sentencia

definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48), puesto que el fallo recurrido expresamente dejó a salvo la posibilidad de que la cuestión en debate se plantee en un proceso de conocimiento ulterior. En efecto, en el voto del juez Mosquera se propició el rechazo de la acción de amparo por no resultar la vía aceptable ni el carril adecuado para debatir y solucionar la cuestión traída a consideración; y en el del juez Sánchez Freytes se señaló que no podía obtenerse certeza -elemento con que debe contar un juez al pronunciarse- sin la ayuda eficaz del conjunto de ciencias que hoy interesan al pensamiento para una definición como la que se pretende, lo que hacía aconsejable esperar un juicio contencioso con pruebas suficientes con raíces profundas, y no meras opiniones de médicos o especialistas, que integren un proceso debido.

Que, por otra parte, la vía del amparo -consagrada como procedimiento constitucional por la reforma de la Ley Suprema de 1994, en el nuevo texto del art. 43-, está excluida por la existencia de otro medio judicial más idóneo, y supone la necesidad urgente de restablecer los derechos esenciales afectados, lo que requiere una decisión más o menos inmediata. De ahí que se vea desvirtuada por la introducción de cuestiones cuya elucidación requiera un debate más amplio y no se regularice por aceptar elementos de juicio necesariamente parciales en virtud de la limitación de las posibilidades probatorias del proceso, y que, además, ponen de manifiesto la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, calificación ésta que, por definición, es la que no requiere ser demostrada mediante pruebas extrínsecas.

Por ello, y oído el señor Procurador General de la Nación, se declara improcedente el recurso extraordinario concedido, con costas. Notifíquese y remítase. AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

ES COP

P. 709. XXXVI.

Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

FILIACION. Supuesta hija de desaparecidos. Persona mayor de edad. Determinación del verdadero lazo de parentesco. Derecho a la intimidad. EXTRACCION COMPULSIVA DE SANGRE. Examen hematológico (ADN). Improcedencia

V 356 XXXVI - "Vázquez Ferra, Evelin Karina s/ incidente de apelación" - CSJN - 30/09/2003

FILIACION. Supuesta hija de desaparecidos. Persona mayor de edad. Determinación del verdadero lazo de parentesco. Derecho a la intimidad. EXTRACCION COMPULSIVA DE SANGRE. Examen hematológico (ADN). Improcedencia

"La retención de los documentos destinados a acreditar la identidad de la recurrente, por más que fuese transitoria y durase sólo el tiempo que insumiera la tramitación del proceso -que ya resulta harto largo-, implicaría condenar a la víctima del delito investigado a una suerte de muerte civil, ya que quedaría privada, entre otros, del derecho de tránsito (Art. 14 de la Constitución), del de trabajar (íd., íd.), de la seguridad social (Art. 14 bis de la Constitución), de la posibilidad de adquirir la propiedad de bienes registrales (arts. 14 y 17 de la Constitución), del derecho al nombre (Art. 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y del ejercicio de los derechos políticos (arts. 37 de la Constitución y 23 de la citada convención). Ello es más que suficiente para descalificar la decisión adoptada, la cual, por tanto, deber ser dejada sin efecto."

"Resulta obvio que si la recurrente -mayor de edad y capaz- no quiere conocer su verdadera identidad, no puede el Estado obligarla a investigarla ni a promover las acciones judiciales destinadas a establecerla; mientras que si es la querellante quien desea establecer el vínculo de parentesco, nada le impide deducir la acción que le pueda corresponder, en la cual correspondería determinar las consecuencias de la eventual negativa de su supuesta nieta a prestarse a un examen sanguíneo. Todo lo cual no guarda relación directa con la finalidad de comprobar y juzgar el delito que en esta causa se investiga."

"Por las razones expuestas, las medidas ordenadas en la sentencia apelada con relación a la documentación identificatoria de Evelin Karina Vázquez Ferrá y a la extracción compulsiva de sangre resultan contrarias a derecho y corresponde su revocación."

Copyright © elDial.com - editorial albrematica

TEXTO COMPLETO

Suprema Corte:

-I-

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, de esta ciudad, con fecha 24 de marzo del corriente año, confirmó lo resuelto por la magistrada de primera instancia en cuanto dispuso retener los documentos filiatorios de Evelyn Vázquez Ferrá y ordenó la realización de una prueba hemática sobre la nombrada a fin de determinar su verdadera identidad. Asimismo, resolvió dejar sin efecto la decisión del juez que sucedió a la magistrada anterior, en cuanto revocó por contrario imperio el carácter compulsivo del examen hemático, disponiendo, consiguientemente, que la prueba se llevara a cabo con el auxilio de la fuerza pública en el hipotético caso de que Evelyn Vázquez no prestara su consentimiento.//-

Contra estas decisiones el representante legal de Evelyn Vázquez, invocando su carácter de tercera interesada, interpuso recurso extraordinario, que fue concedido a fs. 170 del presente incidente.-

-II-

El impugnante sostiene que las medidas ordenadas por el a quo causan a su representada un gravamen irreparable por afectarse esenciales garantías constitucionales.-

Específicamente sobre la retención de los documentos de identidad de Evelyn Vázquez, considera que la decisión

de la Cámara priva a la nombrada de los medios de identificación extendidos por las autoridades correspondientes y, con ello, restringe y en algunos casos hasta suprime sus derechos constitucionales a la integridad de la persona, a transitar libremente y elegir residencia, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, a la propiedad privada, al nombre propio y a ejercer derechos políticos (artículos 14, 14bis, 17, 37 y 39 de la Constitución Nacional;; artículos I, VIII, XII, XIV, XVI y XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 6, 13, 22, 23 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 3, 18, 21, 22 y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 12 y 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)).-

Asimismo, invocando la garantía de defensa en juicio y la doctrina de la arbitrariedad, objeta la decisión de la Cámara por entender que carece de fundamentación. En referencia a ello, afirma que si bien el a quo confirmó la decisión de primera instancia que disponía la retención de los documentos de identidad con fundamento en el carácter de prueba de cargo que ellos revisten, no () contestó los planteos efectuados por la defensa en orden a las restricciones constitucionales que implicaba esta medida y tampoco intentó ninguna hipótesis alternativa para atenuarlos, dejando también sin respuesta la petición de la defensa en torno a este último extremo.-

En cuanto a la extracción compulsiva de sangre dispuesta por la Cámara, la representación de Evelyn Vázquez considera que esa medida viola los derechos constitucionales a la intimidad, a la integridad física, psíquica y moral, a la dignidad, a la vida privada, y a gozar de los derechos civiles (artículos V y XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 5 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).-

En este sentido, afirma que esta medida comporta una inadmisible intromisión del Estado en la esfera de intimidad de Vázquez, al tiempo que afecta su integridad física al obligarla a disponer de su propio cuerpo en contra de su voluntad. Alega además que la medida también conforma una lesión a la integridad psíquica y moral al someter a su representada a un examen que servirá de prueba en contra de las personas que la criaron y ve como sus padres, contribuyendo así a potenciar una eventual alteración o desorden psicológico propio de estas situaciones. Asimismo, considera que la práctica compulsiva de la extracción de sangre a su representada afecta su dignidad y sus derechos civiles al no respetar la decisión de una persona adulta de mantener inalterables sus afectos y no tener voluntad de momento por conocer su origen biológico.-

También en este aspecto se agravia de la sentencia con base en la doctrina de la arbitrariedad, por cuanto sostiene que sólo se apoya en una fundamentación aparente o insuficiente que vulnera la garantía de defensa en juicio y del debido proceso. En este sentido, considera que el a quo dispuso la realización compulsiva de la extracción de sangre a su asistida con fundamento en la necesidad de establecer la verdadera identidad de Evelyn Vázquez y la irrelevancia jurídica de su negativa, sin tener en cuenta los reparos efectuados por esa parte en orden a la violación a las garantías constitucionales que ello implicaba. Además, aduce que la fundamentación es insuficiente por cuanto se basa en distintas citas jurisprudenciales y doctrinarias que no se ajustan al caso.-

Finalmente, también con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, el apelante se agravia de la resolución impugnada en cuanto rechaza el pedido subsidiariamente efectuado de no admitir las conclusiones del examen hemático como prueba de cargo. Al respecto, refiere que la Cámara manifestó que no podía expedirse por anticipado respecto de la valoración que oportunamente se hiciera de una medida de juicio y que los condicionamientos requeridos carecían de sustento jurídico, pero dejó sin respuesta los planteos efectuados en cuanto a la aplicación analógica de las prohibiciones probatorias previstas en el ordenamiento legal, con sustento en la relación familiar existente entre Evelyn Vázquez y los imputados.-

-III-

Abordaré primeramente el agravio en virtud del cual la Cámara habría incurrido en arbitrariedad al confirmar la decisión de primera instancia que ordenó retener todos los documentos destinados a acreditar la identidad de Evelyn Vázquez.-

Si bien la decisión impugnada no reviste carácter de sentencia definitiva, considero que a los fines del artículo 14 de la ley 48 debe equiparársela a tal, pues al dejar a la presunta víctima carente de toda documentación identificatoria oficial le ocasiona un gravamen de imposible o tardía reparación ulterior, en tanto la acreditación

oficial de la identidad es un presupuesto generalizado para el pleno ejercicio de la casi totalidad de los derechos garantizados por la Constitución (Fallos: 310:1045; 312:1817, 2348, entre muchos otros).-

Sentado ello, e ingresando en el fondo de la cuestión, desde ya adelanto que propiciaré que la Corte se pronuncie en este punto de conformidad con lo peticionado por el apelante.-

En este sentido, es inveterada doctrina de ese Tribunal que incurre en arbitrariedad la sentencia que omite pronunciarse sobre una cuestión oportunamente planteada y que podría resultar conducente para la solución del caso (Fallos 305:1236; 310:925; 312:1150, entre otros).-

Y ello es precisamente lo que ocurre, a mi modo de ver, en el presente caso, pues el a quo confirmó la decisión de primera instancia con el único fundamento de que los documentos revestían carácter de prueba de cargo y podrían ser ideológicamente falsos. Pero al decidir así omitió considerar una cuestión decisiva invocada por el apelante para fundar la procedencia de su agravio, cual es que la retención ordenada dejaría a su representada en una situación de indocumentación que le impediría el goce de los derechos personalísimos y el ejercicio de los derechos constitucionales mencionados en su escrito.-

En tales condiciones, estimo que la falta de tratamiento de la cuestión planteada priva a la decisión impugnada de fundamentos suficientes que lo sustenten y la descalifica como acto jurisdiccional válido.-

-IV-

Otra, en cambio, es la solución que propiciaré respecto del recurso en tanto en él se cuestiona la decisión que dispone practicar compulsivamente una extracción de sangre a Evelyn Vázquez con fines probatorios.-

Ante todo, sin embargo, también en este aspecto debo señalar que el recurso es admisible y ha sido bien concedido por el a quo, toda vez que la decisión impugnada, por su naturaleza y consecuencias, pone fin a la cuestión federal articulada sobre el punto y causa un gravamen de insusceptible reparación posterior, por lo que reviste entidad suficiente para ser equiparada a sentencia definitiva a los fines del artículo 14 de la ley 48 (Fallos:313:1113; 318:2481 y 2518; 319:3370). Asimismo, el apelante ha cuestionado la inteligencia otorgada por la Cámara a cláusulas constitucionales y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en aquéllas (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).-

En cuanto al fondo del asunto, es mi parecer que la cuestión relativa a la admisibilidad de una extracción compulsiva de sangre ordenada por el juez ha de resolverse con arreglo a los principios generales que rigen la admisibilidad de las medidas de coerción en el proceso penal, tanto respecto del imputado como de terceras personas.-

Ciertamente, es un valor entendido que los derechos a la intimidad y a la privacidad, al igual que los demás derechos individuales que la Constitución Nacional garantiza, suponen límites a la averiguación de la verdad real en el proceso penal.-

Pero también lo es que la propia Constitución admite que la ley autorice en ciertos casos la intromisión de los órganos estatales encargados de la persecución penal en la libertad, la intimidad, la vida privada y demás derechos de la persona en aras de salvaguardar el interés de la sociedad en la investigación y castigo de los delitos.-

Ello es lógica consecuencia de aquel principio fundamental en virtud del cual los derechos y garantías que la Constitución consagra no tienen carácter absoluto, sino que la ley puede imponer restricciones a su ejercicio que guarden adecuada proporción con la necesidad de preservar los derechos de los demás y los intereses generales de la sociedad (artículos 14 y 28 del texto constitucional y Fallos: 300:67 y 700; 308:814, entre otros).-

Una primera cuestión a resolver consiste entonces en establecer si la extracción compulsiva de una muestra de sangre, a pesar de la intromisión que supone en el cuerpo, la esfera privada y la libertad de la persona que la padecerá, es una de las medidas probatorias que, en virtud de la ponderación de intereses señalada, podría ser autorizada para la averiguación de la verdad en el marco de un proceso penal.-

Así, en un caso de características similares, al menos en relación al punto que ahora toca dilucidar, la Corte sostuvo

que tales medidas no eran, en sí mismas, incompatibles con el texto constitucional (Fallos: 318:2518). En respuesta a los agravios introducidos, la Corte dijo en aquella oportunidad que no se observaba la afectación de derechos fundamentales como "la vida, la salud o la integridad física, porque la extracción de unos pocos centímetros de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen" (consid. 10°, fallo citado).-

Y a ello agregó que "por no constituir una práctica humillante o degradante, la intromisión en el cuerpo que la medida dispuesta importa, se encuentra justificada por la propia ley (arts. 178, 207 y 322 del Código de Procedimientos en Materia Penal), pues en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia" (consid. 11°, segundo párrafo).-

De más está decir que las mismas consideraciones referidas al ínfimo sacrificio que representa la medida frente a la trascendencia de los intereses a tutelar, justifican, asimismo, la restricción que una extracción compulsiva de sangre representa también para los derechos a la privacidad, la intimidad y la libertad del afectado.-

Con ello, sin embargo, apenas se ha establecido que la toma compulsiva de una muestra de sangre a una persona en el marco de un proceso penal no es incompatible con el respeto de los derechos constitucionales, en tanto guarde una razonable proporción con la necesidad de preservar el interés general en la investigación de la verdad y la aplicación de la ley penal (Fallos: 318:2518, ya citado, y 319:3370). Pero nada se ha dicho todavía acerca de la necesidad y razonabilidad de la medida ordenada a la luz de las circunstancias del caso concreto en el que debo expedirme. Tampoco en este aspecto, sin embargo, advierto que puedan prosperar los agravios del apelante.-

Así, en cuanto a la necesidad de la medida es del caso recordar que en la causa se investiga la presunta sustracción de una menor de diez años a sus padres y su retención por parte del matrimonio imputado, la alteración del estado civil de la recién nacida mediante su inscripción como hija biológica y la consiguiente falsedad ideológica de los certificados de parto y nacimiento y del documento nacional de identidad (artículos 139, 2° párrafo, 146, 293 y 296 del Código Penal).-

Pienso, entonces, que la medida ha sido dispuesta para comprobar una circunstancia de indudable trascendencia para el esclarecimiento de los hechos de la causa, pues la determinación del origen biológico Evelyn Vázquez resulta conducente para comprobar si fue realmente sustraída de sus verdaderos padres y luego retenida siendo una niña y, asimismo, podría servir para establecer en qué circunstancias habría ocurrido, quiénes habrían sido -además de ella- las víctimas de esos sucesos y quiénes habrían sido los autores de la sustracción aludida, habida cuenta que los imputados sostienen haberla recibido de manos de terceros cuando ya había sido separada de sus padres. Es evidente, asimismo, que de la conclusión a la que se arribe sobre estos aspectos dependerá lógicamente si el estado civil y la documentación identificatoria de Evelyn Vázquez se corresponde entonces con su verdadero origen biológico (arts. 178, 180 y 182 del Código de Procedimientos en Materia Penal).-

Ahora bien, si a partir de lo expresado ninguna duda cabe respecto de la necesidad de la medida para el esclarecimiento de los hechos investigados, lo cierto es que su racionalidad depende adicionalmente de que la decisión de llevarla a cabo encuentre respaldo en una labor pesquisitiva previa que autorice fundadamente a sospechar que los imputados no son los padres biológicos de quien figura legalmente como su hija, y que podrían llegar a ser responsables de alguno de los delitos ya mencionados que se les ha imputado (cf. dictámenes de esta Procuración en los precedentes de Fallos: 318:2481 y 2518; 319:3370).-

No obstante, tampoco en este aspecto advierto que pueda formularse objeción alguna. En este sentido, observo que el examen dispuesto por los magistrados para establecer fehacientemente la identidad de la damnificada y comprobar la materialidad de los delitos denunciados estuvo precedido por la confesión de los imputados. Ambos, en efecto, reconocieron no ser los padres biológicos de la damnificada. Policarpo Vázquez, además, confesó haber recibido la niña de manos de militares navales en circunstancias que hacían sospechar que podría provenir de padres desaparecidos, y haberla luego anotado como propia (fs. 45/8 y 85/6, 162 del principal). A su vez, la partera Cáceres negó conocer al imputado Vázquez y admitió que el certificado de fs. 69 podía tratarse de uno que confeccionara en el año 1977, a pedido de una colega, sin haber asistido al parto ni visto al recién nacido (fs. 75/7 y 80 del principal).-

Por lo demás, considero relevante destacar que estos mismos antecedentes fueron, esencialmente, los que dieron base al dictado de la prisión preventiva de Policarpo Vázquez, por considerarlo prima facie autor de los delitos previstos en los artículos 139, 2° párrafo, 146, 293 y 296 del Código Penal, y de su esposa, Ana María Ferrá, en orden a los delitos de los artículos 139, 2° párrafo, y 146 del mencionado cuerpo legal (fs. 314/325 del principal).-

En mi opinión, pues, este grado de sospecha supera con mucho aquél que, conforme a criterios de proporcionalidad, legitima la perturbación ínfima e inofensiva que representa la extracción de unos pocos centímetros de sangre, y que, como enseguida se expondrá, en la doctrina y praxis alemanas, por ejemplo, se satisface con la mera sospecha inicial que basta para la apertura de un procedimiento instructorio.-

Por último, también se halla satisfecha la exigencia de que la injerencia en la integridad corporal del afectado guarde una razonable proporción con la gravedad del hecho investigado. La medida ha sido dispuesta para el esclarecimiento de delitos sumamente graves, como lo son la sustracción, retención y ocultamiento de un menor de diez años, la supresión del estado civil, y diversas falsedades documentales en instrumentos públicos destinados a acreditar la identidad.-

Por consiguiente, como ya lo adelantara, soy de la opinión de que la extracción de la muestra de sangre ordenada por los magistrados guarda también en el caso concreto una razonable proporción con la necesidad de asegurar el interés general en la investigación y castigo de los delitos investigados en la causa.-

Establecido ello, algunos antecedentes de derecho comparado confirmarán las conclusiones vertidas en los párrafos anteriores. En primer lugar, creo ilustrativo mencionar la regulación a que fueron sometidas la extracción compulsiva de sangre y las demás medidas de esa índole por parte de la legislación y la jurisprudencia alemanas como modo de dar respuesta a aquellos mismos cuestionamientos que ahora nos ocupan.-

El § 81a, párrafo segundo, de la Ordenanza Procesal Penal faculta al juez a someter compulsivamente al imputado a una extracción de sangre y otras intervenciones corporales de práctica usual por parte de los médicos, cuando ello es necesario para la determinación de hechos que son de importancia para el proceso y no cabe temer ningún perjuicio para la integridad física del afectado.-

Tomando en cuenta los reparos de que fue objeto esta disposición por su amplitud ilimitada, el Tribunal Constitucional alemán expresó que una interpretación conforme a la Constitución del § 81a conducía a que el juez debiera evaluar en cada caso si la medida, además de necesaria, guardaba una razonable proporción con la gravedad del hecho investigado y con el grado de sospecha sobre su comisión (principio de proporcionalidad) (BverfGE 16, 194; 17, 117; 47, 239).-

Es preciso, no obstante, destacar que la mera extracción de una muestra de sangre es considerada por la doctrina y la praxis alemanas de tal modo inofensiva, si se lleva a cabo por un médico, que puede ser ordenada ya con que exista la sospecha inicial que basta para la apertura de un sumario y para el esclarecimiento de un hecho leve, incluso una contravención (cf. Löwe/Rosenberg/Dahs, Strafprozeßordnung, I, 24. ed., Berlín, 1987, § 81a, núms. 23 y ss., 28 y siguientes).-

Acorde con esta consideración, la extracción de sangre es la única intervención corporal que el § 81c, párrafo segundo, de la Ordenanza Procesal Penal alemana autoriza respecto de personas no imputadas, sin su consentimiento, condicionando su procedencia a que no quepa temer ningún perjuicio para su salud y la medida sea imprescindible para la investigación de la verdad. Ciertamente, también en este caso se postula la vigencia del principio de proporcionalidad, sólo que por las razones expresadas, vinculadas con la relativa inocuidad que entraña la extracción de una muestra de sangre, el principio carece de la trascendencia que posee con relación a otras medidas consideradas más gravosas (cf. loc. cit., § 81c, núms. 3 y siguientes).-

No es posible, sin embargo, dejar de destacar que el propio § 81c introduce en su párrafo cuarto una ulterior limitación, vinculada también con el principio de proporcionalidad, al disponer que las medidas autorizadas en sus párrafos anteriores, entre ellas la extracción compulsiva de sangre, "no son admisibles cuando, por apreciación de todas las circunstancias, no pudieran ser exigidas al afectado".-

En particular, se considera que, al igual que los testigos, tampoco al afectado debe verse obligado a contribuir, tolerando la extracción de sangre, en la persecución de un pariente cercano. Por tratarse del mismo fundamento, se

reconoce a la persona no imputada el derecho a rehusarse a tolerar la medida en los mismos casos en que se permite al testigo rehusar su testimonio cuando existe peligro de que sus parientes queden expuestos a una persecución penal (cf. loc. cit., § 81c, núms. 27 y siguientes).-

No obstante, debo señalar que, incluso si se aplicara estos mismos criterios al presente caso, no variaría de todos modos la solución propuesta en este dictamen. Sin perjuicio de que lo que se pretende establecer con el examen cuestionado es precisamente la existencia de una relación de parentesco, nuestro ordenamiento jurídico es categórico en cuanto a los límites de tales exenciones: la prohibición de no declarar contra los parientes enumerados en los artículos 163 y 278 del Código de Procedimientos en Materia Penal no rige cuando el delito ha sido ejecutado contra el propio declarante o contra una pariente suyo de grado más próximo que el que lo liga con el imputado. Son las mismas limitaciones, por lo demás, que establecen los artículos 242 y 243 del Código Procesal Penal ahora vigente, lo cual es demostrativo de que no ha habido en nuestro sistema una modificación de la valoración al respecto.-

Por otra parte, y aunque respecto de una persona imputada, también la Corte Suprema de Estados Unidos convalidó la constitucionalidad de una extracción compulsiva de sangre, bajo similares principios a los desarrollados en este dictamen.-

En el caso "Schmerber vs. California", 384 U.S. 757 (1966), se había practicado una extracción compulsiva de sangre para un análisis de alcoholemia a un conductor sospechado de haber ocasionado un accidente de tránsito. La Corte, con argumentos vinculados con la necesidad y razonabilidad de la medida, expresó que no se había verificado en el caso ninguna violación al derecho de no ser sometido a registros y medidas irrazonables, tutelado en las Enmiendas IV y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.-

Así, expresó que "hubo causa probable para el arresto y esos mismos hechos, así como fundaron la causa probable, justificaron el requerimiento de la policía al peticionante para que se sometiera al examen de alcohol en la sangre". Asimismo, sostuvo que "el examen elegido para medir el nivel de alcohol en la sangre del peticionante fue razonable, desde que se trataba de un método efectivo para determinar la intoxicación, no implicaba virtualmente ningún riesgo, trauma o dolor, y fue realizado de un modo razonable por un médico en un hospital".-

Ello sentado, sólo queda por mencionar que, al momento de ponderar los intereses en juego para resolver sobre la proporcionalidad, al interés general en la persecución de los delitos se suma en este caso la necesidad de asegurar el derecho a la verdad.-

En reiteradas ocasiones he sostenido que los casos de violaciones sistemáticas a los derechos humanos, como las ocurridas entre los años 1976 y 1983 en nuestro país, exigen como imperativo insoslayable, y más allá de la posibilidad de imponer sanciones, una búsqueda comprometida de la verdad histórica como paso previo a una reconstrucción moral del tejido social y de los mecanismos institucionales del Estado (dictamen publicado en Fallos: 321:2031, y Competencia N° 108, L. XXXV, in re Adur, Jorge O. S/causa N° 10.191/97, del 20 de abril de 1999, entre otros).-

También la Corte, en diversos pronunciamientos, ha reconocido expresamente el derecho de la sociedad a conocer la verdad sobre las violaciones a los derechos humanos ocurridas con anterioridad al restablecimiento del orden institucional y, en particular, el derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo que aconteció con sus seres cercanos como presupuesto para la reconstrucción de sus vínculos familiares y, con ello, de su identidad (Fallos: 321:2767 y S.C. P.252, L.XXXV "Palacio de Lois, Graciela s/amparo ley 16.986, del 13 de febrero de 2001, entre otros).-

Estas consideraciones son, a mi modo de ver, aplicables también al caso en examen, desde que las constancias de la causa indicarían que podría tratarse de una niña hija de padres desaparecidos durante el último período de facto.-

Creo oportuno recordar que, como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la práctica de sustracción de niños hijos de desaparecidos, además de configurar un delito en el derecho interno, constituye una violación a normas fundamentales de derecho internacional de los derechos humanos, principalmente aquellas que tutelan el derecho a la identidad de las víctimas directas y protegen la familia (artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y artículos V y VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1987/8, págs. 350/63).-

En este sentido, no es casual que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, incorporada a nuestro texto constitucional mediante la ley 24.820, establezca en su artículo 12 la obligación de los Estados Partes de prestarse "recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores".-

Por último, no paso por alto el indudable conflicto al que se halla expuesta Evelyn Vázquez al verse enfrentada a la posibilidad de estar contribuyendo, aunque más no sea como objeto de prueba, en la persecución de las personas a las que ha considerado desde siempre sus padres. En esta lamentable situación, producto de un período político-institucional que causó muchísimo dolor a toda la sociedad, el estado deberá indudablemente hacerse cargo de prestar la debida asistencia a la principal víctima del delito.-

Pero también debo decir que esas lamentables consecuencias son producto no de la investigación, sino de la dañosidad misma del delito que es investigado, que en no pocas ocasiones consistirá precisamente en que el autor ocupará el lugar de los verdaderos padres en la crianza del niño sustraído generando nuevos lazos afectivos. Pues tampoco se vería satisfecho el sentimiento de justicia si se concediera al autor una carta de indefinida cada vez que lograra consolidar una relación de afecto con el niño del que se ha apropiado o que ha retenido, reclamando paralelamente resignación y aceptación de la situación a los padres y a la familia, en general, de los que ha sido arrebatado. También ellos deben pasar por un doloroso trance y tienen derecho a conocer el destino final de sus seres queridos.-

Por las consideraciones expuestas, estimo que no cabe entonces sino concluir que la medida dispuesta no acarrea violación alguna a los derechos y garantías constitucionales, en tanto aparece como razonable y proporcionada restricción de los derechos de la presunta víctima, que halla justificación en la necesidad de salvaguardar el interés general en el esclarecimiento de los delitos investigados y el castigo de sus responsables, así como en el derecho a la verdad.-

-V-

Por último, considero que el recurso tampoco puede prosperar en cuanto atribuye al a quo arbitrariedad al haber rechazado el pedido, subsidiariamente efectuado, de no admitir el examen hemático como prueba de cargo.-

No obstante, previo a exponer las razones que me llevan a esa conclusión, creo oportuno aclarar que si bien lo resuelto sobre este aspecto no figura en el dispositivo del auto de fs. 81/86, sino tan sólo en sus considerandos, ello no implica que no haya sido materia de decisión en la resolución mencionada. En este sentido, es del caso recordar que, tal como ha reconocido reiteradamente la Corte, las sentencias judiciales constituyen una unidad lógico-jurídica que debe interpretarse no sólo en su parte dispositiva sino también en sus fundamentos y conclusiones parciales (Fallos: 305:209; 307:112, entre otros).-

Una vez aclarado este extremo observo, en primer lugar, que la decisión adoptada por el a quo no constituye sentencia definitiva y que tampoco ha demostrado el impugnante la existencia de un gravamen actual de imposible o insuficiente reparación ulterior que permita equipararla a tal, de conformidad con la doctrina sentada por el Tribunal (Fallos: 310:1045; 312:1817, 2348, entre muchos otros).-

En este sentido, cabe señalar que lo resuelto de ningún modo cierra la discusión sobre el punto en cuestión ni la posibilidad de provocar otra decisión acerca de cómo habrán de ser valoradas oportunamente las conclusiones que arroje la prueba de histocompatibilidad ordenada.-

Asimismo, y aun cuando quisiera soslayarse esta circunstancia, es doctrina de la Corte que la existencia de un gravamen actual, como requisito para la procedencia del recurso extraordinario, determina la inadmisibilidad de las apelaciones que se apoyan en agravios futuros o meramente conjeturales (Fallos: 311:2519; 312:290 y 916, entre muchos otros), tal como lo es la alegada posibilidad de que el resultado de la medida sea de cargo y que en ella se sustente una sentencia condenatoria.-

En efecto, si bien el tribunal a quo desestimó la pretensión que en ese sentido articuló el recurrente, de dicho criterio no se deriva necesariamente que la prueba habrá de tener un resultado adverso a su interés, sino que ello

dependerá, en definitiva, de su eventual y futura consideración dentro del concierto general de los elementos de juicio que obren en el proceso al tiempo de dictarse el fallo, lo que torna a este agravio en hipotético y conjetural.-

Por último, no puede pasar inadvertido que la aplicación analógica de los artículos 163 y 278 de la anterior ley ritual (2372), que postula el recurrente, además de que soslaya, sin dar fundamento alguno, las excepciones previstas por esas normas para el pariente-víctima, se refiere a la interpretación de normas procesales, materia que por regla es propia de los jueces de la causa y ajena, por ende, a esta instancia extraordinaria (Fallos: 297:42; 301:636; 302:236, entre otros), salvo arbitrariedad que no advierto en el caso.-

-VI-

Por todo ello, opino que corresponde:

1°) Declarar formalmente procedente el recurso en cuanto se lo ha fundamentado en la arbitrariedad del punto III del fallo de fs. 81/86, y revocar la decisión allí adoptada para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte una nueva con arreglo a derecho,

2°) Declarar formalmente admisible el recurso en cuanto se lo ha fundamentado en la inconstitucionalidad de los puntos IV y V del fallo de fs. 81/86, y confirmar lo allí resuelto por el a quo en todo cuanto pudo ser materia de apelación federal,

3°) Declarar improcedente el recurso interpuesto en cuanto se dirige a cuestionar la decisión de no admitir que las conclusiones del examen ordenado no puedan ser utilizadas como prueba de cargo.-

Buenos Aires, 7 de mayo de 2001.-

Fdo.: NICOLÁS EDUARDO BECERRA

V. 356. XXXVI. "Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación".-

Buenos Aires, 30 de septiembre de 2003.-

Vistos los autos: "Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación".-

Considerando:

1°) Que a fs. 168/170 del expediente principal la juez de primera instancia resolvió "retener todos los documentos filiatorios otorgados en su momento por las autoridades pertinentes a Evelin Karina Vázquez Ferrá" y "ordenar la prueba hemática, a los fines de determinar la verdadera identidad" de la nombrada, con la prevención de que en caso de no otorgar ella su consentimiento la medida se concretaría con el auxilio de la fuerza pública. La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó dicho fallo (fs. 81/86 del presente incidente), y contra su decisión se dedujo el recurso extraordinario de apelación de fs. 98/151, el cual fue concedido (fs. 170).-

2°) Que si bien la resolución recurrida no constituye la sentencia final de la causa, debe ser equiparada a ella puesto que los efectos que produce respecto de la recurrente no resultan susceptibles de reparación ulterior, por lo que el recurso extraordinario ha sido bien concedido.-

3°) Que esta causa se origina en la querella promovida por la madre de Susana Pegoraro, basada en que su hija desapareció en el curso del año 1977, cuando estaba embarazada de cinco meses, después de haber estado detenida en el centro de detención clandestino existente en la Escuela de Mecánica de la Armada, donde nació su nieta, que habría sido entregada a Policarpo Vázquez -quien se desempeñaba en la base naval de submarinos de Mar del Plata- e inscripta en el Registro Civil como Evelin Karina Vázquez Ferrá.-

4°) Que en sus respectivas declaraciones indagatorias (fs. 45 y 162 -con remisión a la prueba informativa de fs. 85- del expediente principal), tanto Policarpo Vázquez como su esposa, Ana María Ferrá, admitieron no ser los padres biológicos de Evelin, que les fue entregada por personal de la Armada en circunstancias que hacían sospechar que

era hija de padres desaparecidos. Por medio de un certificado de nacimiento falso fue inscripta como hija del matrimonio, y en tal carácter fue criada hasta el momento en que se inició la presente causa. Sobre la base de esta confesión -corroborada, entre otros elementos, por los dichos de la partera que firmó el certificado sin haber asistido al nacimiento (fs. 75/77 y 80, y certificado de fs. 69 del principal)- a fs. 314/325 del principal se dictó auto de prisión preventiva respecto de Policarpo Vázquez, como autor de los delitos de falsedad ideológica de documento público, supresión de estado civil y retención de un menor de diez años.-

5°) Que el recurso extraordinario impugna la decisión de la cámara, confirmatoria de la de primera instancia, en los dos aspectos que resuelve: la retención de los "documentos filiatorios" y la realización de un examen hematológico destinado a comprobar si la recurrente es nieta de la querellante.-

Con respecto al primero de ellos, corresponde poner de relieve la oscuridad de la decisión adoptada en las instancias inferiores, la cual no parece discernir entre los documentos destinados a demostrar la filiación y aquéllos cuya finalidad es comprobar la identidad, y respecto de la cual la interesada no requirió la aclaración pertinente. En efecto, la filiación -supuestamente matrimonial, en el caso- se demuestra mediante la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y la prueba del matrimonio de los padres resultante del acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado, o la libreta de familia (arts. 246 y 196 del Código Civil), en tanto que la identidad se acredita con el documento nacional de identidad (art. 13 y concordantes de la ley 17.671). La referencia a los documentos que acreditan la identidad de la recurrente contenida en la decisión de primera instancia que se pronuncia sobre el recurso de reposición que había sido interpuesto, es meramente incidental y no modifica la expresión utilizada en la resolución anterior.-

Por tanto, literalmente entendido, lo resuelto carecería de sentido ya que los documentos originales que comprueban la filiación son las actas del Registro del Estado Civil, mientras que en poder de los interesados sólo pueden hallarse testimonios, copias, certificados o libretas de familia, cuya eventual entrega no excluiría la subsistencia de las actas ni afectaría la posibilidad de obtener nuevas copias. Malgrado la deficiencia, únicamente puede entenderse, pues, que lo que se ha ordenado es la entrega de los documentos destinados a acreditar la identidad y no los que comprueban la filiación, y así lo han entendido los interesados en los recursos deducidos y sus contestaciones.-

6°) Que, así comprendida, la sentencia impugnada adolece de una decisiva carencia de fundamentación puesto que no da una mínima respuesta a los agravios formulados.-

En efecto, el a quo, frente a la alegación de haber sido afectados derechos de la personalidad de la recurrente y violadas diversas disposiciones constitucionales y de tratados internacionales incorporados a la Constitución -derecho a la integridad de la persona por no estar nominalmente identificada, a transitar libremente y elegir residencia, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, a la propiedad privada, al nombre propio, y al ejercicio de los derechos políticos (fs. 236 vta./238 del principal)- se limitó a exponer que "tal decisión (la de primera instancia) deviene (sic) procedente teniendo en cuenta que revisten el carácter de prueba de cargo para quienes resultan imputados en la causa y que podrían ser ideológicamente falsos, con lo cual hasta tanto devengan necesarios para la investigación, los mismos deberán permanecer reservados en el Juzgado". En tal situación, es correcta la afirmación del señor Procurador General de la Nación de que "la falta de tratamiento de la cuestión planteada priva a la decisión impugnada de fundamentos suficientes que lo sustenten y la descalifica como acto jurisdiccional válido", lo que justifica dejar sin efecto este primer aspecto de la sentencia por aplicación de la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad.-

Por otra parte, los argumentos utilizados se muestran en grado tal absurdos que no resultan basados en derecho sino en la mera voluntad de los juzgadores, lo que configura una nueva situación de arbitrariedad. Pues los documentos de identidad son expedidos sobre la base de constancias documentales, de modo que sin perjuicio de que éstas puedan ser material o ideológicamente falsas, aquéllos no son la prueba de cargo de los delitos investigados, los cuales se configuran por la obtención de inscripciones registrales que no se ajustan a la verdad sobre la base de documentación falsa y no por la obtención de documentos de identidad a partir de tales inscripciones.-

Sin embargo, la trascendencia de la cuestión y el tiempo transcurrido durante la sustanciación del incidente justifican que el Tribunal haga uso de la facultad otorgada por el art. 16 de la ley 48 dictando un pronunciamiento que ponga fin a la cuestión.-

7°) Que la retención de los documentos destinados a acreditar la identidad, por más que fuese transitoria y durase sólo el tiempo que insumiera la tramitación del proceso -que ya resulta harto largo-, implicaría condenar a la víctima del delito investigado a una suerte de muerte civil, ya que quedaría privada, entre otros, del derecho de tránsito (art. 14 de la Constitución), del de trabajar (íd., íd.), de la seguridad social (art. 14 bis de la Constitución), de la posibilidad de adquirir la propiedad de bienes registrales (arts. 14 y 17 de la Constitución), del derecho al nombre (art. 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y del ejercicio de los derechos políticos (arts. 37 de la Constitución y 23 de la citada convención). Ello es más que suficiente para descalificar la decisión adoptada, la cual, por tanto, deber ser dejada sin efecto.-

8°) Que la recurrente impugna también la orden de extraerle compulsivamente sangre para realizar un examen hematológico que determine si es nieta de la querellante, alegando que la medida constituye una inadmisible intromisión del Estado en su esfera de intimidad, que lesiona su derecho constitucional a la integridad física, al obligarla a tolerar una injerencia sobre su propio cuerpo en contra de su voluntad; que afecta su dignidad al no respetar su decisión de no traicionar los intensos lazos afectivos que mantiene con aquellos que la criaron y a quienes sigue viendo como si fueran sus verdaderos padres; y que viola garantías constitucionales al no tomar en cuenta que la ley procesal la autoriza a proteger su núcleo familiar autorizándola a negar su testimonio cuando él pudiera derivar una prueba de cargo (arts. 163 y 278 del Código de Procedimientos en Materia Penal, por el cual se rige este proceso).-

9°) Que, más allá de una vaga referencia a los sentimientos de comprensión que habrían suscitado en el tribunal los momentos difíciles que ha tenido que vivir la recurrente como consecuencia de la investigación que puso en tela de juicio su verdadera identidad, el núcleo del agravio no ha sido considerado por el a quo, pues el recurso no sólo se fundó en la afectación de garantías constitucionales sino también en el reconocimiento de su derecho por el art. 278 de la ley procesal, el cual no fue siquiera mencionado en la decisión recurrida.-

10) Que, fuera de que los precedentes jurisprudenciales citados por el a quo no resultan aplicables al caso -el de Fallos: 318:2518 por tratarse de la extracción de sangre al imputado, y el de Fallos: 319:3370 por estar en juego la necesidad de tutelar el interés de un menor de edad y la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño-, la negativa de la persona mayor de edad a prestarse a que su cuerpo, o elementos de éste, sean utilizados para extraer elementos de prueba que posibiliten la condena de aquellos a quienes la ley procesal autoriza a proteger tiene amparo en reglas precisas de la ley procesal.-

En primer lugar, el art. 163 del Código de Procedimientos en Materia Penal prohíbe admitir denuncias de descendientes contra ascendientes, consanguíneos o afines y viceversa, ni de un cónyuge contra el otro, ni de hermano contra hermano, salvo que el delito haya sido ejecutado contra el denunciante o contra una persona cuyo parentesco con éste sea más próximo que el que lo liga con el denunciado. Luego, el art. 278, inc. 2°, prohíbe que se cite como testigos a los ascendientes y descendientes del acusado, y el art. 279 los autoriza a declarar, pero sólo a favor del procesado, salvo que se dé la situación excepcional del 163.-

De tal modo, es indudable que si los procesados fueran los verdaderos padres de la recurrente, la ley procesal la autorizaría a negarse a declarar contra ellos, y, a fortiori, a prestar su colaboración para la obtención de pruebas destinadas a incriminarlos. El derecho de negarse a declarar tiene claro fundamento en la necesidad de colocar al testigo en la angustiante alternativa de suministrar al Estado los medios de punir a aquellos con quienes tiene intensos lazos afectivos o de mentir contrariando un juramento. Luego, el problema que se presenta en este caso es el de determinar si igual derecho puede darse respecto de quienes son sólo formalmente sus padres porque así resulta de los asientos del estado civil, aunque pueda establecerse verosímilmente -con la relatividad propia de las decisiones dictadas en el curso de un proceso que no tiene sentencia final- que no lo son en la realidad, pero a quienes la interesada manifiesta sentirlos como tales.-

A fin de precisar la interpretación, cabe acudir a normas de la ley de fondo, la cual exime de responsabilidad penal por el delito de encubrimiento no sólo frente a personas ligadas por vínculos civiles formales sino también a "amigo íntimo" y a "personas a las que se debiese especial gratitud" (art. 277, inc. 3°). Sería absurdo entender que en esos casos la persona esté exenta de responsabilidad por limpiar la sangre de un homicidio u ocultar el botín de un robo, y, en cambio, esté obligada a declarar contra el delincuente o a prestar su cuerpo para la obtención de pruebas incriminatorias; y puesto que la recurrente manifiesta claramente su gratitud hacia quienes en su forzada situación de orfandad la criaron como verdadera hija, aun violando la ley penal, su negativa ha de estimarse justificada. Forzarla a admitir el examen de sangre resultaría, pues, violatorio de respetables sentimientos y,

consecuentemente, del derecho a la intimidad asegurado por el art. 19 de la Constitución, a más de constituir una verdadera aberración la realización por medio de la fuerza de la extracción a la cual se niega.-

11) Que si bien los argumentos expuestos serían suficientes para fundar la revocación de la resolución recurrida, cabe añadir todavía que ni siquiera se aprecia la necesidad del examen sanguíneo -calificado por la cámara de prueba meramente complementaria- para concluir en la existencia del delito que motiva el proceso. En efecto, ésta se encuentra prácticamente fuera de duda a partir de la confesión lisa y llana de ambos procesados, con lo que en rigor la prueba no estaría destinada a demostrar la comisión del delito sino la existencia del verdadero lazo de parentesco con la querellante; y a este respecto, su determinación poco añadiría puesto que la misma infracción penal existiría si la recurrente fuera hija de la hija de la querellante, que si lo fuera de otra persona. Y bien, resulta obvio que si aquélla -mayor de edad y capaz- no quiere conocer su verdadera identidad, no puede el Estado obligarla a investigarla ni a promover las acciones judiciales destinadas a establecerla; mientras que si es la querellante quien desea establecer el vínculo de parentesco, nada le impide deducir la acción que le pueda corresponder, en la cual correspondería determinar las consecuencias de la eventual negativa de su supuesta nieta a prestarse a un examen sanguíneo. Todo lo cual no guarda relación directa con la finalidad de comprobar y juzgar el delito que en esta causa se investiga.-

12) Que, finalmente resultan inadecuados los argumentos del a quo que parecen extender la situación procesal de los imputados a la de los testigos con una analogía que no se observa que exista -dada la evidente diferencia de situaciones entre una figura y la otra- y desentendiéndose por completo de las normas procesales que facultan a abstenerse de testimoniar en contra, entre otros, de los ascendientes.-

13) Que, por las razones expuestas, las medidas ordenadas en la sentencia apelada con relación a la documentación identificatoria de Evelin Karina Vázquez Ferrá y a la extracción compulsiva de sangre resultan contrarias a derecho y corresponde su revocación.-

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la decisión recurrida. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase al tribunal de origen.-

FDO.: CARLOS S. FAYT (según su voto)- AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto)- EDUARDO MOLINE O'CONNOR (según su voto)- ANTONIO BOGGIANO (según su voto)- GUILLERMO A. F. LOPEZ - ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA (en disidencia parcial).-

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DON EDUARDO MOLINE O'CONNOR

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó el fallo de primera instancia que ordenó retener los documentos filiatorios de Evelin Karina Vázquez Ferrá y realizar una prueba hemática destinada a establecer la verdadera filiación de la nombrada. Dispuso el a quo que la medida mencionada fuera llevada a cabo con el auxilio de la fuerza pública, en caso de que la afectada no prestara su consentimiento para la efectivización del examen de sangre. Contra tal decisión Evelin Karina Vázquez Ferrá interpuso el recurso extraordinario que fue concedido a fs. 170/170 vta. del incidente de apelación.-

2°) Que la presente causa es un desprendimiento de la investigación de las sustracciones de menores hijos de detenidos desaparecidos en la Escuela de Mecánica de la Armada. En este caso, la querellante denuncia que su hija, Susana Pegoraro, embarazada de cinco meses, desapareció en 1977, luego de haber estado detenida en el centro de detención clandestina mencionado. Allí nació su nieta, que habría sido entregada a Policarpo Vázquez -quien trabajaba en la Base Naval de Submarinos de Mar del Plata- e inscripta en el Registro Civil como Evelin Karina Vázquez Ferrá.-

3°) En sus respectivas declaraciones indagatorias (fs. 45 y 162 -con remisión a la informativa de fs. 85- del expediente principal), tanto Policarpo Vázquez como su esposa, Ana María Ferrá, admitieron no ser los padres biológicos de Evelin, que les fue entregada por personal de la Armada en circunstancias que hacían sospechar que era hija de padres desaparecidos. Por medio de un certificado de nacimiento falso la niña fue inscripta como hija

del matrimonio, y en tal carácter fue criada hasta el momento en que se inició la presente causa. Sobre la base de esta confesión, corroborada, entre otros elementos, por los dichos de la partera que firmó el certificado sin haber asistido al nacimiento (fs. 75/77 y 80, y certificado de fs. 69 del principal), se dictó auto de prisión preventiva (fs. 314/325 del principal) respecto de Policarpo Vázquez (como autor de los delitos de falsedad ideológica de documento público, supresión de estado civil y retención de un menor de 10 años, arts. 293, 296, 139, 2°párr. y 146 del Código Penal de la Nación) y de Ana María Ferrá (arts. 139, 2° párr. y 146, Código Penal).-

4°) Que en ese estado de la investigación se dispuso en primera instancia que se retuvieran los documentos filiatorios a nombre de Evelin Karina Vázquez Ferrá, por constituir una "prueba de cargo", y que se realizara un examen hematológico con el objeto de establecer si la nombrada era efectivamente nieta de la querellante. Dicha diligencia, en caso de ser necesario, sería llevada adelante con el auxilio de la fuerza pública.-

5°) Que ambas medidas, luego de su confirmación por la alzada, fueron impugnadas por la apelante en su recurso extraordinario. Con relación a la retención de sus documentos de identidad, señaló que la ausencia de instrumento alguno que le permita probar su identidad en legal forma la priva injustamente del ejercicio de todos aquellos derechos fundamentales que dependen para su efectivo goce de que su titular acredite que es quien dice ser.-

6°) Que con relación a los agravios vinculados con la retención de documentos cabe precisar que si bien la decisión impugnada no es la sentencia definitiva de la causa, a los fines del recurso extraordinario debe ser equiparada a tal, pues el pronunciamiento impugnado ha limitado irrazonablemente el ejercicio de diversos derechos constitucionales y la índole absoluta de las restricciones que resultarían de su criterio exige de este Tribunal una tutela efectiva.-

7°) Que en efecto, los reparos constitucionales que la apelante había expresado a fs. 12 vta./14 del incidente de apelación -vinculados con la afectación de los derechos y garantías invocados- fueron soslayados de manera absoluta por el a quo, de modo tal que este aspecto de la decisión configura un supuesto deresolución contraria implícita al derecho federal invocado. Esa labor interpretativa era imprescindible, porque la inopinada "retención de la documentación" dispuesta en autos (fs. 82/82 vta. del incidente mencionado) bien puede significar la reducción de tales derechos y garantías a simples formulaciones abstractas y sin ningún valor, situación que este Tribunal no ha de consentir.-

8°) Que varias reglamentaciones básicas e incuestionables, condicionan el ejercicio de los diversos derechos y garantías a la acreditación de la identidad de la persona involucrada.-

Así, tanto el Código Electoral Nacional -que sujeta a la presentación del documento cívico habilitante la emisión del sufragio (arts. 86 y 88 del decreto 2135/83, t.o. del Código Electoral Nacional)- como la genérica disposición según la cual la presentación del Documento Nacional de Identidad resulta "obligatoria en todas las circunstancias en que sea necesario probar la identidad..." (art. 13, ley 17.671) -las que en ciertos casos podrían ser necesarias para el ejercicio de derechos como los consagrados en los arts. 14, 14 bis, 17, 37, 39 y 40 entre otros, de la Constitución Nacional- son demostrativos de que reglamentaciones cuya razonabilidad se encuentra fuera de duda, pueden exigir la identificación para el adecuado ejercicio de derechos, aun los de índole superior.-

En salvaguarda de los derechos fundamentales es entonces imprescindible que se ponga fin a las desinteligencias -a las que se aludirá infra- de las que resultaría la privación de toda la documentación personal de la recurrente, por lo que corresponde que la Corte ejerza la facultad judicial de encauzar el procedimiento, como variante de la atribución genérica de declarar las normas aplicables al caso (Fallos: 321:2208).-

9°) Que la decisión recurrida, en tanto dispone -sin distinción alguna- que la documentación "deber(á) permanecer reservad(a) en el Juzgado" (fs. 82/82 vta. del incidente de apelación), lejos de dar respuesta a los agravios desarrollados por el apelante vinculados con el ejercicio y goce de aquellos derechos constitucionales y de atender -con el rigor que era menester- a las constancias obrantes en la causa, no resulta sino el corolario de una serie de imprecisiones que se señalarán seguidamente.-

En efecto, la primera resolución recaída en la causa que aludió a la retención de los documentos de la apelante, se encuentra en el contexto de la disposición de la prueba hemática, oportunidad en la que se ordenó "retener los documentos filiatorios" (fs. 168/170 vta. del principal); de su lado, el decisorio que resolvió el recurso de reposición interpuesto consideró -en cambio- que se había ordenado la "retención de los documentos destinados a

acreditar la identidad [de] Evelyn Karina Vázquez Ferrá" (fs. 306 del principal) y sobre esa base introdujo una motivación distinta: "que la citada documentación, resulta ser nada menos que el cuerpo de los delitos previstos en los arts. 292 y 293 del catálogo de fondo" (fs. 309 vta. del principal). Por último, sin distingo alguno -según se adelantó- el a quo dispuso la mencionada "permanencia" de la documentación en el juzgado en tanto ésta revestiría "el carácter de prueba de cargo para quienes resultan imputados en la causa y que podrían ser ideológicamente falsos" (fs. 82 del incidente mencionado). Ello sin verificar, por otra parte, si de acuerdo con el estado procesal de la causa esa retención se había materializado de manera efectiva.-

10) Que surge de las constancias del expediente principal que -en lo que aquí interesa- la investigación se orienta a la presunta alteración del estado civil de la apelante mediante su inscripción como hija biológica de los procesados y la consiguiente falsedad ideológica de sus certificados de parto y de nacimiento. No existe referencia alguna, en cambio -salvo la dogmática asimilación que se consagró según lo reseñado- a aquellos documentos destinados a acreditar la identidad de las personas. En efecto, la delimitación a los referidos documentos -cuyas constancias obran a fs. 68 y 69- surge del contenido de las declaraciones indagatorias de fs. 45/48, 75/75 vta., 162, del careo de fs. 80/80 vta., del cuerpo de escritura de fs. 75 vta./76 vinculado con el certificado de nacimiento, de la prueba de informes de fs. 261/268 relacionada con certificados de nacimiento y se consagra en la prisión preventiva dictada a fs. 314/325 (prorrogada a fs. 384/387), así como de lo informado a fs. 414/416.-

De ello se sigue que: a) en autos no se ha dispuesto la investigación de la falsedad ideológica y/o material de los documentos cuya "retención" se ordena y b) a los fines de la investigación por el delito de falsedad ideológica de documentos filiatorios y del delito de alteración del estado civil nada aportaría la "retención" de otros documentos que no fueran los estrictamente necesarios para comprobar su comisión; por tal razón resulta inexplicable la dogmática alusión a estos últimos como "prueba de cargo".-

Es que el certificado y la partida de nacimiento expedidos por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas acreditan la situación del individuo en sus relaciones de familia y tienen como finalidad probar la filiación. Los documentos cuyo objeto consiste en acreditar la identidad -y que motivan este pronunciamiento- son emitidos necesariamente sobre la base de aquéllos. De modo tal que, de declararse la nulidad del acta de inscripción de nacimiento y del certificado respectivo, se expedirán los legítimos documentos de filiación, con la consecuente declaración de nulidad de los identificatorios basados en aquéllos y el otorgamiento de los que correspondan con arreglo a la verdad comprobada y las normas legales que en su caso resultaran de aplicación.-

Por otra parte, el sub lite se distingue de otros procesos relativos a falsedades documentales en cuyo marco es posible que quienes estén involucrados, de algún modo obtengan -mediante una nueva expedición- los documentos indubitados o simplemente conserven los propios (vgr., en este último supuesto, si el documento incautado pertenece a una persona distinta al autor de la falsedad). Tales alternativas no serían posibles en el caso, toda vez que -precisamente- los eventuales vicios del documento identificatorio derivarían de los que presentasen el certificado y acta de nacimiento. Esta especial ponderación de las consecuencias que acarrearía la inopinada "retención" dispuesta en la causa impone dejarla sin efecto, toda vez que privaría absolutamente a la apelante de acreditar su identidad -como ya se señaló supra- convirtiéndola en un ser anónimo, carente de un nombre, una nacionalidad y un estado familiar que, aun controvertidos, a ningún habitante de la Nación pueden serle arrebatados.-

En tales condiciones, la disposición de retener la documentación identificatoria expedida sobre la base de la filiatoria en este estado del proceso sólo hizo gala de un desmedido escrúpulo judicial, producto de la ausencia de una adecuada hermenéutica constitucional con arreglo a las circunstancias de la causa, por lo que corresponde revocar lo decidido sobre el punto.-

11) Que la recurrente también cuestionó en su recurso extraordinario el carácter compulsivo de la extracción de sangre ordenada a su respecto. Desde su perspectiva, la medida representa una inadmisible intromisión del Estado en su esfera de intimidad, que lesiona su derecho constitucional a la integridad física, al obligarla a tolerar una injerencia sobre su propio cuerpo en contra de su voluntad. Al mismo tiempo, afecta su dignidad pues no respeta su decisión de no traicionar los intensos lazos afectivos que mantiene con aquellos que la criaron y a quienes sigue viendo como si fueran sus auténticos padres. Calificó de arbitraria la decisión de la cámara, pues ella se basa en precedentes y doctrina elaborados para casos que difieren sustancialmente del sub examine. Asimismo, señaló que el a quo omitió examinar el argumento relativo a la violación de garantías constitucionales pues no ha tomado en cuenta que la ley procesal la autoriza a proteger a su núcleo familiar, al autorizarla a negar su testimonio cuando de

él pueda derivar una prueba de cargo (arts. 163 y 278 del Código de Procedimientos en Materia Penal). Lo mismo ocurrió con su pedido de que, en caso de consentir el examen, el resultado no fuera utilizado en contra de los imputados.-

12) Que también en este punto el recurso extraordinario resulta procedente, en tanto la decisión recurrida pone fin a la cuestión federal planteada y causa un gravamen insusceptible de reparación ulterior. Asimismo, la apelante ha cuestionado la inteligencia dada por la cámara a su derecho a la integridad corporal, desvinculado de las lesiones a la privacidad y la intimidad, y el planteo de arbitrariedad introducido se encuentra inescindiblemente unido al menoscabo constitucional alegado.-

13) Que en el fallo impugnado se afirmó que la extracción de sangre ordenada constituía "una diligencia complementaria de las otras probanzas colectadas, cuya realización deviene razonable, pertinente y encaminada a la obtención de certeza de los hechos que constituyen el objeto procesal de la investigación criminal", que no representa riesgo alguno para la salud de la afectada, ni constituye una práctica humillante o degradante, con cita de Fallos: 318:2518. En apoyo de esta posición, el a quo afirmó que la diferencia, reconocida jurisprudencialmente, que existe respecto de la situación del imputado cuando éste es "sujeto de prueba" y cuando es "objeto de prueba", "bien puede asimilarse [a] la situación de Vázquez Ferrá". A fortiori, argumentó: "si a una persona investigada en causa criminal puede obligársela a la realización de este tipo de medidas cuando actúa conforme lo expuesto, con más razón la justicia puede hacerlo con quien no lo es, como en el caso, Evelin Vázquez".-

14) Que la solicitud de la recurrente en cuanto a que estaría dispuesta a someterse al examen si los resultados no fueran utilizados como prueba de cargo en contra de aquellos que, para ella, siguen siendo sus padres, fue rechazada por la cámara, por considerar que la pretensión de limitar la utilización de una prueba en una investigación penal carece de todo soporte jurídico.-

15) Que corresponde señalar que, más allá de una vaga referencia a los sentimientos de comprensión que habrían suscitado en el tribunal "los momentos difíciles que ha tenido que vivir Evelin Vázquez como consecuencia de esta investigación, ya que se ha puesto en tela de juicio su verdadera identidad", el núcleo del agravio de la afectada nunca fue tomado en cuenta por los jueces. En efecto, en la decisión apelada, no sólo citaron jurisprudencia y doctrina referidas a supuestos diferentes, sin justificar su aplicación a la situación del caso, sino que, además, nada se dijo con respecto a la afectación de la integridad psíquica y moral y de la libertad de conciencia que la apelante atribuyó a la compulsión a aportar prueba en contra de los sentimientos de crianza. Cabe señalar que tal afectación fue sustentada no sólo en garantías constitucionales, sino, en particular, en el reconocimiento que de estos sentimientos hace la ley procesal, en especial, el art. 278 del Código de Procedimientos en Materia Penal. Dicha norma ni siquiera fue mencionada en la decisión en recurso.-

16) Que en los precedentes en los cuales esta Corte tuvo ocasión de examinar la legitimidad de las extracciones compulsivas de sangre la situación de hecho y los problemas jurídicos planteados diferían sustancialmente del sub examine.-

Así, en el caso "Müller" (Fallos: 313:1113) se había ordenado al padre adoptivo de un menor que lo sometiera a un examen de histocompatibilidad a fin de establecer si era efectivamente nieto de quienes afirmaban ser sus abuelos de sangre. Se trataba de una causa penal en la que se investigaba la falsedad ideológica del documento nacional de identidad y del certificado de nacimiento del menor, pero los padres adoptantes no se encontraban imputados ni el menor era considerado "víctima". Por ello, la mayoría del Tribunal entendió que la medida excedía el objeto de la investigación penal y afectaba el régimen de adopción plena. En el voto en disidencia del juez Petracchi, en cambio, se consideró que era inadmisible que el representante legal de un menor invocara como interés de éste el derecho a no conocer sus orígenes y se opusiera a la realización de una medida que podía tener como resultado que su representado pudiera conocer cuál era su familia de sangre.-

En cambio, una medida similar fue autorizada en el caso "H., G. S." (Fallos: 318:2518). Se trataba de la investigación de la entrega a terceros de niños abandonados o sustraídos a sus padres, a cambio de dinero. El matrimonio H. estaba imputado de haber recibido un niño en esas condiciones, y los exámenes de sangre estaban orientados a corroborar la paternidad cierta que alegaban. Los padres, por lo tanto, aparecían como imputados, y el menor, como víctima del delito investigado. En tales condiciones, el Tribunal entendió que no están legitimados para oponerse a la extracción de sangre, ni a su respecto -por ausencia de lesión del principio por el cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo- ni respecto del menor, pues la medida sólo ocasiona una perturbación ínfima

en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen. Se rechazó, asimismo, la aplicación al caso del precedente "Bahamondez" (Fallos: 316:479), teniendo en cuenta que la negativa a la realización de la prueba no estaba dirigida al respeto de la zona de reserva e intimidad sino a obstaculizar una investigación criminal. Se consideró, además, que no se trataba de una práctica humillante ni degradante y que se encontraba en juego el derecho a la identidad de la menor. Tales principios fueron reiterados en el voto en disidencia de los jueces Fayt y Petracchi en el caso C., J. A. (Fallos: 318:2481) y, por todo el Tribunal, en "Guarino" (Fallos: 319:3370).-

17) Que a partir de la reseña efectuada se advierte que no es posible trasladar ligeramente al presente caso la doctrina de los precedentes citados. En efecto, las circunstancias de que en el sub lite no exista un interés tutelar como el que guió la decisión en pos de la protección del derecho a la identidad de los menores, y al no encontrarse la recurrente imputada en la causa, exigen un examen diferente de las cuestiones planteadas, y en particular, del posible menoscabo del ámbito de reserva e intimidad que importaría la medida impugnada.-

18) Que la recurrente admite que una extracción de sangre, por sí misma, puede representar sólo una afectación ínfima de la integridad corporal. Pero su cuestionamiento apunta a otro aspecto del problema, que es el de poner de manifiesto el carácter degradante y humillante que tal medida adquiere cuando se pretende realizar utilizando el cuerpo de quien podría negarse a declarar como testigo, y con la finalidad de extraer de él elementos de prueba que posiblemente colaboren a la condena de aquellos a quienes la ley procesal le autoriza a proteger.-

19) Que, según se adelantó, en apoyo del derecho a negarse a ser utilizada como vehículo para la obtención de evidencia de cargo, Vázquez Ferrá ha invocado las reglas procesales sobre inadmisibilidad de denuncia y prohibición de testimonio en casos de parentesco. En este sentido, el art. 163 del Código de Procedimientos en Materia Penal prohíbe admitir denuncias de descendientes contra ascendientes, consanguíneos o afines y viceversa, ni de un cónyuge contra el otro ni de hermano contra hermano. Como excepción, autoriza a admitir la denuncia cuando el delito fue ejecutado contra el denunciante o contra una persona cuyo parentesco con el denunciante sea más próximo que el que lo liga con el denunciado. Con relación, específicamente, a las declaraciones testimoniales, el art. 278 del ordenamiento procesal mencionado prohíbe que se cite como testigo a los ascendientes y descendientes del acusado (inc. 2°). En sentido estricto, no está prohibido que declaren, sino que sean citados. El art. 279 del citado código los autoriza a declarar, pero sólo a favor del procesado, salvo que se dé la situación excepcional prevista por el art. 163, es decir, que hayan sido víctimas del delito y que quieran declarar en contra. En estos supuestos, la prohibición de declarar se convierte en facultad del testigo de hacerlo o no, según su propia decisión.-

20) Que el derecho de los testigos de no declarar en contra del círculo de parientes más próximo no tiene rango constitucional expreso en nuestro país. Sin embargo, difícilmente pueda aparecer como una disposición procesal más o menos contingente. Un repaso de los textos constitucionales provinciales demuestra que se trata de un derecho con el suficiente arraigo como para haber sido considerado entrañablemente unido a la garantía de incoercibilidad del imputado: nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra los parientes más próximos (conf., las fórmulas similares en las constituciones de Córdoba -art. 40-, Chaco -art. 20-, Chubut -art. 45-, Formosa -art. 20-, Jujuy -art. 29, inc. 7°-, La Rioja -art. 29-, Neuquén -art. 35-, Río Negro -art. 22-, San Juan -art. 33-, Santa Cruz -art. 22-, San Luis -art. 43-, Santiago del Estero -art. 55-, Catamarca -art. 30-, Tierra del Fuego -art. 34-, Corrientes -art. 11- y Salta -art. 20-). La regla también es reconocida por la Constitución Española (art. 24: "La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos") y por numerosas constituciones latinoamericanas, con textos similares a los del derecho público provincial argentino (Bolivia -art. 14-, Colombia -art. 33-, Panamá -art. 25-, Chile -art. 19-, Paraguay -art. 18-, Honduras -art. 88-, Ecuador -art. 24, inc. 9-, Costa Rica -art. 36-).-

21) Que se reconoce como fundamento de tales preceptos la defensa de la solidaridad familiar y el fin de mantener la institución de la familia, al evitar que ella se destruya por el obrar de sus mismos miembros. A ello se han agregado razones de índole moral y psicológica: evitar el dilema que se le presenta al individuo que debe optar entre perjudicar a un pariente o mentir (conf. sesiones del Instituto de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional de Córdoba, en Cuadernos de los Institutos, n° 83, págs. 92 y sgtes., con relación al art. 10 de la Constitución de Córdoba -anterior redacción-). El derecho de negarse a declarar le ahorra al testigo la carga anímica que puede representar el prestar un testimonio de cargo, y de este modo, al mismo tiempo, también la tentación de solucionar la situación de conflicto mediante una declaración falsa. Al mismo tiempo, se protege el interés en la existencia de relaciones de confianza dentro de la familia, y se respeta la necesidad del hombre de

confiar en sus parientes más próximos, sin tener que temer que de este modo se le estén proporcionando al Estado medios de prueba (conf., con relación a una norma similar en la Ordenanza Procesal Penal alemana, Gerald Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, Nomos, Baden Baden, 1993, págs. 21 y sgtes.).-

22) Que, en lo fundamental, se trata de una prohibición creada en consideración a los testigos por "razones claramente humanas" (conf. Leonardo Prieto-Castro y Ferrandiz/Eduardo Gutiérrez de Cabiedes y Fernández de Heredia, Derecho Procesal Penal, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 196) que sólo desaparece cuando el testigo, o bien, un pariente más próximo a él que el imputado, fue víctima del delito. Tal límite surge "como consecuencia de no haber ya qué proteger por estar la familia ya destruida en cuanto a los lazos de los afectos" (conf. Cuadernos, lug. cit., págs. 122 y sgtes.). En esos casos, el carácter de ofendido por el delito convierte a la prohibición de declarar en contra del pariente en la facultad de abstenerse de hacerlo (lug. cit., págs. 127 y sgtes.), y tal facultad es la que Vázquez Ferrá -víctima del delito investigado en autos- reclama para sí.-

23) Que la decisión del a quo se circunscribió a analizar el alcance del derecho del imputado de negarse a declarar contra sí mismo. Al seguir la jurisprudencia de esta Corte, restringió dicho derecho a aquellas declaraciones que dependen de la voluntad del sujeto, como por ejemplo la confesión, careos, cuerpos de escritura. De este modo, quedan fuera del ámbito de protección de la garantía aquellas medidas respecto de las cuales el imputado puede ser calificado como un mero "objeto de prueba", tal como sucede en los reconocimientos en rueda de personas, las inspecciones corporales y las extracciones de sangre. Tal fue, en efecto, el criterio que se siguió en el citado caso "H., G. S.".-

24) Que sobre la base de tales argumentos, el a quo parece haber entendido -aunque no lo dice expresamente- que así como el imputado no puede ampararse en el art. 18 de la Constitución Nacional para impedir que utilicen su cuerpo para obtener prueba en su contra, tampoco podría hacerlo el testigo con invocación de las reglas procesales que lo facultan a abstenerse de testimoniar en contra, entre otros, de sus ascendientes.-

25) Que tal paralelo entre la situación del imputado y la del testigo no es en modo alguno evidente, y no parece admisible que, para semejante conclusión, ni siquiera se mencionen las reglas procesales en las que se había amparado la recurrente.-

Por otro lado, la equiparación de ambas situaciones sólo podría sostenerse si el derecho del imputado de negarse a declarar tuviera similar fundamento e idéntico alcance que la facultad de abstención del testigo, es decir, si sólo se protegiera -dicho brevemente- la "libertad de declaración".-

26) Que si bien entre ambos derechos existe una estrecha relación (conf. "Cuadernos", lug. cit., pág. 90), las reglas que autorizan a los testigos a preservar ciertos vínculos familiares tienden a ahorrarle a los individuos la carga de conciencia que representaría verse obligado a traicionar la confianza que caracteriza tales relaciones. Se trata del respeto de lazos afectivos estrechos, fuertemente relacionados con el derecho a la intimidad.-

27) Que, por lo tanto, al juzgar la proporcionalidad de la injerencia que la medida en cuestión significa se debe computar que ella debería ser realizada sobre una persona a la que, por la fuerza, se la estaría obligando a ser quien, en definitiva, aporte pruebas para que se pueda llegar a la condena de aquellos a quienes su conciencia le indica que debe proteger.-

En tales condiciones no es posible afirmar sin más aditamentos que la extracción de sangre ordenada no constituye una práctica humillante ni degradante, pues ello significaría hacer a un lado que, además del cuerpo, se está produciendo una invasión en el ámbito íntimo de los lazos afectivos de la recurrente.-

28) Que mal puede afirmarse que el carácter de "víctima" de la recurrente la priva del ejercicio de tal derecho, pues ello no haría más que duplicar sus padecimientos: primero, por haber sufrido el delito, y luego, al obligarla a traicionar su conciencia y a tolerar que el Estado pueda valerse de su cuerpo para satisfacer la pretensión penal pública. En este sentido, a diferencia de lo que sucede con el imputado, el hecho de que no se trate de una "declaración", o en otras palabras, que no intervenga su voluntad para la producción de la prueba no resulta decisivo, pues el ámbito de intimidad que se pretende proteger no podría dejar desamparado el derecho a excluir a otros de intervenir sobre el propio cuerpo. Una solución semejante, por cierto, no resulta ajena al derecho comparado, tal como lo ha traído a colación el propio señor Procurador General, a pesar de propiciar una solución contraria. Así, el § 81 c, párrafo segundo, de la Ordenanza Procesal Penal alemana establece la admisibilidad de las

inspecciones y extracciones de sangre en personas distintas del imputado sin su consentimiento, cuando no sea de temer un perjuicio para la salud y la medida resulte imprescindible para la averiguación de la verdad. No obstante, el siguiente párrafo del mencionado § 81 c establece expresamente: "Es posible negarse a las inspecciones y las extracciones de sangre por las mismas razones por las que es posible negarse a declarar como testigo" (conf. asimismo Claus Roxin, "Derecho Procesal Penal", Del Puerto, Buenos Aires, 2000, págs. 295 y sgtes.).-

29) Que, a primera vista, puede llamar la atención que la decisión del caso se apoye en la extensión al cuerpo de la facultad del testigo de abstenerse de declarar en contra de sus ascendientes cuando en autos ya se ha comprobado en los términos del art. 366 del Código de Procedimientos en Materia Penal que los beneficiados por la abstención, no sólo no merecen el apelativo de "padres", sino que son quienes mantuvieron a la víctima fuera de la esfera de custodia de los padres verdaderos. Sin embargo, más allá de los sentimientos del lego, existen razones jurídicas de peso que hacen que tal facultad deba operar aun en casos semejantes. En primer lugar, no existe hasta el momento una condena firme respecto de la falsedad de los documentos ni se han modificado los asientos del Registro Civil, único modo de alterar las relaciones de filiación. Tales requisitos formales, de una importancia básica dentro de nuestro derecho, serían ya suficientes para desechar el argumento de que se estaría tratando a la recurrente como "hija", a pesar de que ya los propios imputados han reconocido que no lo es.-

Pero, además de ello, se debe tener en cuenta que las relaciones de parentesco jurídicamente protegidas en el ámbito procesal no son las únicas que merecen amparo. En efecto, el derecho de fondo ha reconocido que existen relaciones personales muy estrechas que el Estado decide respetar al prescindir de intervenir, y al renunciar a la pretensión de imposición de una pena, y ello, a pesar de la ausencia de "partidas". El caso más gráfico -estrechamente vinculado a las reglas procesales sobre prohibición del testimonio de los parientes- es el de la excusa absolutoria prevista para el delito de encubrimiento. El art. 277, inc. 3°, del Código Penal, exime de responsabilidad criminal no sólo frente a vínculos "formales", sino que extiende la exención a "amigo íntimo" y a la "persona a la que se debiese especial gratitud".-

30) Que, en conclusión, el derecho tradicionalmente ha sacralizado ciertas relaciones familiares y personales muy próximas y se ha abstenido de intervenir en ellas, incluso a costa de dificultar o de frustrar, la posibilidad de perseguir el delito. El Estado, por respeto a la intimidad y la reserva de quien se siente atado por sentimientos de una estrecha comunidad de vida, aparece dispuesto a tolerar que ese individuo le niegue su testimonio a la justicia, y a no castigarlo si limpia la sangre u oculta el botín, producto del crimen de aquéllos frente a quienes se siente obligado. En este contexto, es insostenible que ese mismo Estado esté legitimado a violentar el cuerpo del "encubridor" en busca de prueba incriminante.-

31) Que a ello cabe agregar que, en el caso concreto, el "sacrificio" que implica respetar los derechos de la víctima es relativo, pues tal como lo afirmara la cámara, se trata de una medida de prueba meramente "complementaria", que podría colaborar con la confirmación de la imputación y con un más amplio esclarecimiento del hecho, pero cuya prescindencia, en principio, no tendría por qué conducir a que Vázquez y Ferrá resultaran absueltos.-

32) Que, sin perjuicio de su relevancia como elemento de convicción, es evidente que la principal función que cumpliría la realización del examen de sangre es confirmarle a la querellante si su penosa búsqueda ha llegado a su fin. Se trata, por cierto, de una pretensión legítima de quien también es reconocida en autos como víctima del hecho investigado. Su interés, no obstante, debe ceder, pues sólo podría ser satisfecho mediante un intenso ejercicio de violencia estatal sobre el cuerpo de la recurrente, que lesionaría el derecho a la intimidad que el art. 19 de la Constitución Nacional le reconoce.-

33) Que por las razones expuestas las medidas ordenadas en la sentencia apelada con relación a la documentación identificatoria de Evelin Karina Vázquez Ferrá y a la extracción compulsiva de sangre resultan contrarias a derecho y corresponde su revocación.-

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la decisión recurrida. Notifíquese y, oportunamente, devuélvanse los autos al tribunal de origen.-

Fdo.: ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - EDUARDO MOLINE O'CONNOR

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que el suscripto comparte las razones expuestas en los considerandos del voto de los jueces Petracchi y Moliné O' Connor y los da por reproducidos, agregando que atento a las singulares circunstancias que caracterizan la presente causa nada impide que el Tribunal exhorte a Evelin Karina Vázquez Ferrá a ir integrándose a la que sea su familia de origen y al Estado asegurar la eficiente ayuda psicológica, si ella lo requiere.-

En consecuencia, las medidas ordenadas en la sentencia apelada con relación a la documentación identificatoria de Evelin Karina Vázquez Ferrá y a la extracción compulsiva de sangre resultan contrarias a derecho y corresponde su revocación.-

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la decisión recurrida. Notifíquese y, oportunamente, devuélvanse los autos al tribunal de origen.-

Fdo.: CARLOS S. FAYT

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (fs. 81/86), al confirmar lo resuelto en primera instancia dispuso retener todos los documentos filiatorios otorgados en su momento por las autoridades pertinentes a Evelin Karina Vázquez Ferrá y, asimismo, ordenó la prueba hemática a los fines de determinar su verdadera identidad, medida que deberá concretarse -en caso de ser necesario- mediante el auxilio de la fuerza pública. Contra dicho pronunciamiento la nombrada interpuso el recurso extraordinario de fs. 98/151 que fue concedido a fs. 170/170 vta.-

2°) Que la recurrente sostiene en primer lugar que la retención de los documentos afecta el derecho a la integridad de la persona, a transitar libremente y elegir residencia, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, a la propiedad privada, al nombre propio, y al ejercicio de los derechos políticos por no estar nominalmente identificada, lo que la convertiría en paria civil. Cita en apoyo de su postura los arts. 14, 14 bis, 17 de la Constitución Nacional y diversos preceptos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.-

En segundo lugar, afirma que existen motivos para apartarse de la doctrina de Fallos: 318:2518 y 319:3370 y que resulta inaplicable la demás jurisprudencia citada por la cámara. Aduce que ello es así, por cuanto en los citados pronunciamientos de este Tribunal la víctima era menor de edad y quienes se oponían al examen eran los imputados. Afirma que la prueba de identidad biológica no puede utilizarse como prueba de cargo en razón del vínculo que la liga con los imputados. En este último sentido, subsidiariamente expresa su disposición para realizar el examen de histocompatibilidad ordenado siempre y cuando no se utilicen sus resultados como prueba de cargo en el proceso penal.-

3°) Que respecto de la retención de los documentos el pronunciamiento impugnado debe ser equiparado a definitivo pues, por sus efectos, irroga un gravamen insusceptible de reparación ulterior. Asimismo, existe cuestión federal bastante para habilitar la instancia, toda vez que la apelante arguye que lo resuelto vulnera el ejercicio de derechos de raigambre constitucional.-

4°) Que en el punto asiste razón a la recurrente. Es inmediatamente asequible al entendimiento común que el ejercicio de los derechos reconocidos en la primera parte, capítulo primero de la Constitución Nacional y en los tratados internacionales a ella incorporados (art. 75, inc. 22) requiere acreditar la identidad. Baste señalar, a tal efecto, a guisa de ejemplo, que la emisión del sufragio exige la presentación del documento cívico habilitante (arts. 86 y 88 del decreto 2135/83, t.o. del Código Electoral Nacional). Cabe advertir, además, que al contestar el traslado del remedio federal (conf. fs. 157) la querellante alega que la recurrente no puede estar en juicio porque, entre otras cosas, "ha otorgado poder con un documento nacional de identidad que está siendo requerido por la Justicia por su presunta falsedad", de donde se colige que la falta de documentos privaría a la recurrente de la posibilidad de defender sus derechos en juicio, ya sea por sí o por representación.-

Lo mismo ocurre con los demás derechos que invoca: estudiar, entrar y salir del país, ejercer toda industria lícita, contratar, contraer matrimonio, etc.-

Es obvio que la determinación de la filiación producirá como lógica consecuencia la nulidad de la partida de nacimiento y que se expidan nuevos documentos de identidad. Pero en el ínterin estos no pueden retenerse toda vez que ello importaría privar a la apelante de nombre, nacionalidad y estado familiar, aunque éste se halle controvertido, con claro menoscabo de derechos de jerarquía superior.-

5°) Que en lo referente a la prueba hemática, la decisión recurrida es equiparable a definitiva porque pone fin a la cuestión planteada y, por sus efectos, puede frustrar el derecho federal invocado, acarreando perjuicios de imposible o tardía reparación ulterior. Por lo demás, al hallarse inescindiblemente ligados los agravios relativos a la alegada arbitrariedad y a la interpretación de las cláusulas constitucionales en juego corresponde su tratamiento conjunto (Fallos: 313:664; 317:997; 321:2223; 325:50, entre otros).-

6°) Que si bien este Tribunal ha establecido la validez constitucional de medidas como la impugnada en Fallos: 318:2518 y 319:3370, tal doctrina no es aplicable en la especie. A diferencia de los citados precedentes, la apelante es mayor de edad y es la presunta víctima de los delitos que se investigan en autos.-

7°) Que, en el caso, existe una tensión entre el derecho a la intimidad de la apelante, persona plenamente capaz que en todo momento manifiesta su absoluto desinterés en conocer su origen, y el de la querellante que pretende conocer la verdad acerca de la sustracción de su presunta nieta. Asimismo, los mencionados derechos deben conciliarse con la tutela del interés público propia del proceso penal que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia (conf. Fallos: 318:2518 citado).-

8°) Que es imperioso recordar que el derecho a la intimidad, consagrado en forma genérica por el art. 19 de la Constitución Nacional ha sido definido por esta Corte como aquel que "protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento, o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 306:1892; 314:1531, voto del juez Boggiano; 316:479, disidencia de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano; 316:703). La pretensión de la querellante es inherente a los sentimientos y relaciones familiares de proximidad existencial, que hacen al derecho a la identidad y a la intimidad (doctrina de Fallos: 321:2031 disidencia del juez Boggiano). La del apelante tiene similares características pues consiste en el rechazo de toda intromisión tendiente a poner de manifiesto una realidad biológica que no le interesa conocer.-

9°) Que en tales condiciones, es necesario un delicado ejercicio de hermenéutica constitucional por lo que resulta aplicable la inveterada jurisprudencia de esta Corte según la cual los derechos que emanan de las cláusulas constitucionales han de conciliarse con los deberes que imponen otras, de manera que no se pongan en pugna sus disposiciones y se logre darles aquel sentido que las concilie y deje a todas con valor y efectos (Fallos: 1:297; 277:213; 279:128; 296:372; 319:3241, entre muchos otros).-

10) Que las reglas del Código de Procedimientos en Materia Penal que invoca la recurrente (arts. 278, 279 y 280) no contemplan la situación procesal en que se encuentra y, por ende, no resultan prima facie aplicables al caso. Ello es así, pues no es equivalente el deber de una persona de prestar declaración testimonial con el de consentir que se le extraiga sangre. El testimonio, como manifestación volitiva sobre lo que se conoce, se halla sujeto a reglas que, en lo que al caso interesa, ampara el mantenimiento del vínculo familiar al prohibir, por ejemplo, declaraciones en contra de ciertos parientes, y tienden por ello a evitar que la persona sea colocada en una situación que pueda comprometer sus lazos afectivos. La extracción compulsiva de sangre, en cambio, constituye un medio de prueba que no compele a producir testimonio alguno -en sentido estricto-, por lo que, en principio y a falta de regulación

expresa, no es admisible extender a su respecto las reglas especiales mencionadas anteriormente por más analogía que pueda encontrarse entre ambas situaciones. Ocurre que la finalidad de proteger los lazos familiares -que inspira la exclusión de ciertos medios de prueba- debe equilibrarse razonablemente con el propósito de averiguar la verdad sobre los delitos investigados; y en esta confrontación ha de prevalecer la potestad judicial de reunir todas las pruebas que no sean inequívocamente excluidas por la ley.-

11) Que, además de lo expresado existen indicios suficientes que demuestran que los procesados Policarpo Vázquez y Ana María Ferrá no son los padres de Evelin Karina Vázquez Ferrá, por lo que no puede sostenerse que ésta se encuentra en la situación del art. 278, inc. 2°, del Código de Procedimientos en Materia Penal, que vedaría requerir su testimonio en razón del vínculo.-

12) Que la recurrente no se halla imputada y no asumió participación alguna en el proceso, sino que sería la presunta víctima del delito que se investiga. Por lo tanto, a los fines de juzgar la procedencia de la prueba hemática, es preciso examinar los límites de la autoridad instructoria de los jueces, atendiendo a la razonabilidad de las diligencias ordenadas en función del objeto procesal de que se trata. Ello lleva a indagar la pertinencia o utilidad de la prueba.-

13) Que se observa que el requerimiento judicial impugnado, que obliga a Evelin Karina Vázquez Ferrá a prestar su cuerpo para la extracción de sangre, no es imprescindible para determinar la verdad de lo ocurrido a los fines del proceso penal que se sigue contra los procesados. En efecto, ningún dato relevante se aportaría con la investigación acerca de si la nombrada es o no nieta de la querellante, puesto que de las pruebas hasta ahora reunidas se desprende que no es hija de los procesados y ésta circunstancia es suficiente para comprobar la infracción criminal que se examina, al menos desde una evaluación externa de los hechos. En efecto, habida cuenta de las declaraciones indagatorias de fs. 45/48 con la confesión de Policarpo Vázquez, la de fs. 75 y 162, con la admisión de Ana María Ferrá, el careo de fs. 80/80 vta., el cuerpo de escritura de fs. 75 vta./76 y la prueba de informes relacionadas con el certificado de nacimiento, la extracción de sangre no guarda nexo con la comprobación del delito que motiva el proceso, el que se configuraría cualquiera fuese la filiación de Evelin Karina Vázquez Ferrá (las citas de fojas del presente considerando corresponden a la causa principal).-

14) Que a ello cabe agregar que, no es absoluta la potestad de los jueces penales de recabar toda la información que estimen pertinente para constatar la existencia de conductas delictivas; su cometido debe ceder cuando la investigación puede vulnerar, como en autos, el ámbito de intimidad de las personas y la averiguación sólo traería un conocimiento que -en palabras de la cámara- sería meramente complementario. No se trata entonces de una prueba dispuesta como último resorte e indispensable para la pesquisa -caso en el cual correspondería examinar la intensidad de los derechos en pugna para dirimir el conflicto-, sino de una medida que por no ser decisiva debe omitirse.-

15) Que, en tales condiciones, se advierte con claridad que la prueba de histocompatibilidad es innecesaria, pues excede el objeto propio del proceso en que fue dispuesta y el interés público no se ve afectado por la negativa de la recurrente a practicarla. Además, la mencionada prueba produciría efectos en una eventual acción de emplazamiento de estado de familia, con el consiguiente menoscabo del derecho de defensa de la recurrente tutelado por el art. 18 de la Constitución Nacional. En tal sentido, no puede soslayarse que, conforme expresa textualmente el art. 4° de la ley 23.511: "La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente". De ello se sigue la facultad del interesado de negarse a que se le practiquen las pruebas hematológicas a que alude la ley y, por necesaria implicación, la imposibilidad de proceder compulsivamente con ese propósito.-

16) Que lo expuesto, no importa desconocer a la querellante los derechos a la intimidad y "a la verdad", entendido éste "como el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001). Sólo significa que el ejercicio de los aludidos derechos, dadas las particularidades del presente caso en que la supuesta víctima es mayor de edad y pretende preservar el derecho a la intimidad, está sujeto a la condición previa de la promoción de una acción de emplazamiento de estado, que constituye el medio propio para determinar el parentesco. El proceso al que aquélla dé origen, constituye el único ámbito en el cual Evelin Karina Vázquez Ferrá contará con la posibilidad de ejercer con plenitud la defensa de sus derechos de raigambre superior. En otros términos, los derechos de la

querellante exigen un parentesco que aún no está demostrado ni es susceptible de serlo en el proceso penal sin lesionar los que asisten a los terceros a éste. El Estado argentino, dadas las constancias de autos se encuentra en condiciones de cumplir sus compromisos atinentes a la investigación y castigo de los responsables de las violaciones de los derechos humanos, sin necesidad de acudir a la prueba de histocompatibilidad.-

Por ello, y oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la decisión recurrida. Notifíquese y, oportunamente, remítase.-

Fdo.: ANTONIO BOGGIANO

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó la sentencia de primera instancia que había dispuesto la retención de los documentos filiatorios de Evelin Karina Vázquez Ferrá y ordenado la realización de una prueba hemática "a los fines de determinar su verdadera identidad" de la persona nombrada. Revocó, en cambio, el carácter no compulsivo de esta última medida, disponiendo el auxilio de la fuerza pública en el caso en que aquélla "no otorgue el consentimiento para el acto pericial apuntado" (fs. 86 del incidente de apelación). Contra tal decisión, Evelin Karina Vázquez Ferrá dedujo la apelación federal, que resultó concedida (fs. 170/170 vta. del mismo incidente).-

2°) Que la apelante expresa diversos agravios: En lo relativo a la "retención de documentos de identidad", con sustento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, sostiene que la cámara no trató los diversos planteos de orden constitucional que había desarrollado para su consideración. Seguidamente, encuadra la cuestión como de naturaleza federal típica -art. 14, inc. 3°, de la ley 48- toda vez que se habrían desconocido los alcances de las cláusulas constitucionales invocadas; así, -expresa- la retención dispuesta la privaría del ejercicio de diversos derechos civiles, como el de contraer matrimonio; la afectaría también en su derecho de transitar libremente, de educarse, de trabajar, de acceder a los beneficios de la seguridad social, de su derecho de propiedad, del ejercicio de sus derechos políticos.-

En lo vinculado a la realización compulsiva de la extracción de sangre, la apelante funda su pretensión recursiva en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, en tanto se habrían pasado por alto sus objeciones sobre diversas lesiones constitucionales que ese acto supondría. También por basarse en precedentes y doctrina elaborados para casos que difieren sustancialmente del sub examine. Por otra parte, encuadra esta cuestión como de naturaleza federal típica (art. 14, inc. 3°, de la ley 48) y explica que la medida en crisis representa una inadmisible intromisión del Estado en su esfera de intimidad, que lesiona su derecho constitucional a la integridad física, al obligarla a tolerar una injerencia sobre su propio cuerpo en contra de su voluntad, vulnerando asimismo sus derechos constitucionales a la integridad psíquica y moral, a la dignidad, a la vida privada y a gozar de los derechos civiles.-

Por último, con sustento en la mencionada doctrina y también con base en el inc. 3° del art. 14 de la ley 48, se agravia de que la cámara haya rechazado su propuesta subsidiaria en el sentido de no poder ser utilizadas las conclusiones del examen hemático como prueba de cargo, ya que el señalamiento de que "no corresponde expedirse por anticipado respecto de la valoración que oportunamente se efectuará de una medida de juicio" y que tampoco pueden limitarse "la utilización de los resultados en el marco de una investigación penal", no contempló sus planteos en cuanto a la aplicación analógica de las prohibiciones probatorias previstas en el ordenamiento legal (arts. 163 y 278 del Código de Procedimientos en Materia Penal), con sustento en la relación familiar existente entre su persona y los imputados en la causa.-

3°) Que de las constancias de la causa surge:

a) que a fs. 11 se presentó Inocencia Luca de Pegoraro y formuló querella por la presunta comisión de los delitos previstos por los arts. 139, inc. 2°, 146, 292 y 293 del Código Penal contra Policarpo Luis Vázquez y Ana María Ferrá por la sustracción de su nieta que habría nacido de la hija de la querellante -Susana Beatriz Pegoraro- después de su secuestro ocurrido el 18 de junio de 1977 cuando se encontraba embarazada de 5 meses;

b) que a fs. 45/48 y 162 -con remisión a la informativa de fs. 85- se recibieron las declaraciones indagatorias de los

querellados Policarpo Luis Vázquez y Ana María Ferrá respectivamente quienes admitieron que Evelin Karina no es hija biológica de ambos;

c) que a fs. 163/164 la parte querellante solicitó se ordene la realización de una pericia inmunogenética compulsiva de Evelin Karina Vázquez Ferrá;

d) que a fs. 168/170 la jueza de primera instancia dispuso retener todos los documentos filiatorios otorgados a Evelin Karina Vázquez Ferrá y ordenó una prueba hemática a los fines de determinar su verdadera identidad cuya realización estará a cargo del Banco Nacional de Datos Genéticos del Hospital Durand, con la aclaración en el sentido de que para el caso hipotético de la falta de consentimiento deberá concretarse tal medida de prueba con el auxilio de la fuerza pública. Los querellados dedujeron recurso de reposición -que fue denegado- con apelación en subsidio que fue concedido a fs. 217/218;

e) que a fs. 230 se presentó Evelin Karina Vázquez Ferrá y a fs. 235/248 planteó recurso de reposición con apelación en subsidio contra la decisión de fs. 168/170. A fs. 306/311 el juez de primera instancia revocó por contrario imperio el carácter compulsivo del examen hemático, desestimó los restantes pedidos de revocatoria planteados por el recurrente y concedió el recuso de apelación en subsidio;

f) que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal dispuso declarar mal concedido el recurso de apelación deducido por los imputados al carecer su defensa de "representatividad suficiente" para cuestionar toda medida que involucre a Evelin Karina Vázquez Ferrá. Asimismo, confirmó la decisión de fs. 168/170 y estimó que devenía procedente la retención de la documentación perteneciente a aquélla teniendo en cuenta que reviste el carácter de prueba de cargo para quienes resultan imputados en la causa y que podría ser ideológicamente falsa, con lo cual hasta tanto devenga necesario para la investigación debía permanecer reservada en el juzgado. Finalmente dispuso -al revocar la decisión de fs. 306/311, punto V- que quedara firme el párrafo tercero del punto II de la resolución de fs. 168/170 en cuanto dispuso que para el supuesto de la negativa de Vázquez Ferrá a otorgar el consentimiento, deberá concretarse tal medida de prueba con el auxilio de la fuerza pública.-

4°) Que si bien por principio, las resoluciones como la impugnada no constituyen sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48, corresponde, de acuerdo a las circunstancias propias del presente caso, equipararla a aquélla en la medida que origina agravios que de ser mantenidos generaríanse consecuencias de insuficiente o imposible reparación ulterior (Fallos: 310:276, entre muchos otros), siendo además, que el pronunciamiento impugnado ha limitado irrazonablemente el ejercicio de diversos derechos constitucionales y la índole absoluta de las restricciones que resultaría de su criterio exige de este Tribunal una tutela efectiva.-

5°) Que en primer lugar, referido a la retención de la documentación, los agravios de la apelante suscitan cuestión federal para su consideración por la vía intentada, pues aunque remitan al examen de normas de derecho procesal común, materia ajena -como regla y por su naturaleza- al remedio previsto en el art. 14 de la ley 48, tal circunstancia no constituye óbice para invalidar lo resuelto cuando la decisión satisface sólo en apariencia la exigencia constitucional de adecuada fundamentación, con perjuicio de imposible reparación ulterior y con evidente menoscabo de las garantías constitucionales en juego (arts. 14, 14 bis, 17, 18, 37 y 39 de la Constitución Nacional; arts. I, VII, XII, XIV, XVI y XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 6, 13, 22, 23 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 3, 18, 21, 22 y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 12 y 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).-

6°) Que en efecto, el único fundamento que el a quo proporciona para concluir que deviene procedente la retención de la documentación perteneciente a Evelin Karina Vázquez Ferrá, reside en el carácter de prueba de cargo que aquélla reviste para quienes resultan imputados en la causa y que podrían ser ideológicamente falsos, "con lo cual hasta tanto devengan necesarios para la investigación, los mismos deberán permanecer reservados en el juzgado". Dicha orfandad de fundamentos, que evidencia la omisión -por parte del a quo- de analizar los reparos constitucionales que la apelante había expresado a fs. 12 vta./14 del incidente de apelación vinculados con la afectación de los derechos y garantías invocados, configura un supuesto de resolución contraria implícita al derecho federal invocado y que esta Corte habrá de corregir.-

7°) Que, en tal sentido, cabe memorar que el objeto del presente juicio consiste en imputar a los querellados los

delitos de sustracción de menores y de suposición y ocultación del estado civil de la apelante mediante su inscripción como hija biológica de los procesados y la consiguiente falsedad ideológica de sus certificados de parto y de nacimiento, cuestiones que todavía no han sido esclarecidas mediante sentencia definitiva firme. En cambio, no existe referencia alguna a aquellos documentos destinados a acreditar la identidad de las personas -cuya retención constituye el objeto de agravio- y no se ha dispuesto la investigación de la falsedad ideológica y/o material de los mismos, razón por la cual mal pueden ser considerados como "prueba de cargo".-

Es que el certificado y la partida de nacimiento expedidos por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas acreditan la situación del individuo en sus relaciones de familia y tienen como finalidad probar la filiación. Mientras que los documentos cuyo objeto consiste en acreditar la identidad -y que motivan este pronunciamiento- son emitidos necesariamente sobre la base de aquéllos. En efecto, la filiación -supuestamente matrimonial- se demuestra mediante la inscripción del nacimiento en el registro citado y la prueba del matrimonio de los padres resultante del acta de celebración, su testimonio, copia o certificado, o la libreta de familia (arts. 246 y 196 del Código Civil), en tanto que la identidad se acredita con el documento nacional de identidad (art. 13 y concordantes de la ley 17.671).-

De modo tal que, de declararse una nulidad del acta de inscripción de nacimiento y del certificado respectivo, se deberán expedir los legítimos nuevos documentos de filiación, con la consecuente declaración de nulidad de los identificatorios basados en aquellos actos nulos y el otorgamiento de los que en su reemplazo correspondan con arreglo a la verdad comprobada y las normas legales que en su caso resultaran de aplicación.-

8°) Que, por otra parte, el sub lite se distingue de otros procesos relativos a falsedades documentales en cuyo marco es posible que quienes estén involucrados, de algún modo obtengan -mediante una nueva expedición- los documentos indubitados o simplemente conserven los propios (vgr., en este último supuesto, si el documento incautado pertenece a una persona distinta al autor de la falsedad). Tales alternativas no serían posibles en el caso, toda vez que -precisamente- los eventuales vicios del documento identificatorio derivarían de los que presentasen el certificado y acta de nacimiento.-

Esta especial ponderación de las consecuencias que acarrearía la inopinada "retención" dispuesta en la causa impone dejarla sin efecto, toda vez que privaría absolutamente a la apelante del goce de sus derechos personalísimos elementales como acreditar su identidad, convirtiéndola en un ser anónimo, carente de un nombre, una nacionalidad y un estado familiar que, aun controvertidos, a ningún habitante de la Nación pueden serle arrebatados, como los derechos de trabajar, entrar, permanecer y salir del país, casarse, disponer de sus bienes y toda esa pléyade consagrada en la Constitución Nacional (arts. 14 y 33 entre otros).-

9°) Que, en tales condiciones, resulta prematura -en el actual estado de la causa- la adopción de una medida de esa relevancia que presupondría eventualmente el dictado de una sentencia final condenatoria. Sin que se advierta que la retención de la documentación sea indispensable y necesaria para satisfacer -con sacrificio provisorio del interés individual- el interés público para evitar -en ciertos casos- que el presunto delito siga produciendo sus efectos dañosos. Máxime si -como se señaló supra- no guarda relación inmediata con la materia que es objeto de persecución penal en la presente causa.-

10) Que la apelante también se agravia de la sentencia en cuanto ordena la extracción compulsiva de sangre, la que considera arbitraria por su falta de fundamentación suficiente y por vulnerar sus derechos a la intimidad, a la integridad física, psíquica y moral, a la dignidad, a la vida privada, y a la de gozar de los derechos civiles de raigambre constitucional (art. 19 de la Constitución Nacional; arts. V y XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 5 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).-

Afirma, que la medida impugnada importa una inadmisible intromisión del Estado en la esfera de intimidad de Evelin Karina Vázquez Ferrá, al tiempo que afecta su integridad física al obligarla a disponer de su propio cuerpo en contra de su voluntad, conformando una lesión a su integridad física, psíquica y moral y a la vida familiar. Considera además que la práctica compulsiva ordenada afecta su dignidad y sus derechos civiles al no respetar la decisión de una persona adulta de mantener inalterables sus afectos y no tener voluntad de momento por conocer su origen biológico. Calificó de arbitraria la decisión de la cámara, pues ella se basa en precedentes y doctrina elaborados para casos que difieren sustancialmente del sub examine. También, señaló que el a quo omitió examinar

el argumento relativo a la violación de garantías constitucionales pues no ha tomado en cuenta que la ley procesal la autoriza a proteger a su núcleo familiar, al autorizarla a negar su testimonio cuando de él pueda derivar una prueba de cargo (arts. 163 y 278 del Código de Procedimientos en Materia Penal). Lo mismo ocurrió con su pedido de que, en caso de consentir el examen, el resultado no fuera utilizado en contra de los imputados.-

11) Que si bien la decisión recurrida no reviste el carácter de sentencia definitiva debe ser equiparada a tal - conforme se sostuviera en oportunidad de abordar el primer agravio-, toda vez que por su naturaleza y consecuencias, pone fin a la cuestión federal articulada sobre el punto y causa un gravamen de insusceptible reparación posterior, por lo que reviste entidad suficiente a los fines del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 313:1113; 318:2481 y 2518; 319:3370). Asimismo, el apelante ha cuestionado la inteligencia otorgada por el a quo a cláusulas constitucionales y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en aquéllas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).-

Además, corresponde efectuar el examen conjunto de las impugnaciones planteadas, ya que los agravios relativos a la alegada arbitrariedad y los atinentes a la interpretación del derecho federal en juego aparecen en el caso como aspectos inescindiblemente ligados entre sí (Fallos: 317:997 y 321:2223, entre otros).-

12) Que en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia (C.S. de EE.UU. "Stone vs. Powell", 428 U.S., 476, 1976, en pág. 488 y la cita de D.H. Oaks en nota 30, pág. 491, citados en Fallos: 313:1305).-

13) Que en esa dirección, las normas que confieren atribuciones amplias a los jueces para disponer medidas de prueba, deben entenderse razonablemente dirigidas a la averiguación de los hechos presuntamente delictivos que constituyen el objeto sumarial (vgr. arts. 178 y 180 del Código de Procedimientos en Materia Penal), y no otros cualesquiera. Así lo corrobora el art. 322 del mismo código ritual, al exigir que el hecho o circunstancia sobre el que ha de recaer el examen pericial sea "pertinente a la causa".-

Las normas antedichas, tampoco admiten una interpretación aislada, sino sistemática, dentro del contexto del orden jurídico vigente. Por eso no parece admisible que una investigación sobre la verdadera filiación de una persona pueda tener lugar en la sola aplicación mecánica de reglas procedimentales del fuero penal, exorbitando su sentido y poniéndolas en contradicción con garantías individuales reconocidas expresamente por nuestra Constitución Nacional.-

14) Que, cabe recordar que desde antiguo esta Corte ha seguido el principio de que lo prohibido por la ley fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad; pero ello no incluye los casos en que la evidencia es de índole material y producto de la libre voluntad del procesado (Fallos: 255:18).-

15) Que en el recordado caso "Müller", se había ordenado la realización de una extracción de sangre a un menor que convivía con sus padres adoptivos, en el marco de una causa en la que se investigaba la falsedad ideológica de un documento nacional de identidad que se encontraba en poder de quien invocaba ser abuelo de aquél. Este hecho se vinculaba con diligencias probatorias tendientes a esclarecer la autoría en la confección de un certificado médico aportado por el mencionado abuelo y comprobadamente adulterado, "sobre cuya base se obtuvo una partida de nacimiento que no correspondía a la realidad y con ella, el aludido documento identificatorio con igual falencia". Vale decir que la causa había tenido como origen una investigación en la que los padres adoptantes no se encontraban imputados como autores de los delitos endilgados; tampoco el menor resultaba autor o víctima de aquéllos.-

La decisión fue resistida por el padre adoptivo, con sustento en que la ejecución de tal medida "importaría exponer al niño a daños psicológicos, compeliéndolo a someterse a una prueba en contra de su voluntad y generando en él una situación claramente 'ansiógena' y de importantes consecuencias para su equilibrio emocional", entre otras consideraciones. La mayoría del Tribunal consideró entonces que las graves consecuencias que derivarían de una lesión a la integridad física del niño carecían de un respaldo legal que las legitimase, en ese sentido señaló que la medida impugnada había excedido el objeto de la investigación y que la determinación de la tipicidad o autoría no habría variado por el resultado de la prueba biológica dispuesta (Fallos: 313: 1113).-

16) Que, en la causa "H., G. S. y otro", idéntica medida probatoria había sido dispuesta con el fin de establecer "la

veracidad de los dichos de H. atinentes a que la menor era hija suya y que por esa razón como tal había sido anotada". Y al ser ello así -estimó el Tribunal- surge en forma indubitable que el estudio ordenado guarda relación directa con el objeto procesal de la causa, es conducente para el esclarecimiento de los hechos y no excede de los límites propios del proceso en que fue dispuesto (arts. 178, 180 y 182 del Código Penal). Se descartó -seguidamente- la solución a la que arribó la mayoría de la Corte en el precedente "Müller" sobre la base de que el objeto central de la investigación "estaba inmediatamente ligado a la validez del título en que se sustentan los documentos públicos que acreditaban la identidad de una menor". El Tribunal consideró que no se verificaba lesión alguna a las garantías constitucionales que protegen derechos fundamentales como la vida, la salud o la integridad corporal con la realización de la medida dispuesta. Seguidamente, rechazó el agravio relativo a la zona de reserva e intimidad del individuo, toda vez que la negativa a la extracción de sangre no se vinculaba con el derecho de disponer del propio cuerpo, "sino a obstaculizar una investigación criminal en la que ellos resultaban imputados y la menor víctima (Fallos: 316:479), es decir, afecta derechos de terceros (art. 19 de la Constitución Nacional, a contrario sensu)" (Fallos: 318:2518).-

17) Que, de su lado, en la causa "C., J. A." -fallada en la misma fecha- si bien la mayoría del Tribunal declaró extinguida la acción penal, la disidencia de los jueces Petracchi y Fayt precisó nuevamente la doctrina establecida en la causa "Müller", en el sentido de que "la mayoría no sostuvo que una medida como la ordenada fuera en toda circunstancia contraria al derecho de intimidad receptado en el art. 19 de la Constitución Nacional. Por el contrario, al ponerse énfasis en la circunstancia de que en el caso el menor no resultaba víctima o autor de un delito, se dejó bien en claro que no existía, en opinión de la mayoría, un interés público relevante que permitiría invalidar legítimamente el derecho a la intimidad invocado". Seguidamente, en el mencionado voto, se estableció que resultaban "directamente aplicables al caso" los principios desarrollados por el Tribunal al resolver en la causa "H., G. S." (Fallos: 318:2481).-

18) Que paralelamente, debe señalarse que el señorío sobre sí que presupone la libertad individual tiene en el derecho al honor y a la intimidad el núcleo que, como zona de reserva, excluye cualquier intromisión ilegítima, impidiéndole perturbar su goce pacífico y traspasar la esfera de inclusión que le es propia dentro de la privacidad. En este sentido, corresponde reconocer la existencia de tres esferas dentro de las cuales las personas realizan su existencia: pública la primera, privada la segunda, íntima la tercera. La primera y la segunda se interseccionan con un espacio común que puede ser mínimo o máximo, según las circunstancias. En cambio la tercera respecto de la segunda tiene una relación de inclusión. Se encuentra dentro de lo privado y no admite la intromisión ilegítima. La intimidad no es simplemente el derecho a la soledad sino un conjunto de aspectos de la vida individual y familiar de las personas que pertenecen por entero a cada cual y a partir de ese segmento de vida liberada de la mirada y opinión de los demás todo ser humano tiene el dominio de su imagen, su identidad y personalidad. Corresponde considerar comprendido en ese ámbito de intimidad tanto a la autonomía psicológica y moral cuanto a la relación de pareja, al trato con los hijos, al descanso, al respeto a sí mismos, como seres humanos. El sistema de creencias y valores sobre los cuales se estructura la conciencia humana se intersecciona con sentimientos de discreción y de pudor amurallados como zona de reserva de la vida personal y familiar,(Fallos: 324:2895).-

19) Que ello es una característica y necesidad de las personas en tanto humanas, carácter que -huelga decirlo- no se puede perder ni resignar por el hecho de ser, a partir de esa necesaria naturaleza humana, funcionario o autoridad pública, persona pública y persona privada. El hombre público, por el hecho de serlo, no ha perdido ni su privacidad ni su intimidad (Fallos: 324:2895).-

20) Que el derecho de protección de una esfera de intimidad se encuentra genéricamente consagrado en el art. 19 de la Ley Fundamental, y aparece tutelado según diversas fórmulas en los tratados de derechos humanos incorporados en el art. 75, inc. 22, de la Constitución (art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá 1948; art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948; art. 11 párrafos 2 y 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por ley 23.054 y arts. 17, párrafos 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, aprobado por ley 23.313).-

21) Que, el presente caso se caracteriza por ser de aquellos en los cuales el juez se encuentra ante la confrontación de principios y derechos constitucionales de igual jerarquía y tal circunstancia le obliga a extremar la ponderación de los valores e intereses en juego en el caso concreto para dar la respuesta más adecuada teniendo en cuenta el objetivo preambular de afianzar la justicia, propósito liminar y de por sí operativo que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la

comunidad (Fallos: 302:1284). Se trata de conjugar armoniosamente aspectos propios de la esfera de la intimidad de las personas, protegidos por el art. 19 de la Constitución Nacional, con otros que la trascienden y acaban por interesar a la sociedad toda, obvio objeto de protección del orden normativo (Fallos: 308:2268).-

22) Que el Tribunal ha expresado que los derechos civiles, políticos y sociales que la Constitución Nacional consagra, lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponde reconocer a la comunidad (Fallos: 312:318; 314:225; 315:380; 320:196). Principio aplicable a dilucidar el conflicto suscitado entre el derecho a la intimidad -tutelado por el art. 19 de la Ley Fundamental- y las facultades estatales de restringir el ejercicio de aquél, en un marco razonable, para la necesaria eficacia en la persecución del crimen.-

23) Que esta Corte, al definir el principio de legalidad, ha señalado que "toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que la establezca" (Fallos: 191:245). En dicho criterio se enmarcan también las leyes de procedimientos en materia penal, que no sólo atienden al interés general afectado por el delito, para aplicar al castigo señalado al mismo por las leyes de fondo, sino que deben velar asimismo por el interés de las personas directamente afectadas a causa de su perpetración.-

Así, a modo de cita, la investigación criminal exige frecuentemente practicar pesquisas o visitas en el domicilio de los particulares, estando los jueces facultados a practicarlas, so pena de quedar entorpecida en su acción la justicia represiva y en muchos casos consagrada la impunidad de los delitos. Esto es así, toda vez que no es posible poner en duda, el derecho de la sociedad para penetrar en ciertos casos en el domicilio de los particulares. Pero ese poder no es omnímodo; por el contrario, se encuentra reducido a ciertos límites, porque si bien el interés general debe tenerse siempre en cuenta, no deben olvidarse, sin embargo, los derechos que las leyes fundamentales garantizan a todos los habitantes del país.-

24) Que a la luz de los conceptos reseñados, el sub lite presenta sustanciales diferencias con los precedentes examinados, siendo imperativo valorar las mismas a fin de dar debida respuesta a las cuestiones federales propuestas. Dichas divergencias consistirían, por un lado, en la condición de mayor de edad de la recurrente, que le permite invocar por sí misma la vulneración de su intimidad, integridad física y dignidad como persona; y por el otro, se trata de uno de los supuestos sujetos pasivos de los delitos investigados.-

No menos importante resulta lo expresado por la letrada apoderada de la querella al admitir que si bien Evelin Karina Vázquez Ferrá no es parte en el proceso "tiene el inalienable derecho a ser escuchada", a lo que se solicitó se le otorgara "un tiempo prudencial para decidir por sí misma" en cuanto a la realización del examen de sangre. Agregando que "a fin de no profundizar la sensación de culpa que transmite su postura por otra parte lógica en todos estos casos de años de convivencia con quienes aparecen como sus padres, y teniendo en cuenta que en este caso particular ambos procesados han confesado que no es hija propia...V.S...al tiempo de decidir el estado procesal de ambos no debe asentar su decisión en la pericia que sin duda [Evelyn] algún día efectuará sino en las confesiones y en las documentales obrantes en autos".-

25) Que en el caso, se ha resuelto la situación procesal de los imputados conforme lo dispone el art. 366 del Código de Procedimientos en Materia Penal, afirmándose con el alcance propio de dicho instituto y sin menoscabo al principio de inocencia que consagra la C.N., que los mismos no son los padres biológicos de la víctima, sino que son quienes la mantuvieron fuera de la esfera de custodia de los padres verdaderos. En función de ello y poniendo especial énfasis en el estadio procesal que trasunta la causa, la extracción compulsiva de sangre aparece como desproporcionada, en vistas a las consecuencias inmediatas e irreparables que tal diligencia acarrearía sobre la intimidad y la reserva de la recurrente -art. 19 de la Constitución Nacional-.-

Y ello es así, en la medida que la misma naturaleza del debido proceso niega cualquier concepto de procedimiento inflexible universalmente aplicable a cada situación imaginable, motivo por cual, resulta ineludible buscar un adecuado equilibrio para el caso concreto que evite, so pretexto de descubrir la verdad, aniquilar los derechos individuales en juego.-

26) Que la realización del examen de sangre en la forma en que fuera ordenado, no resulta racionalmente justificado por el a quo en oportunidad de revisar la resolución del juez de grado. Por el contrario, la cámara se ha

limitado a efectuar un paralelismo entre el sub lite y distintos precedentes que invoca, soslayando inexplicablemente las sustanciales diferencias existentes.-

En esa línea, el a quo -no obstante señalar el carácter meramente "complementario" de la medida-, omitió dar adecuado tratamiento a los sólidos reparos esgrimidos por la apelante, en cuanto afectarían su integridad psíquica y moral, y su libertad de conciencia, al verse compelida coactivamente a aportar prueba en contra de sus sentimientos de crianza.-

27) Que por lo demás, el a quo se limitó a afirmar de manera dogmática que "si a una persona investigada en causa criminal puede obligársela a la realización de este tipo de medidas cuando actúa conforme lo expuesto [como objeto de prueba], con más razón la justicia puede hacerlo con quien no lo es, como en el caso, Evelin Vázquez", desoyendo los reparos introducidos y que resultan conducentes para la solución del caso, en particular aquellos referidos a las normas procesales directamente aplicables.-

No justifica la supresión el carácter formal de las mismas, toda vez que su interpretación deviene inseparable de los principios y garantías supra legales involucrados. Porque si bien, es muy cierto que los magistrados no están obligados a analizar todos y cada uno de los elementos que se arriban al pleito, ello es así cuando la elocuencia de los estudiados torna inoficioso continuar haciéndolo con los restantes, pero en cambio no es un principio válido en el extremo en que él o los elegidos están distantes de convencer sobre la racionalidad de la ponderación efectuada, no configurando el cumplimiento de la debida fundamentación que debe contener una sentencia judicial.-

28) Que si bien los argumentos expuestos serían suficientes para fundar la revocación de la medida, en vistas de su palmaria carencia de razonabilidad conforme lo exigido por el art. 28 de la Constitución Nacional, resulta también conveniente abordar el análisis de las normas procesales directamente aplicables al caso e inmediatamente ligadas a los principios constitucionales involucrados, las que no obstante fueron soslayadas por resolución apelada.-

En efecto, dispone el art. 163 del Código de Procedimientos en Materia Penal que no serán admitidas "denuncias de descendientes contra ascendientes consanguíneos o afines y viceversa, ni de un cónyuge contra el otro, ni hermano contra hermano", prohibición que "no comprende la denuncia por delito ejecutado contra el denunciante, o contra una persona cuyo parentesco con el denunciante sea más próximo que el que lo liga con el denunciado". Por su parte, el art. 278, inc. 2° del mismo cuerpo normativo señala que no podrán ser citados como testigos los ascendientes y descendientes del acusado, salvo que se dé la situación excepcional prevista por el artículo anterior, es decir, que haya sido víctima del delito y que quieran declarar en contra de aquél, o que lo hagan en favor del procesado (art. 279).-

29) Que, las normas apuntadas reconocen un doble fundamento; por un lado preservar la cohesión familiar de manera concordante con el principio constitucional que apunta a la protección integral de la familia (art. 14 bis C.N.), mientras que por el otro se quiere evitar colocar al testigo en la angustiante alternativa de suministrar al Estado los medios de punir a aquellos con quienes tiene lazos afectivos o de mentir contrariando su juramento.-

No desvirtúa el concepto la calidad de víctima del hecho investigado que reviste Evelin Karina Vázquez Ferrá, pues, como se advierte, ello sólo importa transformar la prohibición de declarar en facultad de no hacerlo; derecho que precisamente aquélla pretende ejercer de manera efectiva.-

Por último resta mencionar que no constituye impedimento válido para la aplicación de dichas normas, la circunstancia de que los imputados son sólo formalmente sus padres, toda vez que lo que importa es justamente que la interesada manifiesta sentirlos como tales. En función de ello, resulta imperativo preservar a la recurrente del humillante trance que acarrearía ser sometida a una extracción de sangre por la fuerza, con la certeza de que el resultado de dicha práctica podrá ser utilizado en perjuicio de quienes está eximida de aportar declaraciones y otras pruebas en su contra, por ser aquellos a los que considera su familia de crianza y respecto de los cuales se encuentra en un estado de intensa subordinación afectiva, a resguardo del derecho a la intimidad (art. 19 Constitución Nacional).-

30) Que con arreglo a las razones precedentemente reseñadas, la decisión del a quo, en cuanto ordena practicar compulsivamente una prueba hematológica sobre una persona no imputada en el proceso, haciendo caso omiso de la oposición expresada por ésta, debe ser revocada por no constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las peculiares circunstancias que el caso ofrece, lo que afecta de un modo directo las garantías

tuteladas por los arts. 18 y 19 de la Ley Fundamental y Tratados Internacionales que el recurrente invoca. En esa directriz, las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto (art. 15 de la ley 48), por lo que corresponde descalificar la decisión recurrida.-

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario con el alcance que surge de los considerandos precedentes y en consecuencia se deja sin efecto la decisión recurrida. Notifíquese y devuélvase.-

Fdo.: ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1°) Que a fs. 11 de los autos principales se presentó Inocencia Luca de Pegoraro y formuló querella por la presunta comisión de los delitos previstos por los arts. 139, inc. 2°, 146, 292 y 293 del Código Penal contra Policarpo Luis Vázquez y Ana María Ferrá por la sustracción de su nieta que habría nacido de la hija de la querellante -Susana Beatriz Pegoraro- después de su secuestro ocurrido el 18 de junio de 1977 cuando se encontraba embarazada de 5 meses.-

2°) Que a fs. 45/48 y 85/86 del principal se recibieron las declaraciones informativas de los querellados Policarpo Luis Vázquez y Ana María Ferrá respectivamente quienes admitieron que Evelin Karina no es hija biológica de ambos. La querellante solicitó a fs. 163/164 del principal que se ordene una pericia inmunogenética compulsiva de Evelin Karina Vázquez Ferrá.-

3°) Que a fs. 168/170 del principal la jueza de primera instancia dispuso retener todos los documentos filiatorios otorgados a Evelin Karina Vázquez Ferrá y ordenó una prueba hemática a los fines de determinar su verdadera identidad cuya realización estará a cargo del Banco Nacional de Datos Genéticos del Hospital Durand, con la aclaración en el sentido de que para el caso hipotético de la falta de consentimiento deberá concretarse tal medida de prueba con el auxilio de la fuerza pública. Los querellados dedujeron recurso de reposición -que fue denegado- con apelación en subsidio que fue concedido a fs. 217/218 del principal.-

4°) Que a fs. 230 del principal se presentó Evelin Karina Vázquez Ferrá y a fs. 235/248 del principal planteó recurso de reposición con apelación en subsidio contra la decisión de fs. 168/170. A fs. 306/311 del principal el juez de primera instancia revocó por contrario imperio el carácter compulsivo del examen hemático, desestimó los restantes pedidos de revocatoria planteados por la recurrente y concedió el recurso de apelación en subsidio.-

5°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal dispuso declarar mal concedido el recurso de apelación deducido por los imputados al carecer su defensa de "representatividad suficiente" para cuestionar toda medida que involucre a Evelin Karina Vázquez Ferrá. Asimismo, confirmó la decisión de fs. 168/170 y estimó que devenía procedente la retención de la documentación perteneciente a aquélla teniendo en cuenta que reviste el carácter de prueba de cargo para quienes resultan imputados en la causa y que podría ser ideológicamente falsa, con lo cual hasta tanto devenga necesario para la investigación debía permanecer reservados en el juzgado.-

Finalmente dispuso -al revocar la decisión de fs. 306/311, punto V- que quedara firme el párrafo tercero del punto II de la resolución de fs. 168/170 en cuanto dispuso que para el supuesto de la negativa de Vázquez Ferrá a otorgar el consentimiento, deberá concretarse tal medida de prueba con el auxilio de la fuerza pública.-

6°) Que Evelin Karina Vázquez Ferrá dedujo recurso extraordinario a fs. 98/151 del incidente de apelación que fue concedido a fs. 170/170 vta. con sustento en la arbitrariedad del fallo cuestionado por haber realizado una fundamentación aparente que se basa en apreciaciones presuntivas y valoraciones de naturaleza subjetiva y por la existencia de cuestión federal al haberse decidido en contra de la inteligencia de cláusulas constitucionales.-

7°) Que corresponde tratar conjuntamente los agravios relativos a los planteos relativos a la existencia de cuestión federal y al vicio de arbitrariedad, en atención a la estrecha relación de la cuestión federal en juego con los motivos que se invocan como aptos para descalificar la sentencia (Fallos: 313:664; 317:997; 325:50).-

8°) Que con relación a la orden de retención de la documentación de Evelin Karina Vázquez Ferrá, el Tribunal estima que los argumentos planteados en la sentencia de alzada resultan insuficientes para sustentar una medida de ese alcance cuando el juicio penal no ha concluido y todavía no se ha dictado pronunciamiento que tipifique los delitos imputados y examine la responsabilidad de los querellados en la presente causa.-

9°) Que, en efecto, el objeto del presente juicio consiste en imputar a los querellados los delitos de sustracción de menores y de suposición y ocultación del estado civil de la apelante, cuestiones que todavía no han sido esclarecidas mediante sentencia definitiva firme. En tales condiciones resulta prematura -en el actual estado de la cuestión- la adopción de una medida de esa relevancia que presupondría eventualmente el dictado de una sentencia final condenatoria. No se advierte en este aspecto de la cuestión que la retención de la documentación sea indispensable y necesaria para satisfacer -con sacrificio provisorio del interés individual- el interés público para evitar -en ciertos casos- que el presunto delito siga produciendo sus efectos dañosos (Fallos: 319:2325).-

10) Que, en conclusión, dicha medida resulta particularmente no idónea para cumplir con el objetivo de dilucidar los delitos imputados y sólo redunda en perjuicio de la supuesta víctima ya que le impide acreditar su identidad frente a terceros, al mismo tiempo que produce trastornos innecesarios respecto de aquella a quien se ha colocado en una situación de minusvalía en el desarrollo de sus actividades cotidianas por la retención de los documentos respectivos que resultan imprescindibles para diversos actos de identificación ante los organismos públicos y privados.-

11) Que estas consideraciones ponen en evidencia que la decisión cuestionada origina -en el actual estado de la causa- un agravio irreparable que requiere su inmediata satisfacción para evitar el secuestro de documentación que no guarda relación inmediata con la materia que es objeto de persecución penal en la presente causa.-

12) Que la apelante también se agravia en su recurso extraordinario contra la sentencia del a quo al ordenar la extracción compulsiva de sangre y la considera arbitraria por su falta de fundamentación suficiente y por el agravio causado a sus derechos a la privacidad, a la incoercibilidad, a la esfera de intimidad, a la dignidad de la persona, a la integridad física, psíquica y moral y a la vida familiar.-

13) Que concretamente la apelante señala que "en el caso de autos, lo que debía dilucidarse es si el juez está facultado a ir en contra de la libre voluntad emanada de una persona adulta, no sólo en relación a su falta de consentimiento para la extracción de sangre, sino en cuanto a su negativa a que dicha extracción además sea base probatoria en contra de terceros a los que siente como sus padres, aun en conocimiento de que ello puede no ser así" (sic) (conf. fs. 107 vta. del incidente de apelación).-

14) Que la recurrente identifica, en el curso de su apelación federal, la extracción de sangre para verificar su relación biológica respecto de las personas mencionadas por los querellantes con una suerte de declaración testifical en contra de sus supuestos padres. Afirma que no sería admisible analógicamente, que si una persona no puede testificar contra otra por razón de parentesco, pueda ser objeto de prueba material de cargo contra esa misma persona (ver fs. 143/143 vta. del incidente de apelación) y destaca, en particular, que deberían serle aplicables los impedimentos de los arts. 275, 276, inc. 8, 277 y 278 del Código de Procedimientos en Materia Penal.-

15) Que tanto la cuestión referente a la adopción de medidas compulsivas para los procesados, así como el alcance que debe darse a ese tipo de disposiciones judiciales, han sido considerados por esta Corte al puntualizar que la prohibición de autoincriminación del art. 18 de la Constitución Nacional se refiere a las comunicaciones o expresiones que provienen de la propia voluntad del imputado lo cual no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad, entre los cuales se encuentran los supuestos en que la evidencia es de índole material (Fallos: 255:18 y sus citas; 318:2518, considerando 9° y 320:1717, considerando 8°). En suma, lo que se prohíbe en estos casos es la compulsión física o moral para obtener declaraciones emanadas del acusado mediante la fuerza y no la exclusión de su cuerpo como evidencia material en un juicio (conf. voto del Justice Oliver Wendell Holmes en Holt v. U.S. 218 U.S. 235, 252; 1910).-

16) Que ese criterio fue específicamente aplicado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en la causa Schmerber v. California (384 U.S. 757, 761, 1966) en la cual ese tribunal postuló que la protección contra la autoincriminación de la Quinta Enmienda custodia al acusado sólo de ser compelido a testificar contra él mismo, o de permitirle al Estado que se provea con evidencia de una naturaleza comunicativa o testifical, mientras que la

extracción de sangre y el uso de su análisis no envuelve el concepto de compulsión a estos fines (posición que ha sido mantenida en diversos contextos en las causas United States v. Wade 388 U.S. 218, 222 (1967); Gilbert v. California 388 U.S. 263, 266 (1967); Couch v. United States 409 U.S. 322 (1973); United States v. Dionisio 410 U.S. 1, 7 (1973); Fisher v. United States 425 U.S. 391 (1976); Doe v. United States 487 U.S. 201, 210 (1988); Skinner v. Railway Labor Executive Assn 489 U.S. 602, 617 (1989); Pennsylvania v. Muñiz 496 U.S. 582, 589 (1990) y Vernonia School District 47 J. v. Acton 515 U.S. 646; 1995).-

17) Que en similar sentido la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado en la decisión Saunders v. The United Kingdom del 17 de diciembre de 1996 (23 EHRR 313, págs. 337-340, 1997) que "el derecho a la no autoincriminación...se refiere primariamente a la voluntad del acusado en mantenerse en silencio". Por consiguiente, no se extiende al uso de material proveniente de procedimientos criminales que pueda ser obtenido del acusado a través del uso de poderes compulsivos pero que tienen una existencia independiente de la voluntad del sujeto, como, entre otros, las pruebas adquiridas como consecuencia de un mandato judicial que disponga la extracción de sangre y tejido corporal con el propósito de efectuar un examen de ADN.-

18) Que un criterio semejante ha sido utilizado por el Supremo Tribunal Constitucional Español (sentencia 103/ 1985) en cuanto resolvió que el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse como contrario al derecho a no declarar y a declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al acusado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la CE.-

19) Que existe, pues, una clara distinción entre la naturaleza eminentemente comunicativa o testifical de las declaraciones verbales de los imputados respecto de las pruebas de carácter material que hipotéticamente puedan obtenerse de sus cuerpos en tanto no se vean afectados los derechos a la intimidad y a la salud. En este sentido la Recomendación N° R (92) 1 del Consejo de Ministros de Europa de 1992 había previsto la posibilidad de que las extracciones de muestras corporales para el examen de ADN se extiendan no sólo a los sospechosos sino también a "cualquier otra persona" y específicamente en su memorándum adjunto proponía su aplicación respecto "de otras personas que pudieran resultar implicadas en la investigación de los delitos, por ejemplo, víctimas" (ver párrafo 38 del memorándum y José Francisco Etxeberría Guridi, Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal, Ed. Comares, Granada, 2000, pág. 135).-

20) Que, por consiguiente, el acusado, los terceros y la misma víctima se encuentran en paridad de condiciones frente a los métodos que entienda apropiados el juez penal para la dilucidación de la verdad siempre que ellos no encuentren limitación en otras cláusulas de rango constitucional. Así como no existe un umbral de protección contra los acusados tampoco surge como razonable la edificación de un valladar respecto de la posible obtención de datos relevantes del cuerpo de la víctima o de terceros en el marco de la investigación de un caso penal.-

Por consiguiente, la extracción de una muestra de sangre de la recurrente es meramente un procedimiento de obtención de una prueba en este tipo de procesos y no puede asimilarse en medida alguna a una declaración testifical ni importa -como resulta evidente- una comunicación autoincriminatoria cuando la recurrente es precisamente la supuesta víctima del delito de sustracción de menores (art. 146 del Código Penal).-

21) Que frente a estas circunstancias la recurrente no ha exhibido en su remedio federal argumentos constitucionales suficientes para que se le conceda una protección contra una medida propia del proceso de investigación penal que los imputados no poseen siquiera bajo el umbral de protección del art. 18 de la Constitución Nacional.-

22) Que asimismo en su remedio federal la apelante cuestiona la extracción de una muestra hemática con sustento en su derecho a la intimidad y a la integridad física, psíquica y moral, agravios que por su entidad requieren -más allá de las debilidades en la fundamentación del recurso- que el Tribunal pondere los alcances que pueda tener sobre la persona de la víctima una medida de prueba compulsiva dispuesta en los términos indicados en la resolución recurrida.-

23) Que el presente caso se caracteriza por ser de aquellos en los cuales el juez se encuentra ante la confrontación de principios y derechos constitucionales de igual jerarquía y tal circunstancia le obliga a extremar la ponderación de los valores e intereses en juego en el caso concreto para dar la respuesta más adecuada teniendo en cuenta el

objetivo preambular de afianzar la justicia, propósito liminar y de por sí operativo que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad (Fallos: 302:1284).-

24) Que este Tribunal ha señalado en el precedente Ponzetti de Balbín que el derecho a la privacidad e intimidad -sustentado en el art. 19 de la Constitución Nacional- se encuentra en relación directa con la libertad individual y protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 306:1892, considerando 8°).-

25) Que en tal sentido se trata de conjugar armoniosamente aspectos propios de la esfera de la intimidad de las personas, protegidos por el art. 19 de la Constitución Nacional, con otros que la trascienden y acaban por interesar a la sociedad toda, obvio objeto de protección del orden normativo (Fallos: 308:2268).-

26) Que los derechos civiles, políticos y sociales que la Constitución Nacional consagra, lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponde reconocer a la comunidad (Fallos: 312:318; 314:225; 315:380; 320:196). El derecho a la intimidad -tutelado por el art. 19 de la Norma Fundamental- también debe ponderarse tanto a la luz de los diversos derechos consagrados por el texto como en relación a las facultades estatales de restringir el ejercicio de tal derecho, en un marco razonable, para la necesaria eficacia en la persecución del crimen.-

27) Que, en este sentido, debe tenerse en cuenta que el marco de protección que confieren las normas constitucionales y los tratados mencionados en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional no implica que se prohíba toda intrusión estatal con relación a los derechos de privacidad y de libertad ambulatoria de las personas. Importa más bien que la Carta Magna ha estructurado un escudo de protección de los habitantes de nuestro país para que sus derechos no sean injustamente vulnerados, pero no lleva desde luego a impedir la ejecución de medidas que requiera el Estado para dilucidar la verdad en el ámbito del proceso penal. Tales medidas se hallan expresamente consignadas, por ejemplo, en los arts. 230 y 270 del Código Procesal Penal de la Nación sin que -por su sola existencia- sea posible impugnarlas con el solo argumento de que restringen aquellos derechos.-

28) Que, a la luz de esas consideraciones, este Tribunal ha señalado que no se observa afectación de derechos fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, de la defensa de la sociedad y la persecución del crimen (Fallos: 318:2518, considerando 10).-

29) Que tales procedimientos han sido reconocidos como instrumentos válidos para la persecución penal en diversos ordenamientos sin que se advierta que resulten una intrusión relevante en la integridad física o psíquica de los acusados o de otras personas respecto de las cuales resulta imprescindible adoptar semejante criterio. Así el Código Criminal de Canadá admite -a partir de la reforma sancionada en 1995- que un juez provincial emita una orden que autorice al oficial judicial para extraer una sustancia corporal de una persona con el propósito de un examen de ADN. En concreto la subsección 487.06 (1) prescribe que un oficial judicial o cualquier otra persona bajo la dirección de un oficial judicial se encuentra autorizado a tomar muestras de sustancias corporales de una persona mediante un mandato judicial (warrant) bajo la sección 487.05 o una orden bajo la sección 487.051 o 487.052 o una autorización bajo la sección 487.055 o 487.091, por cualquier de los siguientes medios:...d) la extracción de sangre punzando la superficie de la piel con una aguja estéril. Posteriormente, la constitucionalidad de ese procedimiento con los recaudos legales ha sido admitido -en un obiter dictum- por el juez J. Cory de la Corte Suprema de ese país en el caso R. v. Stillman (1997) 1. S.C.R. 607.-

Asimismo, el Código Procesal en lo Penal alemán prescribe que puede ser ordenado un examen médico del

acusado para la dilucidación acerca de los hechos que son de importancia para los procedimientos y con este propósito autoriza la extracción de muestras de sangre y otras intrusiones corporales que deben ser efectuadas por un médico de acuerdo con las reglas de la ciencia médica, incluso sin el consentimiento del acusado siempre que no medie peligro para su salud (Sección 81 a. del Strasprozesordnung, StPO). El mismo ordenamiento autoriza la extracción de sangre a personas distintas de los acusados sin su consentimiento siempre que no medie peligro con relación a su salud con el fin de determinar su filiación y cuando sea indispensable para establecer la verdad (sección 81 c de la StPO). Incluso la sección 81 g. de ese ordenamiento autoriza la realización de un análisis de ADN a un sospechoso de la comisión de un hecho grave, a un condenado por alguno de esos hechos, con el fin de identificarlo en futuros procedimientos criminales. No se han planteado dudas acerca de la constitucionalidad de tales medidas por parte de la doctrina más caracterizada (ver Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pág. 289 y sgtes. y Juan-Luis Gómez Colomer, El proceso penal alemán, Barcelona, 1985, Ed. Bosch, pág. 118). Asimismo, la reforma incorporada al Código de Enjuiciamiento Criminal holandés mediante la ley 596/1193, del 8 de noviembre de 1993, establece en su art. 195 d (1) que el juez instructor podrá, de oficio o a instancia del fiscal, ordenar que se tome del sospechoso de un delito para el que estuviera legalmente prevista una pena de privación de libertad de ocho años o más, sangre para la realización de un análisis de ADN (José Francisco Etxeberría Guridi, Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal. Ed. Comares, Granada, 2000, pág. 117).-

30) Que en similar sentido la Corte Constitucional de Italia -mediante la sentencia 54/1986- legitimó la extracción coactiva de sangre al considerar que se trata de una práctica médica de administración común que no resulta lesiva a la dignidad ni invasiva en cuanto al ámbito psíquico íntimo de la persona;; posición que, en lo esencial, fue mantenida -aunque con ciertas reservas respecto a la falta de previsiones específicas en el nuevo ordenamiento procesal penal- en la sentencia 238/1996. La Comisión Europea de Derechos Humanos en su decisión 8289/1978 -del 13 de diciembre de 1978- consideró que un análisis de sangre era una intervención nimia que no suponía una injerencia prohibida por el art. 2.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Asimismo, la extracción compulsiva de sangre -en un régimen inquisitivo hipotéticamente similar a la identificación dactiloscópica- ha sido reconocido recientemente como una medida de carácter relativamente no intrusiva y sensible a los intereses legítimos de la privacidad de las personas en tanto no resulta más amplio de lo estrictamente necesario (ver Akhil Reed Amar, The Document and the Doctrine, 2000 Harvard Law Review, vol. 116, pág. 126).-

31) Que ante el carácter relativamente rutinario de ese tipo de extracciones de sangre en nuestra sociedad, la alegación de la actora respecto al supuesto agravio psíquico que supondría el cumplimiento de la medida decretada a fs. 168/170 del principal importa una manifestación que revela una extrema susceptibilidad que no resulta razonable si se tiene en cuenta la ausencia de peligrosidad de ese tipo de medidas cuando son llevadas a cabo por personal médico en un contexto sanitario adecuado. En efecto, el carácter rutinario y usual de este tipo de procedimientos es un aspecto que debe tenerse en cuenta a la hora de descartar las defensas formuladas por la recurrente (Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, New York, The Foundation Press, 1988, pág. 1334). Por consiguiente, el criterio de valoración no puede ser aquí medido por el patrón de una reacción personal subjetiva o por una relación con la personalidad del individuo más sensible, sino por el sentimiento de la comunidad basado en los patrones de decencia y equidad para delimitar el concepto de la conducta aceptable en este tipo de casos (conf. Breithaupt v. Abram 352 U.S., 432, 436, 1957). Se trata pues, de una intervención leve cuando a la vista de todas las circunstancias concurrentes no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a las personas afectadas con la extracción de sangre (Tribunal Constitucional Español 1ª 1996/9681 del 16 de diciembre de 1996).-

32) Que, por consiguiente, la extracción compulsiva de sangre -en las condiciones del presente proceso- no se revela como una medida que afecte los derechos invocados por la apelante al existir indicios suficientes que justifiquen la adopción de medidas propias del proceso de investigación penal y que suponen una intrusión mínima en el cuerpo de la víctima con intervención de personal médico, en condiciones de asepsia e higiene y siempre que no se invoquen serias y comprobadas razones de salud que obstaculicen la adopción de la medida.-

33) Que descartada en el caso la presencia de una manifiesta afectación a los diversos derechos citados por la apelante, corresponde examinar si la extracción de una muestra de sangre resulta una medida razonable para ordenar su producción de manera coercitiva, tal como lo ha dispuesto la juez federal, en función de los objetivos del proceso.-

34) Que para ponderar los intereses involucrados es necesario tener en cuenta las circunstancias históricas en las

que se produjeron los hechos que dieron lugar a la querella de fs. 11/11 vta., pues la pretensión punitiva de los querellantes se encuentra también fundada en derechos subjetivos familiares de los que aquéllos son titulares y en su derecho a conocer la verdad sobre la suerte de su hija (ver considerando 17 del juez Bossert en la causa de Fallos: 321:2767). Asimismo, el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1987-1988) de la Organización de los Estados Americanos destacó que las Convenciones de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales de 1977 habían establecido el derecho de las familias a conocer la suerte que han corrido sus miembros (Protocolo I de 1977) y que el Derecho Internacional Humanitario contiene además normas numerosas y detalladas relativas a la cuestión de la unidad familiar y el derecho de los niños a no ser separados de sus familias, incluso en los campos de internamiento (cap. V, punto 3).-

35) Que en este sentido también corresponde valorar el hecho de que los vínculos jurídicos familiares, que determinan el estado de familia, integran la identidad de la persona de manera que, desde esa perspectiva, la identidad personal de la querellante, cuya jerarquía constitucional ha sido reconocida por esta Corte (Fallos: 318:2518), fundamenta también el derecho que intenta hacer valer en su demanda (conf. considerando 18 del juez Bossert en Fallos: 321:2767). En tal sentido el Informe Anual de la Comision Interamericana (1985-1986) ha sostenido que "...Toda sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos...", y a tales efectos el derecho interno debe otorgar "...los medios necesarios para que sea el propio Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones necesarias...".-

36) Que, por otro lado, corresponde señalar que en el sub examine la cuestión en debate no gira alrededor de la consecución de pruebas destinadas a tutelar el derecho a la identidad de una persona mayor de edad supuesta víctima de un delito. El marco del art. 19 de la Constitución Nacional es bien claro en este sentido en cuanto no le es posible al Estado inmiscuirse en "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero". El derecho a la identidad no importa -para una persona mayor de edad- el deber de conocer su real origen biológico. Ningún magistrado judicial tiene facultades para imponer a otro ciudadano el conocimiento de lo que no quiere conocer cuando no se producen daños a terceros por tal negativa. La construcción de su propia identidad -a partir o no de sus lazos biológicos- es un dato que sólo a ella concierne y está excluida de la autoridad de los magistrados.-

37) Que la cuestión es aquí distinta al problema del derecho a la identidad que desde luego debe proteger el Estado argentino de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se trata esencialmente de investigar los límites de la persecución penal para verificar si las medidas adoptadas por la cámara -al mantener la decisión de primera instancia de fs. 168/170 del principal- violan algunos de los derechos constitucionales invocados por la recurrente. Los alcances de la sentencia que se dicte eventualmente en este proceso respecto a los delitos denunciados sólo tangencialmente afectan el derecho a la identidad de la recurrente y no es esencialmente sobre ellos que debe decidir la Corte al examinar la proporcionalidad entre la medida dispuesta y los derechos constitucionales mencionados en el recurso extraordinario.-

38) Que en este proceso de ponderación entre los instrumentos escogidos por el juez penal y la eventual afectación a derechos fundamentales de la persona corresponde añadir que en este caso el objeto penal no se ciñe a la demostración de la ausencia de relación biológica de los imputados con la recurrente. En efecto, la querellante ha denunciado que Evelin Karina Vázquez Ferrá había sido apropiada por Policarpo Luis Vázquez y Ana María Ferrá a pesar de que era hija biológica de Susana Beatriz Pegoraro y Rubén Santiago Bauer, razón por la cual la dilucidación acerca de la identidad biológica entre la querellante con la persona supuestamente apropiada en 1977 integra el ámbito de averiguación propio de la presente causa penal.-

39) Que, por consiguiente, los intereses de la comunidad en conocer la identidad de las personas desaparecidas y el derecho subjetivo familiar de aquellos vinculados con las supuestas personas que requieren su identificación se unen -en el presente caso- con la investigación del delito de sustracción de menores (art. 146 del Código Penal). La presencia de tales intereses sociales e individuales debe ponderarse, pues, al momento de decidir si la medida dispuesta es de una entidad tal que invada la intimidad de la apelante cuando se trata precisamente de lograr la punición de delitos de tan alta significación en el marco de nuestra sociedad.-

40) Que, asimismo, el interés de la comunidad en una eficaz persecución penal en presencia de hipotéticos hechos delictivos se refleja, desde luego, en múltiples medidas de coerción que se encuentra facultado a adoptar el juez

penal para investigar el hecho delictivo (conf. art. 230 del Código Procesal Penal). Toda vez que el objeto del juicio es la averiguación de la verdad objetiva (Fallos: 310:870 y 312:2095), las necesarias e indispensables intromisiones en el habitual marco de intimidad y privacidad de las personas que proceden en situaciones excepcionales -como la que aquí se presenta- para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado no se revelan como ajenas al ámbito de la pesquisa correspondiente al juez penal. En estos casos, corresponde a los tribunales verificar si las medidas requeridas encajan en estos principios de razonabilidad y necesidad en que se mueve la disposición de medidas de coerción en el juicio penal que deben ser calibradas de acuerdo con "las formas de vida aceptadas por la comunidad" (conf. causa Ponzetti de Balbín, ya citada). La reseña ya efectuada respecto al incremento del uso del ADN en diversos sistemas normativos como método de identificación de sospechosos y víctimas es un instrumento ciertamente útil para determinar precisamente que tal tipo de medidas -tales como la extracción de fichas dactiloscópicas- no aparecen como realmente intrusivas en el ámbito de la privacidad y de la integridad corporal en el mundo actual.-

41) Que el balance entre los intereses de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica medida de coerción dispuesta en la causa. En este sentido el Tribunal ha señalado que las normas que confieren atribuciones amplias a los jueces para disponer medidas de prueba deben entenderse razonablemente dirigidas a la averiguación de los hechos presuntamente delictivos que constituyen el objeto sumarial y no otros cualesquiera (Fallos: 313:1113, considerando 15). Asimismo esta Corte ha destacado que una medida similar a la dispuesta en el presente caso guarda relación directa con el objeto procesal de la causa, es conducente para el esclarecimiento de los hechos y no excede los límites propios del proceso en que fue dispuesto (Fallos: 318:2518, considerando 7° con cita de lo prescripto por los arts. 178, 180 y 182 del Código de Procedimientos en Materia Penal).-

42) Que en estos supuestos es necesario realizar una aproximación caso por caso en la cual se consideren tanto los intereses del individuo en la privacidad y en su seguridad con los intereses de la sociedad en conducir un procedimiento para obtener evidencia a los fines de determinar la culpabilidad o inocencia de una persona. Desde esa perspectiva deben considerarse la razonabilidad de la medida, para lo cual es necesario tener en cuenta la eventual amenaza a la salud de la persona, la extensión de la intrusión en los dignos intereses del individuo en su privacidad e integridad personal y el interés de la comunidad en la prosecución de una investigación penal (conf. Winston v. Lee 470 U.S. 753, 1985).-

43) Que, por otro lado, resulta necesario -habida cuenta de las garantías constitucionales supuestamente afectadas- realizar un examen respecto a la proporcionalidad del instrumento adoptado -la extracción compulsiva de sangre- para llegar a la dilucidación de la verdad en el presente caso (conf. los términos de la resolución de fs. 168/170 del principal, de la jueza federal de primera instancia). En este sentido el Tribunal no advierte que la medida escogida resulte exagerada respecto del objeto de la persecución penal que en el presente caso intenta dilucidar si la recurrente es hija biológica de Susana Beatriz Pegoraro y de Rubén Santiago Bauer. Ello tanto más si se tiene en cuenta que el juez federal ha decretado la prisión preventiva de Policarpo Luis Vázquez por considerarlo prima facie y por semiplena prueba autor penalmente responsable de los delitos previstos y reprimidos por los arts. 139, 2° supuesto, 146, 293 y 296 del Código Penal y a Ana María Ferrá por estimarla responsable por los delitos previstos por los arts. 139, 2° supuesto y 146 del Código Penal.-

44) Que la mínima afectación a los alegados derechos a la integridad física y psíquica queda demostrada, además, por la posición de la recurrente en cuanto propone renunciar a su derecho de oponerse a la extracción de sangre siempre que se admita que el resultado de la prueba no será usado en contra de los imputados a los que siente como padres (ver fs. 133 vta. del incidente), lo cual supone que aquellas alegaciones importan más bien el planteo de un obstáculo meramente formal para evitar la persecución penal de los procesados que una auténtica afirmación de sus derechos eventualmente lesionados por la decisión de fs. 168/170 del principal.-

45) Que la medida resulta también idónea en relación con el éxito que eventualmente puede obtenerse a raíz de la realización de los análisis respectivos. Cabe señalar que los exámenes de ADN son -en el actual estado de los avances científicos- un método adecuado y conducente para la determinación de la filiación y así ha sido reconocido mediante la sanción de la ley 23.511 que creó el Banco Nacional de Datos Genéticos que en su art. 5 establece que todo familiar consanguíneo de niños desaparecidos o supuestamente nacidos en cautiverio, tendrá derecho a solicitar y obtener los servicios del Banco Nacional de Datos Genéticos.-

46) Que, precisamente, en el mensaje de elevación del proyecto al Congreso de la Nación, el Poder Ejecutivo había efectuado la evaluación acerca de la eficacia de los métodos adoptados y con relación a la necesidad de su implementación en las particulares circunstancias históricas que vivió nuestro país. En ese sentido se precisó que "la localización e identificación de niños...ha sido y continúa siendo, preocupación del gobierno nacional y de la sociedad argentina en general. Prueba de ello es que, al crearse en jurisdicción del Ministerio del Interior la Subsecretaría de Derechos Humanos (decreto 3090/84), se incluyó entre sus funciones la búsqueda de niños desaparecidos". Los avances de la ciencia permiten contar con análisis inmunogenéticos y de histocompabilidad capaces de producir pruebas de nexo biológico de asombrosa precisión, así como de descartar, sin margen de error, una paternidad falsamente atribuida.-

Los familiares de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio, fundamentalmente abuelos en muchos casos de edad avanzada, tienen un lógico y respetable interés en constituir las pruebas que permitan -llegado el caso- aun después de su muerte, la identificación y filiación de sus nietos en tales condiciones (Cámara de Senadores de la Nación, 31 de octubre de 1986, pág. 4395).-

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, consagra en su preámbulo que tal delito viola múltiples derechos esenciales de la persona humana, y que los estados partes se comprometen a perseguir y sancionar hechos de tal naturaleza. Y tal compromiso alcanza, en los términos del art. 12 de la convención, a instrumentar la cooperación necesaria para la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores en su condición de víctimas de los hechos de tal naturaleza.-

No parece razonable interpretar que aquella obligación asumida pierda imperativo por la circunstancia de tratarse de un adulto, si se considera que la dolorosa situación planteada es consecuencia de aquella otra y que los objetivos perseguidos son la determinación de la verdad y la probable causa de un delito, lo que conduce a verificar el fuerte interés del Estado en representación de los intereses generales de la sociedad.-

47) Que a raíz de ello la realización del examen compulsivo aparece también como un procedimiento necesario pues uno de los presupuestos de la prueba del delito -la identidad biológica entre Evelin Karina Vázquez Ferrá con Susana Beatriz Pegoraro y Rubén Santiago Bauer- podría llegar a dilucidarse de un modo eficaz con los resultados de tales exámenes. También resulta adecuada la prueba propuesta a los fines indicados en la resolución apelada ya que favorece de un modo decisivo a la obtención del resultado pretendido cual es demostrar la supuesta relación biológica existente entre las personas designadas por la querellante y Evelin Karina Vázquez Ferrá.-

48) Que en tales condiciones la sentencia impugnada no se muestra -en este aspecto- como violatoria de los derechos invocados por la recurrente y sus argumentos tienen sustento suficiente para descartar la tacha de arbitrariedad planteada en el remedio extraordinario por la supuesta afectación de los derechos constitucionales invocados por la apelante.-

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario con el alcance que surge de los considerandos precedentes. Por consiguiente, se revoca el punto dispositivo III y se confirman los puntos dispositivos IV y V de la sentencia impugnada. Costas por su orden. Notifíquese y devuélvase.//-

Fdo.: JUAN CARLOS MAQUEDA

SUMARIO DERECHOS PERSONALISIMOS. Derecho al Honor y a la Propia Imagen. Publicación de un retrato fotográfico vinculado erróneamente a una noticia de la que surge la imputación de un delito. Falsa Noticia. Responsabilidad de la Prensa.
EXPTE. 20699/97 - **"P., Fabio Angel c/Diario Clarín y otro s/Daños y Perjuicios s/Sumario"** - CNCIV - SALA J - 31/08/1999 "

Pese a que el nombre del actor no estaba plasmado en la publicación, su mero retrato vinculado directamente a una noticia como la del género, de la que surge la imputación de un delito (abuso sexual) en la portada de un matutino de gran circulación, resulta suficiente para provocar descrédito, agravio personal y rechazo y sindicación por parte de los demás miembros de la comunidad. La publicación de las fotografías del actor constituyó una práctica abusiva por parte de la demandada a expensas de la dignidad del accionante, quizás también con incidencias en la desinformación del público en general, que se llevó en sus retinas una imagen del supuesto abusador que no se compadecía con la realidad. Partiendo entonces aun de la buena fe alegada a través de error excusable, se publicó una información falsa, lesiva no solo a la intimidad sino además al honor del involuntario protagonista de la noticia, fluyendo a la luz la negligencia que brinda sustento al reclamo y si bien el medio ha reconocido la inexactitud de lo informado, no existió retractación ni oportuna ni tardía."

TEXTO COMPLETO Buenos Aires, a los 31 días del mes de agosto de 1999 reunidos los Señores Jueces de la Sala "J" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a fin de pronunciarse en los autos caratulados: "P., Fabio Angel c/Diario Clarín y otro s/Daños y Perjuicios".-
La Dra. Ana María R. Brilla de Serrat dijo: I) Viene la presente causa a conocimiento de este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia dictada a fs.250/262. Concedidos los recursos oportunamente, la actora presenta el memorial de agravios a fs.275/277, el que fue respondido a fs.296/299,y la demandada efectúa lo propio a fs.281/287, contestándoselos la actora a fs. 301/305, llamándose autos para sentencia definitiva a fs.309. Considera la accionante, al peticionar la modificación del decisorio que recepta parcialmente la demanda, que la indemnización acordada resulta exigua en lo que al daño moral se refiere, dado que si bien se trata de una determinación subjetiva, el sentenciante disponía a su juicio de elementos objetivos aptos para establecer una suma mayor. Ellos son el informe psicológico que trata la desvalorización social y la perdida de prestigio que llevan a la caída de la autoestima y menoscaban la seguridad personal y afectiva del actor. A ello agrega el profundo sentimiento de desprotección e impotencia frente a un ambiente vivido como hostil, cambiante y poco confiable, etc., que lo llevan a un estado de riesgo psicológico, y el hecho que el demandante ha sufrido el efecto del llamado riesgo psíquico. Además no debe perderse de vista que la publicación ha implicado también una ofensa al honor del actor, y que la demandada obtuvo un beneficio ilícito traducido en mayores ingresos con la imagen del apelante, la que no fue resarcida, como seria el uso de fotos taquilleras por las que no pagó, y fueron usadas sin su consentimiento, argumento que utiliza como fundamento del daño material que impetra y fuera rechazado. La demandada, al contestar la queja, pone de relieve que la pieza en estudio no constituye una critica concreta y razonada de la sentencia, atento lo cual solicita sin más su rechazo. Advierte que solo se traduce en una queja acerca de lo exiguo de la indemnización acordada y del rechazo del daño material. Repasa la facultad de los jueces de considerar unas probanzas y rechazar otras, dentro de la razonabilidad, y en principio recuerda que ha solicitado el rechazo de la acción, y para el caso que no se revoque la sentencia de grado, una drástica reducción del monto, adecuándoselo a las particulares circunstancias del caso.
En relación al informe aludido, señala que no vio afectada el actor su carrera militar, mantiene la misma novia que tenía al producirse el hecho, y continúa efectuando deportes; que fue ascendido a cabo del Ejercito Argentino, y se encuentra destinado en la Jefatura de Personal del Estado Mayor General de esa Fuerza. Rechaza la alegada ofensa al honor, y traduce el agravio en un mero inconformismo respecto del quantum de la condena. Con relación al supuesto beneficio económico obtenido por la utilización de las fotos, destaca que ello no surge de autos, y se traduce en un elemento más, a su juicio, que patentiza el desmedido propósito de lucro.
La demandada, por su parte, se agravia del hecho que en el decisorio del juez de grado se considere que la mera publicación de su foto lesione sus derechos personalísimos, atento a que siempre el objeto de la crónica fue el sargento Luna, único y verdadero imputado, calificando por ese motivo a la sentencia como arbitraria. Agrega que el magistrado califica a la noticia cuando ese ámbito le está reservado a la prensa, habiéndose limitado la empresa a ilustrar una crónica de interés publico, mientras que el sentenciante efectúa consideraciones acerca de cuestiones que no le fueron sometidas a su conocimiento por ninguna de las partes. Se trato de un error, excusable, sin intención de dañar, por el cual solicita se revoque.
No se probó a su juicio ni culpa ni negligencia ni el actor ha pasado a ser un personaje tristemente celebre; tampoco se lo vinculó con la crónica, insistiendo la demandada que el daño moral debe ser demostrado por quien lo sufre. Finalmente, solicita para el caso que se considere procedente la indemnización, que se reduzca el monto

de condena drásticamente, por no guardar relación con otros supuestos que indica, con costas a su favor. Al contestar el traslado de la queja, la accionante califica de absurdo al planteo de su contraria, al no caberse dudas que a raíz de lo realizado se vieron afectados la imagen, el honor y la integridad moral, haciéndoselo aparecer como presunto participe de un acoso sexual y publicado su imagen sin su consentimiento, destacando el art.31 de la ley 11.723, y en relación al monto otorgado, asevera que los intereses espirituales son inconmensurables.
II) Planteadas de ese modo las cuestiones, es de recordar que el actor había promovido demanda por cobro de la suma de pesos ciento cuarenta y siete mil y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba de autos, por haberse publicado su imagen sin su consentimiento y haberse agraviado su intimidad y honor. Su fotografía apareció en primera página de la edición dominical del diario Clarín del 23/4/1995, y se repitió con comentarios en la Pág.40/41 .Ante ello envío una carta-documento al periódico solicitando la aclaración y daños y perjuicios, que fue contestada reconociéndose el error, pero invocando buena fe y negando agravios. Sin embargo considera el actor que se lo hace aparecer como la cara del hecho, viéndose obligado a aclarar que no era la persona denunciada por acosador, sufriendo un arresto de cinco días por haber explicado ante la prensa que la foto aparecida en el matutino le pertenecía, pero nada tenia que ver con el sargento Luna. Discrimina su pedido en un mínimo de 130.000$ por daño moral y 17.000$ por daño material, al entender que al publicarse su foto como primicia, se obtuvo un enriquecimiento ilícito. La accionada admite el error excusable, pero no la negligencia ni la mala fe ni la intencionalidad. Niega el daño y por ende la responsabilidad indemnizatoria. Amen que la distancia de la toma y otras circunstancias impidieron la nitidez adecuada para identificar al actor debidamente, máxime que no está de uniforme y el nombre que se consigna es otro.- Incluye el caso en "The breathing space", que necesariamente necesita la libertad de prensa para existir, dado que el hecho principal relatado fue veraz y el yerro fotográfico aislado, un error previsible. Con relación al monto que se pretende al que se califica de exorbitante, no deja de ponderar el hecho que en el medio local de Santa Rosa, el actor aclaró profusamente tanto en la unidad militar como en los diarios de la ciudad el error de la foto publicada en Clarín, de lo que deduce que el mismo fue superado. Producida la prueba de autos, al alegar la actora, adecua su petición a ciento setenta mil pesos por daño moral, al considerar que la pericia informa de la existencia de daño psíquico, y al efectuar lo propio la accionada, destaca que la testimonial adquirida por su contraria fue estéril al no precisarse en concreto cuales fueron los inconvenientes que la publicación de su fotografía le ocasionó al actor, y la prueba psicológica fue impugnada.
El sentenciante, en su fundada decisión, comienza por repasar la limitación del art.31 de la ley 11.723 y del art.1071 bis del C. Civil, a la divulgación del retrato de una persona, por amparar el primero la protección de la imagen y sancionar el entrometimiento arbitrario en la vida ajena, incluyendo la publicación de retratos el segundo. Concluye entonces que a tenor de los hechos expuestos, se han visto afectados derechos personalísimos del accionante, vgr., su imagen, su honor e integridad personal, y pese a que su nombre no estaba plasmado en la publicación, su mero retrato vinculado directamente a una noticia como la del género, de la que surge la imputación de un delito, en la portada de un matutino de gran circulación, resulta suficiente para provocar descrédito, agravio personal y rechazo y sindicación por parte de los demás miembros de la comunidad. Destaca el a-quo que la noticia no se trata solamente de la escrita sino también de la fotográfica, que cuenta notoriamente a los efectos de la captación de la atención del lector o el curioso. Acertadamente el sentenciante colige que quien conoce a la persona fotografiada pudo suponer que su nombre estaba mal escrito y que quien no la conoce, pensar que resultaba el militar a quien se hacia referencia en la noticia.
Agrega un ejemplo de confusión de imagen, que no se condice con la realidad de la persona que se cita, en otro periódico, inerte a los efectos indemnizatorios, por ser totalmente diverso al presente caso, y pone su acento en el mayor deber que tiene la prensa de verificar, a través de debidos cuidados , atención y diligencia, la inexistencia de error. Pasa revista asimismo a la vital importancia que reviste el honor para los hombres de armas, y su repercusión en la sociedad pampeana. Con relación a la imagen, considera que toda persona puede oponerse a que sea reproducida sin autorización, salvo las obtenidas en lugares públicos o las que correspondan a personas públicas en el desarrollo de su actividad cotidiana, pero que con la misma facilidad con que identificó a la persona del actor, que fotografió, se debería haber verificado su identidad, debiendo protegerse más ampliamente al ciudadano privado, aun ante la simple culpa o negligencia de los medios. Con relación al error invocado, remarca el magistrado que a su juicio no se trata de un error ínfimo ni secundario, sino que una persona, ajena a un hecho delictivo, denunciado como ocurrido en la unidad militar en la que revistaba, se ve involucrada en el asunto, con las consecuencias agraviantes que repasara, citando los fallos de nuestro más Alto Tribunal, publicados en LL 1998-C-Pág.282, y D.L.L. del 19/10/98, Pág..3, mientras que el supuesto autor del hecho estaba sancionado, bajo justicia militar, impedido de que se le tomaran fotografías. De allí concluye que medio negligencia en la accionada al publicar una fotografía totalmente ajena a la noticia delictiva y lo indemniza por daño moral en la cantidad de sesenta mil pesos. En lo que hace al daño material solicitado, comprensivo del lucro obtenido a través de la difusión de la imagen del actor, le da la razón el sentenciante a la accionada, considerando que de proceder se enriquecería indebidamente el actor, que no se probó que la tirada hubiera aumentado por causa suya, fijando los

limites de la repercusión alcanzada.
III) Fuera de toda duda a mi juicio se yergue lo concerniente a la afectación del honor del actor damnificado, por la publicación de sendas fotografías que le fueron tomadas sin su consentimiento, adentro del cuartel donde se desempeñaba, y publicadas una en primera página y la restante en lugar destacado, vinculada a la noticia disvaliosa que se exteriorizaba, en una edición dominical de una publicación de carácter masivo y de difusión nacional e incluso internacional, mediante la cual se patentizaba a los lectores y público en general, investigadores inclusive, que esa persona cuyo retrato ilustraba la nota se correspondía con el autor sindicado del abuso, que por otra parte constituía además una falta militar. Si bien resulta cierto que el nombre del actor no está mencionado en el artículo, no lo es menos que ambos suboficiales revistaban en el mismo destino, y ostentaban similar jerarquía, por lo que perfectamente como se ha dicho, podría haberse colegido a la inversa de como pretende la demandada, que el error se hubiese cometido al identificar al autor del supuesto abuso en el texto. Ello así, para quienes identificaban perfectamente al accionante con su nombre y apellido, pero para aquellas personas que lo conocían de vista sin precisar su nombre, el engaño pudo ser perfecto.
La desesperación del afectado de aclarar el equívoco quedó patentizada en autos con las publicaciones de los periódicos de la zona, llegando uno de ellos a publicar la fotografía del afectado y traducir su estado anímico. Muestras de ello se advierten también de la testimonial adquirida a su favor, y no puede dejar de ponderarse la firme actitud de P., que a escasos días del hecho intimó a la editora para que en plazo perentorio y en idéntico lugar publicara debidamente la aclaratoria en el sentido que las fotografías publicadas no correspondían al sargento Luna, lo que no se realizó. Se editaron retratos inadecuadamente atribuidos como la persona del abusador, cuando en realidad le habían sido extraídos al actor, y la inexactitud fue tal que a la persona allí fotografiada por partida doble, en aparente indumentaria deportiva provista militar, por lógica ligazón, le fueron endilgadas falsamente imputaciones delictivas. Nada obstaba para que el periodismo indagara acerca de la realidad objetiva, lo que no hizo, pese a contar con todos los elementos necesarios. Tampoco el medio informativo aclaró lo pertinente respecto a la fuente que supuestamente lo indujo a error, el que al haber tomado conocimiento a través de la misiva del afectado, ni siquiera intento subsanar.
La libertad de prensa garantiza la publicación de ideas sin censura previa, pero si se lesionan derechos individuales de otras personas, nacen las responsabilidades consecuentes, dado que el deber/derecho de informar conlleva ínsita la responsabilidad y la objetividad, por ello se debe realizar la verificación de la autoridad y la veracidad de las fuentes informativas lo que no hizo la emplazada sin duda alguna. La protección del derecho a la imagen propia es independiente de la tutela al honor, a la intimidad y a la privacidad. Fuera de toda duda ha quedado plasmada la violación a la ley 11723 al publicarse dos retratos del militar sin autorización expresa, y ningún eximente esgrimió la emplazada que debía sostener la licitud de la inclusión de las fotografías, cuya tenencia detentaba sin aclarar los modos y circunstancias de su obtención. Sin embargo el periódico no era dueño de esas imágenes, que aprovechó con fines comerciales y cualesquiera otros, por más serios que pudieran alegarse, sin autorización expresa del fotografiado. En este punto carece de entidad la existencia o no de intención de dañar, dado que de lo que se trata es de preservar el derecho a la disponibilidad a la propia imagen, cuya violación, con independencia de los perjuicios materiales, importa per se un daño moral, constituido por el hecho disvalioso de advertir el avasallamiento de la propia personalidad, cuando se tenía la posibilidad de cerciorarse acerca del real estado de las cosas. Naturalmente se trataba de un acontecimiento de interés publico.
Ese derecho personalísimo autónomo a la propia imagen como proyección de la personalidad, contenido dentro de los límites de la voluntad y la autonomía privada del sujeto se vio conculcado a través del uso de material fotográfico obtenido por el medio de prensa. El problema de los efectos civiles de las informaciones inexactas o agraviantes, ha sido tratado por Bustamante Alsina en L.L.1989-D -889, destacando Ramón Pizarro, en Derechos Personalísimos y Medios Masivos de Comunicación en los confines del tercer milenio, J.A.80 aniversario, Pág..366 y sig., que la ruptura del delicado equilibrio que debería existir entre ciertos derechos personalísimos (honor, identidad personal, intimidad, imagen) y la libertad de expresión se erige en una de las notas preocupantes que se advierten en nuestro país. Aprecia el autor que la armonización debe valorarse en función del caso concreto, lo que no se traduce en la realidad al no alcanzar los derechos que hacen a la dignidad de la persona una tutela eficaz frente a las agresiones que se experimentan como consecuencia de la actividad informativa de los medios de prensa, fenómeno que inquieta a algunos juristas que observan el enorme riesgo que presenta la perceptible degradación de los derechos personalísimos en nuestro tiempo, cuando se les asigna en caso de conflicto un valor inferior al de otros derechos fundamentales, particularmente frente a la libertad de informar y a intromisiones provenientes del poder publico, citando como ejemplo a González P., en "La Degradación del derecho al honor. Honor y Libertad de Información", Pág..31, cuando expresa que si se llega a considerar demodee la noción de honor, forzosamente se verán reducidos los supuestos atentatorios de los valores de la personalidad. De allí que se imponen los juicios puros de valor, disociados de los más mínimos intereses corporativos, centrando el análisis en la más pura realidad a la que se pueda aproximar a través de la aprehensión probatoria del caso.

Destácase la tutela constitucional amplia, superlativa, hasta la publicación, a partir de la cual se aplican los principios y reglas del derecho común, en base al principio consagrado en el art. 16 de la carta magna. Adviértase que la publicación de las fotografías del actor constituyó una práctica abusiva por parte de la demandada a expensas de la dignidad del accionante, quizás también con incidencias en la desinformación del público en general, que se llevó en sus retinas una imagen del supuesto abusador que no se compadecía con la realidad. Partiendo entonces aun de la buena fe alegada a través de error excusable, se publicó una información falsa, lesiva no solo a la intimidad sino además al honor del involuntario protagonista de la noticia, fluyendo a la luz la negligencia que brinda sustento al reclamo y si bien el medio ha reconocido la inexactitud de lo informado, no existió retractación ni oportuna ni tardía. Las repercusiones del hecho en el medio en el que estaba ínsito el actor han quedado debidamente abonadas, no solo con los testimonios adquiridos a su favor sino a través del contenido y alcance de las publicaciones locales, a cuya exposición se arriesgó, pese a la previsibilidad de las consecuencias que habrían de derivar de esos extremos, tal como se deduce de los dichos de los testigos, cuya veracidad no puede ponerse en duda por la circunstancia que en el legajo personal del afectado no consten las sanciones de que fuera objeto en el regimiento de La Pampa, quizás porque no fueron comunicadas a ese nivel. Se hace evidente entonces que se violaron dos derechos de los que conforman los derechos personalísimos de la integridad espiritual: el honor, que posee su propio radio, pero que ha sido atacado a través de la publicación de la imagen, y el derecho a esta, y si ahondamos la cuestión hasta podría llegar a interpretarse que se habría rozado a un tercero, y aun un cuarto. El honor, como expresa Cifuentes en L.L. del 22/4/98, se trata de la autoestima, la reputación, la fama ante los demás, es una cualidad moral del ánimo y sentimiento profundo de la propia dignidad, y en el sublite el honor se ha herido a través de la difusión de las imágenes y la atribución del hecho al fotografiado. El ataque al derecho a la imagen deriva de su aprovechamiento no consentido, y su difusión distorsionada, publicitándola como de A mientras que es de B, pudiendo perfectamente en este extremo colisionar con el derecho a la identidad porque se ha desfigurado la verdad. Finalmente, podría llegarse a incluir la violación al derecho a la intimidad por el entrometimiento arbitrario en la vida del suboficial P., al retratarlo en lugar que no era publico y utilizar sus imágenes para ilustrar una noticia de tapa a la que era ajeno. La pretendida exoneración alegando que el actor no fue el objetivo de la nota no basta para eximir de responsabilidad a la demandada, porque lo publicado resulta suficiente para el agravio, al haber puesto en peligro la reputación del afectado. Teniendo en cuenta entonces las características especiales de los elementos subjetivos contemplados en el delito atribuido falsamente a través de la imagen incorrecta, el daño receptado por el a-quo no lo fue en base a meras conjeturas sino que además que se desprende in re ipsa, quedó abonado de modo tangible por lo que no cabe más que concluir que la indemnización admitida en la instancia anterior ha sido correcta, dado que el daño moral, como ya ha expuesto esta Cámara en casos similares, fluye naturalmente de la invasión a los derechos, dado que si existe un derecho a oponerse a la publicación de la imagen en la forma y contexto en que fue realizada, aun prescindiendo de los perjuicios materiales, su violación importa en sí misma un daño moral, patentizado en su mínima estimación por el disgusto de verse la personalidad avasallada, a lo que debe adunarse en este caso, el tinte con elementos que lastiman el honor, la reputación y la estima de la persona.

Agrego que la circunstancia que el actor no hubiera sido el objetivo real de la nota no basta para eximir de responsabilidad a la editorial por la publicación efectuada si de ella surge contenido suficiente para que el reclamante pueda sentirse agraviado, que se patentiza en el caso de autos, no tratándose claramente de noticia referida a algún funcionario publico con lo que se avenía la mas mínima intencionalidad de encauce de la presente en el manto de la doctrina de la real malicia, que aquí no tiene cabida. La sentencia del magistrado de grado lleva a admitir parcialmente la pretensión del actor, partiendo de la base del reconocimiento de la publicación y la caracterización de la conducta poco prudente que de allí se deriva, teniendo en cuenta las disposiciones del art. 1071 bis del C. Civil entre otras, y las violaciones al derecho de la intimidad, etc. condenándose de esa manera tanto la información objetivamente inexacta en su proyección gráfica como la subjetivamente agraviante, teniendo presente su incidencia respecto de la honra y reputación del accionante, a través del reconocimiento de una indemnización a su favor de sesenta mil pesos, rechazando el lucro cesante pretendido. Va de suyo entonces, que a través de las consideraciones expuestas, se aprecia que acreditadas ampliamente las violaciones a los derechos ya consignados, se justifica ampliamente la confirmatoria del fallo en lo principal que decide, debiendo rechazarse los agravios de la demandada, toda vez que la libertad de prensa tiene como corolario la responsabilidad de los medios de difusión para el caso de transmisión de falsedades como noticias verdaderas, al afectarse derechos personalísimos, y se dista de una apreciación prudente, cuando el accionar de las publicaciones debe estar presidido por la verdad, la lealtad y la probidad, lejos de toda confusión con la búsqueda del impacto emocional en los receptores de la información, con debido resguardo a la privacidad e intimidad (Conf. esta Sala, Expdte. N.58.384/89). Id. Expdte. N.93.702, voto del 14/2/96, donde quedara destacada la cita del discurso de Paulo VI en el Seminario de la ONU sobre la libertad de información, rescatada por los Dres. A. Alterini y R. López Cabana, en su obra Temas de Responsabilidad Civil, donde se expresara que "la información es unánimemente reconocida

como un derecho universal, inviolable e inalienable del hombre moderno; responde a una profunda exigencia de su naturaleza social, no basta que sea proclamada en teoría; es preciso también reconocerlo en la práctica, defenderlo, servirlo, dirigir su realización para que sea conforme a su finalidad natural. Es un derechoactivo y pasivo... debe responder a la verdad (pero no obstante) no basta que la información sea objetiva.

Es preciso que sepa imponer también los límites exigidos por un bien superior. Por ejemplo, ha de saber respetar el derecho de los demás a su buena reputación y no transgredir el secreto legitimo de la vida privada". En la mayoría de los casos la lesión se produce por el ejercicio abusivo de la facultad de informar, al efectuarse inmisión indebida en la vida de los demás, y ese entrometimiento arbitrario, que mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo la intimidad, releva al afectado de producir la prueba del daño, que resulta para la víctima la diferencia, en su perjuicio, entre su situación antes de sufrir los hechos ilícitos y después de los mismos.

En el Expdte. N. 169.607, que tramitara por ante el Juzgado Civil N.6, distinguí la libertad de expresión como ejercicio de un derecho de industria y comercio por parte de la prensa en todas sus manifestaciones, como derecho individual de emisión y expresión del pensamiento por su intermedio, y como derecho social a la información; y la enunciación de las condiciones sobre las que reposa la libertad de imprenta, que son la supresión de la censura previa, la abolición de la represión administrativa y el establecimiento de una limitación puramente judicial contra todos los delitos a través de ella cometidos. Se tiene el derecho y el deber de ser independientes, con un ingrediente que le es ínsito: la responsabilidad, valor caduco para algunos ejercicios desaprensivos y tantas veces perimido en aras de comercializaciones fáciles y contenidos complacientes. Sentado lo expuesto, habré de propiciar la confirmatoria de los montos receptados por el a-quo, dado que si bien la publicación ocupo un lugar destacado en una edición de amplia circulación, el caso no tuvo otras repercusiones que las locales acreditadas, en el ámbito de la ciudad de Santa Rosa, no trascendió ni se proyecto la noticia en otros medios informativos y por ende no se multiplico con mas graves implicancias, no se afecto la carrera ni la vida relación del damnificado, y finalmente, el transcurso del tiempo ha llevado a desdibujaran hesitación, la inmisión espiritual en el animo del afectado, que se limitara al recuerdo de una circunstancia desdorosa que ha encontrado adecuada retribución en el ámbito pertinente.

En lo que se refiere a la queja por el rechazo del daño material pretendido, el memorial carece de entidad suficiente como para justificar una revocatoria en ese aspecto, dado que ningún fundamento se brinda en orden a avalar la queja. Fue correcta la apreciación del magistrado en el sentido que el periódico no obtuvo ninguna primicia y que su error fue debidamente indemnizado del modo descripto, entrándose en un terreno meramente hipotético y conjetural al aseverarse, sin ningún asidero, que el matutino obtuvo beneficios extras derivados de la publicación de la imagen del Suboficial P., por lo que la confirmatoria se impone también en este punto, amen que el memorial no cumple con las prescripciones del art.265 del ritual. En atención al modo en que se propone la decisión, considero que las costas de Alzada deben imponerse en el orden causado, atento los vencimientos parciales y mutuos. Tal mi voto.

La Dra. Zulema Wilde y el Dr. Benjamín E.F. Zaccheo adhieren al voto precedente.- //nos Aires, agosto 31 de 1999.- Y Vistos: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el Tribunal RESUELVE: I) Confirmar el decisorio apelado. II) Imponer las costas de Alzada en el orden causado. III) Regúlanse por las tareas desarrolladas en Alzada en... Regístrese, notifíquese y devuélvase.- Fdo.: BRILLA DE SERRAT - WILDE - ZACCHEO

LESION AL HONOR. DERECHO A LA PRIVACIDAD: Difusión periodística de aspectos de la vida privada de una persona. SENTENCIA ARBITRARIA: Fundamento de la sentencia de Cámara: Exposición voluntaria del actor a los medios de comunicación. Procedencia del recurso extraordinario

R. 421. XXXVII RECURSO DE HECHO - "Roviralta, Huberto c/ Editorial Sarmiento SA" - CSJN - 04/03/2003

"El Tribunal tiene dicho que corresponde descalificar la sentencia que no se pronuncia razonadamente sobre agravios expuestos por el recurrente y carece del examen crítico de problemas conducentes para la solución del litigio, con grave violación del principio de congruencia insito en la garantía del debido proceso justiciable (v. doctrina de Fallos: 310:1764; 322:2914, entre otros)."

"En general, las conclusiones de la sentencia aparecen asentadas sobre la popularidad y la propensión para figurar en los medios de la ex esposa del quejoso y de la señorita con la cual se le atribuye un romance, argumentos que, a mi ver, dado su escaso basamento jurídico, no configuran el cumplimiento de la debida fundamentación que debe contener una sentencia judicial."

"Con arreglo a las razones expuestas, considero que el fallo en recurso debe ser dejado sin efecto, a fin de que otros jueces se dediquen a analizar en plenitud las circunstancias de la causa y ofrezcan un basamento adecuado sobre lo que en definitiva estimen al respecto, sin que, obviamente, el señalamiento de los referidos defectos importe abrir juicio alguno sobre cómo deberá dirimirse el conflicto en su aspecto sustancial, desde que ello implicaría inmiscuirme en una potestad exclusiva de las instancias competentes en tales materias, ajenas a la jurisdicción federal del Art. 14 de la ley 48." (Del dictamen del Procurador Fiscal)

TEXTO COMPLETO
Suprema Corte:
-I-
La Sala "B", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, confirmó la sentencia de la jueza de grado que rechazó la demanda iniciada por el actor contra Editorial Sarmiento S.A., persiguiendo el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por las injurias e invasión del derecho a la intimidad, que le habría inferido la nota publicada en la página 7 de la revista "Así", del 6 de febrero de 1998 (v. fs. 502/504 vta.)).//-
Para así decidir, señaló que las personas involucradas en el escándalo, esto es, la señora Susana Giménez, la señorita Flavia Miller, y el actor, no habían seguido una conducta discreta y aparecían fotografiados en todos los medios y efectuando declaraciones sobre su vida privada. Añadió que, en estos casos, hay personas que aprovechan la publicidad y el "cholulismo" en busca de ascenso en su carrera, permanencia mediática u otros objetivos, involucrando a otros personajes, pero que ello no () implica un delito por parte de la publicación. En cuanto a las fotografías aparecidas en la revista, atribuidas a una gentileza de Editorial Perfil que fue desmentida por ésta, indicó que dicha editorial las publicó tres días antes que la demandada, publicación cuya autenticidad fue reconocida en autos. Dijo que el entredicho entre ambas editoriales acerca de tales fotografías, era una cuestión que solamente a ellas les interesaba, pero que ninguna importancia tenía para el problema en debate, pues ello no modificaba el origen de las fotos ni las calificaba de falsas.-
Manifestó que el actor se había casado con una persona sumamente popular, que mediatiza totalmente su vida privada, y que también aparecía involucrado con una señorita con deseos de mediatización para crecer en el medio en que actúa. Destacó que las declaraciones de estas personas y las del propio actor, de las que da cuenta abundante prueba informativa, no fueron impugnadas de falsas o inexistentes, ni se había sostenido que los periódicos no pudieran publicarlas.-
Concluyó que el actor se relacionó con personas poco discretas y a quienes les agrada mediatizar su vida privada, lo que no le permitía permanecer en el anonimato, pero que ello fue originado por su propia conducta.-

-II-

Contra este pronunciamiento el actor dedujo el recurso extraordinario de fs. 508/517 vta., cuya denegatoria de fs. 535, motiva la presente queja.-
Alega que la sentencia desconoció la garantía del debido proceso porque no se pronunció sobre sus agravios relativos a las injurias vertidas en el texto de la publicación, tales como infiel, adúltero, especulador e interesado.-
Reprocha, asimismo, que se haya tenido por acreditada la existencia de un romance clandestino del actor, el cual fue negado enfáticamente, al igual que la autenticidad de las fotografías que ilustran la nota.-
Expresa que el juzgador, confundió la popularidad de Susana Giménez con la del recurrente, al señalar que aquélla

mediatizó su vida y al desconocerle a él, por esa circunstancia, derechos inalienables y personalísimos, tales como su honor, intimidad, y hombría de bien. Manifiesta que, más allá de las pruebas producidas en autos en orden a su perfil bajo, aún las personas públicas tienen derecho a exigir que ciertos aspectos de su vida privada no sean difundidos sin previa autorización, por lo cual ese consentimiento no puede presumirse.-
Aduce que, en el proceso, nunca se le exigió que se pronunciara sobre la veracidad del contenido de las notas agregadas como prueba instrumental, por lo que no se le puede imputar que no haya alegado que las entrevistas dadas por Miller a los medios de prensa fueran falsas, o que su parte no las autorizó.-
Critica que la sentencia le haya desconocido derechos inalienables, por la sola circunstancia de hallarse vinculado con personas ligadas a los medios, reconociendo únicamente su relación con Susana Giménez, ya que - dice - la Cámara dio por cierto un romance con la señorita Miller que no está avalado por prueba alguna.-

-III-

El Tribunal tiene dicho que corresponde descalificar la sentencia que no se pronuncia razonadamente sobre agravios expuestos por el recurrente y carece del examen crítico de problemas conducentes para la solución del litigio, con grave violación del principio de congruencia ínsito en la garantía del debido proceso justiciable (v. doctrina de Fallos: 310:1764;; 322:2914, entre otros).-
Tal es lo que, a mi ver, ocurre en el sub lite, toda vez que, como lo expresó el recurrente, el a-quo omitió el tratamiento de las supuestas injurias y afectaciones al honor que el actor atribuyó a la publicación. En efecto, éste afirmó que la nota no se limitó a dar a conocer el material adjudicado a una gentileza de Editorial Perfil, sino que los comentarios y el diagrama de la misma resultaban injuriosos al afirmar la veracidad de un romance clandestino, y atribuir al actor adulterio, infidelidad y especulación (v. fs.492 vta. 493), agravios de los que no se ocupó el juzgador, ni siquiera para descalificarlos.-
También asiste razón al recurrente cuando se queja de que, a pesar de su negativa, la sentencia tuvo por cierto el romance que le atribuyó la publicación, así como las cuestionadas fotografías. Lo primero se desprende de los párrafos finales del decisorio, cuando hace referencia, en plural, a que "...se vinculó con personas poco discretas...".
Se observa que el juzgador no dedicó un solo párrafo para tratar el reiterado desconocimiento por parte del accionante de aquella relación, así como de la autenticidad de las fotos.-
En general, las conclusiones de la sentencia aparecen asentadas sobre la popularidad y la propensión para figurar en los medios de la ex esposa del quejoso y de la señorita con la cual se le atribuye un romance, argumentos que, a mi ver, dado su escaso basamento jurídico, no configuran el cumplimiento de la debida fundamentación que debe contener una sentencia judicial.-
Con arreglo a las razones expuestas, considero que el fallo en recurso debe ser dejado sin efecto, a fin de que otros jueces se dediquen a analizar en plenitud las circunstancias de la causa y ofrezcan un basamento adecuado sobre lo que en definitiva estimen al respecto, sin que, obviamente, el señalamiento de los referidos defectos importe abrir juicio alguno sobre cómo deberá dirimirse el conflicto en su aspecto sustancial, desde que ello implicaría inmiscuirme en una potestad exclusiva de las instancias competentes en tales materias, ajenas a la jurisdicción federal del art. 14 de la ley 48.-

Por todo ello, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, y disponer vuelvan los actuados al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado.-

Buenos Aires, 28 de junio de 2002.-

FDO.: FELIPE DANIEL OBARRIO

Buenos Aires, 4 de marzo de 2003.-

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Roviralta, Huberto c/ Editorial Sarmiento S.A.", para decidir sobre su procedencia.-

Considerando:

Que los agravios del apelante han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen del señor Procurador Fiscal cuyos fundamentos esta Corte comparte y da por reproducidos en razón de brevedad.-

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia

con el alcance indicado. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito de fs. 1. Notifíquese y, oportunamente, remítase.-

FDO.: JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S. FAYT (en disidencia) AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia)- ANTONIO BOGGIANO (en disidencia)- GUILLERMO A. F. LOPEZ - ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ (en disidencia)- JUAN CARLOS MAQUEDA.-

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT, DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, DON ANTONIO BOGGIANO Y DON ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).-

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal se desestima la queja. Declárase perdido el depósito. Notifíquese y, oportunamente, archívese, previa devolución de los autos principales.//-

Fdo.: CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO - PETRACCHI - ANTONIO BOGGIANO - ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ

LESION AL HONOR. DERECHO A LA PRIVACIDAD: Difusión periodística de aspectos de la vida privada de una persona. Exposición voluntaria del actor a los medios de comunicación. Aceptación de la intromisión en la esfera privada
L. 305149 - "R. Huberto c/ Editorial Sarmiento SA s/ Daños y Perjuicios" - **CNCIV - SALA B - 07/05/2001**

"El aquí actor se casó con una persona que puede calificarse como de "Diva" sumamente popular y quien mediatiza totalmente su vida privada y también parece haberse involucrado con una señorita cuyo deseo de mediatización puede verse impulsado por el afán de crecer en el medio en que actúa.
Aquéllas se exhibieron a los medios sin la menor discreción ni pudor involucrando al aquí actor.
En otras palabras, la situación por la que pasó el actor se debe a que se vinculó con personas poco discretas y a quienes les agrada mediatizar su vida privada. Dicho de otro modo, el actor cuando eligió las personas con quienes se vinculó lo hizo mal o erróneamente si pretendía permanecer en el anonimato, pero ello de cualquier modo fue originado por su propia conducta."

TEXTO COMPLETO

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 7 días del mes de mayo de dos mil uno, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "B", para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados:"R. Huberto c/ Editorial Sarmiento S.A. s/ Daños y Perjuicios" respecto de la sentencia de fs. 465/470, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Señores Jueces Doctores LUIS LOPEZ ARAMBURU - FELIX R. DE IGARZABAL - GERONIMO SANSO.

A la cuestión planteada el Dr. López Aramburu, dijo:
Contra la sentencia de fs 465/470, apela el accionante quien formula sus quejas de fs 492 a 499, sin merecer respuesta de su contrario.
Que en la sentencia apelada se rechaza la acción intentada por el demandante por cuanto, luego de efectuar un análisis de los límites de intromisión en la vida privada de las personas, distinguiendo entre aquellas que alcanzan notoriedad y cuyo pensamiento y acción tiene trascendencia decisiva en la vida de la comunidad general, señalando que en situación diversa se encuentran aquellos sujetos que tienen popularidad, pero su conducta no produce efectos significativos en el destino común de la colectividad. En el primer grupo se incluye a los hombres de estado, políticos, etc, en el segundo a los deportistas, artistas, científicos etc. y, por último, señala la existencia de personas que alcanzan notoriedad por verse envueltas en algún asunto que atrae la atención general, a los que denomina "personajes ocasionales o circunstanciales", señalando que en este último caso se encuadraría el actor.
Se sostiene, asimismo que con motivo del matrimonio del actor con la artista televisiva, S. G., todo lo relativo a la vida de la pareja se convirtió en motivo de divulgación periodística y los medios revelaron los aspectos más íntimos de dicha relación, el Juez fundamenta su conclusiones sosteniendo que el actor no podía desconocer que con su matrimonio el umbral de su privacidad había sufrido una disminución y que se expuso voluntariamente a los medios de comunicación, particularmente debido a los conflictos por lo que atravesó el matrimonio, los que culminaron en un proceso de divorcio.
Para llegar a tales conclusiones se apoya en abundante prueba informativa, señalando que con mayor o menor medida y con distintos matices de sensacionalismo todos los diarios y revistas dedicaron sendas notas, tendientes a poner de relieve los avatares amorosos que atravesaba la pareja, y posibles encuentros entre el actor y Flavia M. y a un presunto video casero que registraba imágenes de ambos.
El "a quo" concluyó que existió un consentimiento tácito a que se invadiera su privacidad y que si bien es cierto que tal circunstancia (la autorización del afectado) no quita al dato el carácter de integrante de la vida privada, si elimina la antijuricidad que afecta a la intromisión y borra así la base de la reparación del daño sufrido por la publicación, puesto que de lo contrario se vulneraría el principio de buena fe y la doctrina de los propios actos, por cuanto se aceptó la intromisión en la esfera privada, ya sea porque el personaje se expuso voluntariamente a los requerimientos periodísticos o ya lo haya hecho en busca de popularidad..
El "a quo" sostiene que el actor reveló aspectos de su vida privada y no puede ampararse luego en la privacidad de dichos actos y destaca que los testigos traídos por el propio accionante hacen referencia a lo público y notorio de la situación y a su conocimiento a través de los medios.
El apelante manifiesta su rotundo disenso e insiste en que su conducta no autoriza a la publicidad efectuada por la

demandada cuya nota la califica de inverosímil y de difusión escandalosa con intención de una venta de más ejemplares, reitera que se trataría de fotos trucadas tomadas ilegítimamente y cuya autenticidad no se ha acreditado, sosteniendo que es falso que Editorial Perfil haya proporcionado a la demandada las fotos que aparecieron en su nota y que éstas además eran falsas.
En realidad las quejas del accionante parecen ser el fruto de una lectura asaz ligera del pronunciamiento y de los elementos traídos a la causa. En efecto, las personas involucradas en el escándalo a saber: la actriz S. G., la srta Flavia M., y el actor no han seguido una conducta que pueda llamarse discreta y aparecen fotografiados en todos los medios y efectuando declaraciones sobre su vida privada.
Debe expresarse que esto no es nuevo respecto a la conductora televisiva cuyos romances, actuaciones, etc, fueron durante toda su vida difundidas ampliamente y debe señalarse que en ningún momento se alega que las entrevistas dadas por la srta M. a los medios de prensa sean falsas o que ella no las autorizó.
Lo que sucede en este tipo de caso es que hay personas que aprovechan la publicidad de este tipo y también el "cholulismo" en busca de otros objetivos: publicidad, ascenso en su carrera, permanencia mediática, etc., e involucran a otros personajes, pero ello no implica un delito por parte de la publicación y en cuanto a las tantas veces mentadas fotografías y la desmentida que había efectuado la Editorial Perfil, debe señalarse que esa editorial las publicó tres días antes que la demandada con el título de "La verdad desnuda de Huber está en las imágenes de este video" con un subtítulo encuadrado en negro que dice "el documento que apareció en forma anónima en Semanario muestra al entonces esposo de" "S. G. en pleno juego amatorio con la vedette Flavia M., quien reconoció el" "romance" (ver "Semanario" del 3-2-98, en la documentación reservada) publicación cuya autenticidad se reconoce de fs 403 a 411, (especialmente notas de fs 406 y 407, y la de fs 405 en la que la srta M. formuló una serie de declaraciones de su relación con el aquí actor).
Comentario aparte merecen las mentadas fotografías, esto es así porque la Editorial Sarmiento al publicarlas lo hizo con la aclaración de "gentileza de Perfil", en otras palabras, estaba expresando que las fotos eran de propiedad de esta última editorial y se las había facilitado a la aquí demandada.
El entredicho entre ambas editoriales respecto del vínculo que las une y la posibilidad de usar material de la otra, es una cuestión ajena a este juicio, que si bien pudiera dar lugar a una acción entre ellas, ninguna importancia tiene para el tema en debate.
Esto es así porque, ya sea que la demandada usó ilegítimamente las fotos de la otra editorial o si podía hacerlo en razón del pacto que tenían, no modifica el origen de las fotos ni las califica de falsas, estas circunstancias -se itera- únicamente interesa a ambas editoriales y a las relaciones que guardan ente sí.
En otras palabras, el aquí actor se casó con una persona que puede calificarse como de "Diva" sumamente popular y quien mediatiza totalmente su vida privada (basta recordar los avatares de la vida de S. G. ampliamente publicitado durante décadas) y también parece haberse involucrado con una srta cuyo deseo de mediatización puede verse impulsado por el afán de crecer en el medio en que actúa.
De cualquier modo aquellas se exhibieron a los medios sin la menor discreción ni pudor involucrando al aquí actor, pero debe señalarse que nadie ha sostenido que las declaraciones de S. G. o las de Flavia M. o laspropias efectuadas por el actor y sus amigos, de las que da cuenta la abundante prueba informativa hayan sido falsas o inexistentes, ni se ha sostenido de que los periódicos no deban aceptar dichas declaraciones o que les está vedado publicarlas.
En otras palabras, la situación por la que paso el actor se debe a que se vinculó con personas poco discretas y a quienes les agrada mediatizar su vida privada. Dicho de otro modo, el actor cuando eligió las personas con quienes se vinculó lo hizo mal o erróneamente si pretendía permanecer en el anonimato, pero ello de cualquier modo fue originado por su propia conducta.
De compartirse el criterio de esta Vocalía corresponde confirmar en todas sus partes el fallo apelado. Sin costas de Alzada en razón de no haber mediado oposición por no haberse contestado el traslado respectivo.

Los Dres. de Igarzabal y Sansó , por análogas razones a las aducidas por el Dr. López Aramburu votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Fdo.: LUIS LOPEZ ARAMBURU - FELIX R. DE IGARZABAL - GERONIMO SANSO

Buenos Aires, Mayo de 2001.-

Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se confirma en todas sus partes el fallo apelado. Sin costas de Alzada en razón de no haber mediado oposición por no haberse contestado el traslado respectivo.

Notifíquese y devuélvase.-

Fdo.: LUIS LOPEZ ARAMBURU - FELIX R. DE IGARZABAL - GERONIMO SANSO

DERECHOS PERSONALÍSIMOS - Borda, Guillermo A. Abeledo-Perrot - TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL 1999 -

A.- DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA (ver nota 1)

312. DERECHO A LA VIDA.- Es desde luego, el derecho primario, el que comprende todos los otros, el bien supremo, condición indispensable para que el hombre cumpla su destino. Está consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 4º), incorporado a la Constitución Nacional; y está protegido por el derecho penal, que sanciona el homicidio y las lesiones (arts. 79 y sigs., Cód. Pen.) y por el civil (indemnización en caso de muerte, derecho a los alimentos, etc.).

Puesto que la vida humana comienza desde su concepción (véase núm. 224), se ha declarado que el responsable de un accidente a consecuencia del cual la madre abortó, debe indemnizarla por los perjuicios patrimoniales y morales (ver nota 2); que la mujer embarazada pueda reclamar alimentos, aunque ella por sí no tenga derecho, cuando le correspondan al hijo concebido en su seno (véase núm. 476).

312-1. EL ABORTO.- Uno de los graves problemas de nuestros días, es el aborto. La liberalidad de las costumbres contemporáneas, ha hecho frecuentísimos los embarazos desde muy temprana edad. Las madres solteras adolescentes, bien sea por el temor al repudio social, bien sea porque no se sienten con ánimo para afrontar los problemas que significa la crianza y educación de un hijo, recurren con frecuencia al aborto en cuanto se sienten embarazadas. Y lo mismo hacen las mujeres casadas o que viven en una situación estable de pareja que, cuando cualquiera sea el motivo, no quieren tener el hijo que late en su seno.

El número estimado de los abortos es impresionante, aunque no existen sobre el punto estadísticas seguras, tanto más cuanto que la mayoría de ellos se hacen en forma clandestina. En vista de ello, algunos países han legalizado el aborto; así ocurre en Estados Unidos, Suecia, Noruega, Dinamarca, Francia, España, Inglaterra, etcétera. Ello contradice gravemente la preocupación universal por el amparo de los derechos humanos. Porque a partir de su concepción, el ser es una nueva persona y por consiguiente, debe gozar en plenitud de los derechos de tal.

Se aduce como justificación, el derecho de la madre a disponer de su propio cuerpo; pero es que en el caso, no se trata de disponer del cuerpo de la madre, sino de la vida del hijo.

En nuestro derecho, la solución es clara: puesto que la vida comienza desde su concepción, desde ese momento empieza también la protección de la persona. El aborto está incriminado como delito (art. 85 , Cód. Pen.). Empero, existen dos supuestos en que no es punible: a) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer encinta y con su consentimiento, siempre que dicho peligro no pueda ser evitado por otros medios; b) si el embarazo proviene de una violación o bien de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente (art. 86 , Cód. Pen.) (ver nota 3).- No es infrecuente que una persona, cansada de sus sufrimientos, decida dejarse morir y rechace todo tratamiento médico. ¿Cuál es la actitud a seguir por el médico, por los familiares del enfermo? ¿Deben tratar de salvarle la vida aun en contra de su voluntad?

El Pacto de San José de Costa Rica establece que la vida de todo ser humano debe ser respetada a partir del momento de la concepción (arts. 1º y 4º y ley 23849, art. 2º , incorporados hoy a la Constitución Nacional, art. 75 , inc. 22).

312-2. DERECHO A MORIR CON DIGNIDAD (ver nota 4).

Es necesario ante todo, tener en cuenta que la ley 17132 sobre ejercicio de la medicina, dispone que los médicos deben respetar la voluntad de los pacientes en cuanto a su negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de

inconciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delito (art. 19 , inc. 3º). Adviértase que en algunos de los casos mencionados, no falta conciencia del enfermo y, sin embargo, al tenor de la letra de la ley, parecería que el médico puede tratarlo aun en contra de su voluntad. Además esta norma está dirigida a los médicos, pero cabe preguntarse si la mujer, los hijos del enfermo, no tienen el derecho a pedir judicialmente que se lo obligue a someterse a un determinado tratamiento médico para salvarle la vida.

Algunos casos resueltos por nuestros tribunales, ilustran la cuestión.

En uno de ellos se trataba de un enfermo que, como consecuencia de una infección, tenía gangrena en una pierna; de acuerdo con la opinión médica, la única forma de salvarle la vida era amputándole el miembro gangrenado. Ante la negativa del enfermo a someterse a la amputación, su hijo demandó judicialmente para que se lo obligara a hacerlo. La Sala H de la Cámara Civil de la Capital rechazó el pedido, considerando que el enfermo tenía pleno derecho a tomar una decisión que evitaba una prolongación de la vida llena de deficiencias, limitaciones y sufrimientos (ver nota 5).

En otro caso se trataba de un enfermo cuya vida dependía de una transfusión de sangre; pero pertenecía a los Testigos de Jehová que prohíbe terminantemente a sus devotos someterse a dicha transfusión. Los familiares reclamaron judicialmente se lo obligara a someterse a dicho tratamiento. En primera y segunda instancia se decidió obligar al enfermo a recibir la transfusión, porque su negativa importaba un "suicidio lentificado" según lo dijo la Cámara de Comodoro Rivadavia. Apelada esta sentencia ante la Corte Suprema Nacional, el caso llegó a su decisión cuando el enfermo, en contra del pronóstico médico, había curado, razón por la cual el Tribunal juzgó por estrecha mayoría, que no cabía adoptar ninguna decisión en la causa. Empero, el dilatado trámite de la causa a lo largo de tres instancias hasta llegar a la Corte, demostró que si se presentaba en lo sucesivo otro problema análogo, la decisión definitiva llegaría tarde, por lo cual seis de sus miembros sentaron el principio de que no cabía obligar al enfermo a someterse a un tratamiento resistido por él, fundándose algunos en el derecho de señorío sobre su propio cuerpo, otros poniendo el acento en el debido respeto a sus creencias religiosas (ver nota 6). El cumplimiento de la orden judicial salvó la vida a la madre. Creemos que las circunstancias tan peculiares del caso, justificaban la solución adoptada por el tribunal. Aquí no se trataba tan sólo de la vida de la madre, sino también del futuro hijo recién nacido que hubiera quedado huérfano. La oposición materna a la transfusión dejaba de ser respetable.

En ambos casos se reconoció el derecho a morir con dignidad. Es, nos parece, un derecho incontrovertible. No puede obligarse a nadie, en contra de su voluntad conciente, a someterse a un tratamiento que implique sufrimientos, limitaciones, disminución de su calidad de vida o que violenten sus convicciones religiosas.

Empero, otro caso resuelto por nuestros tribunales, demuestra que la cuestión no es sencilla. Una mujer había dado a luz en un parto muy difícil y con gravísima pérdida de sangre. Ella y su marido eran también Testigos de Jehová y se opusieron a la transfusión de sangre indispensable para salvarle la vida. El padre recurrió a la justicia mediante un recurso de amparo y logró que se ordenara al director del hospital que le practicara la transfusión bajo apercibimiento de desobediencia (ver nota 7).

La Iglesia Católica, tan celosa del respeto de la vida humana, se ha pronunciado en el sentido de que no se puede imponer a nadie la obligación de recurrir a un tipo de cura que no esté libre de peligros o sea demasiado costosa. Su rechazo, sostiene, no equivale al suicidio; significa más bien una simple aceptación de la condición humana (ver nota 8)

312-3.- El problema se hace aún más complejo cuando el enfermo se encuentra en estado de inconciencia o cuando se trata de un demente o de un menor que carece de discernimiento. La ley 17132 prevé el caso de operaciones mutilantes y dispone que los médicos no podrán hacerlas sin la conformidad del representante del incapaz, salvo que la gravedad del caso no admitiera dilaciones (art. 19 , inc. 3º).

Ocurre a veces que los enfermos entran por largo tiempo en estado vegetativo, y son mantenidos en vida por procedimientos mecánicos. El problema se planteó en los Estados Unidos en dos casos famosos: el de Karen Quinian, mujer joven, que estuvo siete años en estado vegetativo como secuela de una sobredosis de drogas, y era mantenida con vida en un respirador artificial; y el de Nancy Cruzan, mujer de 32 años que estuvo en igual estado durante ocho años como consecuencia de un accidente de automóvil. En ambos casos los padres pidieron autorización judicial para suspender el tratamiento, con resultado diverso: en el primero, se autorizó la suspensión en tanto que en el segundo, la Suprema Corte de Estados Unidos la negó (ver nota 9). Pensamos que lo resuelto en el último caso por ajustada mayoría (cinco votos contra cuatro), es una solución deshumanizada. Cuando el estado vegetativo se ha prolongado por largos años; cuando a juicio de los médicos la recuperación plena es imposible, el mantenimiento indefinido de ese estado importa una verdadera crueldad (ver nota 10).

312-4.- No hay que confundir la suspensión de un tratamiento con la eutanasia (muerte dulce, muerte piadosa). En ésta hay una intención de matar, por más que el propósito del homicida sea aliviar al enfermo de sus sufrimientos (ver nota 11), mientras que en la suspensión de un tratamiento, cuando no existen esperanzas razonablemente fundadas de recuperación plena, no hay otra cosa que dejar que la vida siga su curso natural. Así como aprobamos la decisión de suspender el tratamiento en este caso, no puede sino reprocharse la eutanasia.

No cabe duda de que ella debe ser encuadrada dentro de la figura penal del homicidio (arts. 79 y sigs., Cód. Pen.), lo que no excluye, dice con razón RIVERA, que dadas las características de la situación, puedan ser invocadas y valoradas circunstancias extraordinarias atenuantes o un estado de emoción violenta excusable, con vistas a la graduación de la pena (ver nota 12).

313. DERECHO A LA INTEGRIDAD CORPORAL.- Este derecho está íntimamente vinculado con el anterior. La protección jurídica de la integridad corporal y la salud de las personas está contenida ante todo en el Código Penal (arts. 89 y sigs.); también está protegida por el derecho civil que obliga a indemnizar los daños y perjuicios resultantes de lesiones físicas y que sanciona de nulidad los actos y contratos que vulneran este derecho. Empero es éste un problema que ha dado lugar a múltiples dificultades. En algunos casos, el consentimiento de la persona afectada en su integridad física excluye el delito y convalida el acto jurídico; en otros, en cambio, el consentimiento del lesionado no produce ningún efecto. Sobre la validez y nulidad de estos contratos, véase número 864.

Se vincula también con este derecho, el problema planteado por ciertas pericias médico-legales. Así, se ha decidido que el demandado en un juicio de filiación no puede ser obligado a someterse al examen sanguíneo (ver nota 13); que en los juicios de nulidad de matrimonio, no es posible exigir el examen físico para demostrar la impotencia del cónyuge (ver nota 14). Sin embargo, algunas legislaciones imponen al autor presunto y a la víctima de un accidente de tránsito, la obligación de someterse a un análisis de sangre para comprobar la presencia de alcohol en ella (ver nota 15).

En cambio, se admite el examen médico obligatorio para el otorgamiento del examen prenupcial (ver nota 16), y para la comprobación de la salud mental de un presunto demente (véase núm. 539).

El descubrimiento de ciertas drogas que, por aniquilamiento de la voluntad, permitirían obtener la confesión de los inculpados de un delito, ha dado lugar a controversias sobre su licitud (ver nota 17). Por fortuna, no se ha descubierto todavía este "suero de la verdad"; las experiencias con el pentotal no han producido los resultados que se esperaba. Pero no es improbable que ello ocurra. Si los recursos de que se vale la justicia para la indagación de la verdad han de ser decorosos, si se desea mantener el principio de derecho criminal de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, forzoso será rechazar un procedimiento que permita a jueces, policías y médicos hundirse en lo más íntimo de la conciencia humana y penetrar un recinto que está reservado a Dios.

314. DERECHO A LA LIBERTAD.- Este derecho está protegido, ante todo, en la propia Constitución Nacional (art. 19). El Código Penal castiga la reducción de una persona a servidumbre o a otra condición análoga, como

también la privación de la libertad (arts. 140 y sigs.). El Código Civil reputa ilícitos los actos jurídicos que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia (art. 953), o que implique la obligación de habitar siempre un lugar determinado, o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero (art. 531 , inc. 1º), o que impongan mudar o no mudar de religión (art. 531 , inc. 2º), o casarse con determinada persona o con aprobación de un tercero, o en cierto lugar o en cierto tiempo o no casarse (art. 531 , inc. 3º), o vivir célibe perpetua o temporalmente, o no casarse con persona determinada, o separarse personalmente o divorciarse vincularmente (art. 531 , inc. 4º).

315. DERECHO AL HONOR Y A LA PRIVACIDAD (ver nota 18).- Toda persona tiene derecho no sólo a que se respete su honor, sino también su vida íntima, su privacidad. Por ello, la Constitución Nacional, en su artículo 19 establece que las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

Pero no sólo el Estado, por medio de cualquiera de sus órganos (sea el Poder Ejecutivo o los jueces) debe respetar ese derecho a la privacidad, a la reserva de la vida íntima. Ese deber pesa sobre todo ciudadano.

Con el propósito de hacer más efectiva la protección del derecho a la intimidad, se dictó la ley 20889 , cuya tramitación adoleció de serios defectos (ver nota 19) y que originó algunas críticas en su redacción. Ello motivó que poco después fuera derogada y reemplazada por la ley 21173 , que dispone incorporar al Código Civil, como artículo 1071 bis , el siguiente: 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 publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación (ver nota 20).

Conviene destacar los aspectos principales de esta ley:

a) En primer lugar, basta la intromisión arbitraria, es decir, sin derecho, en la vida ajena, para desencadenar la responsabilidad.

b) No importa el medio usado. Los más peligrosos y perjudiciales para el agraviado, son la prensa, la radio y la televisión, por la enorme difusión que tienen estos medios de comunicación de masas. Pero basta cualquier otro, como puede ser un comentario o apreciación verbal o escrita, hechos ante un círculo reducido de personas.

Debe considerarse eximente de responsabilidad el asentimiento o la aquiescencia, expresa o tácita, de la persona afectada para que se hagan públicos o divulguen aspectos de su vida privada (ver nota 21). Y ciertamente, no se puede hacer valer este derecho a la privacidad para impedir la legítima actuación judicial, sea la causa civil o penal. Así, por ejemplo, los juicios de divorcio implican casi siempre la intromisión en aspectos de la vida privada muchas veces muy dolorosos, no obstante lo cual es lícito invocar y probar la inconducta del cónyuge (por ej., el adulterio), para demandar el divorcio. Por eso la ley exige que la intromisión sea arbitraria, para generar responsabilidad.

c) El juez está facultado para ordenar el cese de la intromisión y la indemnización de los daños. Ambas medidas pueden acumularse. Asimismo, está facultado para ordenar, a pedido del agraviado, la publicación de la sentencia en un diario o periódico local.

315-1.- El derecho al honor y a la integridad moral, tiene también su amparo en el derecho penal: es así como están penados los delitos de calumnias (art. 109), injurias (arts. 110 y sigs.) y los delitos contra la honestidad y el pudor (arts. 118 y sigs.).

Sobre el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia epistolar, su alcance y excepciones, véase tomo 2, números 954 y siguientes.

315-2. LIBERTAD DE PRENSA Y REAL MALICIA.- Uno de los problemas vivos de nuestro tiempo es la colisión que suele presentarse entre el derecho a la intimidad y el honor de las personas y la libertad de prensa. Ambos derechos han sido consagrados por la Constitución Nacional (arts. 14 y 19) y el Pacto de San José de Costa Rica (arts. 5º , inc. 1º, y 11). Cabe preguntarse entonces qué ocurre cuando se produce dicha colisión, cuál de estos derechos deben prevalecer, a cuál debe dar su protección la justicia.

Procuraremos desbrozar este problema en los párrafos que siguen.

En un famoso precedente de la Corte Suprema de Estados Unidos ("New York Times c/Sullivan") se sentó la siguiente doctrina: a) la protección otorgada a las personas privadas que se han sentido ofendidas en su honor o su derecho a la intimidad, debe ser más intensa que la otorgada a los funcionarios públicos; b) los funcionarios públicos que han sido ofendidos en su honor y reclaman del medio de prensa el resarcimiento correspondiente, deben probar, no sólo que la noticia era falsa, sino también que el periodista que la publicó obró dolosamente (es decir, sabiendo que la noticia era falsa) o bien con temerario desinterés acerca de si era o no verdadera.

Esta real malicia no se exige respecto de los simples particulares no funcionarios públicos, a quienes les basta probar que la noticia es falsa.

Los fundamentos en que se apoya esta doctrina son esencialmente dos: a) la libertad de prensa hace al fundamento mismo del régimen democrático de gobierno, porque ella permite el contralor de la conducta de sus gobernantes, por lo cual debe prevalecer sobre otros derechos, también constitucionales, pero de menor jerarquía; b) los funcionarios públicos, precisamente porque lo son, tienen mayor posibilidad de acceder a los medios de comunicación de masas que un simple particular y, por lo tanto, de demostrar la falsedad de la imputación que se les hace.

Esta doctrina ha sido vivamente impugnada por la generalidad de nuestros civilistas. ZAVALA DE GONZÁLEZ dice que trasladar a la víctima la carga de la prueba del dolo o del temerario desinterés del periodista en averiguar la verdad, importa imponerle una prueba diabólica y una violación al artículo 1109 del Código Civil, según el cual basta la existencia de culpa; e importa una discriminación en contra de funcionarios y personas públicas en violación del principio de igualdad ante la ley (ver nota 22). RIVERA agrega que es falsa la idea que la libertad de prensa es una libertad institucional y que como tal, prevalece sobre cualquier otro derecho y a cuyo amparo se pretende la impunidad absoluta de la prensa, el derecho a mentir e injuriar, a inmiscuirse en la vida ajena. Y agrega que todos los derechos reconocidos por la Constitución están en pie de igualdad y, en caso de conflicto, los jueces deben tratar de armonizarlos teniendo en cuenta las circunstancias del caso (ver nota 23).

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha sido vacilante. Omitimos la enumeración de los distintos casos en que se ha tratado esta cuestión (tema que ha sido exhaustivamente tratado por VÁZQUEZ (ver nota 24) y en los trabajos citados en la nota 511, para ocuparnos del estado actual de dicha jurisprudencia.

En un importante estudio del ministro de la Corte Suprema, doctor Adolfo VÁZQUEZ, el autor da por sentado, después de un prolijo estudio de los votos de los integrantes del tribunal en diversas causas, que la doctrina de la real malicia está hoy admitida por la Corte. Pero hace una importante salvedad: a su juicio, la prueba de la real malicia no está sólo a cargo del funcionario agraviado, sino de ambas partes. Aduce en favor de su tesis que ésta no es sino una aplicación de la teoría procesal de la carga dinámica de la prueba (hoy aceptada casi unánimemente por nuestros tribunales), conforme con la cual dicha carga recae sobre ambas partes de un proceso y, principalmente, sobre la que está en mejor situación para producirla, que en nuestro caso indudablemente es el periodista. Agrega que poner todo el peso del onus probandi en cabeza del funcionario, obligaría a éste a producir una prueba verdaderamente diabólica. Concluye diciendo que ante tal estado de cosas, debe buscarse un adecuado equilibrio, que sin restar efectos a la doctrina de la real malicia, útil herramienta para contribuir al sostenimiento de la prensa libre, tampoco deje en indefensión al individuo de dimensión pública frente a una injusta agresión periodística, lo que se logra poniendo "solidariamente" la carga de la prueba en cabeza de ambas partes.

Consideramos que éste es un importante aporte a esta controvertida cuestión. Desde el punto de vista práctico, lo que verdaderamente importa de la doctrina de la real malicia, es la cuestión probatoria; poner sólo a cargo del

funcionario ofendido la carga de la prueba del dolo o la malicia del periodista, es una palmaria y grave injusticia. Significa desproteger el derecho al honor de los funcionarios públicos, importa obligarlos a probar la malicia del periodista, a penetrar en su intención, lo que es prácticamente imposible. Como decía un juez de la época de Eduardo IV de Inglaterra "ni el mismo diablo conoce la intención del hombre" (ver nota 25).

Al funcionario afectado debe bastarle con probar la falsedad de la noticia; pero aun siéndolo, el periodista puede eximirse de la responsabilidad, probando que la publicó sobre la base de fuentes serias, es decir, que obró sin malicia.

En cambio, a los simples particulares no funcionarios, les basta con probar la falsedad de la noticia, sin que el periodista pueda excusar su responsabilidad demostrando que no obró con malicia.

Esta diferencia es a nuestro juicio razonable. Es indudable que actualmente, la prensa ejerce en la práctica, una función de contralor de la conducta de sus gobernantes, como también que los periodistas abusan de la libertad de que gozan, sin preocuparse de que las noticias que propagan sean falsas o verdaderas.

Pero no se trata sólo de noticias falsas. Puede ocurrir que se trate de hechos verdaderos pero que sean de cuestiones o acontecimientos íntimos sin interés público. En tal caso, el periodista que lo publique se hace pasible de los daños y perjuicios consiguientes (art. 1071 bis , Cód. Civ.; ver nº 315).

La garantía constitucional de la libertad de expresión sin previa censura no sólo se refiere a la prensa escrita, sino también a los otros medios de comunicación de masas, tal como la radio o la televisión; pero hay acuerdo general en que éstas tienen una protección más atenuada que la prensa escrita (ver nota 26), dado su mayor impacto social y la circunstancia de que sus efectos no pudieron ser previstos por nuestros constituyentes.

315-3.- En esta materia se planteó un delicado problema. Suele ocurrir a veces que el resarcimiento fijado por los jueces, se ve crecidamente superado por los beneficios económicos que logra quien propala una noticia que hiere la intimidad de una persona o afecta su honor. Así ocurre, por ejemplo, con las "biografías no autorizadas" relativas a personas importantes en la vida pública del país. Los autores especulan en que la venta del libro excederá con mucho la indemnización que tengan que afrontar, dado el interés que estos libros escandalosos (en los que se mezclan verdades y mentiras) despiertan en el público.

Para estos y otros supuestos, la jurisprudencia norteamericana ha elaborado la teoría de los daños punitivos, en cuyo caso se fija una suma que no sólo tiene carácter resarcitorio sino también el de un castigo para quien comete un acto repudiable (ver nota 27).

315-4. MEDIDAS CAUTELARES PARA IMPEDIR LA PUBLICACIÓN DE NOTICIAS LESIVAS AL HONOR O LA INTIMIDAD (ver nota 28).- Si la obligación de reparar el daño ocasionado por la publicación de noticias o informaciones lesivas al derecho a la intimidad o al honor está fuera de discusión, en cambio es objeto de controversias si cabe, por vía de amparo, impedir la publicación de ellas.

Por una parte se arguye que toda prohibición preventiva importa una violación clara del artículo 14 de la Constitución Nacional, que prohíbe la censura previa. Se sostiene que esta prohibición tiene carácter absoluto. Cualquier remedio contra los abusos de la prensa debe consistir en sanciones tomadas a posteriori de la publicación.

Por la otra se sostiene que, como también la protección al honor y a la intimidad tienen carácter constitucional, los jueces deben considerar cada caso, valorando qué es lo que se debe priorizar en él, si la libertad de prensa o la protección del honor. La solución consiste en compatibilizar ambos derechos de modo que el ejercicio de uno no vaya en desmedro del otro.

Por nuestra parte, pensamos que en principio debe darse prioridad a la libertad de prensa, dada su importancia como garantía del régimen democrático; pero esta libertad no puede ser absoluta. Cuando es evidente que se está por cometer un hecho ilícito, los jueces no pueden dejar de tomar medidas preventivas, porque ello sería tanto como consentir y aun proteger la comisión de tales hechos. Y eso es contrario a la idea de justicia y del estado de derecho. Tanto más si se tiene en cuenta la realidad de nuestros días. Como lo ha dicho BOGGIANO, actualmente la información es propiedad que se compra y se vende; y ante los traficantes de la intimidad, el derecho debe proteger la vida privada (ver nota 29). Esta es la tesis largamente predominante en nuestra jurisprudencia y doctrina (ver nota 30).

Es también la solución predominante en el derecho comparado (art. 9º, Cód. Civ. francés, ref. por ley del 17/7/1970; Cód. Civ. suizo, art. 28, ref. por ley del 16/12/1983; Cód. Civ. polaco, art. 24, Cód. Civ. portugués, art. 70, inc. 2º; Cód. Civ. peruano, art. 17).

315-5. DERECHO DE RÉPLICA.- RIVERA define con claridad y precisión el derecho de réplica o respuesta, como el que atañe a toda persona que ha sido afectada en su personalidad como consecuencia de una noticia falsa, inexacta o desnaturalizada, inserta en un medio de prensa periódico, para hacer difundir por el mismo medio, gratuitamente y en condiciones análogas, su versión de los hechos que dieron motivo a la noticia o comentario; y que en caso de negativa del medio, será resuelta su procedencia o improcedencia por el juez en proceso abreviado (ver nota 31).

Se trata de un derecho elemental, cuya justicia no puede discutirse seriamente. Es evidente el derecho que tienen las personas de aclarar o replicar noticias agraviantes que los afectan en su honor, cuando esas noticias o comentarios son inexactos o han sido desvirtuados.

La importancia de este derecho dio lugar a que fuera consagrado expresamente en el Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por la ley 23054 ; de ahí que nuestra Corte Suprema lo declarara vigente en nuestro país (ver nota 32), solución que, a mayor abundamiento, ha quedado ratificada al quedar aquel pacto incorporado a nuestra Constitución Nacional reformada en 1994 (art. 75 , inc. 22).

No obstante la aceptación prácticamente universal de este derecho, y su vigencia en nuestro país, no ha sido reglamentado todavía ni por el Congreso ni por el Poder Ejecutivo Nacional, no obstante que el Pacto de San José de Costa Rica lo obliga a hacerlo (art. 2º), debido a la tenaz oposición de los medios de prensa. Es lamentable, pues la falta de reglamentación conduce prácticamente a que este derecho tenga sólo una vigencia teórica. En efecto, para lograr que el periódico publique la respuesta o rectificación, se hace necesario seguir un juicio ordinario, que probablemente dure dos o tres años, y que la réplica se publique cuando ya la noticia o información ha caído en el olvido.

316. EXHIBICIÓN DE LA IMAGEN (ver nota 33).- Consecuencia de este derecho a la intimidad, es el llamado derecho sobre la propia imagen, que suscita no pocas cuestiones en el Derecho moderno. La propaganda comercial y el periodismo sensacionalista han hecho nacer el problema. Es evidente el derecho de no servir como medio de propaganda de productos comerciales en contra de la voluntad del interesado y el no ser exhibido en retratos que afecten el decoro personal, por ejemplo, si se trata de instantáneas que han sorprendido un gesto o una pose ridícula. Pero no es posible tampoco coartar totalmente un medio de difusión e información como es la fotografía. Por eso la ley 11723, art. 31 dispone: 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, el padre o 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 y didácticos y en general, culturales o con hechos o acontecimientos de interés público.

La última parte del artículo es demasiado amplia y parece comprender casos que evidentemente están excluidos de la autorización de reproducción; así, por ejemplo, debe considerarse ilícita la reproducción de una fotografía que ha sorprendido una pose ridícula o inconveniente (ver nota 34). Por iguales motivos, es ilícita la reproducción de caricaturas (ver nota 35). De igual modo es ilícita la reproducción de una fotografía aun con fines científicos, como por ejemplo, la ilustración de un libro de medicina, si se hace sin las precauciones indispensables para evitar la identificación del retrato (ver nota 36). En cambio, son lícitas las reproducciones de fotografías, retratos o esculturas de personas que han servido de modelo profesional al artista, pues el posar por dinero supone una autorización tácita para la exhibición (ver nota 37).

La jurisprudencia había resuelto de manera uniforme, que la reproducción de la imagen sin el consentimiento del interesado, sólo da lugar al resarcimiento del daño patrimonial, pero no del moral (ver nota 38), salvo que la reproducción llegara a configurar delito de injurias, en cuyo caso la reparación debía ser integral. Esa jurisprudencia se explicaba en el sistema del Código, en el que sólo en caso de delito de derecho criminal correspondía la indemnización del daño moral (art. 1078); pero la modificación de este texto por la ley 17711 ha abierto amplio camino a la reparación de ese daño que, desde luego, es el que principalmente -aunque no exclusivamente porque también puede haber daño económico- está en juego en este caso.

La mera reproducción de la imagen con fines lucrativos es ilícita, aunque no se lesione su decoro o reputación y autoriza, como medida precautoria, a suspender la publicación (ver nota 39).

Cabe preguntarse si la reproducción en un periódico de la fotografía de un criminal es ilícita. El artículo 31 , ley 11723, en su último apartado, permite la reproducción en caso de que se trate de hechos de interés público. Ello autorizaría, a nuestro entender, la publicación de la fotografía del autor de un delito de acción pública, tanto más cuanto que ella puede facilitar la identificación del delincuente y es un medio de defensa social. En cambio, creemos que es ilícita la publicación del retrato del autor de un delito de acción privada, y mucho más, por cierto, la fotografía de la víctima (ver nota 40).

Quien ha consentido en la reproducción de su imagen, puede en cualquier momento revocar ese consentimiento, aun cuando se tratara de un contrato oneroso, pero debe resarcir los daños y perjuicios que pudieran resultar a la otra parte (art. 31 , ley 11723). Este derecho no es sino una consecuencia de la protección de la intimidad y del derecho al decoro.

Concedida la autorización para publicar la propia imagen, con un fin determinado, sólo puede publicarse con ese fin, y si lo hiciera para otro objeto, cabe reclamar la correspondiente indemnización. Los tribunales italianos registran un caso interesante. Un actor cinematográfico autorizó a la compañía a reproducir su retrato en distintas escenas de la película, con destino a la revista Cinema-illustrazione; la dirección de la revista la remitió, a su vez, a los fabricantes de la Magnesia San Pellegrino para que la utilizaran como propaganda de su producto. La Corte de Apelación de Milán hizo lugar al pedido de indemnización (ver nota 41).

Si la persona retratada es incapaz, su consentimiento no es suficiente para la reproducción de su imagen, puesto que, en todo caso, se trata de un contrato, sea gratuito u oneroso, para el cual carece de capacidad, tanto más cuanto que de ello puede resultar un menoscabo a la dignidad o decoro del menor, todo lo cual está bajo el cuidado de sus representantes legales, únicos que pueden otorgar ese consentimiento (ver nota 42).

En el Anteproyecto de 1954 se resuelve así este problema: "Cuando la fotografía o el retrato de una persona o sus ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos, se exponga o publique, sin autorización del propio interesado, el juez, a instancia de parte, hará cesar el abuso, sin perjuicio del resarcimiento de los daños a que hubiere lugar. No podrá impedirse la publicación del retrato o fotografía de una persona cuando responda a fines culturales o ponga de manifiesto, sin intención ofensiva, hechos o acontecimientos de interés general o que se hubiesen desarrollado en público" (art. 241).

316 bis.- Se vincula también con este derecho sobre la imagen, el problema de si es embargable un retrato. La cuestión tiene interés si el autor es un artista de renombre; el cuadro tendrá entonces un valor intrínseco, completamente independiente del retratado.

No obstante ello, consideramos que en la dilucidación del problema debe prevalecer siempre el respeto por la personalidad humana y que ese respeto no puede hacerse depender del valor económico del retrato. Si está prohibida la exhibición de la imagen sin el consentimiento del retratado, no se ve qué interés podrían tener los acreedores en embargar y ejecutar el cuadro, desde que nadie tendría derecho a exhibirlo ni pública ni privadamente (ver nota 43).

La solución varía, desde luego, si hubiese fallecido el retratado, sus padres, descendientes y cónyuge, que son las personas a quienes la ley 11723 confiere el derecho a permitir o negar la reproducción de la imagen.

Más compleja es la hipótesis de venta del retrato. Si la hubiera hecho el propio retratado, esa venta supone desde luego la autorización tácita para exhibirlo; la ley le reconoce derecho para revocar esa autorización, resarciendo a la otra parte los daños y perjuicios consiguientes (ley 11723, art. 31). Pero si aquél hubiera fallecido y la venta la realizare el heredero a quien tocó el cuadro en la partición ¿pueden los otros herederos -cónyuge, padres o descendientes- oponerse a la exhibición? Creemos que si la reproducción de la imagen tuviere fines sensacionalistas o una publicidad que pudiera afectar la memoria del muerto, cualquiera de aquellas personas puede oponerse; pero si se tratare de un retrato hecho por un autor de fama, adjudicado a uno de los herederos teniendo en cuenta su valor económico, éste puede disponer libremente de ese retrato transmitiendo a terceros derechos que no pueden ser retaceados por los otros herederos, aunque sean de los comprendidos en la ley 11723, artículo 31 .

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL: CIFUENTES, Los derechos personalísimos, Buenos Aires, 1954; BORREL MACIÁ, La persona humana, Barcelona, 1954; DIEZ DÍAZ, Los derechos físicos de la personalidad, Madrid; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Protección jurídica de la persona, Lima, 1992.

(nota 2) C. Civil, 1ª Cap., 25/8/1937, J.A., t. 50, p. 482, con nota de SPOTA.

(nota 3) Puede verse una severa crítica a estas excepciones admitidas en el Código Penal, en el trabajo de ZAVALA DE GONZÁLEZ, Aborto, persona por nacer y derecho a la vida, L.L., 1983-D, p. 1126;.

(nota 4) Puede verse sobre el tema: LEMON, La más secreta intimidad, L.L., diario del 5/11/1993; MAAS y DANIELIAN, El derecho a morir con dignidad, E.D., t. 89, p. 855; HOOF Y MANZINI, El caso Cruzan: ¿Eutanasia, ortotanasia o encarnizamiento terapéutico?, E.D., t. 149, p. 947; MONTOYA, El derecho a morir, L.L., 1991-A, p. 1065.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala H, 21/2/1991, E.D., t. 144, p. 122, con notas aprobatorias de SANZ, BIDART CAMPOS y HERRENDORF, L.L., 1991-B, p. 363, con nota de BUSTAMANTE ALSINA.

(nota 6) C.S.N., 6/4/1993, L.L., 1993-D, p. 126, con nota de SAGÜÉS y J.A., nº 5860, p. 18, con nota de RIVERA.

(nota 7) 1ª instancia firme, 13/8/1975, L.L., 1976-A, p. 1, con nota de GUASTAVINO.

(nota 8) Documento sobre la eutanasia, de la Sagrada Congregación para la Conservación de la Fe, 1980; Nuevo Catecismo, pto. 2278.
Transcribimos a continuación un párrafo de LEMON sobre la vida y la muerte: "No sabemos qué abismo insondable es la vida, menos aún qué es la muerte. Lejanía infinita, inmóvil perfección, hemos sido creados para

morir y nuestro río existencial va a dar a ese mar de eternidad. Acaso la muerte sea un beso de Dios en nuestra frente. O una piadosa manera de decir basta", La más secreta intimidad, L.L., diario del 5/11/1993.

(nota 9) Puede verse una relación completa de estos casos en MONTOYA, El derecho constitucional de morir, L.L., 1991-A, p. 1065; HOOF Y MANZINI, El caso Cruzan, E.D., t. 149, p. 947; LEMON, La más secreta intimidad, L.L., diario del 5/11/1993; MAAS Y DANIELIAN, El derecho a morir con dignidad, E.D., t. 89, p. 855.

(nota 10) En el Nuevo Catecismo de la Iglesia Católica se expresa: "La interrupción de tratamientos médicos onerosos, peligrosos o extraordinarios o desproporcionados a los resultados: puede ser legítima. Interrumpir los tratamientos es rechazar el encarnizamiento terapéutico. Con esto no se pretende provocar la muerte, se acepta no poder impedirla, las decisiones deben ser tomadas por el paciente, si para ello tiene competencia y capacidad o si no por los que tienen derechos legales, respetando siempre la voluntad razonable y los intereses legales del paciente" (punto 2278).

(nota 11) No está de más recordar que en las costumbres de nuestros viejos criollos, el acto de "despenar" (quitarle a una persona sus penas matándola), era servicio casi ineludible que debía prestarse al amigo.

(nota 12) RIVERA, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, t. 2, p. 35.

(nota 13) Véase Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 2, nº 732-733.

(nota 14) Véase Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 1, nº 197.

(nota 15) Así, por ejemplo, la ley francesa del 15/4/1954, arts. 11 y 13 y decreto del 18/6/1955.

(nota 16) Véase Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 1, nº 539.

(nota 17) Véase una síntesis de esta controversia en MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. 1, nº 629.

(nota 18) BIBLIOGRAFÍA: ORGAZ, Personas individuales, ps. 155 y s.; HEISE, A., La protección del honor en el derecho civil, Boletín del Inst. de Derecho Civil de Córdoba, año 5, nº 2 y 3, p. 492; KACEDAN, B., El derecho a la intimidad, Rev. Col. Abogados Rosario, 1932, p. 70 y 1933, p. 75; ARIAS, J., El derecho de privacidad, J.A., t. 66, sec. doct., p. 11; FERRARA SANTAMARÍA, Il diritto alla illesa integritá privata, Revista Diritto Privato, año 7, nº 3, ps. 168 y s.; RAMOS, Delitos contra el honor, Buenos Aires; SOLER, S., Delitos contra el honor, Anales Acad. Derecho Córdoba, año 1, ps. 230 y s.; CASTÁN VÁZQUEZ, El derecho al secreto de la correspondencia epistolar, Anuario de Derecho Civil, Madrid, enero-marzo, año 1960.

(nota 19) Sobre los defectos de procedimiento en la sanción de la ley 20889 , véase: RISOLÍA, A propósito de la protección jurídica de la intimidad, E.D., t. 58, p. 1975; GUASTAVINO, La irregular tramitación de la ley protectora de la intimidad personal y los alcances de la invalidez, L.L., 1975-A, p. 1270.

(nota 20) BIBLIOGRAFÍA SOBRE LAS LEYES 20889 y 21173: ORGAZ, La ley sobre la intimidad, E.D., t. 60, p. 927; MOSSET ITURRASPE, El derecho a la intimidad, J.A., Doctrina 1975, p. 404; LEONFANTI, El derecho a la intimidad en la Argentina, L.L., 1975-B, p. 1319; CARRANZA, La ley Tróccoli y el derecho a la intimidad, J.A., Doctrina 1975, p. 240; CIFUENTES, El derecho a la intimidad, E.D., t. 57, p. 831;GOLDENBERG, Tutela jurídica de la vida privada, L.L., 1976-A, p. 576; CÁCERES, Derecho a la intimidad, L.L., 1978-B, p. 908.

(nota 21) De acuerdo: MOSSET ITURRASPE, op. cit. en nota anterior.

(nota 22) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Resarcimiento de daños, en Daños a las personas, ps. 473 y sig. De acuerdo: CIFUENTES, El honor y la libertad de expresión, L.L., 1993-B, p. 1161; PIZARRO, Responsabilidad civil en los medios de comunicación, ps. 223 y sig.; BUSTAMANTE ALSINA, El marco normativo dentro del cual debe ejercerse la libertad de prensa, L.L., 1992-B, p. 838; PASCUAL, nota en diario de E.D., del 28/4/1995; RIVERA, citado en nota siguiente; MAZZINGHI, Gabriel, E.D., nota al fallo 47.837; ANCAROLA, E.D., nota al fallo 47.782.

(nota 23) RIVERA, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 11, p. 275.

(nota 24) VÁZQUEZ, Libertad de prensa, diario de E.D., del 12/5/1997.

(nota 25) SALMOND, Jurisprudence on the theorie of the law, London, 1902, ps. 460, 148.

(nota 26) Doctrina que surge de los votos mayoritarios de los miembros de la C.S.N., 8/7/1992, E.D., t. 149, p. 265, con nota aprobatoria de EKMEKDJIAN; de acuerdo, BIDART CAMPOS, nota en J.A., 1986-IV, p. 40.

(nota 27) Sobre este tema puede verse el importante trabajo de PIZARRO, Daños punitivos, en Derecho de daños, Segunda parte, p. 287 y especialmente, p. 331.

(nota 28) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: RIVERA y MALICKI, Prohibición cautelar de la publicación de una biografía no autorizada, E.D., t. 151, p. 157; EKMEKDJIAN, En torno a la libertad de expresión, los programas humorísticos, las censuras previas, las injurias y otras yerbas, E.D., t. 149, p. 245; BIDART CAMPOS, La calificación previa y la licencia de la exhibición cinematográfica en razón de moralidad pública, J.A., 1968-IV, p. 40; PASCUAL, El derecho a la intimidad, E.D., diario del 8/4/1995; BUDANO ROIG, La libertad de prensa, la censura previa y el derecho a la intimidad, nota al fallo nº 48.583 de E.D.

(nota 29) BOGGIANO, su voto en el caso "Servini de Cubría", C.S.N., 8/9/1992, E.D., t. 149, p. 257.

(nota 30) C.C.C. Fed. Cap. Sala II, 13/12/1991 (este fallo fue revocado por la C.S.N., pero la sentencia se fundó en circunstancias de hecho que en el caso juzgado, a juicio del Tribunal, hacían improcedente la prohibición previa de la transmisión televisiva, sin que el Tribunal sentase una doctrina genérica sobre la censura previa; antes bien, la mayoría de los votos afirmaron que la prohibición de la censura previa no tenía carácter absoluto: fallo citado en nota anterior); C.Civil Cap., Sala I, 24/6/1997, L.L. fallo nº 48.583; jueza de primera instancia en lo Civil, Dra. Elisa Díaz de Vivar, 13/1/1992, E.D., t. 51, p. 157 (en el caso se decidió prohibir la publicación de una biografía no autorizada de una célebre empresaria y diplomática, Amalia Lacroze de Fortabat); ZANNONI y BÍSCARO, Responsabilidad de los medios de prensa, nº 28; CARRANZA, Los medios masivos de comunicación y el derecho privado, p. 193; MOSSET ITURRASPE, El derecho a la intimidad, J.A., Doctrina 1975, p. 404; CIFUENTES, El derecho a la intimidad, E.D., t. 57, p. 831; RIVERA, MALICKI, EKMEKDJIAN, BIDART CAMPOS, PASCUAL, trabajos citados en la nota 517; declaración de la Comisión nº 1 de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en despacho suscrito entre otros por BOSSERT, Atilio A. ALTERINI, LÓPEZ CABANA y PIZARRO; BUDANO ROIG, nota al fallo nº 48.583 de E.D.; PIZARRO, El daño moral, § 75, p. 417.

(nota 31) RIVERA, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, nº 789.

(nota 32) C.S.N., 7/7/1992, E.D., t. 148, p. 339; id., 16/4/1998, L.L. fallo nº 97.170.

(nota 33) BIBLIOGRAFÍA: CIFUENTES, El derecho a la imagen, E.D., t. 40, p. 669; ORGAZ, Personas individuales, ps. 161 y s.; WASSERMANN, M., Protección al nombre y al retrato, L.L., t. 36, p. 982; MENDILAHARZU, La imagen de las personas y el derecho a la privacidad, L.L., t. 76, p. 794; BORREL MACIÁ, La persona humana, Barcelona, 1954, nº 42 y s.; DUSI, B., Del diritto all'immagine, Riv. Dir. Commerciale, 1907, II, ps. 431 y s.; RICCA BARBERIS, M., Il diritto alla propria figura, Riv. Dir, Commerciale, 1903, I, p. 101; POU, E., Protection des photographies dites instantanées, Revue Trimestrielle, 1912, ps. 389 y s.; DEGNI, Le persone fisiche, ps. 200 y s., nº 66 y s.; FERRARA, L., In torno al diritto della propria immagine, Giurisprudenza italiana, 1903, IV, vol. 279 y s.; FOUGEROL, La figure humaine et le droit, París, 1913; VERCELLONE, Questioni in torno al diritto all'immagine, Riv. di Dir. Commerciale, Milano, septiembre-octubre 1956, p. 371.

(nota 34) C.S.N., 9/12/1984, L.L., 1985-B, p. 120; C. Civil 1ª Cap., 2/3/1942, L.L., t. 26, p. 780.

(nota 35) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1, nº 414.

(nota 36) ORGAZ, Personas individuales, p. 166, nota 26.

(nota 37) BORREL MACIÁ, La persona humana, nº 46.

(nota 38) C.S.N., 9/5/1938, L.L., t. 14, p. 677; C. Civiles en Pleno Cap., 15/3/1943, J.A., 1943-I, p. 844; C. Civ. 2ª Córdoba, 29/10/1942, Justicia, t. 2, p. 133. Sin embargo, la C. Crim. La Plata, tiene decidido que el uso de la fotografía de una persona con fines de propaganda comercial, importa transgredir un derecho de análoga naturaleza jurídica a los reconocidos por la ley de propiedad intelectual y por ello su autor incurre en la pena prevista para las defraudaciones (27/5/1952, L.L., t. 67, p. 648).

(nota 39) VERCELLONE, Questioni intorno al diritto all'immagine, Riv. Dir. Commerciale, Milano, septiembre-octubre 1956, p. 371.

(nota 40) De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 1, nº 368, bis; CIFUENTES, Los derechos personalísimos, p. 54.

(nota 41) Cit. por DEGNI, Le persone fisiche, ps. 205 y s., nº 66 bis.

(nota 42) ORGAZ, Personas individuales, p. 168, texto y nota 30.

(nota 43) De acuerdo: BORREL MACIÁ, La persona humana, nº 44.

LOS DERECHOS PERSONALISIMOS EN EL PROYECTO DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL por Julio César Rivera

I. INTRODUCCION. LA DIRECTRIZ DE LAS REFORMAS PROYECTADAS

1. La cuestión La cuestión de la personalidad jurídica del ser humano constituye uno de los primeros problemas a los cuales se enfrenta el jurista. Y si se pretende simplificar la cuestión, parecería que sólo dos respuestas son posibles: (i) todo ser humano es una persona para el derecho, y es por lo tanto un dato apriorístico para el derecho positivo; o (ii) la persona es un concepto o categoría jurídica. La evolución de este debate ha sido extensa [1], y los códigos civiles reflejaron de algún modo los diversos criterios.

2. La persona en el Código Civil Es sabido que nuestro código define a la persona como todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 30). El término susceptible alude a que el ente no posee por sí solo y en sí mismo la aptitud jurídica, sino que la inviste en razón de actuar dentro del ordenamiento jurídico. En alguna medida dan sustento a las tesis normativistas que ven en la persona una categoría jurídica, los artículos 31 y 53 del Código civil, en cuanto parecen indicar que la capacidad jurídica es atribuida por el ordenamiento positivo. Sin embargo hemos dicho antes de ahora que nuestro Código Civil debe ser leído e interpretado a la luz de la Constitución [2], y ahora también de las convenciones internacionales de derechos humanos que la Argentina ha ratificado y en particular de aquellas que han sido incluidas en el art. 75, inc. 22 de la Constitución reformada en 1994. Bajo este prisma no podemos dejar de advertir que en la Constitución Argentina se consagra la igualdad ante la ley (art. 16 CN), la que es extendida a favor de los extranjeros (art. 20), es abolida la esclavitud (art. 15) y se garantizan los derechos que hacen a la dignidad individual (arts. 14, 19, 18 y conc.), aun aquellos que estén implícitos en el texto constitucional (art. 33). De allí que deba destacarse que el Código Civil dispone que es persona de existencia visible todo ser nacido de madre humana (arg. del art. 51); en él, la regla es la capacidad y la incapacidad excepción (art. 52), por lo que a la persona le son permitidos todos los actos y todos los derechos que no le fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadano y de su capacidad política (art. 53). Es decir que se tiene la capacidad jurídica, sin exigencia de condiciones, circunstancias o accidentes. En fin, como señalaba Freitas en su Esboço, fuente de nuestro Código civil en esta materia: he aquí la piedra angular del Derecho Civil que fuera legislado bajo la base de la naturaleza humana, las leyes son hechas para el hombre y no el hombre para las leyes. Es decir que perfectamente puede sostenerse que nuestro derecho civil vigente recepta la idea de que todo hombre es persona.

3. Las interpretaciones y las ideas posteriores al Código Civil hasta 1945 Más allá de lo que nuestro Código civil diga, lo cierto es que la doctrina de los siglos XiX y XX desvalorizó el concepto de persona haciendo de él un instrumento técnico jurídico; evidencia de ello son las enseñanzas de Savigny para quien la persona es un sujeto de la relación jurídica y por ello dice Hattenhauer que el reputado romanista no habla de "la persona" sino de las personas, pues necesita como mínimo dos de ellas para construir una relación jurídica [3]. Esto se proyecta en el Código alemán de 1900, donde la persona aparece como sujeto de la relación jurídica y ello hace innecesaria una exposición amplia del Derecho de la persona. Obviamente el derecho nacionalsocialista y los derechos comunistas constituyen la cima de la desvalorización de la persona; desde el establecimiento de la capacidad escalonada que permite reconocer la existencia de infrahombres que sólo valen como fuerza de trabajo [4].

4. La evolución a partir de 1945 Después de la guerra se advirtió como la doctrina jurídica había ido de la mano con la praxis política, y ello actuó como un revulsivo de las ideas. Más allá de cimientos teóricos distintos – que pueden reconocer o no al derecho natural como fundamento de ciertas expresiones – lo cierto es que no puede negarse que la segunda mitad del siglo XX se ha caracterizado por un notable incremento de los estudios doctrinarios sobre el derecho general de la personalidad, por su incorporación a las constituciones [5], y finalmente por su reconocimiento internacional y supranacional . En la doctrina –y particularmente en la argentina– ha encontrado eco la idea kantiana del personalismo ético, que atribuye al hombre, precisamente porque es persona, un sentido ético, un valor en sí mismo –no simplemente como medio para los fines de otros– y en este sentido, una dignidad [6]. De ello se sigue, continúa diciendo el autor citado, que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho de ser respetado por él como persona, a no ser perjudicado en su existencia (la vida, la salud), y en un ámbito propio del mismo (intimidad, honor), y que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo. La relación de respeto mutuo que cada uno debe a cualquier otro y puede exigir de este, es la relación jurídica fundamental, la cual, según esta concepción, es la base de toda convivencia y de toda relación jurídica en particular. El movimiento constitucionalista fue particularmente fructífero en Europa y en América; las constituciones, concebidas al modo de programas de gobierno, son reconocidas como verdaderas normas jurídicas;

y los textos constitucionales de los países que habían vivido bajo dictaduras recogen de manera explícita este derecho general de la personalidad; por ejemplo la Constitución de la República Federal alemana y la Constitución del Reino de España reconocen expresamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad; y estas como otras (la del Perú, por ejemplo), incluyen enumeraciones de derechos de la personalidad, como la intimidad, el nombre, la imagen, etc. El proceso de supranacionalización es de una evidencia notable y constituye el último estadio del reconocimiento de este derecho general de la personalidad. En nuestro Derecho la constitucionalización viene de antiguo, pues la primera parte de la Constitución de 1853 sin duda estaba dirigida a reconocer la dignidad personal como prius del ordenamiento jurídico. Por lo demás, en nuestro derecho no se ha dudado que la Constitución es una norma jurídica, y a partir de vigorosos pasos dados por la Corte Suprema se concluyó en que los derechos en ella reconocidos, aun implícitamente, pueden ser directamente operativos aun cuando la legislación infraconstitucional no haya establecido una vía para ejercerlos. De otro lado la supranacionalización ha encontrado andamiento en la ratificación por el Estado de varias convenciones; y por último en su incorporación a la Constitución Nacional, más allá de que su rango o jerarquía resulte materia de debate [7]. Esta constitucionalización y supranacionalización del derecho general de la personalidad trata de todas los aspectos de la persona, pues va desde la niñez (Convención de los Derechos del Niño), al status de la mujer (Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación de la mujer), los derechos de la personalidad (intimidad, honor, imagen, identidad, integridad corporal reconocidos en múltiples convenciones, entre ellas la Convención Interamericana de Derechos Humanos), los derechos sociales (Pacto de Derechos sociales, políticos y económicos de la ONU), etc.

5. Conclusión. La línea directriz del Proyecto Parece entonces que el tiempo dio la razón al Código civil suizo , el que en 1907 mostró una posibilidad alternativa a la metodología alemana de 1900, consistente en tratar un derecho general de la personalidad, incluyendo la capacidad jurídica, la capacidad de ejercicio, la mayoría de edad, el discernimiento, el parentesco, el domicilio, así como la protección de la personalidad, la libertad y el hombre [8]. Esta es la línea que sigue el Proyecto de Código Civil para la República Argentina de 1998. Y por ello trata del comienzo de la existencia, la capacidad, el nombre, el domicilio, los derechos de la personalidad y la muerte de la persona humana; sin perjuicio de que otras cuestiones relativas a la personalidad se regulen en relación a otras instituciones, como la familia o la vivienda.

6. Coherencia del criterio del Proyecto con la Convención Interamericana de Derechos Humanos Desde nuestro punto de vista, la solución adoptada por el Proyecto es coherente con la del art. 3 del Pacto de San José de Costa Rica, en cuanto dispone: Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Es que no parece dudoso que la aparente tautología se supera si el artículo se lee como corresponde: todo hombre tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (y por lo tanto es persona para el Derecho).

7. Metodología de este trabajo A partir de ahora trataremos la definición de persona y los derechos de la personalidad, dejando de lado los demás temas que se integran el derecho general de la personalidad.

II. LA DEFINICION DE PERSONA

Es sabido que un distinguido autor que fuera miembro de la comisión designada por el Dec. 685/95, critica el Proyecto porque contiene definiciones[9]; si bien la crítica es obviamente de tono menor y ha sido largamente rebatida[10], es interesante señalar que el Proyecto, justamente omite definir a la persona humana. Es que, como se dispone en nuestra legislación vigente, las leyes deben contener definiciones cuando constituyan instituciones jurídicas o tengan significación para la interpretación del texto legal en el cual se incluyan (dec. 333/85, art. 3.2.14). De modo que la ley define el mutuo, la compraventa, el dolo, la hipoteca o la prenda; pero no corresponde que lo haga con el color azul, ni con el caballo. Siguiendo este razonamiento, no es necesario que la ley defina a la persona humana, pues esta es un dato objetivo, proporcionado por la naturaleza; el hombre es persona humana para el Proyecto y por ello no hay definición de ella. En cambio, sí la hay de las personas jurídicas (art. 138 del Proyecto), pues son una institución jurídica, y su inclusión tiene significación para la interpretación del texto legal

III. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

1. La importancia de la materia Una de las razones invocadas por el PEN para designar una comisión que proyectara un nuevo Código Civil, es la adecuación del código a la Constitución nacional, reformada en 1994 . Esta necesidad se advierte en gran medida en tanto la Constitución ha incorporado algunos tratados o convenciones de derechos humanos que constituyen el llamado derecho supranacional de los derechos humanos; los cuales en definitiva reconocen operativamente lo que en el ámbito del derecho civil se denominan derechos de la

personalidad, tanto física como espiritual. Así, aparecen en las Convenciones reiteradas invocaciones a los derechos a la intimidad, honor, imagen, así como a la inviolabilidad de la vida y la integridad física. Por lo que el estatuto de los derechos de la personalidad, largamente reclamado por la doctrina argentina, se torna imperativo por efecto de la reforma constitucional, que, como veremos seguidamente, la regulación vigente en el Código Civil es harto limitada.

2. La regulación de los derechos de la personalidad en el Código Civil En lo que hace a los derechos de la personalidad espiritual, nuestro Código trata del honor y de la intimidad. En cuanto al honor rigen los artículos 1089 y 1090; el primero trata del delito de calumnia o injuria, caso en el cual el ofendido tiene derecho a pedir la reparación de daños si probase algún daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero, siempre que el delincuente no probase la verdad de la imputación. El segundo trata de la acusación calumniosa, y atribuye a la víctima el derecho a que se le pague todo lo que hubiese gastado en su defensa y todas las ganancias que dejó de tener. De la sola lectura de los preceptos se advierte su insuficiencia, la que de todos modos ha sido suplida por la doctrina y la jurisprudencia, que obviamente han reconocido el derecho a la reparación del daño moral y a las publicaciones reparatorias. En cuanto a la intimidad, la tutela proviene del art. 1071 bis, incorporado por la ley 21173. No cabe duda que la incorporación de este precepto al derecho argentino constituyó un avance significativo, aun cuando algunos defectos que se le pueden achacar, tales como la exigencia de que el hecho no sea un delito del derecho penal y aparente atribuir una indemnización de pura equidad. De todos modos la jurisprudencia ha hecho una aplicación fructífera de esta norma. En cuanto a la imagen no aparece tutelada expresamente en el Código civil, sino en la ley de propiedad intelectual nº 11723. El art. 31 establece que el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta esta fija un orden para dar tal asentimiento. El último párrafo de ese precepto establece que es libre el derecho de publicar el retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público. Las citadas disposiciones de la ley 11723 fueron altamente avanzadas para su época; pero merecen algún retoque en tanto no se trata de aludir sólo a la puesta en el comercio de un retrato, sino de regular la captación y difusión de la imagen, así como de la voz que es una segunda imagen de la persona.

3. Los antecedentes del Proyecto En esta materia el Proyecto ha abrevado en fuentes nacionales y extranjeras. Entre las fuentes nacionales cabe tener como fuente próxima al anteproyecto elaborado por la Comisión designada por el Dec. 468/92, aunque sus disposiciones han sido notoriamente mejoradas pues se tuvieron a la vista las críticas y comentarios que despertara ese anteproyecto. A su vez el anteproyecto reconoció como fuentes al Código de Quebec, el Código civil de Perú de 1984, el Código civil suizo cuya reforma en esta parte está en vigor desde el 1 de julio de 1985; el Código civil portugués. Se tomó en consideración la experiencia francesa, en particular en cuanto a la aplicación del art. 9 del Código Napoleón. En cuanto a los antecedentes nacionales se han ponderado las propuestas de las IIas. Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, pcia. de Buenos Aires, 1983), Ixas. Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1983), que coincidieron en la conveniencia de dictar una regulación orgánica de la materia; así como las de las XXIIas. Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, 1989), el Ier. Congreso Internacional de Derecho de Daños en homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, y las Jornadas sobre Responsabilidad por daños en homenaje al Prof. Jorge Bustamante Alsina (1990). Respecto de proposiciones legislativas se tuvieron en cuenta el Anteproyecto Cifuentes – Rivera [11] y el proyecto de estatuto de las libertades fundamentales de la Diputada Guzmán. Por supuesto que se han tenido especialmente en consideración los textos de las Convenciones y Tratados incorporados al inc. 22 del art. 75, así como las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya relevancia en nuestro derecho es cada vez mayor

4. La estructura del Proyecto El Proyecto trata de los derechos de la personalidad en el Capítulo VI del Título I (de la persona humana) del Libro Segundo (de la Parte General). Comprende los artículos 105 a 116. Del art. 105 al 109 trata de los derechos de la personalidad espiritual y del 109 al 116 de los derechos de la personalidad física. La regulación no es detallista, sino que sus disposiciones son abiertas, de trama elástica; de modo que legisla esta parte en base a cláusulas generales, método que es propio de un Código Civil según los criterios contemporáneos. De allí que no encontraremos una definición de intimidad o de honor, sino cuales son los efectos de la afectación de estos derechos. Qué es el honor, la reputación, la intimidad, queda a la resolución de los jueces de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto.

5. Derechos de la personalidad espiritual

- **A)** Texto del art. 105 del Proyecto Bajo el acápite Derechos, el Proyecto dice: La persona humana afectada

en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la reparación de los daños sufridos.

- **B) Intimidad personal o familiar** En primer lugar cabe destacar que el Proyecto alude a la intimidad personal o familiar, con lo que utiliza la misma expresión que la ley española del 5 de mayo de 1982 tomada a su vez de la Constitución del Reino de 1978; y viene a resultar coincidente con la Convención Interamericana de Derechos Humanos en tanto esta dispone en su artículo 11.2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia...la que a su vez reproduce el art. 12 de la Declaración de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU. Desde nuestro punto de vista el Proyecto permitirá superar la mayor parte de las objeciones que se han hecho al art. 1071 bis, así como las dificultades que en su ejecución práctica ha tenido. En efecto: la parquedad del texto permite salvar las principales observaciones al art. 1071 bis que consisten en: - la exigencia de la arbitrariedad de la conducta de entrometimiento [12]; - el requisito de que no sea un delito del derecho penal [13] ; - la referencia a la equidad para calificar a la reparación del daño, que es de derecho y no de equidad. Observaciones que se referían a los aspectos del texto vigente que parecen querer retacear el derecho a la reparación del daño a la intimidad; lo cual no es extraño si se tiene en cuenta que este artículo 1071 bis fue en gran medida inspirado por Orgaz quien consideraba que estos derechos no son derechos subjetivos sino meros bienes jurídicamente protegidos; y que los consideraba cuestiones de tono menor, propias del cotilleo entre vecinas. No cabe duda que la realidad actual ha superado en mucho la escuálida previsión de Orgaz, y la intimidad personal y familiar es uno de los derechos que más peligra como consecuencia de la masificación social y el avance tecnológico [14].
- **C) Honor y reputación** El texto alude al honor y la reputación sin definirlos. De todos modos es claro que al aludir a ambas ideas, comprende tanto la propia estima personal como el buen nombre externo objetivo [15]. El proyecto supera también las objeciones que se hacen al régimen del Código civil, en tanto éste parecería reconocer la indemnización del daño material, siendo que lo más relevante en estos casos es usualmente el daño moral. También es importante señalar que se omite toda referencia a la exceptio veritatis, respecto de la cual la doctrina argentina se había pronunciado sosteniendo que ella sólo procede – en el derecho vigente - en el delito de calumnia y –tratándose de injuria– en los casos previstos por el art. 111 Código Penal. La normativa sobre el honor se complementa con el artículo 106 del Proyecto, que bajo el acápite falsa denuncia o querella, dispone: El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querella, si se acredita que no había razones justificables para creer que el damnificado estuviera implicado. La fuente de este precepto es el artículo 111 del anteproyecto PEN, el que a su vez abrevó en el art. 1982 del Código Civil de Perú de 1984.
- **D) Derecho a la identidad** El derecho a la identidad no tiene un tratamiento legislativo explícito en el derecho argentino, y su desarrollo es relativamente reciente en la doctrina. Por ello estimamos que merece una explicación un poco más detallada.

  a) Caracterización En nuestro derecho viene perfilándose un derecho de la personalidad que se identifica como derecho a la identidad [16], tarea para la cual los autores y jueces argentinos abrevaron inicialmente en la jurisprudencia y doctrina italianas. De esa fuente resulta que al derecho a la identidad se lo delinea diciendo que cada sujeto tiene un interés generalmente considerado como merecedor de tutela jurídica, de ser representado en su vida de relación con su verdadera identidad, tal como esta es conocida o podría ser conocida en la realidad social, general o particular, con aplicación de los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva. De modo que el sujeto tiene un interés consistente en que en el exterior no se altere, desnaturalice, conteste, su propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etc., tal como se había exteriorizado o aparecía, en base a circunstancias concretas y unívocas en el ambiente social [17]. La doctrina italiana ha seguido avanzando en esta orientación del derecho a la identidad, esto es, aislándolo y por ello calificándolo de independiente de otras manifestaciones de la personalidad (nombre, honor, imagen), y definido como el derecho de cada persona de ser ella misma, de distinguirse y de ser distinta, en base a sus propios atributos y a sus propias cualidades personales que hacen a esa determinada persona distinta de todas las otras [18]. De la casuística abordada por la jurisprudencia peninsular -y por ende el fermento del cual han nacido los criterios doctrinarios [19]- se advierte esa vinculación intensa e inescindible entre el derecho a la identidad y lo que el sujeto es en su proyección exterior; el caso Veronesi [20] es paradigmático en ese sentido [21].

  b) Su evolución Como un aspecto de la identidad tratan algunos autores la denominada "identidad sexual" [22], y también se ha señalado que el derecho a la identidad asume especial importancia con el desarrollo de las técnicas informáticas que permiten la registración, conservación y exteriorización de datos personales recogidos en los denominados bancos de datos; de él nacerían los derechos al conocimiento de los datos incorporados, a la rectificación de los datos erróneos y a la eliminación del dato caduco [23] La doctrina ha

seguido avanzando en la caracterización del derecho a la identidad, llegando a su asimilación con la verdad personal de cada cual. Por ello se ha definido el derecho a la identidad personal como la facultad de exigir la fiel representación de la persona, sin deformación de sus cualidades o caracteres y sin atribución de caracteres inexistentes o diversos de aquéllos reales del sujeto [24]. Habiendo señalado la doctrina argentina que la identidad se falsea o altera, en el caso de afirmaciones de inexactitudes, pero también cuando el retaceo, la imprecisión o el silencio de datos de importancia, conllevan a alterar la individualización social de la persona [25] (el subrayado nos pertenece).

c) El derecho a la identidad en la jurisprudencia argentina: En la realidad jurisprudencial argentina el derecho a la identidad se ha enderezado por cauces distintos a los expuestos hasta ahora. En una importante causa fallada por nuestro más Alto Tribunal [26] el Juez Petracchi afirmó la existencia de un derecho de toda persona a conocer su propia génesis, su procedencia, en lo cual está comprometida la dignidad personal. Algún tiempo después la Corte Suprema de Santa Fe afirmó que el derecho a la identidad es un derecho de fundamento constitucional, no enumerado, del cual resultó como consecuencia - en el caso - la presunción en contra de quien se negara a someterse a una prueba a producirse sobre su cuerpo en un juicio de filiación [27] Con fundamentos análogos, la Cámara Civil de la Capital Federal se ha expedido admitiendo la procedencia de una prueba genética para lo cual era necesario extraer muestras del cadáver de aquél a quien se atribuía la paternidad, pese a la oposición de la viuda e hijos matrimoniales [28].

d) El fundamento normativo del derecho a la identidad en el Derecho positivo argentino En el ámbito de la doctrina los autores han coincidido en la existencia del derecho a la identidad personal como un corolario del derecho a la dignidad tutelado en la Constitución Nacional, como puede verse en los comentarios de las sentencias que anteriormente hemos resumido. Cabe puntualizar también que el art. 8 de la Convención sobre Derechos del Niño dispone que los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad (inc 1) y cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia...(inc. 2). Obvio es que si los niños son sujetos a los cuales se puede privar de identidad, es porque la privación de la identidad no es un imposible ontológico, y por ende no es un imposible jurídico.

e) Conclusiones sobre la caracterización del derecho a la identidad En fin, puede concluirse que la doctrina afirma de manera virtualmente unánime que constituye uno de los caracteres fundamentales de los derechos de la personalidad el ser "personalísimos", esto es inherentes íntimamente a una cierta persona [29]. De donde el corolario indiscutible es que para que pueda existir un derecho de la personalidad, debe existir una "persona", bien determinada e identificada con sus aspectos y atributos internos pero reconocible en el mundo externo [30]. De donde en palabras de Tamburrino el reconocimiento de la persona en el mundo externo aparece como una condición de la misma posibilidad de ser titular de derechos de la personalidad. Lo cual es absolutamente exacto: cómo se podría ser titular de intimidad, imagen, honor, si no se es una persona reconocible en el mundo externo. Por eso la identidad, entendida como la posibilidad de ser reconocido como una persona a la cual sus circunstancias la hacen distinta de las demás, aparece como un presupuesto de la misma inherencia, característica fundamental de los derechos personalísimos. De allí que la identidad no se resume en el mero reconocimiento del nombre, pues para ello bastaría con la recurrencia a las acciones que protegen a ese atributo, sino que se vincula más derechamente con las demás circunstancias de la persona que son las que la hacen verdaderamente distinta de las demás, un ser individual, único e irrepetible. En este sentido la doctrina habla de la identidad histórica, ideológica y social, política, científica, deportiva, religiosa y familiar [31]. Con relación a esta última se dice que la identidad familiar aparece como verdad personal en la faceta positiva (que se reconozcan como propias determinadas situaciones, facetas o proyecciones del sujeto) o bien en la negativa (que no se atribuyan al sujeto connotaciones o actos que no le correspondan) [32]. La identidad puede ser vulnerada por acción o por omisión (arts. 1073 y 1074 Cód. civil), habiendo interpretado la totalidad de la doctrina contemporánea que las omisiones puras generan responsabilidad aunque la ley no imponga expresamente el deber de actuar, pues el deber genérico de prudencia y diligencia que impone el art. 1109 Cód. Civil tanto vale para actuar cuando es preciso, como para abstenerse cuando es necesario [33]. Por lo tanto, la omisión que culpablemente causa un daño a otro, es antijurídica y como tal causa el derecho a la reparación. Concretamente con relación al derecho a la identidad, la Casación italiana ha dicho en sentencia del 22 de junio de 1985 que hay violación de la identidad cada vez que a un sujeto se omita de atribuirle calidades y caracteres realmente poseídos o asumidos por el, o bien se le atribuyan elementos o hechos extraños a él, o cuando se tergiversen caracteres, acciones o tendencias del sujeto, aun cuando de ello no se siga un daño al honor o la reputación [34] Y, finalmente, es claro que no hay que llegar a la supresión física para que se elimine la identidad de una persona; puede ella ser privada de algunos elementos (el nombre, la nacionalidad, el emplazamiento familiar) o de todos ellos (como ha sucedido con los niños nacidos en cautiverio de sus padres que fueron anotados

como hijos de otras personas). En esos casos hay una privación parcial o total de la identidad.

f) Su reconocimiento en el Proyecto Este derecho polifacético y que ampara al ser humano en sus manifestaciones más relevantes, es el que viene a ser recogido expresamente por el Proyecto en este artículo 105. Las consecuencias de su violación serán las que genéricamente atribuye el Proyecto como modo de resarcimiento para todos los derechos de la personalidad espiritual, incluidas las publicaciones reparatorias

- **E) DERECHO A LA IMAGEN**

a) Tratamiento en el derecho vigente Ya se ha dicho en este trabajo que la legislación vigente en nuestro país trata del retrato fotográfico en la ley de propiedad intelectual nº 11723. A partir de allí la doctrina y la jurisprudencia han elaborado un derecho personalísimo a la imagen, que puede resumirse de la manera que sigue: su contenido consiste en la facultad de cada persona a oponerse a que por otros individuos y por cualquier medio se capte, reproduzca, difunda o publique su propia imagen [35]; es un derecho autónomo de los otros derechos de la personalidad, en particular del derecho a la intimidad[36]; por lo que para que medie un agravio al derecho a la imagen no es necesario demostrar que su captación o difusión causan lesión a la intimidad o la reputación; de donde los tribunales han establecido que la sola utilización de la imagen con finalidad comercial causa un daño moral resarcible [37] por lo tanto la imagen no puede ser captada ni menos aun difundida sin el consentimiento de la persona, principio que es aplicable a cualquier persona aunque carezca de notoriedad[38]; el consentimiento dado para la captación y publicación de la imagen es de interpretación estricta, por lo que la persona que da su consentimiento no renuncia a su derecho a la imagen, la que no puede ser vuelta a utilizar o empleada con una finalidad distinta [39]; y puede ser revocado, aunque quien así actúa debe resarcir los daños que ello cause. De donde sólo es lícita la captación y difusión de la imagen cuando ella es consentida por el titular, o media autorización de la ley. Ello nos lleva de la mano al tratamiento de las publicaciones lícitas, que conforme al art. 31 de la ley 11723 que se relacionen con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público. Finalmente la ley vigente establece que la publicación del retrato de las personas fallecidas debe ser autorizada por las personas que enuncia. La publicación es libre si han pasado veinte años desde el fallecimiento de la persona o no existe ninguno de los llamados a dar el consentimiento.

b) Tratamiento del derecho a la imagen en el proyecto El artículo 105 ya transcripto establece la regla general según la cual la violación del derecho a la imagen, causa el derecho a la indemnización. Y el artículo 107 trata el tema con más detalle, al establecer que para captar o reproducir la imagen, de cualquier modo que se haga, es necesario el consentimiento, salvo en tres casos que enumera a continuación. Detengámonos un instante en el proemio de ese artículo 107, pues es importante destacar que sintetiza los principios a que antes hemos aludido en tres proposiciones significativas: el derecho a la imagen comprende la facultad de excluir la reproducción pero también la mera captación de la imagen [40]; de donde es ilícito que alguien tome una fotografía de otro aunque no lo haga para reproducirla o publicarla; es ilícita la captación o reproducción, cualquiera sea el medio empleado; o sea que no es necesario el ocultamiento, la sorpresa, y es indiferente que se lo haga con una máquina de fotos, de video, con una cámara de televisión, etc.; se exige siempre el consentimiento de la persona; esto debe ser analizado a la luz del artículo 108 que bajo el acápite disposición de estos derechos fija una serie de reglas generalmente admitidas por la doctrina y jurisprudencia nacionales: que el consentimiento no es legítimo si se lo da para un acto contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres; que no se presume y que es de interpretación estricta. Asimismo, establece que puede ser revocado atribuyendo a quien así actúa la responsabilidad consiguiente por los daños y perjuicios.

c) Publicaciones lícitas El Proyecto establece en el ya citado art. 107 que son libres las publicaciones: a) si la persona participa en actos públicos; b) si existe un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se toman las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) si se trata del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. Veamos una por una. La primera publicación libre es la de la imagen de la persona que participa en actos públicos. Adviértase que el proyecto usa el verbo participar, lo cual supone una intervención activa del sujeto [41]; y usa actos públicos, que obviamente no es lo mismo que estar en público. De donde una persona que está en la playa tomando el sol, en un cine o en una discoteca, está en un lugar público, pero no está en un acto público ni, por lo tanto, participa de él. Por lo que no será lícito captar o reproducir su imagen. De este modo el Proyecto se afilia a los criterios sostenidos por la doctrina [42] y la jurisprudencia en esta materia y mejora sustancialmente la redacción del inc. 1 del art. 112 del anteproyecto PEN [43]. La publicación con finalidad científica o equivalente está ya en la ley 11723; pero se agrega ahora la carga de quien publica de tomar las precauciones necesarias para evitar un daño innecesario. Este recaudo había sido propuesto por la doctrina interpretativa de la ley 11723, y había sido recogido en el anteproyecto Cifuentes – Rivera y en el anteproyecto PEN (art. 112, inc. 2). Existe también un interesante precedente judicial, en el que se condenó a un cirujano plástico por haber insertado en

un libro fotos de una de sus pacientes para mostrar el “antes” y “después”, sin ninguna precaución que impidiera su identificación. Finalmente, es lícita la publicación cuando responda al ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. La norma proyectada tiene mucha tela para cortar, e inicialmente señalamos: al aludir al ejercicio regular, está recogiendo la idea de la jurisprudencia de la CSN en el sentido de que puede mediar responsabilidad de los medios de prensa con sustento en el factor objetivo de atribución abuso del derecho [44]; la información debe versar sobre acontecimientos de interés general; este es otro de los denominados límites internos de la libertad de información, que se justifica en que legitima la actuación de la prensa el hecho de que con la información que se suministra, el público puede hacer un ejercicio más efectivo de sus derechos y el cumplimiento mejor de sus obligaciones para con la sociedad y los demás individuos, un conocimiento más apropiado de sus valores nacionales y culturales, la formación de un sentido crítico para la apreciación de los hechos, el desenvolvimiento de sentimientos de amistad y respeto mutuo con otros hombres, grupos o pueblos y una compenetración más perfecta con las aspiraciones y necesidad de su propio pueblo [45]. d) Difusión de la imagen de personas fallecidas En el caso de personas fallecidas, el consentimiento para la publicación deben darlo los herederos o la persona designada por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos del mismo grado debe decidir el Tribunal. Pasados veinte años desde la muerte, es libre la publicación no ofensiva; la calificación proviene del anteproyecto Cifuentes – Rivera. e) Extensión de la protección a la voz La doctrina ha propiciado que la tutela de la imagen se extienda a la voz, viendo en esta una segunda imagen [46]. Es la solución que propicia el Proyecto al equipara la imagen y la voz en el artículo 107. La regla del último párrafo del art.107, relativa a la imagen de personas fallecidas, se aplica también a la reproducción de la voz, en función de la equiparación que la norma hace de ambas expresiones de la personalidad.

- **F) CARÁCTER DE LA ENUMERACIÓN. LA DIGNIDAD PERSONAL** Ya hemos visto que el artículo 105 alude de manera explícita a la afectación de la intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen, identidad; y continúan diciendo o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal. Resulta claro entonces que el derecho al resarcimiento procede en todos los casos en que es afectada la dignidad personal, aun cuando ello no provenga de la violación de la intimidad, el honor, la imagen o la identidad. Así por ejemplo, los actos de discriminación afectan la dignidad personal y pueden dar lugar a la reparación de los daños y perjuicios. La solución del Proyecto se funda en que en definitiva todos los derechos de la personalidad tienen un fundamento único: el debido respeto a la dignidad personal, como ha sido explicado antes en este mismo trabajo[47].
- **G) DISPONIBILIDAD RELATIVA** Cifuentes enseña desde la primera edición de su obra que los derechos personalísimos son de disponibilidad relativa[48], lo cual significa que el titular no puede desprenderse de manera absoluta de ellos, pero sí puede consentir actos de disposición relativa, autorizando intromisiones a su vida privada o la difusión de su imagen, etc. Naturalmente los actos de disposición de los derechos de la personalidad tienen como límites a la ley, la moral y las buenas costumbres, con lo cual se establecen los standards habituales y generalmente admitidos por la doctrina y la jurisprudencia. La norma proyectada tiene antecedente próximo en el artículo 115 del anteproyecto PEN y el anteproyecto Cifuentes – Rivera, los cuales a su vez se inspiraron en el art. 5 del Código civil de Perú de 1984. H) EFECTOS Quien ha sido víctima de un atentado a su dignidad personal, tiene derecho a: reclamar la indemnización de daños y perjuicios (art. 105); pretender medidas cautelares que tiendan a hacer cesar inmediatamente el atentado que ha comenzado a ser ejecutado (art. 109, inc. a), sin necesidad de acreditar dolo o culpa del autor ; la fuente de este último párrafo es el art. 116, inc. 1) del anteproyecto PEN; a solicitar medidas precautorias para evitar el daño futuro, pues ello emana de la regla establecida en el artículo 1586, conforme al cual El tribunal tiene atribuciones para disponer, conforme a las circunstancias, medidas tendientes a evitar la producción de daño futuro. Ello enraiza con la previsión del artículo 43, primer párrafo, de la Constitución Nacional, que establece: Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. Parece claro que la referencia a los actos que de manera inminente amenacen los derechos de la persona, están dando al amparo la finalidad de cautelar tales derechos aun cuando el daño aun no se haya producido; en definitiva, es reconocer constitucionalmente la acción de inhibición [49]; solicitar las publicaciones que le sean satisfactorias (art. 109, inc. b). El derecho a reclamar las publicaciones, está reproducido en el art. 1640 del Proyecto; a ejercer el derecho de rectificación o respuesta previsto en el artículo 14.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, cuya operatividad había sido reconocida por la Corte Suprema antes de la reforma constitucional [50], y cuya constitucionalidad ha sido también aceptada por la Corte Suprema después de la reforma constitucional de 1994 [51] La responsabilidad civil reconoce un factor de atribución subjetivo (arg.

del art. 1602, segundo párrafo), y se excluye cuando el autor de una ofensa a la dignidad personal es intimado a retractarse y lo hace adecuada e inmediatamente (art. 1702, inc. a). Esta última exclusión de responsabilidad no es fácil de ajustar a la previsión del art. 14.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en tanto dispone que En ningún caso la rectificación o respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido; de todos modos podría entenderse que la retractación no es lo mismo que la rectificación o respuesta ya que la primera emana del autor de la ofensa, mientras que la segunda proviene de la víctima.

6. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD FISICA

A) La vida y la integridad física Atento la inviolabidad de la persona es claro que ella tiene derecho a que se respete su vida – desde el mismo momento de la concepción - y su integridad física; y en caso de que alguno de esos derechos resulte violado, nacen las acciones resarcitorias pertinentes, tendientes a que se repare el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial. Al respecto cabe señalar que el Proyecto considera daño extrapatrimonial al que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como el que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal o en cualesquiera otras afecciones legítimas. Si bien esta es una materia propia de la responsabilidad civil, se advierte el propósito de extender la noción de daño moral que actualmente existe en el derecho privado argentino, al menos para la mayoría de la doctrina [52]. Lo cual es una manera de extender y profundizar la tutela de la integridad personal.

B) Los actos de disposición del propio cuerpo a) Introducción Es notorio que la tutela de la persona no se agota en darle acciones de reparación del daño causado a su integridad, pues los derechos de la personalidad física no se agotan en ese aspecto negativo (no ser muerto o lesionado por otro), sino que contienen también un aspecto positivo, cual es el de disponer – en alguna medida – del propio cuerpo. Así, puede alguien dar un órgano de su cuerpo ; puede prestarse a un tratamiento médico, dar sangre, prestarse para una investigación científica o para experimentar un nuevo medicamento. Y por último, puede disponer la suerte de su cadáver, estableciendo el modo en que han de hacerse sus exequias o la dación de todo o parte de él para la investigación científica, o para ser implantados algunos de sus órganos en otras personas. Ahora bien; esos actos de disposición del propio cuerpo deben ser otorgados dentro de las pautas legales que tienen a: (i) evitar actos que produzcan la muerte o una grave disminución permanente de la integridad física del sujeto; (ii) prohibir actos que tengan una finalidad contraria a la moral y las buenas costumbres. b) La regla propuesta Es en el sentido indicado en el último párrafo precedente que se orienta el Proyecto, al establecer la regla general del art. 110, que bajo el acápite Actos de disposición del propio cuerpo, propone –en su primer párrafo- el siguiente texto: Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres; salvo que sean requeridos para la curación o el mejoramiento de la salud de la persona. c) Los antecedentes Una regla de esta laya ha sido largamente reclamada por la doctrina, constituyendo un hito la recomendación de las IIas. Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, Pcia. De Bs.As. , 1983) [53]; y había sido ya incorporada al artículo 119 del anteproyecto PEN. d) Los efectos La regla es entonces que no son permitidos los actos: que causan una disminución permanente de la integridad física (la amputación de un brazo o una pierna, la ablación del bazo o de un pulmón); los que sean contrarios a la ley (una dación de un órgano para ser implantado en otro, al margen de las disposiciones que específicamente regulan los trasplantes; las intervenciones tendientes a la modificación del sexo morfológico, y en general las prácticas esterilizantes); los que sean contrarios a la moral o las buenas costumbres; entre estos quedan incluidos los actos que importan disposición del cuerpo humano por precio en dinero; es sabido que el cuerpo humano no puede ser objeto de actos jurídicos, por lo que los "contratos" que se pretendan celebrar sobre él son inválidos. En los dos últimos casos no se requiere para la prohibición que el acto cause una disminución grave y permanente. e) El consentimiento El solo consentimiento del sujeto no legitima las prácticas prohibidas por este precepto. Es este un criterio largamente arraigado en la doctrina nacional, y que ha tenido reflejos en algunos casos resueltos por los tribunales; en fin, el consentimiento del paciente sólo puede darse para operaciones o intervenciones lícitas. f) La licitud El consentimiento entonces puede ser válidamente acordado a los actos que causan una disminución permanente y grave, sólo si son exigidos para la curación o el mejoramiento de la salud de la persona. g) Exigencia del consentimiento para los actos médicos El art. 112 del Proyecto establece : Nadie puede ser sometido sin su consentimiento a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos, cualquiera sea su naturaleza, salvo disposición legal en contrario. Esta norma constituye una emanación de la doctrina nacional, pues la primera recomendación en ese sentido proviene de las reiteradamente citadas IIas. Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, Pcia. de Buenos Aires), fue recogida en el anteproyecto Cifuentes – Rivera, y consagrada en el anteproyecto PEN (art. 120). Comentando ese último precepto se ha dicho que se consagra el respeto a las decisiones personales sobre el propio cuerpo, que hace a la esencia de la dignidad [54]. Es, en definitiva, un derecho esencial de los pacientes [55], y como tal ha sido reconocido en

varios pronunciamientos judiciales [56], en los que se ha establecido como doctrina que siendo el consentimiento del paciente indispensable para justificar las consecuencias graves de una atención médica, y su ausencia torna ilegítimo el hecho médico. indispensable para justificar las consecuencias graves de una atención médica, y su ausencia torna ilegítimo el hecho médico en los que se ha dicho siendo su consentimiento indispensable para justificar las consecuencias graves de una atención médica, y su ausencia torna ilegítimo el hecho médico [57]. Por último, ha sido admitido por la misma jurisprudencia de la CSN en la sentencia dictada en el caso Bahamondez [58]. Por lo que en definitiva el criterio que rige en nuestro derecho vivo, es que el paciente puede negarse a someterse a un tratamiento médico, quirúrgico o clínico [59] aunque de ello resulte su muerte; y con mayor razón tratándose de una intervención cruenta como lo es la amputación de un órgano o de un miembro[60]. Han sido fuentes del precepto los Códigos civiles de Quebec (art. 11); Bolivia, (art. 14); Etiopía (art. 20). También aparece la misma regla consagrada en la ley francesa 94-653 del 29 de julio de 1994[61] h) El consentimiento informado El art. 114 del Proyecto contiene el siguiente texto: Consentimiento informado. Cuando las circunstancias lo aconsejan, el paciente o quien deba dar su consentimiento en el caso del artículo precedente, debe ser informado razonablemente sobre el procedimiento médico, sus consecuencias y sus posibilidades curativas. Es el denominado consentimiento informado, propiciado también en la doctrina argentina con extensos y sólidos argumentos; encuentra respaldo en leyes especiales, como ha sido señalado en un importante precedente judicial [62], y su vigencia ha sido reconocida por numerosos pronunciamientos de los tribunales [63] Se lo ha caracterizado de la manera que sigue: En la determinación de la responsabilidad médica, el consentimiento informado constituye la declaración de voluntad del paciente luego de habérsele brindado suficiente información sobre el procedimiento o intervención quirúrgica propuesta como médicamente aconsejable. En efecto, como el paciente es quien debe sufrir las consecuencias y soportar los gastos del tratamiento médico, debe conocer cuáles son los riesgos que encierra el tratamiento propuesto, las alternativas posibles y cuántas y cuáles son las probabilidades del éxito. Tal consentimiento comprende dos deberes por parte del médico: la obtención de dicho consentimiento y la información al paciente, a fin de que pueda participar inteligentemente en la aceptación o no del tratamiento [64]. i) Quién da el consentimiento Uno de los temas que aflige a la doctrina especializada, y que además da lugar a situaciones de hecho a veces angustiosas para los profesionales de la medicina, es la determinación de las personas que pueden prestar el consentimiento para un acto médico cuando quien ha de recibirlo no está en condiciones de prestarlo, por ser incapaz de hecho o estar privado de la conciencia. Para dar respuesta a esta situación que se plantea con frecuencia, el Proyecto propone en su art. 113: Si el paciente es incapaz de ejercicio o no está en aptitud de expresar su voluntad, debe recabarse el consentimiento de su representante legal, cónyuge o pariente más próximo o allegado que en presencia del médico se ocupe de él. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación tiene por objeto evitar un mal grave al paciente. j) Caso en que no se admite el consentimiento por representación. El artículo 110 del Proyecto establece en su último párrafo que el consentimiento para actos de disposición del propio cuerpo no prohibidos por el primer párrafo de ese mismo artículo, no puede ser suplido y su revocación no causa responsabilidad alguna. Este precepto debe ser interpretado a la luz de la nota puesta al pie del artículo 119 del Anteproyecto PEN, del cual pasó al Proyecto que estamos examinando. Se explica allí que ese dispositivo tiende a evitar actos sobre el cuerpo de menores e interdictos por causas psíquicas. En otras palabras, los padres no pueden consentir actos sobre el cuerpo de sus hijos menores aun cuando no produzcan una disminución permanente de su integridad física. Por lo tanto, los padres o representantes legales sólo pueden consentir actos sobre el cuerpo de sus hijos o pupilos, cuando son exigidos para la curación o mejoramiento de su salud. k) Negativa injustificada del representante a prestar el consentimiento Por otro lado, el artículo 113, ya visto, se complementa con un segundo párrafo en el que se establece que La negativa injustificada de las personas antes mencionadas a consentir un acto médico requerido por el estado de salud del incapaz, se suple por autorización judicial. Se trata del caso en que el representante legal se niega injustificadamente a que su representado reciba un tratamiento indicado para su curación o mejoramiento. No puede ocultarse que el texto tiene en miras el caso frecuente de los testigos de Jehová que se oponen a que sus hijos menores reciban transfusiones de sangre. Este tema fue abordado en algunos precedentes judiciales, en los que con buen criterio se suplió la negativa por la autorización judicial; es que ni siquiera hay un conflicto de derechos, pues uno es el derecho a la salud del incapaz y otro es el derecho a las libres convicciones religiosas de su representante legal. Una disposición semejante está en el art. 16 del Código de Quebec.

C) PROHIBICION DE LAS PRACTICAS EUGENESICAS:

Reglas absolutamente novedosas son previstas en el artículo 111 relativo a las prácticas eugenésicas. Ese precepto reconoce como fuente la ley francesa. La disposición prohíbe las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos de los seres humanos; así como las modificaciones a los caracteres genéticos con la finalidad de alterar los caracteres genéticos de una persona, salvo que ello sea requerido para evitar la transmisión de enfermedades o la predisposición a ellas. Finalmente, de manera reiterativa, el último párrafo, prohíbe toda

práctica que afecte la integridad de la especie humana, la selección de personas y de la descendencia, salvo que esas prácticas tiendan a la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas. Sería conveniente que al ser tratado este precepto en el Congreso, se unifiquen los párrafos segundo y tercero, pues el artículo aparece como tautológico. Pero más allá de la redacción quizás poco feliz del precepto, lo cierto es que las reglas que en él se establecen están alineadas con las mayores preocupaciones de la humanidad, expuestas – entre otros documentos – en la Convención Europea de Derechos del Hombre y la Biomedicina [65] y en la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos del hombre adoptada por la Unesco el 11.11.97. Esta última consagra el genoma humano como patrimonio común de la humanidad. De allí derivaron las condenaciones a las prácticas de la clonación, que debe entenderse interdicta en el Proyecto de acuerdo a la previsión del artículo que estamos examinando.

D) LA DISPOSICION DEL CADAVER

Un tema que ocupa desde antaño a la jurisprudencia argentina es el de la disposición del cadáver [66]. Ella ha reconocido que es indiscutible el derecho de las personas para disponer sobre el destino ulterior de sus restos mortales, es decir, que el principio que gobierna el derecho de inhumación y custodia, es la voluntad del causante[67] Ninguna norma jurídica específica recepta actualmente el conflicto relativo al poder de disposición de los restos mortales en ausencia de manifestación de voluntad del difunto, por lo que es un criterio generalizado que la decisión de los parientes deberá conformarse a las creencias religiosas del fallecido y no contrariar los usos y costumbres corrientes sobre sepulturas y custodia de cadáveres [68]. En cuanto a quien tiene derecho a disponer del cadáver, no mediando manifestación de voluntad hecha en vida por el causante, la jurisprudencia ha sentado como criterio sobre el derecho de custodia de los cadáveres, el orden sucesorio "ab intestato": cónyuge supérstite, descendientes, ascendientes y colaterales [69]. El Proyecto prevé un artículo 116 en el que se consagran los criterios de la jurisprudencia que venimos de comentar; de donde, el sistema reposa sobre dos reglas fundamentales: quien inicialmente dispone es la propia persona, siempre que sea capaz de otorgar testamento; puede entonces establecer el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar; si la persona nada ha expresado, dispone en primer lugar el cónyuge no separado judicialmente; y en su defecto los parientes según el orden sucesorio, quienes sin embargo no pueden dar al cadáver un destino contrario a los principios religiosos del difunto. Esto último se funda en que la posibilidad de que el cuerpo después de la muerte tenga un destino diverso a la voluntad presunta del individuo, configura una violación a la dignidad propia del hombre, que se expresa en el principio de la autodeterminación [70]. La fuente de este precepto es el anteproyecto de 1954 (art. 74). Disposiciones semejantes aparecen en el anteproyecto Cifuentes – Rivera y en el anteproyecto PEN (art. 124); este último indica también como fuentes a los códigos de Perú (arts. 8 y 13) y de Etiopía (arts. 25 y 26). Puede señalarse que el anteproyecto PEN daba legitimación al cónyuge o a quien convivía con el fallecido en aparente matrimonio hasta su fallecimiento; y sólo en defecto de éste a los demás parientes según el orden sucesorio. Sin embargo este no es el criterio de la jurisprudencia, que ha resuelto que aun en el supuesto de que se tuviera en cuenta la intensidad del afecto que vinculaba al actor con su concubina, no se justifica apartarse del criterio que otorga a los parientes legítimos hijos en este caso, derecho preferente a la custodia de los despojos del difunto, máxime que los parientes legítimos en momento alguno obstaculizaron al actor el acceso a la tumba, ni prohibieron a aquél rendir tributo a la memoria de su compañera [71]

7. LOS TEMAS EXCLUIDOS (hábeas data y derecho de rectificación o respuesta)

Es preciso puntualizar que el Proyecto presenta dos omisiones: el tratamiento del hábeas data y del derecho de rectificación o respuesta, pese a que el anteproyecto PEN los regulaba expresamente. Es razonable que no se establezcan disposiciones sobre el hábeas data, pues tal cuestión está en pleno tratamiento en el Congreso de la Nación para el dictado de una ley especial, mucho más detallada que la escueta enumeración de reglas de principio que hacía el Anteproyecto PEN. En cambio, personalmente creemos que el Proyecto debió regular el derecho de rectificación o respuesta, incluso sacando provecho de la sensata crítica que hizo Cifuentes al anteproyecto PEN en la segunda edición de su obra sobre derechos personalísimos ; con mayor razón desde que este derecho está expresamente reconocido en el art. 14 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y su constitucionalidad y operatividad han sido reconocidas por la jurisprudencia de la CSN.

---------- N O T A S

[1] V. Hattenhauer, Hans, Conceptos fundamentales del derecho civil, trad. de Gonzalo Hernández, Madrid, 1987, cap. I.

[2] Rivera, Julio César, El derecho privado constitucional, RDPyC nº 7

[3] Véanse los comentarios agudos de Hattenhauer sobre Savigny en la ob. cit., nº 7, pág. 19/20

[4] El mismo autor que venimos citando recuerda el proyecto de Código Civil de la Academia del Derecho alemán, que no usaba la palabra persona, sustituyéndola por camarada; y tampoco usaba capacidad que sustituía por posición jurídica.

[6] Larenz, Karl, Derecho Civil – Parte General, trad. de Miguel Izquierdo y Macías – Picavea, ...

[7] Hemos dado nuestra opinión sobre este tema en Instituciones de Derecho Civil – Parte General, t. I, 2da. Ed., Bs.As., 1998, nº 87, en particular apartado d), pág. 119 [8] Hattenahuer, ob. y lug. cit., nº 9, pág. 24

[9] Belluscio, Augusto, Anteproyecto de Código Civil. Disidencias, LL 7.5.99

[10] Alterini, Atilio A., Sobre las disidencias con el proyecto de Código Civil, LL 1999-D-964

[11] Publicado en ED 115-832

[12] La eliminación de este recaudo había sido propiciado por las Iias. Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, 1983) y las Ixas. Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1983))

[13] Igual que en el caso anterior, las mismas Jornadas mencionadas habían propiciado la eliminación de este recaudo absolutamente superfluo y equívoco; se ha señalado en la doctrina, que el hecho de que la conducta de entrometimiento constituya un delito del derecho penal no obsta al derecho a la reparación del daño causado, aunque más no sea por los principios generales del derecho civil: Zannoni, Eduardo A., El daño en la responsabilidad civil, Bs.As., 1982, nota 225 en pág. 325; Rivera, Julio César, Derecho a la intimidad, LL 1980-D-931

[14] v. en cambio la notable previsión de Diez Picazo, Luis, Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado, Madrid, 1979

[15] En esta orientación el anteproyecto Cifuentes – Rivera preveía: La ley protege la propia estima subjetiva y el buen nombre externo objetivo....

[16] v. Fernández Sessarego, Carlos, "Derecho a la identidad personal", Bs.As., 1992; Rivera, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil - Parte General", t. II, Bs.As., 1993, n° 785, pág. 116

[17] Corte de Casación italiana , 22.6.85, Nuova Giurisprudenza Italiana Commentata, 1987-II-467, con nota de Zeno Zencovich

[18] Bavetta, citado por Tamburrino, "Le persone fisiche", en la serie "Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale", Torino. 1990, n° 54, pág. 139

[19] En este sentido v. Visintini Tarello, Giovanna, "Il c.d. diritto alla identitá personale e le reazioni della dottrina di fronte alla attivitá creatice di un diritto della giurisprudenza", en "Il diritto alla identitá personale", a cura di Guido Alpa, Mario Bessone e Luca Boneschi, Padova, 1981, pág. 70

[20] Fallado originariamente por el Trib. de Milano el 19.6.80 y luego confirmado por la Casación en la sentencia ya citada

[21] Se trataba, como es vastamente conocido, de un médico que combatía el tabaquismo, y que en una declaración pública, ante una pregunta, respondió que efectivamente se reducía el riesgo para la salud con los cigarrillos con menos nicotina. Ello fue aprovechado para hacer una publicidad de este tipo de cigarrillos haciendo aparecer la opinión del científico. Amén de que existían numerosas razones para fundar la atribución de una indemnización en favor de Veronesi, el tribunal consideró, sin duda con excelente criterio, que se había distorsionado la personalidad - la identidad - del médico Veronesi.

[22] Fernández Sessarego, ob. cit., a partir del cap. VII en pág. 287; Tamburrino, ob cit., n° 55, pág.141 cita

numerosa doctrina italiana que se orienta en este sentido

[23] Rivera, ob cit., n° 787, pág. 117

[24] Tommasini, Raffaele, "L'identitá dei sogetti tra apparenza e realtá: aspetti di una ulteriore ipotesi de tutela della persona" en el volumen "Il diritto alla identitá personale", a cura de Guido Alpa, Mario Bessone, Luca Boneschi, Padova, 1981, a partir de pág. 78 particular, pág. 83

[25] Muller - Saux, ponencia presentada a las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Daño a la identidad personal, Tucumán, 1993; en el mismo sentido Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", vol. 2 c), "Daños a las personas", Bs.As., 1994, # 46, pág. 246

[26] CSN, 13.11.90, LL 1991-B-470, con nota de Jorge Mazzinghi; v. también Oteiza, Eduardo, "La doctrina de la Corte Suprema sobre el derecho del niño a conocer su identidad, la adopción y las facultades instructorias de los jueces penales", LL 1991-E-891 [27] CS Santa Fe, 19.9.91, LL 1992-D-536 con nota de María Josefa Méndez Costa, "Encuadre constitucional del derecho a la identidad"

[28] CNCiv., sala A, 28.2.94, LL 8.3.95 con nota de Andrea Inés Podestá y María Julieta Sáenz

[29] Sobre la inherencia como característica de los derechos de la personalidad, por todos: Cifuentes, Santos, "Los derechos de la personalidad", 2da. ed., Bs.As., 1995, # 29, pág. 183 [30] Tamburrino, ob. cit., nº 39, pág. 97 [31] v. Zavala de González, ob. cit., # 46, a partir de pág. 254

[32] Zavala de González, ob. cit., # 46, j), pág. 258

[33] Borda, Guillermo A., "Tratado - Obligaciones", a partir de la 3a. ed., Bs.As., 1971, t. II,n° 1310, pág. 224; Bustamante Alsina, Jorge H., "Teoría general de la responsabilidad civil", 4a. ed., Bs.As., 1983, n° 193, pág. 95.

[34] Cit. por Tamburrino, Giuseppe, ob. cit., pág. 138

[35] Rivera, Instituciones, t. II, nº 776, pág. 103/104

[36] Cifuentes, Santos, Los derechos personalísimos, Bs.As.-Cdba. 1974, pág. 314

[37] CNCiv., sala C, 6.5.82, ED 99-714

[38] v. Rivera, Julio César, Hacia una protección absoluta de la imagen personal, Rev. de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, nº 1, pág. 33

[39] 1ª. Inst. Civil, 20.9.78, ED 81-459, CNCiv., sala G, 5.4.88, JA 13.7.88

[40] Es la solución que aparece en la ley española del 5 de mayo de 1982 y en el Código Civil de Quebec (art. 36, inc. 3) [41] Participar es tomar uno parte en una cosa, según la definición que da el Diccionario de la Academia de la Lengua.

[42] V. Cifuentes, Los derechos personalísimos, citado, págs. 330/331, con citas de las leyes italiana y alemana que considera superiores en su expresión a la ley 11723

[43] Este consideraba lícita la captación o reproducción cuando la persona aparece en público o en actos realizados en público, con lo cual se desvanecía enormemente el ámbito de protección, pues está en público quien simplemente camina por la calle, y es obvio que eso no legitima la captación o reproducción de su imagen, aunque esos hechos no tuvieran una finalidad comercial.

[44] CSN, 15.5.86, LL 1986-C-406; y a partir de allí en numerosos casos

[45] Novoa Monreal, Eduardo, Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos, 3ª. Ed., México, 1987, pág. 156

[46] Entre nosotros: Leiva Fernández, Luis, El derecho personalísimo sobre la propia voz, LL 1990-A-845; en el derecho francés Huet-Weiler, Daniéle, La protection juridique de la voix humaine, Revue Trimestrielle de Droit

[47] v. también Rivera, Instituciones, t. II, nº 725, pág. 25

[48] Cifuentes, Los derechos personalísimos, citado, pág. 146

[49] De todos modos las medidas cautelares no deben afectar garantías constitucionales, como lo señalaba de manera explícita el art. 1549 del anteproyecto PEN. Lo que significa la exclusión de medidas que importen una forma de censura previa, por estar ellas vedadas por el art. 14 de la CN y el art. 13.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; esa prohibición comprende también a las medidas que puedan dictar los jueces, según la interpretación que ha hecho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; al respecto v. Rivera, Julio César, Medidas cautelares limitativas de la circulación o difusión de libros en tutela del honor (a propósito de "Mitterand", "Martorell" y "Grenada"), en Responsabilidad por daños en el tercer milenio – Homenaje al Prof. Dr. Atilio Aníbal Alterini, Bs.As., s/f, pág. 598

[50] CSN, 7.7.92, ED 148-339

[51] CSN, 16.4.98, ED 181-1098 con nota de Rivera (h), Julio César, Constitucionalidad y extensión del derecho de rectificación o respuesta. Análisis del caso "Petric c/ Página 12".

[52] V. Bueres, Alberto J., El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general, RDPC n° 1, pág. 237

[53] v. Rivera, Julio César, Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos, LL 1983-D-846

[54] Goldenberg – Tobías – De Lorenzo, Reformas al Código Civil - Parte General, Bs.As., 1996, pág. 86

[55] v. Kraut, Alfredo, Los derechos de los pacientes, Bs.As., 1997

[56] v. Bustamante Alsina, Jorge Horacio, La voluntad de cada uno es el solo árbitro para decidir una intervención en su propio cuerpo, LL 1991-B-363.

[57] CNCiv., sala I, octubre 25 990. LL 1991D, 117, con nota de Susana Albanese; DJ, 19912565; CCivil y Com. San Martín, sala I, setiembre 29994. Luna de Rovere, Rosa E. c. Ocariz, Roberto A. y otro), LLBA, 19941001.

[58] CSN, 6.4.93 , JA 1993-IV-558,con nota de Julio César Rivera, "Negativa a someterse a una transfusión sanguínea",; también publicada en Aequitas (Lima, Perú), Año 2, núm. 2, pág. 243; LL 1993-D-130; ED 153-254

[59] Juz. Civil y Com. Nº 5, Rosario,26.11.97, LL 1998C, 266

[60] Juz. Crim. y Correc. Nº 3, Mar del Plata, setiembre 18, 1997. - P., A. F.), LA LEY, 1997F, 602

[61] El art. 16.3 de la ley francesa dispone: Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.

[62] Juz. Crim. y Correc. Nº 3, Mar del Plata, 18.9.95, LLBA, 19951207, en el que se dijo: En el reconocimiento de la autonomía del paciente se fundamenta la doctrina del consentimiento informado, establecido por las leyes 17.132 de ejercicio de la medicina, 24.193 de ablación y transplante de órganos, así como las leyes 11.044 sobre protección de personas incluidas en investigaciones científicas y 11.028 regulatoria del funcionamiento de centros de procreación humana asistida.

[63] Entre otros, CNCiv., sala I, octubre 25 990. LL 1991D, 117, con nota de Susana Albanese; DJ, 19912565.

[64] CNCiv., Sala F, 5.2.98, LL 1998E, 96

[65] Abierta a la firma el 4 de abrilde 1997, estaba firmada por 22 países en junio de 1998, según información que da Byk, Christian, en Bioéthique, JCP 1998-I-139

[66] Sobre el punto ver: Malicki, Anahí, “El cadáver. Actos dispositivos”, en Rivera, Julio César, “Derecho Civil. Parte General. Temas”, Bs.As., 1987, t. II, pág. 111; Highton, Elena I. – Lambois, Susana, Quien dispone de nuestros cuerpos cuando morimos, ED 136-97

[67] CCivil y Com. Rosario, sala IV, 21.9.93, JA, 1994III320.

[68] CNCiv., sala A, 28.2.94, LL 1995A, 378. DJ, 19951639 ED, 158468. [69] CCivil y Com. Rosario, sala IV, 21.9.93, JA, 1994III320.Juzg. Civil y Com. N° 22, Córdoba, 27.6.91, LLC, 1991890. [70] C4aCC Córdoba, 31.7.97, LLC, 19981111 [71] Juzg. Civil y Com. N° 22, Córdoba, junio 27 99,, LLC, 1991890. ----------

¿ Quién es la madre de un niño nacido por aplicación de una técnica de fecundación asistida ?

(Corte Sup. California EE.UU. de A., 20/5/93 - Johnson v. Calvert/1993 WL 167739 [Cal.]). JA 1995-I-451 - Con nota de ADRIANA M. WAGMAISTER y LEA M. LEVY.

California, mayo 20 de 1993 El Dr. Panelli dijo:"1. En este caso examinamos varias de las cuestiones jurídicas que plantean los recientes avances de la tecnología reproductiva. Se plantea la siguiente cuestión:
¿quién es la `madre natural' de un niño bajo el derecho del estado de California cuando, a raíz de un acuerdo de maternidad sustitutiva (2), un cigoto (3), formado de los gametos (4) de un esposo y de una esposa, es implantado en el útero de otra mujer, la cual lleva a término el feto resultante y da a luz a un niño no relacionado genéticamente con ella?
¿La determinación de que la esposa es la madre natural del niño, constituye una violación de los derechos constitucionales de la mujer que lo gestó?
¿Y se encuentra el citado acuerdo prohibido por el orden público de este Estado?
Llegamos a la conclusión de que el esposo y la esposa son los padres naturales del niño y que esta solución no afecta las constituciones estadual y federal y tampoco el orden público.I. HechosMark y Crispina Calvert son una pareja casada que deseaba tener un niño. Crispina se vio obligada a someterse a una histerectomía en 1984 (5). Sin embargo, sus ovarios siguieron en condiciones de producir huevos y, finalmente, la pareja consideró la posibilidad de una madre sustituta. En 1989, Anna Johnson se enteró por un colega de la situación de Crispina y se ofreció para actuar de madre sustituta para los Calvert.El 15/1/89 Mark, Crispina y Anna firmaron un contrato, en el cual se establecía que un embrión creado por el esperma de Mark y el huevo de Crispina sería implantado en Anna y que el niño que naciera sería llevado al hogar de Mark y Crispina `como el hijo de ellos'. Anna estuvo de acuerdo en renunciar a `todos sus derechos como madre' respecto del niño en favor de Mark y Crispina. Como contraprestación, Mark y Crispina iban a pagar a Anna la suma de u$s 10000 en cuotas, la última de las cuales iba a ser abonada seis semanas después del nacimiento del niño. Además, Mark y Crispina se comprometieron a pagar por un seguro sobre la vida de Anna, por valor de u$s 200000.El cigoto fue entonces implantado el 19/1/90. Menos de un mes más tarde, un test de ultrasonido confirmó que Anna se encontraba embarazada.Desgraciadamente, las relaciones entre ambas partes se deterioraron. Mark se enteró de que Anna no había revelado que había sufrido varios partos en los cuales el niño había nacido muerto y embarazos fracasados. Anna consideró que Mark y Crispina no habían hecho lo suficiente para obtener la póliza de seguro requerida. También se sintió abandonada durante el comienzo de los dolores prematuros de parto en junio.En julio de 1990, Anna envió a Mark y a Crispina una carta exigiendo que se le pagara el saldo de la suma que se le debía o, de lo contrario, se rehusaría a entregar el niño. Al mes siguiente, Mark y Crispina le contestaron con una acción legal, en la que solicitaban una declaración en el sentido de que ellos eran los padres legales del niño que aún no había nacido. Por su parte, Anna inició una acción en la que requería que se declarara que era la madre del niño. Finalmente, ambos casos fueron unificados. Las partes estuvieron de acuerdo en la designación de un guardián independiente `ad litem' a los fines del pleito.El niño nació el 19/9/90, y se obtuvieron muestras de sangre de Anna y del niño para ser analizadas. La prueba de sangre excluyó la posibilidad de que Anna fuera la madre genética. Las partes aceptaron una decisión del tribunal que disponía que el niño permanecería temporalmente con Mark y Crispina, con un régimen de visitas en favor de Anna.2. Durante el juicio, en octubre de 1990, las partes convinieron en que Mark y Crispina eran los padres genéticos del niño. Luego de la audiencia de prueba y de los alegatos, el juez de 1ª instancia resolvió que Mark y Crispina eran el padre y la madre `genéticos, biológicos y naturales' y que el contrato de maternidad sustituta era válido y exigible, en contra de los planteos de Anna. El juez también dio por finalizada la orden que prmitía el régimen de visitas. Anna interpuso recurso de apelación contra la decisión del juez de 1ª instancia. La Cámara de Apelaciones para el Cuarto Distrito, Tercera División, confirmó. Hemos aceptado revisar el caso.II. Discusión...Las secciones 7001 y 7002 Cód. Civil [de California] han reemplazado la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos mediante el concepto de `relación entre padre e hijo'. La `relación entre padre e hijo' significa `la relación jurídica que existe entre un niño y sus padres naturales o adoptivos, a resultas de la cual la ley otorga o impone derechos, privilegios, deberes y obligaciones. Incluye a la relación entre la madre y el niño y la relación entre el padre y el niño'. (Código Civil, sección 7001). `La relación entre padre e hijo se extiende igualmente a todo hijo y a todo padre, sin importar el status marital de los padres' (Código Civil, sección 7002). En consecuencia, `la relación entre padre e hijo' constituye una relación jurídica que abarca a dos categorías de padres: los `naturales' y los `adoptivos'.Evidentemente, la sanción de la Ley [que modificó las mencionadas secciones del Código Civil conforme a la redacción que se acaba de leer] no estuvo motivada por la necesidad de resolver conflictos respecto de las madres sustitutas, las cuales eran virtualmente desconocidas en 1975 [año de sanción de la ley]. Sin embargo, su texto resulta aplicable a cualquier determinación acerca de la paternidad, incluyendo a aquellos raros casos en los cuales se discute la maternidad del niño. Se nos ha solicitado que dejemos a la ley a un lado y que

decidamos el caso conforme a otros criterios, que incluyan preceptos constitucionales y nuestro propio sentido acerca de las exigencias del orden público. Sin embargo, nos sentimos obligados a rechazar este pedido. No es inusual que los tribunales deban interpretar leyes en un contexto fáctico que no fue contemplado por la legislatura que sancionó aquéllas... [La] ley ofrece un mecanismo para resolver este pleito, a pesar de que éste no haya sido creado específicamente con tal objetivo. Por lo tanto, procederemos a examinar los argumentos de las partes dentro del marco de la ley.3. Resulta fácil sintetizar estos argumentos. Anna, por supuesto, funda su reclamo de maternidad en el hecho de que ella dio a luz al niño. Los Calvert sostienen que la relación genética de Crispina con el niño determina que ella sea la madre. El representante del menor adhiere a este planteo y sostiene, además, que varias de las presunciones creadas por la ley llevan al mismo resultado. Tal como se verá más adelante, concluimos que la introducción de la prueba basada en el examen de sangre es un medio para establecer la maternidad -de la misma forma que es una prueba haber dado a luz-, pero que las presunciones citadas por el representante del menor no son aplicables a este caso.Examinaremos ahora las pocas disposiciones de la ley que se refieren directamente a la determinación de la maternidad. `Cualquier parte interesada' -incluye, presumiblemente, a la madre genética- `puede iniciar una acción con el objeto de determinar la existencia... de una relación entre madre e hijo' (Código Civil, sección 7015). La sección 7003 dispone, en la parte que interesa, que, entre un niño y su madre natural, la relación de maternidad `puede ser establecida por la prueba de que ella dio a luz al niño...). Además de la sección 7003 del Código Civil, la ley no establece ningún medio específico por medio del cual la madre natural pueda establecer una relación de maternidad. Sin embargo, establece que, en tanto y en cuanto sea posible, las disposiciones aplicables a la relación entre padre e hijo son aplicables en una acción destinada a establecer la existencia o inexistencia de la relación de maternidad (Código Civil, sección 7015). En consecuencia, también resulta necesario examinar esas disposiciones.Un hombre puede establecer la relación de paternidad a través de los medios señalados en la sección 7004 Cód. Civil (secciones 7006, 7004). Conforme a esa sección, la paternidad se presum si el hombre reúne las condiciones establecidas en la sección 621 del Código de Prueba (Código Civil, sección 7004, subdivisión [a]). Esta última ley resulta aplicable, conforme a sus propios términos, en los casos en que se cuestiona la paternidad de un niño que ha nacido de una mujer casada y prevé la utilización de prueba fundada en un examen de sangre... En forma alternativa, la sección 7004 del Cód. Civil crea la presunción de paternidad basada en la conducta del hombre respecto del niño (p. ej., recibir al niño en su casa y tratarlo abiertamente como su hijo natural) o en su matrimonio o tentativa de matrimonio con la madre natural del niño bajo determinadas condiciones.En nuestra opinión, las presunciones contenidas en la sección 7004 del Código no son aplicables a este caso. Describen situaciones en las cuales una prueba sustancial apunta a un hombreen particular como el padre natural del niño... En este caso, no se discute quién está reclamando la relación de maternidad y el fundamento fáctico de la reclamación de cada una de las mujeres resulta obvio. Por lo tanto, no es necesario recurrir a la prueba de presunción con el objeto de determinar la identidad de la madre natural. En lugar de ello, debemos efectuar una determinación de puro derecho respecto de las actoras.4. Resulta significativo para este caso que la sección 892 del Código de Prueba disponga que se podrá ordenar un examen de sangre en una acción en la cual la paternidad sea un hecho relevante. Cuando se discuta la maternidad, la evidencia genética obtenida del examen de sangre será igualmente admisible... El Código de Prueba establece además que si el tribunal considera que las conclusiones de todos los expertos -conforme a la prueba fundada en los exámenes de sangre- determinan que el supuesto padre no es el padre del niño, deberá resolver en consecuencia la cuestión acerca de la paternidad... En igual forma, el examen de sangre también puede ser determinante respecto de la cuestión de la maternidad. Además, existe una presunción iuris tantum de paternidad (en consecuencia, también de maternidad) en caso de hallarse cierto número de marcas genéticas...Si se dejan de lado las presunciones de paternidad que no tienen aplicación al caso, nos encontramos, entonces, con la prueba indiscutida de que fue Anna, y no Crispina, quien dio a luz al niño y que Crispina, y no Anna, es la que se encuentra relacionada genéticamente con aquél. En consecuencia, ambas mujeres han presentado prueba en favor de una relación de maternidad conforme lo previsto en la ley... Sin embargo, el derecho de California reconoce una sola madre natural para cualquier niño, a pesar de que los avances en tecnología reproductiva han hecho biológicamente posible un resultado distinto.No encontramos en la sección 7003 Cód. Civil ninguna preferencia por parte del legislador entre la prueba del examen de sangre y la de haber dado a luz. El "podrá" indica que la prueba de haber dado a luz es un medio admitido de prueba para establecer la relación de maternidad, aunque quizás no sea el único. El disyuntivo "o" indica que la prueba fundada en el examen de sangre, tal como está previsto en la ley, es un medio alternativo de haber dado a luz. Es posible que el lenguaje de la ley refleje `la antigua máxima mater est quam gestation demostrat'(la maternidad se demuestra a través de la gestación). Esta frase, al emplear la palabra `demuestra', siempre ha reflejado la ambigüedad respecto del significado de la presunción. Se podría argüir que, si bien la gestación puede demostrar el status de madre, no es el signo `sine qua non' de la maternidad. Antes bien, es posible que el derecho consuetudinario haya considerado a la consanguinidad genética como el fundamento de los derechos de maternidad. Conforme a esta última interpretación, la gestación sería sencillamente la prueba

irrefutable de la aún más fundamental relación genética (Hill, What Does It Mean to Be a `Parent'? The Claims of Biology As the Basis for Parental Rights [1991] 66 N.Y.U.L. Rev. 353, 370...). Esta ambigüedad, que se encuntra agravada por los problemas causados por el uso de técnicas de reproducción artificiales, no se encuentra en ningún lado resuelta explícitamente por la ley.Debido a que las dos mujeres han presentado pruebas aceptables de maternidad, no creemos que este caso pueda ser resuelto sin examinar las intenciones de las partes, tal como se manifestaron en el acuerdo de sustitución. Mark y Crispina constituyen una pareja que deseaba tener un niño de sus propios genes pero tienen una imposibilidad física para hacerlo sin la ayuda de la tecnología reproductiva. Tuvieron la intención de que el niño naciera y llevaron a cabo los pasos necesarios para efectuar una fertilización in vitro. Si no hubiera sido por su intención -llevada a cabo- el niño no existiría. Anna estuvo de acuerdo en facilitar la procreación del niño de Mark y Crispina. La intención de las partes fue la de traer al mundo al niño de Mark y Crispina, no la de Mark y Crispina de donar un cigoto a Anna. Si bien la función gestativa que Anna llevó a cabo fue necesaria para provocar el nacimiento del niño, se puede asegurar que Anna no habría tenido oportunidad de gestar o de dar a luz el niño si ella, antes de la implantación del cigoto, hubiera manifestado su propia intención de ser la madre del niño. No existe ninguna razón por la cual el posterior cambio de opinión de Anna debiera invalidar la conclusión de que Crispina es la madre natural del niño.5. Concluimos que, si bien la ley reconoce, tanto a la consanguinidad genética como al dar a luz, como medios para establecer una relación de maternidad, cuando los dos medios no coincidan en una sola mujer, entonces debe ser considerada como madre natural bajo el derecho de California aquella que tuvo la intención de procrear al niño, esto es, aquella que quiso provocar el nacimiento del niño y al cual ella tenía la intención de criar como propio.Nuestra conclusión encuentra sustento en los escritos de varios comentaristas jurídicos (ver Hill, What Does It Mean to Be a `Parents'? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights, supra, 66 N.Y.U.L.Rev. 353; Shultz, Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality [1990] Wis. L.Rev. 297 [Shultz]; Nota, Redefining Mother: A Legal Matriz for New Reproductive Technologies [1986] 96 Yale L.J. 187, 197-202. Hill, al sostener que la relación genética no debería poseer per se prioridad para la determinación de la relación de paternidad en el contexto de la madre subrogante, señala que `si bien todos los participantes en el acuerdo de procreación son necesarios para traer al niño al mundo, el niño no habría nacido si no hubiese sido por los esfuerzos de aquellos que tenían la intención de ser sus padres... Los que poseen la intención de ser padres son la causa primera o los que ponen en movimiento a la relación de procreación'...En forma similar, Shultz observa que los recientes desarrollos en el campo de la tecnología reproductiva `extienden dramáticamente la intencionalidad [para ser padres]... Se pueden llevar a cabo ciertos pasos para traer un niño al mundo que, de otra manera, no se habrían hecho...'. `Dentro del contexto de las técnicas de reproducción artificiales', sostiene Shultz, `las intenciones que resultan elegidas voluntariamente, que son deliberadas, expresas y que han sido negociadas, deberían determinar, presuntivamente, la paternidad legal... Otro comentarista ha sugerido convincentemente, en relación a la tecnología reproductiva, que `la concepción mental del niño es un factor decisivo en su creación y los que originaron esa concepción merecen todo el crédito como sus creadores. La concepción mental debe ser reconocida como independientemente valiosa; crea expectativas en los padres iniciadores del niño, y crea expectativas en la sociedad de un adecuado comportamiento de parte de los creadores como padres del niño (Nota, ob. cit., supra, 96 Yale L. J., p. 196).Además, tal como lo reconoce Shultz, los intereses de los niños, -particularmente en el comienzo de sus vidas- `difícilmente van a ser contrarios a auéllos de los adultos que han elegido traerlos al mundo' (Shultz, ob. cit., supra, p. 397). De tal forma `al respetar los planes y las expectativas de los adultos que serán responsables por el bienestar del niño, resulta probable que ello tenga como correlato resultados positivos tanto para los padres como para los niños' (cit.). Por el contrario, conforme a la interpretación que hace Anna de la ley, una mujer que hubiera convenido en gestar un feto relacionado genéticamente con los padres por intención, sería considerada -en contra de sus expectativas- como la madre natural del niño, con todas las responsabilidades que conllevaría tal decisión si la madre por intención no aceptara al niño luego de su nacimiento. Si se produjera una situación -que, confiamos, será extremadamente rara- en la cual ni la gestadora ni la madre que proveyó el huevo para la fertilización esté dispuesta a asumir la custodia del niño luego del nacimiento, una regla que reconozca a los padres por intención como los padres legítimos y naturales del niño promovería de la mejor forma posible certidumbre y estabilidad para el niño.6. Al decidir la cuestión de la maternidad a la luz de la ley, nos hemos creído en la libertad de tener en cuenta las intenciones de las partes -tal como fueron expresadas en el contrato de sustitución- porque en nuestra opinión el texto del acuerdo no es contrario al orden público...[A continuación, la Corte rechazó el planteo de los padres por intención en el sentido de que la aprobación por parte de la Legislatura estadual en 1992 de un proyecto de ley que legalizaba los acuerdos de paternidad por subrogación constituyera la expresión del orden público estatal. Dado que el proyecto había sido vetado por el Gobernador, quien consideró que todavía era prematuro legislar sobre el tema, la Corte concluyó que era imposible concluir una aprobación o un rechazo por parte de los poderes públicos a la paternidad por sustitución].Anna sostiene que los contratos de sustitución violan varios principios del orden público. Fundada en su afirmación de que ella es la madre legítima y natural del niño, cita los principios de orden público expresados

en la sección 273 CP., que prohíbe realizar pagos por el consentimiento para la adopción de un niño. Sostiene además que los principios que subyacen a las leyes de adopción de este estado son violados por el contrato de sustitución ya que, en realidad, constituyen la renuncia prenatal de sus derechos de madre.No estamos de acuerdo. La gestación por sustitución difiere, en aspectos esenciales, de la adopción y por ello no está sujeta a leyes sobre adopción. Las partes convinieron voluntariamente en participar en procedimientos de fertilización in vitro y en otros procedimientos médicos relacionados con aquél antes de que el niño fuera concebido; por tal razón, al momento en que Anna suscribió el contrato, no era vulnerable a los atractivos monetarios destinados a separarse de su hijo futuro. Tal como se ha señalado supra, Anna no era la madre genética del niño. Los pagos hechos a Anna, previstos en el contrato, tenían como objetivo compensarla de sus servicios en gestar el niño y en someterse a las labores de parto, antes que compensarla por renunciar a sus derechos de "madre" respecto del niño. En consecuencia, no estamos convencidos de que el contrato utilizado en este caso viole los principios de orden público expuestos en la sección 273 CP. y en las leyes de adopción. Por las mismas razones, concluimos que estos contratos no afectan los principios que subyacen a las leyes que regulan la extinción de los derechos de patria potestad...[Seguidamente, la Corte rechazó el argumento según el cual este tipo de contratos constituía una "servidumbre involuntaria", prohibida por las constituciones federal y estadual y por la legislación. Al respecto, el tribunal señaló que el contrato no contenía elemento alguno de coacción ya que establecía expresamente el derecho de Anna a abortar [6]]...Finalmente, Anna y algunos comentaristas han expresado su preocupación en el sentido de que los contratosde madre sustituta tienden a explotar o a deshumanizar a las mujeres, especialmente a las mujeres de condición económica inferior. Las objeciones de Anna se centran en el daño psicológico que, en su opinión, puede resultar de la renuncia que la gestante hace del niño que ella ha dado a luz. También se ha señalado que la práctica de sustitución puede llegar a fomentar en la sociedad la idea de considerar a los niños como mercancías, sujetas al comercio según la voluntad de sus padres.Somos muy concientes de que el sitio adecuado para resolver esta cuestión es la Legislatura, en la cual los datos empíricos -que en su mayoría no existen en este expediente- podrán ser estudiados y se podrá desarrollar reglas de aplicación general. Sin embargo, a la luz de nuestra responsabilidad para decidir este caso, hemos considerado de la mejor manera posible sus posibles consecuencias.No estamos convencidos de que los acuerdos de gestación por sustitución vayan a producir tan frecuentemente los efectos indeseables que Anna menciona, de forma tal que sea necesaria su invalidación con fundamento en los principios del orden público. Si bien el sentido común sugiere que las mujeres de menores recursos sirven como madres por sustitución con más frecuencia que las mujeres ricas, no existe prueba de que los contratos de sustitución exploten a las mujeres pobres en un grado mayor que las explota la necesidad económica en general al inducirlas a aceptar empleos menos remunerados o que son desagradables por otras razones. Tampoco estamos convencidos por el argumento de que la sustitución vaya a promover la actitud de que los niños son mercancías; no existe prueba que sirva para fundar ello. Los datos limitados que poseemos parecen reflejar la ausencia de efectos negativos significativos en los participantes como consecuencia de la sustitución.El argumento de que una mujer no puede convenir, en forma conciente e inteligente, en gestar y dar a luz a un bebé para padres por intención, posee connotaciones de una forma de razonar que, durante siglos, impidió a las mujeres alcanzar iguales derechos económicos y estado profesional ante la ley. Resucitar esta concepción significa impedir una elección personal y económica por parte de la madre por sustitución y negarles a los padres por intención lo que puede ser su único medio de procrear a un niño de sus propios genes. Ciertamente, en el presente caso no es posible sostener seriamente que Anna -una enfermera vocacional diplomada, que ha tenido buenas calificaciones en la escuela y que previamente había dado a luz a un niño- carecía de los medios intelectuales o de la experiencia de vida necesaria para tomar una decisión informada para suscribir el contrato de sustitución.Constitucionalidad de la decisión de que Anna Johnson no es la madre natural.8. Anna sostiene extensamente que su derecho a seguir estando en compañía del niño está protegido por la Constitución federal...Anna se funda básicamente en las teorías acerca del debido proceso sustantivo (7), privacidad y libertad de procreación, citando cierto número de fallos que han reconocido el derecho fundamental que tienen los padres naturales a la custodia y al cuidado de sus niños... Estos casos no sirven para fundar el derecho de patria potestad de una gestante por sustitución. Si bien Anna cita expresiones que enfatizan la primacía de una relación desarrollada entre padre e hijo para determinar los derechos de los padres solteros... algunas expresiones en esos casos refuerzan la importancia de los derechos de los padres genéticos [caso Lehr v. Robertson, 463 U.S. 248, p. 262] (`La importancia de la relación biológica es la de ofrecer al padre natural la oportunidad de desarrollar una relación con su hijo que ninguna otra persona de sexo masculino posee. Si él toma esa oportunidad y acepta en alguna medida la responsabilidad por el futuro padre del niño, puede gozar de las bendiciones de la relación padre-hijo y podrá efectuar contribuciones únicas para el desarrollo del niño')...El argumento de Anna depende de una determinación previa de que lla es en verdad la madre del niño. Dado que Crispina es la madre del niño de acuerdo con la ley de California -pues fue ella y no Anna la que aportó el huevo para la fertilización in vitro, con la intención de criar al niño como propio- se sigue que cualquier interés constitucional que pueda poseer Anna en este caso es, en alguna forma, menor que el de la madre. Tal como lo

señala el representante del menor, la cuestión en este caso no es si los derechos invocados por Anna como madre natural han sido violados, sino la conclusión de que ella no es la madre natural legítima es o no constitucional.9. Anna se basa principalmente en la decisión de la Corte Suprema de los EE.UU. en el caso "Michael H. v. Gerald D." (1989) 491 U.S.110, para fundar su planteo de ser la titular de un derecho constitucionalmente protegido a la compañía del niño, fundada en su condición de madre "de nacimiento". En ese caso, la mayoría de la Corte resolvió que un Estado está facultado constitucionalmente a negar a un hombre los derechos de padre respecto de un niño que engendró a raíz de la relación que tuvo con la esposa de otro hombre, en razón de que tradicionalmente ha sido la familia marital la que ha sido titular de derechos, tal como se refleja en la histórica presunción de la legitimidad de un niño nacido en seno de esa clase de familia... El razonamiento de la mayoría en Michael H. no sirve de ayuda a Anna. Tradicionalmente, la sociedad no ha protegido el derecho de una mujer que gesta y da a luz a un niño como consecuencia de un acuerdo con una pareja que proporciona el cigoto del cual el niño se desarrolla, la cual, además, tiene la intención de criarlo como propio; tales acuerdos tienen un origen demasiado reciente como para invocar la tutela de la tradición. En tanto se considere que dicha tradición tiene alguna relevancia en el presente caso, creemos que sirve para apoyar el planteo de una pareja que ejerce su derecho a procrear con el objeto de formar una familia propia, aun cuando para ello emplee métodos médicos novedosos.Además, si concluimos que Anna goza de alguna suerte de derecho a la compañía del niño, entonces los derechos de Mark y Crispina -los padres naturales del niño- se verían necesariamente afectados en sus decisiones sobre procreación y en su relación con el niño. Cualquier derecho de maternidad que Anna pudiera invocar exitosamente sólo podría serlo a expensas de los derechos de Crispina. Tal como hemos visto, Anna no posee derechos de maternidad respecto del niño ante la ley de California y no ha logrado convencernos de que existan razones de orden público lo suficientemente fuertes para otorgarle un derecho a la compañía del niño en tanto ese derecho limitaría o afectaría necesariamente el vínculo de paternidad de que gozan Mark y Crispina.La Unión Americana de Derechos Civiles -que actúa como amicus curiae en este caso (8)- sostiene que los derechos de privacidad de Anna, tutelados en la Constitución de California (art. 1, sección 1), requieren el reconocimiento y la protección de su estado como "madre de nacimiento". No podemos estar de acuerdo. Es cierto que nuestra Constitución estadual ha sido interpretada en forma tal de otorgar a los ciudadanos de California protecciones a la privacidad que engloban la toma de decisiones en materia de procreación que son más amplias, en verdad, que aquéllas reconocidas por la Constitución federal... Sin embargo, el amicus curiae no ha logrado expresar convincentemente de qué forma los planteos de Anna siquiera caen dentro de los amplios parámetros de derecho estadual a la privacidad. El amicus curiae parece suponer que la decisión de gestar y dar a luz a un niño destinado a sus padres genéticos, como consecuencia de un acuerdo de maternidad sustitutiva, es el equivalente -en importancia constitucional- a la decisión de dar a luz a un hijo propio. No estamos de acuerdo. Una mujer que suscribe un acuerdo de gestación sustitutiva, no está ejerciendo su propio derecho a tomar decisiones en materia de procreación; está conviniendo en proveer un servicio necesario y profunamente importante sin ninguna expectativa (por definición) de que vaya a criar al niño como propio.10. Haciendo una analogía con la inseminación artificial, Anna sostiene que Mark y Crispina fueron meros donantes genéticos, quienes carecen de toda protección constitucional. Sin embargo, esta caracterización de los hechos es inadecuada. Mark y Crispina nunca tuvieron la intención de "donar" material genético a nadie. Antes bien, tuvieron la intención de procrear un niño, relacionado genéticamente con ellos, a través del único medio disponible. La sección 7005 CC., que regula la inseminación artificial, no resulta aquí aplicable.Por último, Anna sostiene que la omisión de la ley de tratar las nuevas técnicas reproductivas, tales como la fertilización in vitro, indica el verdadero rechazo legislativo de esas prácticas. Dado que la ley fue redactada mucho antes de que esas técnicas fuesen desarrolladas, no podemos estar de acuerdo. Además, no debemos arrogarnos la facultad de rechazarlas. No es la misión del poder judicial el inhibir el uso de la tecnología reproductiva cuando la Legislatura no ha considerado apropiado hacerlo; tal esfuerzo plantearía serias cuestiones a la luz de la naturaleza fundamental de los derechos de procreación y privacidad. Mas bien, nuestra tarea ha sido la de resolver el presente pleito, interpretando el uso que la ley hace del término "madre natural" (sección 7003, subdiv. 1 CC.), cuando las funciones biológicas que son esenciales para traer un niño al mundo han sido divididas entre dos mujeres.III. ResoluciónSe confirma la decisión de la Cámara de Apelaciones.Los Dres. Lucas, Mosk, Baxter y George, adhirieron...[Se omite el voto concurrente del Dr. Arabian]El Dr. Kennard disiente:Cuando una mujer que quiere tener un niño aporta su huevo fertilizado a otra mujer que lo tiene durante el embarazo y da a luz a un niño, ¿quién es la madre legítima del niño? A diferencia de la mayoría, no estoy de acuerdo en que el factor decisivo sea la intención de tener el niño que se originó en la mujer que contribuyó con el huevo. En mi opinión, tanto la mujer que aportó el huevo fertilizado como la mujer que dio luz al niño, tienen títulos sustanciales como para ser consideradas las madres legítimas. El embarazo conlleva un compromiso único, tanto psicológico como moral, hacia un niño no nacido. Sin embargo, no es menos sustancial la contribución de la mujer de cuyo huevo se desarrolló el niño y sin cuyo deseo el niño no existiría.Para cada niño, la ley de California otorga los derechos legales y las responsabilidades de la maternidad a una sola "madre natural". Cuando, como en

este caso, el rol reproductivo femenino está dividido entre dos mujeres, la ley de California requiere a los tribunales el decidir quién es la madre natural del niño, pero no brinda ninguna pauta para efectuar esa decisión. La remisión que hace la mayoría a la "intención" para romper el "empate" entre las madres genética y gestante no se encuentra fundada en la ley y -ante la ausencia de protecciones adecuadas en la ley para prevenir abusos en los acuerdos de subrogación- es desaconsejable. Para determinar quién es la madre legítima del niño nacido de un acuerdo de gestación sustitutiva, yo aplicaría la pauta que sea más protectora del bienestar del niño: el mejor interés del niño...El análisis de la pauta de la mayoría fundada en la "intención"Al enfrentarse con la omisión de la actual legislación en resolver adecuadamente la cuestión de quién es la madre natural del niño cuando dos mujeres reúnen las condiciones exigidas por la ley, la mayoría rompe el "empate" recurriendo a un criterio no previsto por la ley: la "intención" de la madre genética de ser la madre del niño.Este caso presenta una cuestión compleja. La solución dada por la mayoría a esa cuestión merece una seria consideración. Sin embargo, en última instancia, no puedo coincidir con que la "intención" sea el criterio adecuado para resolver este caso.La mayoría brinda cuatro argumentos para fundar su conclusión de que la intención de la madre genética de dar a luz debira ser el criterio excluyente para decidir quién es la madre natural del nacido de un acuerdo de maternidad sustitutiva. Sin embargo, un examen cuidadoso demuestra que ninguno de esos argumentos lleva a la conclusión de la mayoría.El primer argumento usado por la mayoría para fundar su conclusión de que la intención de la madre genética de dar a luz un niño debe ser determinante para resolver la cuestión de la maternidad es el de la causalidad sine qua non. Específicamente, la mayoría se basa en un comentarista que opina que en acuerdo de gestación por sustitución `el niño no habría nacido si no hubiera sido por los padres por intención'...20. El empleo que hace la mayoría de la causalidad sine qua non es curioso. El concepto de causalidad sine qua non es una `pauta utilizada para determinar la responsabilidad extracontractual'... En California, la pauta para determinar la causación es si la conducta fue un `factor sustancial' en producir el hecho... Tal como lo discutiré más adelante, ninguna de esas pautas puede ayudar a la mayoría.La proposición de que una mujer que da a luz a un niño, luego de tenerlo en su vientre durante nueve meses, es un `factor sustancial' en el nacimiento del niño no puede ser discutida razonablemente. Tampoco puede cuestionarse razonablemente que "si no fuera por" la madre gestante, el niño no existiría. En consecuencia, la remisión que hace la mayoría a los principios de la causalidad es equivocada. Ni las pautas fundadas en la causalidad sine qua non ni en el "factor sustancial" brindan un criterio alguno para preferir la intención de la madre genética como el factor determinante en los casos de gestación por subrogación: tanto la madre genética como la gestante son indispensables para el nacimiento del niño en un acuerdo de gestación sustitutiva.Detrás del empleo que la mayoría hace de la causalidad sine qua non como justificación de su pauta basada en la intención, aparece un segundo argumento, que se encuentra estrechamente vinculado con aquél. La mayoría extrae su segundo argumento de un comentario escrito por un estudiante: `La concepción mental del niño es un factor decisivo, y los que han originado esa concepción merecen todo el crédito como sus creadores'...El argumento fundado en los "creadores del concepto" parece tranquilizadoramente familiar. Sin embargo, la razón por la cual parece familiar es que constituye el argumento que se utiliza frecuentemente para justificar la protección legal de la propiedad intelectual... Así, se podría argumentar que, de la misma manera que una canción o un invento son protegidos como la propiedad del "creador del concepto", un niño debería ser considerado como perteneciente al creador del concepto del niño, la madre genética.El problema con este argumento es, por supuesto, que los niños no son bienes. A diferencia de las canciones o de los inventos, los derechos sobre los niños no pueden ser vendidos o puestos a disposición del público en general. Nuestras concepciones más fundamentales acerca de la personalidad nos dicen que es inapropiado tratar a los niños como bienes. Si bien la ley puede reconocer que el creador de un concepto tiene ciertos derechos de propiedad sobre ese concepto, el creador de tal concepto respecto de un niño no puede tener esos derechos, porque no se puede ser propietario de niños como si fueran bienes. En consecuencia, no puedo apoyar el argumento de la mayoría, fundado en la idea de los "creadores del concepto" o el argumento de la propiedad intelectual, con el objeto de romper el "empate" entre las madres genética y gestante.21. A continuación, la mayoría ofrece como su tercer argumento la idea de que las expectativas que han sido negociadas apoyan su conclusión respecto el significado decisivo de la intención de la madre genética. Específicamente, la mayoría sostiene que `las intenciones que resultan elegidas voluntariamente, que son deliberadas, expresas y que han sido negociadas deberían determinar, presuntivamente, la paternidad legal'...Es usual que, en las transacciones de derechos personales o reales regulada por contratos, `las intenciones que resultan elegidas voluntariamente, que son deliberadas, expresas y que han sido negociadas' deberían ser ejecutadas y cuando, una de las partes intenta eludir su cumplimiento, el tribunal ordene su cumplimiento específico... Pero los tribunales no ordenarán el cumplimiento de todas las obligaciones contractuales. Por ejemplo, aun cuando una de las partes de un contrato por servicios personales (tales como un empleo) ha violado voluntariamente el contrato, los tribunales no ordenarán el cumplimiento específico de la obligación de cumplir ese servicio personal... La idoneidad de aplicar la concepción, según la cual cuando las intenciones contractuales resultan `elegidas voluntariamente, son deliberadas, expresas y han sido negociadas' su cumplimiento debería ser ordenado por los tribunales, es aún más clara cuando el concepto

de cumplimiento específico es utilizado para determinar el curso de la vida de un niño. De la misma forma que los niños no son la propiedad intelectual de sus padres, tampoco son propiedad personal de nadie, y su entrega no puede ser ordenada como si fuera la ejecución de un contrato en los mismos términos que un tribunal ordenaría, por ejemplo, a la parte que incumplió el contrato la entrega de un cargamento de tuercas y tornillos.Así, tres de los cuatro argumentos de la mayoría en apoyo de su exclusivo fundamento en la intención de la madre genética como determinante en los casos de maternidad por sustitución no resisten el análisis. Tal como lo discutiré más adelante, el cuarto argumento de la mayoría posee mérito, pero no sirve de fundamento a su conclusión. Pero antes de examinar ese cuarto argumento, discutiré dos consideraciones adicionales, no advertidas por la mayoría, que en mi opinión también pesan en contra de utilizar la intención de la madre genética como la única pauta en este caso y en otros similares.En primer lugar, al convertir a la intención de la madre genética que quiere tener un niño en factor decisivo, la mayoría llega en todos los casos a un resultado preordenado e inflexible: de acuerdo al análisis de la mayoría, entre la madre genética y la gestante, siempre triunfará la genética. La mayoría no reconoce otra contribución significativa a la mujer que accede a llevar en su seno a un feto hasta su nacimiento que no sea la de un mero uso para cumplir con una función biológica específica.22. El enfoque de la mayoría desvaloriza completamente los sustanciales argumentos en favor de la madre gestante de ser tenida como madre, tal como es el caso de Anna. Es cierto que una mujer que lleva a cabo un acuerdo con una madre sustituta, teniendo la intención de criar al niño, ha manifestado -a través de su intención- que ha asumido responsabilidad como madre además de la contribución biológica de proveer el material genético... Pero la contribución de la madre gestante de llevar en su seno al niño durante nueve meses y de dar a luz también constituye la asunción de responsabilidad como madre... El compromiso de una mujer embarazada hacia el niño no nacido que lleva en su seno no es meramente físico; es también psicológico y emocional. La Suprema Corte de los Estados Unidos expresó una opinión que se encuentra estrechamente con este asunto en caso Lehr v. Robertson (1983) 463 U.S. 248, al explicar que la invocación hecha por un padre de sus derechos de paternidad dependía de que él hubiera asumido responsabilidad por el niño luego de su nacimiento, en tanto que `la relación de maternidad de la madre era clara' porque ella `lleva en su seno al niño y da a luz'... Este tribunal también ha reconocido que la mujer embarazada y su hijo no nacido constituyen `una sola unidad física' y que el bienestar de cada uno de ellos se encuentra `entrelazado' y es `inseparable'... En efecto, un feto nunca llegaría a ser un niño viviente si no fuera por la alimentación que le proporciona la mujer embarazada (ver: Tribe, American Constitutional Law [2ª ed., 1988], p. 1357,...). Una mujer embarazada que tiene la intención de traer un niño al mundo es más que un mero ecipiente o un animal de cría; es un agente conciente de creación en no menor medida que la madre genética y su humanidad se encuentra implicada en un nivel profundo.Resumiendo, la mujer que llevó a término el feto y lo trajo al mundo posee, al igual que la madre genética, un título sustancial para ser la madre natural del niño. La madre gestante ha hecho una contribución biológica única e indispensable y también ha ido más allá de la biología en una forma intangible que, si bien es difícil de catalogar, resulta innegable. En consecuencia, no puedo coincidir con la desvalorización que hace la mayoría del papel de la madre gestante.Considero que el fundamento que hace la mayoría de la "intención" es insatisfactorio por otra razón ulterior. Al hacer que la intención sea determinante a los fines de los derechos de paternidad de un niño nacido de un acuerdo de maternidad sustitutiva, la mayoría permitiría la ejecución de un convenio de maternidad sustitutiva sin ninguna de las protecciones que otorga la ley sobre el Estado Uniforme de los Niños productos de la Concepción Asistida (9). Conforme a esa ley, el otorgamiento de derechos de paternidad a una pareja que inicie un acuerdo de maternidad sustituta estaría condicionado al cumplimiento de las otras disposiciones de la legislación. Ellas incluyen la supervisión por parte del tribunal del acuerdo de maternidad sustituta antes de la concepción, asesoramiento jurídico para la mujer que accede a gestar al niño, la demostración de la necesidad del acuerdo, evaluaciones médicas y mentales y el requisito de que todas las partes reúnan las pautas de los padres adoptivos...El argumento final de la mayoría en defensa de la solución de emplear la intención de la madre genética como la pauta exclusiva para determinar la solución de los casos de maternidad sustituta consiste en que, al preferirse a la madre que tuvo la intención original, se sirvan los intereses del niño, los cuales "difícilmente serán opuestos a los de los adultos que han elegido crear al niño".Coincido con la mayoría en el sentido de que los mejores intereses del niño son un objetivo importante; en verdad, tal como lo explicaré, la pauta adecuada a aplicar ante la falta de legislación son los mejores intereses del niño antes que la intención de la madre genética. El problema con la regla de la intención, creada por la mayoría, es que la aplicación inflexible de esta regla no servirá a los mejores intereses del niño en todos los casos.No expreso opinión acerca de si los mejores intereses del niño en este caso serán alcanzados resolviendo que la madre genética es o no la madre natural conforme a la Ley Uniforme de Paternidad de California. Puede ser que en este caso los mejores intereses del niño se alcancen reconociendo a Crispina como la madre natural. Pero este tribunal no se limita a elaborar una regla para resolver este caso. Dado que la Ley de California no trata adecuadamente la situación de la maternidad sustitutiva, este tribunal se encuentra obligado -a menos que se sancione una nueva legislación- a elaborar una regla que será dirimente para todos los casos futuros de maternidad sustitutiva en California. Y no todos los casos

futuros serán iguales. La madre genética y su esposo podrán tener, en la mayoría de los casos, una mejor situación económica que la madre gestante. Pero `el solo hecho de que una pareja esté dispuesta a pagar mucho dinero para obtener un niño no asegura que vayan a ser padres apropiados...' ...No psicológicamente y de brindarle una guía ética e intelectual... También resulta crucial para los mejores intereses del niño "el derecho pacíficamente reconocido" de todo niño a "la estabilidad y a la continuidad" ...La intención de la madre genética de procrear al niño es por cierto relevante para determinar cuáles son los mejores intereses del niño; sin embargo, por sí sola, no debería ser dirimente.25. En este caso, el niño nacido de un acuerdo de maternidad sustitutiva entre Anna Johnson y Mark y Crispina Calvert ha vivido continuamente con Mark y Crispina desde su nacimiento en septiebre de 1990. El tribunal de 1ª instancia otorgó los derechos de paternidad a Mark y Crispina, concluyendo que -a los fines del derecho- los nombrados eran los padres `genéticos, biológicos y naturales' del niño. Al llegar a esa solución, el tribunal de 1ª instancia no examinó los planteos de Anna, fundados en la ley, de ser la madre legítima del niño en un grado de igualdad con Crispina, y tampoco el tribunal de 1ª instancia consideró los mejores intereses del niño al decidir entre esos dos planteos equivalentes, fundados en la ley. Por ello, yo remitiría nuevamente la cuestión al tribunal de 1ª instancia para que lleve a cabo ese examen.ConclusiónLos recientes avances en la tecnología médica han hecho posible que el papel femenino de reproducción se divida entre dos mujeres, la madre genética y la gestante. Tales acuerdos de maternidad sustitutiva exigen mostrar consideración a cada uno de los adultos que participan en ellos. Pero la consideración suprema debe ser el bienestar del niño que el acuerdo de maternidad sustitutiva ha hecho posible...Reconozco que, para parejas como Mark y Crispina, los acuerdos de maternidad sustitutiva brindan la única esperanza de criar a un niño que esté vinculado genéticamente a ambos. Pero el deseo de tener un niño que esté vinculado genéticamente a uno no disminuye las graves preocupaciones que ha expresado una amplia franja de comentaristas en el sentido de que los acuerdos de sustitución de maternidad que no están regulados plantean una amenaza fundamental para el bienestar de las mujeres y los niños. Esta amenaza podría ser evitada con una legislación que permitiera estos acuerdos, pero bajo el control de un tribunal y con la clase de requisitos procedimentales propuestos en USACA (10), que sirven para proteger a todos aquellos afectados por un acuerdo de maternidad sustitutiva, especialmente al niño. En mi opinión, la Legislatura debería ocuparse de las complejas cuestiones que plantean los acuerdos de gestación.En esta opinión, no intento brindar una solución perfecta para las difíciles cuestiones que plantean los acuerdos de gestación; quizás no existe una solución perfecta. Pero ante la ausencia de una legislación que esté destinada a resolver específicamente las difíciles cuestiones de los acuerdos de gestación y para impedir abusos potenciales, no puedo adherirme a la validación acrítica que hace la mayoría de la gestación sustitutiva.Yo revocaría la decisión de la Cámara de Apelaciones, y devolvería el caso al tribunal de 1ª instancia para que determine la paternidad en discusión sobre la base de los mejores intereses del niño...".

LA INTENCIÓN DE SER PADRES Y LOS MEJORES INTERESES DE LOS HIJOS. TRASCENDENCIA JURÍDICA Por ADRIANA M. WAGMAISTER Y LEA M. LEVY

En el fallo, objeto de este comentario, nos enfrentamos al conflicto del poder jurisdiccional que debe decidir quién es la madre de un niño nacido por aplicación de una técnica de fecundación asistida: transferencia de un óvulo fertilizado in vitro con material genético de otra pareja a otra mujer que llevará adelante la gestación, por un contrato de maternidad subrogada.Adelantamos nuestra posición a favor, en general, del uso de técnicas de reproducción humana asistida.El caso que nos ocupa -atribución de maternidad ante la falta de coincidencia entre la mujer que dio el óvulo y la que gesta y da a luz -merece un cuidadoso abordaje por su especial complejidad. Se trata del compromiso de entrega del nacido después del parto. Este es el verdadero objeto del contrato que lo diferencia de una simple donación de óvulo. En razón del objeto mencionado se ponen en juego determinados valores, que estarían representados en nuestro ordenamiento positivo por la moral y las buenas costumbres como condicionantes del objeto de los contratos (art. 953 CC. Ver Texto). Por ello también adelantamos nuestro rechazo a esta práctica.El supuesto en examen requiere, sin duda, el acuerdo de varias personas: el matrimonio -Mark y Crispina- que da su material genético porque quieren ser padres y Anna que, a cambio de una suma de dinero, se compromete a gestar para ellos y entregarles el nacido en calidad de hijo del matrimonio. La dificultad, al margen de valoración ética alguna, se presenta cuando Anna, durante el embarazo, reclama mediante una acción judicial que se declare que ella es la madre de quien va a nacer.Resulta oportuno destacar que en nuestro derecho sustancial en materia de filiación no está prevista la atribución del estado de familia por acción declarativa, así como tampoco la reclamación de filiación con anterioridad al nacimiento. Sí, está admitida legalmente la impugnación preventiva de paternidad (art. 258 CC. Ver Texto) y doctrinariamente se acepta la posibilidad de reconocimiento del concebido.Volviendo al caso de marras, los tribunales de 1ª y 2ª instancia resolvieron que Mark y Crispina eran, respectivamente, el padre y la madre genéticos, biológicos y naturales y que el contrato de maternidad sustituta era válido y exigible, solución que compartió la Suprema Corte del Estado de California.El fundamento de tal decisión ante la ausencia de legislación específica fue la valoración de la intención de ser padres

de quienes dieron sus gametos y encargaron su gestación. Pareciera que, para los jueces, lo que se ha dado en llamar "voluntad procreacional" constituyó el factor determinante de la sentencia. Es evidente que este criterio sortea la dificultad que se podría presentar ante el ejercicio de una acción de impugnación de maternidad fundada en el nexo biológico.El argumento base de la mayoría, radicó en que de no haber existido el deseo de ser padres en Mark y Crispina, Anna no hubiera gestado y por ende no hubiera existido parto.La legislación del Estado de California carece de normas de atribución de maternidad con apoyo en un criterio único, como lo hace nuestro art. 242 CC. Ver Texto En consecuencia, parámetros como dar a luz o nexo genético son equiparables. Esta valoración deviene de que la ley de ese Estado americano entiende que madre hay una sola pero el vínculo es pasible de ser demostrado por cualquiera de los medios nombrados. Si bien siempre se pudo sostener esto, hoy no podría afirmárselo sin más, luego de la irrupción de las nuevas tecnologías reproductivas por las cuales puede quedar disociada la mujer que da a luz y la que aporta el material genético.Esta es la situación fáctica del caso "Johnson v. Calvert". Anna aportó la prueba del parto y Crispina la prueba de sangre. Ambas demostraron ser madres del mismo hijo. Por esa razón el tribunal fue puesto -como el juez Salomón- en la dramática disyuntiva de elegir a una de ellas. Dicha elección tuvo como eje la intención de Crispina de ser madre, esto es, de llevar adelante la crianza del hijo que, si bien ella no podía gestar, sí podría dar su óvulo el cual fecundado con el semen de su marido, formaría el embrión que anidaría en el útero de Anna, o sea una gestación por encargue.El acuerdo encierra entonces obligaciones de hacer, o de medio: gestar; obligaciones de dar, o de resultado: entregar al nacido. Estas obligaciones fundamentan las posiciones opuestas de la pareja comitente y de la mujer gestante. Anna ataca la validez del contrato por violar el orden público y derechos constitucionales ya que se la obliga a entregar "su hijo" por una suma de dinero. La Corte, recogiendo los argumentos del matrimonio Calvert y para sostener la validez del acuerdo, afirma que de éste deriva la obligación de llevar adelante el embarazo mediante un pago que compense los servicios prestados, los cuales pensamos, abarcarían el compromiso de someterse a exámenes físicos y psicológicos y en general a un cuidado de su salud. De ninguna manera se violan los derechos constitucionales de Anna ya que, refieren los magistrados, no se le impide recurrir al aborto. Respecto de la entrega de "su hijo", es de hacer notar que el tribunal resuelve que no hay inconstitucionalidad alguna toda vez que el hijo en cuestión no es suyo. Decidir "de quién es" configura la cuestión que se plantea y el veredicto favorece al matrimonio Calvert en virtud de la intención, motivo de celebración del contrato.La disidencia del juez Kennard está basada en una razón principista. Según su voto, no es la intención de ser padres el único fundamento del emplazamiento en el estado de familia sino que debe ser "el mejor interés de los hijos" el que guíe las decisiones judiciales en esta materia.Si bien en el caso que comentamos coinciden ambos principios, dicha coincidencia puede no existir en otras situaciones y no habiendo legislación expresa en este sentido, el juez disidente teme que sólo quede como precedente jurisprudencial la mera voluntad.Concordamos con la decisión de la Corte en el sentido de hacer prevalecer la intención como elemento base de atribución de filiación. No se piense por ello que estamos en contra de lo sostenido por el voto de Kennard, ya que ambos criterios -mayoría y minoría- no son excluyentes sino complementarios, como se hace evidente en este caso.El interés de los hijos sólo está acabadamente protegido cuando son declarados sus padres legales aquellos que realmente desean serlo porque son los que efectivamente podrán llevar adelante su formación como continuación y culminación de un proceso que iniciaron cuando "quisieron" tener un hijo.Respecto de nuestro ordenamiento positivo vigente, pareciera que el tema de la maternidad subrogada puede resolverse, en principio, por aplicación del art. 242 CC. Ver Texto -la maternidad sigue al parto- salvo la procedencia de una acción de impugnación con fundamento en las pruebas biológicas que lleve a un desplazamiento del estado de familia (arts. 261 Ver Texto y 262 CC.). En cuanto al contrato en sí, no podría alegarse su validez por ser contrario a la ley, la moral y las buenas costumbres (conf. art. 953 CC. Ver Texto) Son de aplicación principios rectores de nuestra normativa tales como la no invocación de la propia torpeza y la imposibilidad de volver sobre los propios actos.Cabe preguntarse cuál es la utilidad del tratamiento del tema sobre el que versa el caso en comentario. Creemos que en todos aquellos supuestos en los que la atribución de filiación pudiera atacarse y quedar sin efecto en virtud de pruebas biológicas, es el legislador quien debe establecer a priori la solución que corresponde a cada caso. Se evita, de este modo, el desarrollo de procesos como el presente en el que los jueces deben valorar los distintos intereses en juego, enfrentándose con complejas estimaciones axiológicas en un tema tan delicado como decidir "quién es" una persona, su identidad.Resulta oportuno en este sentido, hacer mención de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida mediante el uso de material genético de tercero -llamadas heterólogas- y en las que hay discordancia entre voluntad procreacional y vínculo biológico, ya que quien aporta su material genético no es quien quiere ser padre o madre. Dicha discordancia marca la diferencia con la situación de la "madre" subrogante y subrogada.La ineficiencia de los contratos de alquiler de útero constituye un principio universalmente aceptado y recogido entre nosotros en el pensamiento doctrinario como también en los proyectos de legislación en la materia. Esta postura tiene como objetivo desalentar esta práctica, toda vez que el derecho, además de reflejar la realidad, debe cumplir una función docente, inductora de conductas sociales.La Corte de California, si bien tuvo en cuenta el vínculo biológico, resolvió en forma adecuada

la atribución de maternidad y paternidad a favor de quienes dieron el material genético, no sólo en virtud de este elemento primario sino, fundamentalmente, guiados por el interés del menor representado por la voluntad de sus "padres".NOTAS:(1) Traducción, selección y notas de Hernán Víctor Gullco. El texto en bastardilla y entre corchetes pertenece al traductor.(2) Subrogacy agreement en el original.(3) Cigoto: Individuo resultante de la unión de dos gametos (Diccionario Terminológico de Ciencia Médicas, p. 193, Barcelona, 11ª edición).(4) Gameto: célula sexual; masculina o femenina (ob. cit., nota 3, p. 433).(5) Operación de extirpar parcial o totalmente el útero por vía vaginal o abdominal (ob. cit., nota 3, p. 499).(6) A partir del caso "Roe v. Wade" (410 U.S.113), la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció que el derecho de la mujer a realizarse un aborto se encontraba garantizado en la Constitución.(7) En el derecho constitucional estadounidense el "debido proceso sustantivo" se refiere al control de constitucionalidad que los jueces efectúan de la sustancia de las normas, a diferencia de lo que ocurre con el debido proceso "adjetivo" en el cual el examen judicial se limita a determinar si el procedimiento llevado a cabo por los poderes públicos al reglamentar los derechos individuales se ajusta a ciertas pautas procedimentales fijadas en la Constitución (conf. Pritchett, Hernan, "La Constitución Americana", capítulos XXVIII y XXXI, Bs. As., 1965).(8) En el derecho estadounidense, el amicus curiae es una persona que, si bien no es parte en el juicio, está facultada para proporcionar al tribunal información sobre los hechos o el derecho que sea útil para resolver el caso (conf. Gifis, Steve, "Law Dictionary", 3ª ed., ps. 21/22).(9) En inglés: Uniform Status of Children of Assisted Conception Act (USACA). Se trata de un proyecto de legislación modelo.(10) Ver nota 9 supra.* * *

PRUEBA GENÉTICA. Extracción compulsiva de sangre: Ilegitimidad. Persona mayor de edad. FILIACION: posible hijo de desaparecidos. Preeminencia de las libertades individuales. Derecho de "autonomía personal"

CAUSA 3368 Reg. 5172 - "F., C. H. y otros s/recurso de casación" - CNCP - SALA IV - 08/09/2003

"De la lectura de diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, surge claramente la noción de que el Estado no puede, so pretexto de reprimir delitos, violar determinados derechos básicos, proceder que resultaría incluso contradictorio con el mismo reproche que pretende efectuar (Fallos 310:1847, 303:1938 y 306:1752)."

"La cuestión no se vincula sólo con la integridad física del sujeto pasivo de la medida, sino también con otros espacios de su intimidad, como son su integridad psíquica y su derecho a conocer su origen."

"No puede obviarse que nos hallamos ante una situación en la que, quien pudo haber sido el objeto del delito investigado desde sus primeros momentos de vida, es compelido también ahora, bajo apercibimiento de hacerse uso de la fuerza pública, a someterse a un procedimiento de extracción de sangre, que tendrá por sentido indagar su origen biológico, y del que por ello mismo podrían resultar graves consecuencias que alterarían radicalmente su vida, máxime si resultase que la que él cree que es su familia, no fuera tal, o incluso -y ello no puede soslayarse- que los que él considera sus padres biológicos, con los que convivió durante toda su vida y en los que depositó su afecto, resulten incriminados judicialmente a causa de su propia participación en el proceso.-
Esta sola razón, independientemente de las que se expondrán luego, determina que, dado el impacto que la medida podría ocasionar al recurrente, deba revocarse la resolución."

"Si la realización de los estudios periciales ordenados se apoya en las ventajas terapéuticas que tendrían para el recurrente, no podría desoírse y dejar de respetarse la voluntad de éste, que como mayor de edad, tiene derecho exclusivo a decidir sobre su salud."

"Si bien el Art. 206 del C.P.P.N. establece un sistema de libertad probatoria que importa, básicamente, que los hechos objeto de investigación pueden probarse mediante cualquier tipo o clase de prueba, en tanto y en cuanto, claro está, ellas tengan tal fuerza probatoria, determinada conforme a las reglas de la sana crítica racional, existe una específica excepción al principio, plasmada en la última parte de la disposición: el estado civil de las personas sólo se prueba de conformidad con las reglas que establece el Código Civil.-
En tal sentido y haciendo al estado civil de las personas tanto el lugar y fecha del nacimiento, como la paternidad y maternidad que posean, las disposiciones del ordenamiento civil mencionadas, que regulan si es posible y, en su caso, de qué modo, proceder a cuestionar y/o probar dichas circunstancias, resultan de directa aplicación.-
Por ello, en el particular, conforme lo dispuesto por la ley 23.511, no es legítimo compeler a F. a someterse a una extracción de sangre compulsiva."

"En el sistema impuesto por nuestra Ley Fundamental "...la dignidad y el valor de la persona humana ocupan un valor prioritario y central, dicha dignidad exige que se respeten las decisiones personales, el propio plan o proyecto de vida que cada uno elige para sí, en la medida en que no se afecte a terceros o al bien común; la intimidad y privacidad (el right of privacy de los anglosajones) es un aditamento de la dignidad, de manera que, en nuestra filosofía constitucional, el principio de autonomía personal se halla unido indisolublemente a la dignidad...""

"Especial relevancia cobra entonces el derecho de "autonomía personal", como "ut supra" se refirió íntimamente relacionado con la dignidad e intimidad del hombre, que prescribe que "...siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no deben interferir con esa elección, consagrando de tal modo una amplia libertad en el desarrollo de su vida privada". En suma, "...la posibilidad de que los individuos adultos puedan aceptar o rechazar libremente toda interferencia en el ámbito de su intimidad... es un requisito indispensable para la existencia del mencionado derecho de la autonomía individual, fundamento éste sobre el que reposa la democracia constitucional" (C.S.J.N.: disidencia de los doctores Belluscio y Petracchi, en el fallo "BAHAMONDEZ" antes mencionado [Fallo en extenso: elDial - AAD42])."

TEXTO COMPLETO

//la ciudad de Buenos Aires, a los 8 días del mes de septiembre del año dos mil tres, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por la doctora Amelia Lydia Berraz de Vidal como Presidente y los

doctores Gustavo M. Hornos y Ana María Capolupo de Durañona y Vedia como Vocales, asistidos por el Secretario de Cámara, doctor Daniel Enrique Madrid, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 1/9 vta. de la presente causa Nro. 3368 del registro de esta Sala, caratulada: "F., C. H. y otros s/recursode casación";; de la que RESULTA:

I. Que la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, provincia de Buenos, en la causa Nro. 2890 del Registro de la Secretaría Penal Nro. 2, con fecha 8 de mayo de 2002, resolvió confirmar la resolución emitida a fs. 311/313 de los autos principales por el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de San Isidro, provincia de Buenos Aires, que en la causa Nro. 7268/99 del Registro de la Secretaría Nro. 2, con fecha 20 de noviembre de 2001, resolvió proceder a la extracción compulsiva de muestras sanguíneas en la persona del entonces menor inscripto como C. Daniel F. a los fines dispuestos en el punto 1 de la resolución de fs. 277/279 - determinar la verdadera filiación del nombrado, entrecruzándose la información genética con el grupo familiar STRITZLER - CASTRO y, subsidiariamente, con otros grupos familiares- (fs. 451 de los autos principales que obran en copia certificada)).//-

II. Que contra dicha resolución el señor C. Daniel F., por su propio derecho y con el patrocinio letrado del doctor C. Martín CAPRARULO, interpuso recurso de casación (fs. 1/9 vta.), el que fue concedido a fs. 13/13 vta. y mantenido a fs. 29; sin adhesión por parte del señor Fiscal General ante esta Cámara, doctor Juan Martín ROMERO VICTORICA (fs. 27 vta.).-

III. Que el recurrente encauzó el remedio intentado por la vía del inc. 20) del art. 456 del C.P.P.N.-
Estimó que la Sala interviniente de la Cámara de Apelaciones omitió aplicar las prescripciones del art. 79 del ritual, que prescribe que el Estado Nacional garantizará a la víctima de un delito y a los testigos convocados a la causa un pleno respeto a los derechos de recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades y a su protección física y moral, inclusive de su familia. Asimismo sostuvo que también se omitió considerar el art. 2 del mismo cuerpo normativo en cuanto establece que toda disposición que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente.-
Refirió que debe recordarse que él no es imputado, sino que es la presunta víctima del delito, y que la medida de la que se agravia no () es una simple medida de prueba, sino que es una probanza que fue considerada en reiteradas oportunidades intrusiva y agraviante de derechos inalienables del ser humano, tales como la integridad física y psíquica, la intimidad, la libertad de conciencia y el derecho a que el Estado lo deje "a solas". Agregó que la confirmación de la pretensión del señor Juez Federal importa someterlo a una violencia sobre su cuerpo y persona, constituyendo una intromisión al ámbito infranqueable de su esfera personal.-
Indicó que la extensión que da el "a quo" al art. 193 del C.P.P.N. no sólo importa obviar el juego armónico de dicha normativa con el resto de las estipulaciones de ese código, atentando así contra su espíritu, sino que también lesiona el irrestricto respeto que merecen los derechos constitucionales referidos en sus anteriores párrafos.-
Expresó que la búsqueda de la verdad en el proceso penal no es absoluta, sino que las posibilidades que otorga el art. 193 del rito son limitadas en materia probatoria.-
Por otra parte, afirmó que la decisión impugnada agravia además el ejercicio de los derechos constitucionales y garantías innominadas que de ellos se desprenden, receptados por el art. 19 de la C.N., así como también los que surgen de los Tratados Internacionales incorporados a nuestro texto constitucional por el art. 75, inc. 22 (art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 5, 11 y 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros).-
Señaló que el agravio a tales derechos fue reconocido por doctrina, citando a C. R. BAEZA en "Exégesis de la Constitución Argentina", Tomo I, Ed. Abaco, en el sentido de que una manifestación del derecho a la intimidad es el derecho a ser dejado a solas y que se traduce en que la incolumidad del principio de determinación autónoma de la conciencia requiere que la persona sea dejada a solas por el Estado cuando toma las decisiones relacionadas con las dimensiones fundamentales de la vida y, en consecuencia, la intromisión estatal con repercusión de dichas dimensiones sólo podrá justificarse sobre la base de poderosísimas razones que sean capaces de demostrar que las restricciones conciernen a la subsistencia de la propia sociedad, aún cuando la decisión del particular parezca irrazonable o absurda para el resto. También aludió a que todos los hombres pueden ejercer la denominada objeción de conciencia, esto es el derecho a no cumplir una orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona siempre que dicho incumplimiento no afecte los derechos de terceros o el bien común.-
Citó abundante doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo referente al respeto de los derechos de la personalidad, que se relacionan con la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, y elderecho a disponer de su propio cuerpo, resaltando que tales derechos tienen preeminencia sobre el art. 193 del C.P.P.N.-

Finalmente entendió que la resolución es además infundada, incumpliendo lo prescripto por el art. 123 del Código Procesal Penal de la Nación en cuanto exige la motivación de todas las sentencias y autos.-
Señaló que la resolución que ataca adolece de fundamentación material, es decir que derive razonadamente de las constancias de la causa y que el proceso lógico por el que se arribó a ella pueda ser controlado de forma tal de evitar arbitrariedades.-
Afirmó que la Sala interviniente de la Cámara de Apelaciones obvió la consideración de los elementos de convicción reseñados al fundamentar el recurso de apelación interpuesto.-
Explicó que al resolver la cuestión, el "a quo" se limitó a referirse a los argumentos que explicitó en la resolución dictada en el incidente de nulidad promovido por el doctor Pablo NOCETI. Sostuvo que en la referida decisión el "a quo" entendió que el estudio de histocompatibilidad, aún cuando implica avanzar sobre la esfera privada de las personas, en modo alguno puede considerarse como un acto de coerción ilegítimo contrario al derecho a la intimidad, cuando existen en el proceso suficientes elementos probatorios que permitan, en principio, afirmar la presunta comisión de un delito.-
Indicó que tal resolución también dice que, desde esa perspectiva, las referencias que sobre el particular suministró el magistrado instructor imponen avanzar a la pesquisa a fin de agotar el objeto que persigue el proceso penal en miras a hacer efectiva la ley sustantiva.-
Advirtió que es en ese punto donde se hallan las discrepancias, dado que la meritación que hizo el señor Juez Federal, validadas por la Sala interviniente de la Cámara de Apelaciones, lejos de permitir se llegue en forma pacífica, concordante y coincidente, posibilita obtener conclusiones divergentes y contradictorias.-
Entendió que no puede negarse que con los mismos elementos utilizados, y otros que no fueron meritados, es dable arribar a conclusiones discordantes con las que sentó el fallo.-
Señaló que la propia querella agregó a la causa elementos que no sólo no despejan dudas, sino que las profundizan, impidiendo que, a esta altura del procedimiento y para despejarlas, fuera factible acceder a la realización de una operación probatoria de la índole intrusiva como la impugnada.-
Agregó que basta mencionar que los elementos con los que se cuentan son las denuncias anónimas que se efectúan en la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, cuya loable labor no empece a considerar que es parte interesada en la resolución del presente, la coincidente fecha de nacimiento con la de la presunta fecha de parto de la señora STRITZLER, y la participación del doctor BERGÉS en su alumbramiento.-
Dijo que tales circunstancias no llevan necesariamente a concluir que él es el nieto que el querellante está buscando, con el grado de certeza que requiere esta instancia del proceso y, menos aún, posibilita que, en pos de profundizar la investigación de la adecuación a la realidad de los hechos que surgirían de dichos indicios, se lo someta a semejante medida intrusiva; y ello, toda vez que también se aportaron indicios de que hay otro posible hijo de la señora STRITZLER, Santiago TESORE, así como también que él podría ser nieto de otros grupos familiares distintos al que promovió la presente querella.-
Sostuvo que frente a tamaña incertidumbre no resulta procedente o útil hacerlo víctima de una intromisión a sus legítimos valores, que en la instancia de la causa poseen un grado preeminente frente a los fines que con la medida se intentan cumplimentar.-
Expresó que las razones expuestas por el sentenciante no alcanzan como para conmover el imperio de las garantías procesales "ut supra" indicadas y, por ende, torna discrecional y arbitraria la intromisión que el examen compulsivo al que se pretende someterlo importa (citó en apoyó de su postura el dictamen del Procurador General de la Nación en "H., G. S. y otro" del 28/9/94).-
Por último, recordó que es una persona mayor de edad y que reivindica para sí su derecho a determinar su futuro como mejor le dicte su conciencia, dentro del marco del respeto por los derechos de su prójimo.-
Hizo reserva del caso federal.-

IV. Que durante el término de oficina previsto por los arts. 465, primera parte, y 466 del C.P.P.N., se presentó a fs. 44/46 la doctora Alicia RÍOS, apoderada del querellante, Germán STRITZLER, solicitando el rechazo del recurso de casación.-
En primer lugar entendió que no se le tendría que haber concedido el recurso porque sólo es la posible víctima del delito.-
En segundo término, refirió que es necesario profundizar la investigación, y citó jurisprudencia de la C.S.J.N. respecto de la extracción compulsiva de sangre.-
Hizo reserva del caso federal.-

V. Que en idéntica oportunidad procesal se presentó a fs. 52/57 el recurrente para ampliar fundamentos.-
Indicó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo ya oportunidad de expedirse sobre el asunto, confirmando la extracción compulsiva de sangre, pero que en aquellos casos las víctimas de los delitos que se

juzgaban eran menores (Fallos: 313:1113, 318:2481, 2518, 319:3370).-
Sostuvo que en el caso, si bien debe reconocerse la facultad probatoria de los jueces, lo cierto es que no se cumple con la regla de necesidad que, finalmente, demuestre la proporcionalidad o razonabilidad de ella cuando se encuentran involucrados derechos constitucionales.-
Expresó, teniendo en cuenta la regla de razonabilidad (art. 28 de la C.N.), que de la lectura de la causa se advierte que al examen de histo-compatibilidad no le precede sustento probatorio que lo justifique como medida de injerencia a la víctima frente a los derechos constitucionales que la resguarden, sin perjuicio de la importancia que podrán llegar a tener las denuncias anónimas recibidas, así como ciertos datos aún no corroborados.-
Agregó que esa circunstancia se torna evidente cuando en la resolución que ordena la extracción compulsiva de sangre "...tendiente a determinar la verdadera filiación del inscripto como C. Daniel F., entrecruzándose la información genética del mismo con el grupo familiar Stritzler-Castro" le sigue "...Subsidiariamente, y en caso de no tener compatibilidad con ese grupo, se compare su filiación genética con los siguientes grupos...".-
Entendió que lo expuesto hace irrelevante otro tratamiento sobre la cuestión, toda vez que luego de desarrollar la importancia de los derechos involucrados; de la posición reconocida de la víctima en el proceso como "persona", con todas sus implicancias, en nuestra Constitución Nacional, en la jurisprudencia, no considera pertinente en el caso avanzar sobre la protección y garantías a los derechos a la intimidad, a la libertad de disposición corporal, a la integridad física, etc., los cuales se verían indudablemente menoscabados por la realización de la medida desde que no se encuentra racionalmente justificada, ni parece proporcionado tomar como objeto de prueba a la supuesta víctima en términos de "azar" o de "voleo".-

VI. Que también en dicha oportunidad se presentó a fs. 58/62 vta. el señor Fiscal General ante esta Cámara, doctor Juan Martín ROMERO VICTORICA, solicitando que se haga lugar al recurso de casación deducido.-

VII. Que celebrada la audiencia prevista por el art. 468 del C.P.P.N., de la que se dejó constancia a fs. 76, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Que, efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Ana María Capolupo de Durañona y Vedia, Gustavo M. Hornos y Amelia Lydia Berraz de Vidal.-

La señora juez Ana María Capolupo de Durañona y Vedia dijo:

I. El auto interlocutorio recurrido, en tanto confirma el fallo de primera instancia por el que se ordena proceder a la extracción compulsiva de muestras sanguíneas del recurrente, resulta recurrible en casación pues, aunque no constituye una de aquellas decisiones jurisdiccionales expresamente contempladas por el art. 457 del Código Procesal Penal de la Nación, debe ser equiparado a sentencia definitiva por los efectos que produce, pues decide sobre los derechos invocados por C. Daniel F. de un modo que produce un gravamen actual a sus intereses de imposible reparación ulterior (vid. en tal sentido, C.S.J.N, caso "ÁLVAREZ, C. Alberto", registrado en Fallos 319:585 y, recientemente, causa "M., A. y otros s/ abuso deshonesto -causa N° 42.394/96-", Reg. Nro. M. 1116. XXXVI., rta. el 27/6/02).-
Por otra parte, tampoco resulta un obstáculo para la procedencia del remedio intentado que el recurrente no sea parte en el proceso, sino un "testigo" como señaló el "a quo". Esta Sala indicó en el precedente "CORRES" que "...como enseña la jurisprudencia de la Corte Federal, debe admitirse, aún cuando excepcionalmente, la interposición de recursos por quienes -sin ser parte formal en el juicio- pueden ser alcanzados por la decisión respectiva por afectar ella sus legítimos intereses (Fallos 218:128; 242:396; 251:521, entre otros), reconociéndoseles legitimación activa para reclamar la protección de aquellos que resultaron concul- cados" (causa Nro. 1996 "CORRES, Julián Óscar s/recurso de queja", Reg. Nro. 2787.4, rta. el 13/9/00).-
Es por ello que, reunidos los restantes requisitos de impugnabilidad exigidos por el ordenamiento de rito, corresponde continuar con el trámite de la vía casatoria correctamente concedida.-

II. El recurrente atacó la resolución en crisis con diversos agravios, que pueden clasificarse en dos grupos.-
En primer lugar, cuestiona que el Estado tenga legítimo derecho de afectar sus garantías constitucionales -fundamentalmente el derecho a la intimidad- para extraerle sangre compulsivamente en el marco de la investigación de un delito -contemplado por el art. 146 del C.P.- en el que él no resulta imputado sino objeto del ilícito, y cuya comprobación requiere determinar si él es el hijo sustraído de un matrimonio víctima del accionar ilícito de fuerzas militares durante el periodo de 1976-1983 de nuestra historia. Por otra parte, entiende que la resolución cuestionada adolece, por los motivos expuestos en los resultandos de este fallo, del vicio de falta de fundamentación, cuya nulidad se debe decretar por imperio de lo dispuesto por el art. 123 del C.P.P.N.-
Adelanto desde ya que considero que le cabe razón al recurrente en orden a que la medida dispuesta no resulta

legítima, independientemente de los elementos de juicio colectados en el sumario que pudieran tornarla razonable, por lo que resultará innecesario ingresar al segundo grupo de críticas que efectúa.-

III. De inicio, se advierte que las razones invocadas tanto por el señor Juez de instrucción interviniente para ordenar la extracción compulsiva de sangre, como por la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, provincia de Buenos Aires, que confirmó tal decisión, no resultan aptas para justificar la invasión que provoca la resolución criticada en los derechos constitucionales del recurrente y que, cabe recordar, no se limitan simplemente al derecho a disponer del propio cuerpo.-

IV. El magistrado instructor y su superior inmediato señalaron que resulta posible extraer compulsivamente sangre a F., porque ello es útil para la investigación de un delito de cuya comisión existen ya suficientes sospechas.-
Tal argumentación no da cuenta de un punto central del análisis que debe llevarse a cabo, previo a decidir la razonabilidad de la medida en el marco de la instrucción, que consiste justamente en determinar si el derecho Estatal a averiguar la verdad en el marco del proceso penal (art. 193 del C.P.P.N.) debe ceder frente a diversos derechos de los particulares, cuestión que nos reconduce a una clásica discusión sobre los límites del poder estatal en su función de reprimir la comisión de delitos.-
Con palabras de Luigi FERRAJOLI puede afirmarse que "...si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores; y no sólo de errores, sino también de sufrimientos y vejaciones cada vez que en el proceso se ha hecho uso de medidas instructoras directamente aflictivas" y que"Lo que diferencia al proceso del acto de tomarse la justicia por la mano propia o de otros métodos bárbaros de justicia sumaria es el hecho de que éste persigue, en coherencia con la doble función preventiva del derecho penal, dos finalidades diversas: el castigo de los culpables y, al mismo tiempo, la tutela de los inocentes" (Derecho y Razón, segunda edición, edit. Trotta, Madrid, 1997, págs. 603 y 604).-
En armonía con esta visión, nuestro ordenamiento constitucional se hizo eco de esta tensión desde los albores de su existencia, imponiendo limitaciones al poder omnímodo del Estado en el marco de su función represiva. De la lectura de diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, surge claramente la noción de que el Estado no puede, so pretexto de reprimir delitos, violar determinados derechos básicos, proceder que resultaría incluso contradictorio con el mismo reproche que pretende efectuar (Fallos 310:1847, 303:1938 y 306:1752).-
Ciertamente también la realización de la función represiva estatal que prevé nuestro ordenamiento constitucional resulta impensable sin cierta limitación de los derechos de los particulares, incluso de aquellos que no son imputados en los procesos (vgr. obligaciones de los testigos de concurrir a los tribunales y de decir verdad, de especialistas de efectuar informes o peritajes, de otras personas de sufrir injerencias en la intimidad frente a diversas formas de investigación que pueden ir desde sufrir inva- siones al domicilio, hasta ser objeto de grabaciones de imagen y sonido, etc.).-
En diversos casos, dicha limitación no posee una magnitud tal en la vida de los ciudadanos que justifique dejar de lado, por no practicarla, la necesidad de alcanzar una eficiente administración de justicia. Así, por ejemplo, la citación a prestar declaración testimonial implica una reducción de la libertad de un individuo, sin embargo, la afectación que normalmente ello le produce es tan insignificante frente al objetivo que el Estado intenta alcanzar, que por eso mismo la medida es ampliamente tolerada por nuestro ordenamiento jurídico.-
Asimismo, existen determinados derechos individuales que la Constitución Nacional tutela fuertemente, pero admitiendo su reducción frente a determinadas circunstancias, como ocurre, por ejemplo con la intimidad del domicilio.-
Por último, hay algunos supuestos en los que la limitación al poder de investigación estatal resulta del respeto absoluto de determinados derechos fundamentales de los particulares que no pueden sacrificarse bajo ningún punto de vista (vgr. la proscripción de la tortura).-
La pretensión punitiva instrumentada en los procedimientos penales no es, entonces, un derecho absoluto del Estado, concepción que resultaría "antisocial", según ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados precedentes (cfr. Fallos 172:21; 254:56; 289:67), sino que se encuentra limitada con diferente intensidad según el caso, dependiendo de cuáles sean y cómo se afecten los derechos de los particulares que se hallen en juego y deban ceder para que la eficaz administración de justicia se realice.-
En este sentido, resulta relevante recordar los argumentos vertidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en oportunidad de analizar la constitucionalidad de la extracción compulsiva de sangre a quien no revestía la calidad de imputado en el caso "H., G. S. y otro s/ apelación de medidas probatorias -causa N° 190/97" (causa H. 91. XXIV, rta. el 4/12/95) y, en similar sentido, "in re" "GUARINO, Mirta Liliana s/querella" (causa G. 449. XXXI, rta. el 27/12/96)-.-
En el primero de dichos fallos la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que "...tampoco se observa la afectación de otros derechos fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de

unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen" (el resaltado me pertenece).-

Estos precedentes, debo resaltar, no resultan totalmente aplicables al caso, pues en ambos casos la persona afectada era menor de edad e, incluso, en uno de ellos la medida probatoria había sido recurrida por los imputados en la causa, que manifestaban ser los padres de aquélla. Además, aquí el planteo del recurrente es distinto de los analizados por la Corte, pues la cuestión no se vincula sólo con la integridad física del sujeto pasivo de la medida, sino también con otros espacios de su intimidad, como son su integridad psíquica y su derecho a conocer su origen.-

Sin embargo, las citas de esos casos resulta pertinente porque, tal como surge de la argumentación transcripta, el Alto Tribunal tomó en consideración, como elemento de juicio relevante para resolver la cuestión, la entidad de los intereses en juego, tanto para la sociedad como para los particulares.-

Desde dicha óptica deben analizarse las cuestiones a debatir en el caso, sopesando los intereses en juego: por un lado, la necesidad de impartir justicia conociendo la verdad de los hechos imputados, contando para ello con la libertad probatoria que autoriza el art. 206, primera parte, del C.P.P.N.; por otro, los intereses del recurrente, que manifiesta que es mayor de edad y debe respetarse su deseo a no someterse a la medida aflictiva que se dispuso, alegando que tiene derecho a preservar la identidad que posee, y que la violación de diversos derechos constitucionales que le genera la medida dispuesta -fundamentalmente a su intimidad- podría ocasionarle serias consecuencias en su salud psíquica.-

Vistas así las cosas, resulta claro que en el presente caso no estamos frente a la "perturbación ínfima" a que aludió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "H., G. S." citado "supra" para justificar una extracción compulsiva de sangre a quien no resultaba imputado en el proceso, sino ante una intromisión sumamente gravosa y determinante en el ámbito de intimidad de un ciudadano, que no puede fundarse simplemente en la necesidad de descubrir la verdad en el marco de un proceso penal y, so pretexto de ello, invadir de tal modo las libertades privadas.-

No puede obviarse que nos hallamos ante una situación en la que, quien pudo haber sido el objeto del delito investigado desde sus primeros momentos de vida, es compelido también ahora, bajo apercibimiento de hacerse uso de la fuerza pública, a someterse a un procedimiento de extracción de sangre, que tendrá por sentido indagar su origen biológico, y del que por ello mismo podrían resultar graves consecuencias que alterarían radicalmente su vida, máxime si resultase que la que él cree que es su familia, no fuera tal, o incluso -y ello no puede soslayarse- que los que él considera sus padres biológicos, con los que convivió durante toda su vida y en los que depositó su afecto, resulten incriminados judicialmente a causa de su propia participación en el proceso.-

Esta sola razón, independientemente de las que se expondrán luego, determina que, dado el impacto que la medida podría ocasionar al recurrente, deba revocarse la resolución de fs. 311/313 vta. y su confirmatoria de fs. 451, en tanto imponen a F. la obligación de someterse a una extracción compulsiva de sangre.-

V. El magistrado instructor aludió también a las ventajas que la prueba generaría en F.. Así, señaló que: "...nada duradero puede fundarse en la ignorancia consciente", como también que "...sólo en el interés del entonces menor puede resultar lo que haga a la determinación su identidad".-

No parece cuestionable la importancia que se le otorgó al conocimiento de la propia identidad biológica en la formación del individuo, lo que resulta llamativo y criticable es que no se haya tenido en cuenta que F. superó ampliamente la mayoría de edad, y cuenta hoy con más de 25 años.-

Resulta claro entonces que, si la realización de los estudios periciales ordenados se apoya en las ventajas terapéuticas que tendrían para el recurrente, no podría desoírse y dejar de respetarse la voluntad de éste, que como mayor de edad, tiene derecho exclusivo a decidir sobre su salud.-

En este sentido no puede omitirse resaltar la falacia en la que incurrió el señor Juez actuante al aludir al "...interés del entonces menor" (el resaltado me pertenece), pretendiendo de tal modo presentar al Estado como un representante de intereses que hoy ya no están en sus manos, sino en las del propio titular de ellos, que dada su edad, es amo y señor sobre su intimidad.-

VI. En similar sentido, en primera instancia se fundó la medida recurrida en las previsiones de la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849, incorporada al texto constitucional por el art. 75, inc. 22, de la C.N.).-

Nuevamente, se desconoce que F. superó ampliamente los 18 años a que alude la citada Convención en su art. 1 (que fue objeto de expresa declaración por la ley de ratificación), para ser considerado un niño.-

Asimismo, tampoco se tuvo en consideración que el inc. 2) del art. 8 de dicho instrumento internacional no prescribe la obligación del Estado de averiguar la identidad de los niños a quienes ella les haya sido privada, sino el deber de prestar asistencia y protección para reparar tal afectación, lo que no tiene lugar cuando se va directamente

en contra de la voluntad del adulto al que se pretende "auxiliar".-

VII. El instructor señaló por último que "...la identidad biológica ...no es un derecho subjetivo, sino un elemento que da contenido al atributo del estado civil..." y por ello no es disponible por los particulares, que no pueden renunciar a ella. Sin embargo, este argumento tampoco resulta adecuado para justificar "per se" la medida practicada.-
Basta con advertir las limitaciones a la legitimación activa que el Código Civil establece respecto de las acciones de impugnación de estado (arts. 251 y ss.) o con comprobar que la extracción de sangre compulsiva no se encuentra autorizada por la ley 23.511, para concluir que sólo determi- nadas personas, y con concretas limitaciones, pueden objetar la filiación de otra, lo que revela que aun cuando la paternidad y la maternidad sean un atributo del estado civil, ello no confiere, sin más, facultades promiscuas al Estado o a cualquier particular para indagar judicialmente su corrección y alterarlo, y mucho menos de hacerlo a través de un procedimiento en que el cuerpo del sujeto pasivo de las pruebas biológicas que se efectúen sea manipulado contra la propia voluntad de éste.-

VIII. Las confusiones que a partir del denominado "derecho a la identidad biológica" se generaron, revelan que es preciso efectuar una aclaración terminológica, pues confundir la realidad con las normas jurídicas da lugar comúnmente a las llamadas falacias naturalísticas, que afectan el razonamiento jurídico.-
La identidad biológica de un individuo, como el conjunto de las características biológicas que lo definen particularmente, es; o sea, existe con independencia de las regulaciones jurídicas que sobre el punto se establezcan.-
De tal modo, cuando se habla modernamente del derecho a la identidad biológica, se hace referencia básicamente a los derechos de conocerla y manipularla, y la cuestión que aquí nos ocupa se refiere al primero de dichos aspectos, el relativo a su conocimiento, particularmente dirigido a establecer la ascendencia de un individuo.-
Sobre el punto rondan diversos interrogantes relevantes para nuestro caso, que pueden efectuarse tanto desde la perspectiva del individuo, como desde la de terceros o de la sociedad. Así, cabe preguntarse: ¿tiene derecho un particular a conocer su identidad biológica? y ¿tiene derecho a impedir que otros la conozcan?; y otras personas o el Estado ¿tienen derecho a averiguar sobre la verdadera identidad biológica con independencia de la voluntad del sujeto sobre el que recae la investigación?, y en caso afirmativo ¿tiene límites dicha facultad de indagar?

IX. Resulta harto evidente que existe un derecho del individuo a conocer su identidad biológica y que, incluso, en determinadas circunstancias el Estado está obligado a coadyuvar a que el particular la descubra.-
La citada Convención sobre los Derechos del Niño establece, en su art. 8, tanto el derecho de los niños a conocer su origen biológico, como la obligación del Estado de ayudarlo a "restablecer" su identidad.-
Asimismo, tal como sostuvo en el precedente "Muller" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el Ministro Enrique Santiago Petracchi "8°) ...hay derechos y prerrogativas esenciales e intransferibles del hombre y de la sociedad que, aunque no estén expresamente consagra- dos en la Constitución Nacional, deben ser considerados garantías implí- citas, comprendidas en el art. 33 cit. y merecedoras del resguardo y protección que aquélla depara a las explícitamente consignadas (fallo y voto citados, in re: 'Sánchez Abelenda', considerando 13)."
"9°) Que, entre ellas, debe -sin duda- incluirse el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen. En efecto, poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que -aprehendido- permita reencontrar una historia única e irrepetible (tanto individual como grupal), es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapa de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estruc- tura."
"El normal desarrollo psicofísico exige que no se trabe la obtención de respuesta a esos interrogantes vitales. La dignidad de la persona está en juego, porque es la específica 'verdad personal', es la cognición de aquello que se es realmente, lo que el sujeto naturalmente anhela poseer, como vía irremplazable que le permita optar por proyectos de vida, elegidos desde la libertad. Pues ésta es -finalmente- la que resulta mancillada cuando el acceso a la verdad es obstruido ..."
"10) ...Una de las voces más autorizadas de nuestro tiempo, ha dicho: 'También espero que quede bien aclarada la importancia de decir la verdad, esa verdad que los adultos comunican a los niños, quienes no solamente la desean en forma inconsciente, sino que la necesitan y tiene derecho a conocerla ...La verdad puede ser dolorosa a menudo pero, si se dice, permite al sujeto reconstruirse y humanizarse' (Dolto, Francoise, 'Los niños y su derecho a la verdad', Bs. As., 1990, pág. 9)" (Fallos 313:1113).-
Por otra parte, las disposiciones relativas a la acción de filiación confieren normalmente al hijo y a sus herederos legitimación para impugnar la paternidad y la maternidad (arts. 259 y 262 del Código Civil), e incluso las normas relativas a la adopción reconocen el derecho del adoptado a "conocer su realidad biológica", lo que tiene su

correlato en el compro- miso del adoptante de hacer saber a aquél su origen biológico (arts. 328 y 321, inc. h), ídem).-

X. Que advertido el legítimo derecho del individuo a conocer su identidad biológica, cabe examinar si también existe un derecho a impedir que otros tomen conocimiento de su origen biológico.-
De la Convención sobre de los Derechos del Niño surge, como vimos, el derecho del niño de averiguar su origen biológico, pero de ello no puede deducirse sin más que terceros tengan, o no, uno análogo respecto de aquél. Tampoco el considerar el derecho a conocer la identidad biológica como un derecho implícito en la Constitución Nacional (art. 33) permite afirmar que existe un obstáculo, o un derecho, para que en determinados casos terceros averigüen el pasado de alguien.-
Sin embargo, la cuestión -cuya envergadura resulta evidente- no se encuentra desregulada en nuestro derecho infraconstitucional, pues diversas normas establecen reglas acerca de ella, fijando un marco que revela que, aunque sólo en determinados y muy particulares casos, personas distintas al sujeto cuyo origen biológico se pretende indagar tienen el derecho de hacerlo.-
Particularmente, las disposiciones relativas a las acciones de reclamación de estado y de impugnación de estado, citadas "ut supra", confieren legitimación al hijo, al marido y/o a la mujer o a sus herederos y respecto de la acción de impugnación de la maternidad, en particular, la legitimidad la posee incluso "todo tercero", que invoque un "interés legítimo" (conf. arts. 251 y ss. del Código Civil y, en particular, art. 262 del mismo ordenamiento).-

XI. Pero advertir que otras personas -incluso el Estado- distintas al sujeto cuyo origen se indague, tengan el derecho a hacerlo, y con tal fin puedan echar mano a las llamadas pruebas biológicas que admite la ley en el marco de una amplia libertad probatoria (art. 253 del Código Civil), no permite concluir que ellas puedan emplear medidas de prueba compulsivas como la dispuesta en este sumario.-
La ley 23.511, regulatoria del Código Civil en este aspecto, y por ello insoslayable, establece en su art. 4 que "Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia, la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente".-
Se advierte claramente así, que no resulta legítimo el empleo de la fuerza pública o de la coacción estatal en cualquiera de sus formas, para compeler a un sujeto a someterse a los exámenes genéticos a que se refiere dicha ley.-

XII. Las citadas normas de naturaleza civil no pueden ser desatendidas al momento de resolver el "sub lite". No sólo la importancia de dichas disposiciones, regulatorias de quizá el aspecto más esencial del desarrollo de la sociedad y el individuo, como lo son las relaciones familiares, obliga a atender a la voluntad del legislador, plasmadas en ellas sobre el punto, sino que además el propio Código Procesal Penal de la Nación determina que se acuda a las disposiciones de carácter civil en casos como el de autos.-
En efecto, si bien el art. 206 de dicho ordenamiento establece un sistema de libertad probatoria que importa, básicamente, que los hechos objeto de investigación pueden probarse mediante cualquier tipo o clase de prueba, en tanto y en cuanto, claro está, ellas tengan tal fuerza probatoria, determinada conforme a las reglas de la sana crítica racional, existe una específica excepción al principio, plasmada en la última parte de la disposición: el estado civil de las personas sólo se prueba de conformidad con las reglas que establece el Código Civil.-
En tal sentido y haciendo al estado civil de las personas tanto el lugar y fecha del nacimiento, como la paternidad y maternidad que posean (conf. Guillermo A. Borda "Tratado de Derecho Civil Argentino", Parte General, Tomo I, pág. 359/360, edit. Perrot, 1970, Bs. As.), las disposiciones del ordenamiento civil mencionadas, que regulan si es posible y, en su caso, de qué modo, proceder a cuestionar y/o probar dichas circunstancias, resultan de directa aplicación.-
Por ello, en el particular, conforme lo dispuesto por la ley 23.511, no es legítimo compeler a F. a someterse a una extracción de sangre compulsiva.-

XIII. Por último, tampoco puede desatenderse que el caso de autos presenta la particular característica de investigarse la posible comisión del delito previsto por el art. 146 del Código Penal, del que habría sido objeto un niño hijo de personas desaparecidas durante el periodo de 1976-1983, a quien probablemente le haya sido alterada su identidad.-
En tal sentido, es de resaltar la reciente sanción de la ley 25.457, que creó la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.-
Dicha comisión tiene por objeto coadyuvar en el cumplimiento del compromiso asumido por el Estado nacional al

ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, en lo atinente al derecho a la identidad e impulsar la búsqueda de hijos e hijas de desaparecidos y de personas nacidas durante el cautiverio de sus madres, en procura de determinar su paradero e identidad (art. 1), y tiene entre sus facultades, la de realizar peritajes genéticos a través del Banco Nacional de Datos Genéticos en procura de sus objetivos.-
Pero el legislador fue sumamente prudente al regular el accionar de la Comisión referida, respetando de tal modo la voluntad de aquellos que posiblemente hayan sido víctimas del accionar ilícito aludido, que no sólo se les brindó la posibilidad de decidir que el estudio médico se efectúe respecto de ellos, sino que también se obligó a esa Comisión a "Mantener reserva de la identidad de quien solicite que se determine su patrón genético, siempre que no exista impedimento legal" (art. 5, inc. a).-
Y si bien esta ley no tiene por objeto la reconstrucción de la identidad biológica en el marco de procesos criminales, no puede desatenderse que justamente la norma regula la averiguación de la verdad en casos en que niños podrían haber sido víctimas de graves delitos y, aun así -o justamente por ello-, deja librado a la intimidad de los solicitantes tanto el sometimiento a la medida, como la transcendencia a terceros de su resultado.-

XIV. Por las razones expuestas, no encontrándose ajustadas a derecho la resolución de fs. 311/313 vta. y su confirmatoria de fs. 451, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto, sin costas, y anularlas conforme establece el art. 471 del C.P.P.N., devolviéndose las actuaciones a su origen a efectos de que se prosiga con el trámite del sumario.-
Tal es mi voto.-

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

I. Encuentro -en coincidencia con lo señalado en el punto I. del voto precedente- que la resolución recurrida reúne la suficiente nota de definitividad para su inspección en esta instancia, dado que causa un gravamen insusceptible de reparación ulterior y pone fin a la cuestión federal alegada. También por cuanto el recurrente cuestionó la inteligencia otorgada por el "a quo" a cláusulas constitucionales y la decisión fue contraria al derecho fundado en ellas (art. 14 de la ley 48).-

II. La cuestión sometida a la inspección judicial de esta instancia -la legitimidad de la extracción de sangre compulsiva a una persona mayor de edad considerada víctima del delito- reclama un adecuado análisis y balance de los sustanciales derechos en oposición. El interés social en la persecución de los delitos, y el individual, consistente en el respeto de los derechos y garantías fundamentales que la Constitución Nacional reconoce y cuya protección debe asegurar el Estado.-
Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los fallos ya mencionados en la ponencia precedente, trató el punto (cfr.: "H.G.S. y otro s/apelación de medidas probatorias -causa N° 190/97, rta. el 4/12/95; y "GUARINO, Mirta Liliana s/querella" -causa G.449.XXXI-, rta. el 27/12/96), el caso en examen presenta un aspecto que desplaza la necesaria identidad entre las situaciones a resolver, restando a aquéllos aptitud para supeditar la comprensión de éste; fundamentalmente, se trata de un mayor de edad que reclama el respeto de derechos esenciales -a la intimidad, a la integridad corporal, psíquica y moral, a la dignidad y a conocer su identidad de origen-, cuestionando la intervención estatal coercitiva.-
El dilema no es de fácil solución, pues optar por la prevalencia de una de las proposiciones argumentales implica necesariamente limitar las restantes garantías de similar jerarquía. Es aquí entonces que cobra especial relevancia el principio parametral de razonabilidad que resulta plenamente aplicable a nuestro derecho y que se encuentra condensado en el artículo 28 de la C.N. cuando señala que "...los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio", y no se limita a exigir que sólo la ley sea razonable, sino que es mucho más amplio, ya que cada vez que la Constitución depara una competencia a un órgano de poder, impone que el ejercicio de la actividad consiguiente tenga un contenido razonable, es decir, que no sea arbitrario y, por ende, inconstitucional.-
En la tarea de reglamentación de los principios constitucionales, la ley debe compatibilizar el ejercicio de los derechos de todos los intervinientes en el juicio, con el interés social que existe en la eficacia de la justicia (Fallos: 286:257). Los derechos que la Constitución Nacional consagra, lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlas compatibles entre sí y con los que corresponda reconocer a la comunidad (art. 14 de la C.N.; Fallos: 136:161; 142:80; 191:197), ya que la admisión de un derecho ilimitado importaría una concepción antisocial (Fallos 136:161, pág. 171).-
En este orden de ideas resulta útil recordar que los derechos individuales tienen aptitud para limitar aún la persecución de objetivos sociales colectivos, toda vez que si el alcance del bien común fuera una justificación última de los actos, el reconocimiento previo de los derechos de la persona humana no tendría sentido, resultaría

inoperante. En efecto, en la parte dogmática de la Constitución, al decir de Germán BIDART CAMPOS "...se centraliza un núcleo que coincide con el de la democracia, al conferir instalación a la persona humana de acuerdo con su dignidad, su libertad y sus derechos" (cfr.: "Manual de la Constitución Reformada", Tomo I, pág. 473, Ed. Ediar, Bs. As., septiembre de 1996), cuyo goce debe asegurar el Estado. En efecto, estos valores surgen con nitidez de nuestra Carta Magna, que enrolada en el constitucionalismo clásico, propone como fin del Estado y de su organización la defensa de los derechos y libertades de los hombres. Derechos que normativamente reconocidos deben estar efectivamente vigentes en el ámbito sociológico -creándose las condiciones para que sean accesibles a todos-. Ese es el contenido fundamental y básico del Bien Común y éste es el fundamento de la autoridad.-

Es que, en el sistema impuesto por nuestra Ley Fundamental "...la dignidad y el valor de la persona humana ocupan un valor prioritario y central, dicha dignidad exige que se respeten las decisiones personales, el propio plan o proyecto de vida que cada uno elige para sí, en la medida en que no se afecte a terceros o al bien común; la intimidad y privacidad (el right of privacy de los anglosajones) es un aditamento de la dignidad, de manera que, en nuestra filosofía constitucional, el principio de autonomía personal se halla unido indisolublemente a la dignidad..." (Bidart Campos, Germán J.-Herendorf, Daniel H.: "Principios, Derechos Humanos y Garantías", Ed. Ediar, Bs. As., 1991, p.169 y ss.; y Sagüés, Néstor P.: "Dignidad de la Persona e Ideología Constitucional", en J.A., del 30/11/94).-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de dejar claramente establecido que "...el artículo 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros. Así en el caso 'Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A. s/ daños y perjuicios' (Fallos: 306:1892) [Fallo en extenso: elDial - AA11D2] el tribunal, al resolver que era ilegítima la divulgación pública de ciertos datos íntimos de un individuo, señaló que el citado art. 19: '...protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de otros, en defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen...'" (del voto de la mayoría, considerando 8°, citado en el voto en disidencia de los señores ministros doctores Belluscio y Petracchi en la causa "BAHAMONDEZ, Marcelo s/medida cautelar", del 6 de abril de 1993, Fallos: 316:479).-[Fallo en extenso: elDial - AAD42]

No puede olvidarse que el derecho a la integridad personal abarca no sólo el cuerpo sino también la psiquis, y en este último sentido prohíbe que se exponga a la persona a daños psicológicos que pudieran resultar de importantes consecuencias para su equilibrio emocional. La grave afectación de este derecho resulta insoslayable en su consideración, si se tiene en cuenta que no se trata en el caso sólo de la 'perturbación ínfima' a la que se refirió la C.S.J.N. en el precedente "H., G.S." -ya citado- producto de la mera extracción de sangre, sino de la profunda penetración en lo más íntimo de la vida del impugnante contra su expresa y válida voluntad. Y no parece sobreabundante recordar aquí que su vida atravesó circunstancias especialísimas estrechamente vinculadas con el objeto de autos y con su decisión a este respecto.-

Especial relevancia cobra entonces el derecho de "autonomía personal", como "ut supra" se refirió íntimamente relacionado con la dignidad e intimidad del hombre, que prescribe que "...siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no deben interferir con esa elección, consagrando de tal modo una amplia libertad en el desarrollo de su vida privada". En suma, "...la posibilidad de que los individuos adultos puedan aceptar o rechazar libremente toda interferencia en el ámbito de su intimidad... es un requisito indispensable para la existencia del mencionado derecho de la autonomía individual, fundamento éste sobre el que reposa la democracia constitucional" (C.S.J.N.: disidencia de los doctores Belluscio y Petracchi, en el fallo "BAHAMONDEZ" antes mencionado).-).-[Fallo en extenso: elDial - AAD42]

No se trata de conceder a los autores de los delitos investigados una carta de indemnidad, como se sostuvo en el Dictamen de la Procu- ración General de la Nación, S.C. V 356 LXXXVI- en el que se señala a las víctimas el deber de pasar por un doloroso trance, como si ello no hubiera ya ocurrido en tragedias como la de autos.-

La víctima ya sufrió ese dolor; entonces el poder estatal deberá procurar aportar los elementos de juicio idóneos para llegar a la verdad en el caso concreto sin reeditar en la medida de lo posible su sufrimiento.-

"Alterum non laedere" es la definición de acción justa recogida por Ulpiano de Aristóteles.-

En el supuesto en examen: la decisión libre e informada de C. Daniel F., como adulto no imputado de delito, de no someter en el marco de este proceso penal un aspecto de su vida privada referido a su identidad de origen merece

amparo jurídico. La solución contraria, la toma compulsiva de una muestra sanguínea, resulta irrazonable pues conllevaría una intromisión arbitraria en su esfera de libertad personal, de su intimidad y privacidad, pudiendo considerarse afectado gravemente en su dignidad como persona humana.-
Esa intromisión, por lo demás y tal como surge del análisis efectuado por la doctora Capolupo de Durañona y Vedia, tampoco se encuentra autorizada por las pertinentes disposiciones civiles a las que remite el artículo 206 del Código Procesal Penal de la Nación.-
Y en este sentido debe recordarse que ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que la ley no manda (art. 19 de la C.N.). En el caso, podría expresarse como que la autoridad pública no impondrá a un particular ninguna conducta a la que no esté obligado por ley.-
Por todo lo expuesto, y en coincidencia sustancial con los fun- damentos que sustentaron el voto que me precede en orden de turno, adhiero a la solución allí propuesta.-

La señora juez Amelia Lydia Berraz de Vidal dijo:

I. Que concuerdo con los colegas que preopinan en que, por la

naturaleza y efectos de la decisión que se recurre, la vía casatoria fue correctamente habilitada.-

II. En cuanto a la cuestión a decidir, coincido sustancialmente
-como también lo hace el doctor Hornos- con los fundamentos expresados por la doctora Durañona y Vedia, prestando también adhesión a las motivaciones de orden constitucional desarrolladas en el voto que me precede, quedando de todo ello en claro que el avance compulsivo sobre la intimidad protegida de F., ordenada por los Tribunales de grado inferior, no mediando su consentimiento libremente prestado, conculca sus derechos garantizados por el art. 19 de la C.N., cuyo sacrificio no se encuentra aquí justificado.-
Acuerdo con los colegas, entonces, en la solución propiciada.-
Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

I. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 1/9
vta. por C. Daniel F., por su propio derecho y con el patrocinio letrado del doctor C. Martín CAPRARULO, sin costas y, consecuentemente, ANULAR las resoluciones de fs. 311/313 y 451 de los autos principales, en cuanto disponen la extracción compulsiva de sangre del aquí recurrente;; y devolver la causa a su procedencia a fin de que se continúe con el trámite del sumario (arts. 471, 530 y 531 del C.P.P.N.).-
II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada
por la doctora Alicia RÍOS, apoderada del querellante, Germán STRIT- ZLER, en su presentación de fs. 44/46.-
Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la causa a la
Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, provincia de Buenos Aires, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.//-

Fdo.: AMELIA LYDIA BERRAZ DE VIDAL - ANA MARIA C. DURAÑONA Y VEDIA - GUSTAVO M. HORNOS

Ante mí: DANIEL ENRIQUE MADRID - Secretario de Cámara

SUMARIO - BIOETICA. Intervención quirúrgica. Calidad de "Testigo de Jehová" del paciente. Negativa a que se le efectúe transfusión de sangre. Exoneración de responsabilidad médica. Autorización judicial
"Zarrillo Osvaldo Pablo c/Prestaciones Medico Asistenciales SA s/sumario" - CNCOM - SALA A - 17/03/2003

"**Los reparos del sanatorio, y por los cuales acudió a la justicia, aparecen atendibles ante la convergencia en el suceso de las dos circunstancias siguientes: la existencia de una voluntad real y lúcida por parte del paciente de no someterse al tratamiento de transfusiones, por un lado, y la razonabilidad de servirse del mismo para prolongar su vida, por otro.**-
No puede considerarse reprochable, y menos aún generador de responsabilidad, el acudir a la justicia en procura de, mediante su pronunciamiento obtener certeza sobre el punto debatido y de contornos difusos, para asegurarse un accionar conforme a derecho."

"La actitud de servicio nunca debería hacer concebir al médico como a un mero técnico, neutral y cualificado, que ejecuta los encargos que se le realizan, lejos de ser un autómata, también el galeno podría hasta devenir objetor, negándose por enfrentar sus principios ético- profesionales a practicar una intervención en la que no es dado agotar los recursos con que le asiste su ciencia para salvar la vida del enfermo."

"Es obligación del sanatorio cerciorarse de que el paciente comprenda en todas sus dimensiones las posibles consecuencias de la operación, el recto alcance de su drástica determinación; esta obligación no se relativiza ni mucho menos desaparece por el sólo hecho de que el paciente solicite, ya la aplicación, ya la abstención, de una determinada terapéutica."

"Al margen de la pertinencia o no del acudir de los médicos a los estratos judiciales, lo que genera posiciones encontradas en la doctrina y jurisprudencia, aparece comprensible que éstos acudan a los jueces buscando un oportuno "Blindaje jurídico", máxime ante la proliferación de reclamos judiciales de que últimamente vienen siendo objeto los profesionales de la medicina. Esta opción no puede interpretarse como un quiebre en la relación médico- paciente."

"Toda vez no se considera culposo, ni por ende generador de responsabilidad, el obrar de Prestaciones Médico Asistenciales SA a través del Sanatorio San Patricio, no puede sino llegarse a idéntica conclusión con respecto a la actuación de PAMI, en tanto el actor achaca a la obra social culpa "in vigilando", que naturalmente exige para su configuración el actuar ilícito del dependiente.-

TEXTO COMPLETO

En Buenos Aires, a 17 de marzo de dos mil tres, se reúnen los señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, con asistencia de la Secretaria, para entender en los autos seguidos por "ZARRILLO OSVALDO PABLO "contra "PRESTACIONES MEDICO ASISTENCIALES S.A. " sobre SUMARIO, en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo establecido por el Art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, doctores Miguez, Viale y Peirano.//-

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver;;

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta la señora Juez de Cámara doctora Miguez dijo:

I- En la sentencia de fs. 390/6 el señor Juez de grado resolvió rechazar la demanda interpuesta por Osvaldo Pablo Zarrillo contra Prestaciones Médico Asistenciales S.A. e Instituto de Servicios Sociales, para Jubilados y Pensionados (INSSJ y P)) P.A.M.I., e impuso las costas del juicio al actor perdidoso.-

II- Entre los meses de julio- agosto de 1995 aproximadamente el señor Zarrillo experimentó ciertos malestares de salud, razón por la cual recurrió a la atención médica del sanatorio "San Patricio" que le fue asignado por PAMI, perteneciente a la codemandada Prestaciones Médico Asistenciales SA Allí le fue diagnosticado un carcinoma en el riñón izquierdo, que requería una intervención quirúrgica en tiempo breve. Es en esta circunstancia que **el actor expuso ante los médicos actuantes su condición de "Testigo de Jehová", manifestando que aceptaba ser intervenido quirúrgicamente siempre y cuando en la operación se emplearan tratamientos médicos alternativos en reemplazo de transfusiones de sangre contrarias a sus convicciones religiosas**. En esta

dirección el actor firmó un documento de "exoneración de responsabilidades " (que luce en copia a fs, 7 y 8 con sus respectivas certificaciones) **en el cual solicita que no se le hagan transfusiones de sangre, "... aunque los médicos las consideren vitales para mi salud o mi vida";** agregando -párrafo aparte- que "quedan eximidos de responsabilidad los médicos, anestesiólogos, la administración y el personal médico de Sanatorio San Patricio". **No () obstante esta declaración de voluntad, el aludido nosocomio promovió acción judicial ante la justicia civil, solicitando autorización para intervenir quirúrgicamente al paciente sin efectuar transfusiones de sangre, la que en primera instancia le fue denegada, surgiendo con posterioridad ciertas vicisitudes procesales que acabaron con un pronunciamiento de Cámara Civil que declaró abstracta la cuestión (previa sentencia de la Excma. C.S.J.N. que se expidiera sobre la legislación del actor para tomar intervención en el proceso voluntario de autorización**). Pero es cierto - y en esto coincido con el magistrado de grado- que no medió pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión debatida.-
En virtud de la existencia de lo que el paciente entendió eran dilaciones innecesarias por parte del sanatorio, consultó en forma privada al Dr. Carlos Alberto Rancati. Este comandó la intervención quirúrgica que, finalmente, se realizó el día 1° de febrero de 1996 en el Sanatorio Santa Isabel de la Ciudad de Buenos Aires.-

III- Para resolver en el sentido indicado supra I el "a quo" estimó no acreditados dos presupuestos básicos de la responsabilidad civil, cual son la constitución en mora y el incumplimiento obligacional. Del modo en que fue estructurada, entiendo que la sentencia de grado adolece de ciertas deficiencias lógicas. Nótese, en efecto, que el "a quo" concluye en la inexistencia de mora para -recién entonces- indagar sobre la existencia de incumplimiento, cuando el orden lógico a seguir era estrictamente el inverso. La mora es, por definición, el "incumplimiento jurídico relevante", de modo que mal puede haber mora, sin incumplimiento material (cfr-. Alterini- Ameal- López Cabana, Curso de Obligaciones, Ed. Abeledo- Perrot, Bs.As., 1978).-

IV- Entiendo que la actora yerra el enfoque de la cuestión: no se discute aquí si a una persona, dada su condición de Testigo de Jehová, le asiste el derecho de negarse a recibir una transfusión sanguínea, sino, simplemente, si es en virtud de la conducta asumida por los demandados en autos (particularmente Prestaciones Médico Asistenciales S.A., a través del accionar del Sanatorio San Patricio), que el actor se vio impedido de obtener en su -favor la materialización de la prestación médica a cargo del organismo previsional; circunstancia ésta que lo habría obligado a recurrir a la atención de un profesional independiente ajeno a las prestaciones de PAMI. Los ilustrados escritos de demanda, alegación y expresión de agravios transitan por intrincadas cuestiones ius filosóficas que en su densidad hacen perder de vista la cuestión medular, el quid, que es en puridad mucho más simple que lo que a primera vista puede parecer dada la forma en que la actora planteó la litis. Sólo de modo indirecto, y sin que esto implique demérito alguno del alto rango aun supraconstitucional, de los derechos a la salud y a la vida, los mismos se encuentran vinculados con el objeto del proceso; es de recordar que la petición esgrimida en el escrito de inicio no persigue el reconocimiento del derecho a no ser transfundido (el cual encuentra sustento, entre otros, en el mismo fallo que el Alto Tribunal dictó en las actuaciones de autorización que dedujo el Sanatorio San Patricio, voto de los Dres. Fayt y Boggiano), sino obtener un resarcimiento pecuniario por los gastos irrogados en la operación habida.-
En este marco es que deben atenderse las articulaciones traídas, no sin antes recordar que los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos esbozados o agravios deducidos por las partes, sino sólo aquellos que a su juicio resulte conducentes para la dilucidación de la cuestión sometida a su conocimiento (C.S.J.N. Fallos 258:304; 262:222; 263:30); como tampoco deben imperativamente ponderar todas y cada una de las probanzas rendidas, sino - también aquí- las que consideren con virtualidad bastante como para incidir en la solución del litigio. Es esta una facultad privativa que puede irrogarse el sentenciante en acuerdo con lo dispuesto en el Art. 386 del C.P.N., que instituye el sistema de libre apreciación de la prueba (cfr. Gozaíni, Osvaldo A., Código Procesal Civil y Comercial Comentado y Anotado, Ed. La Ley, 2002, p. 382 y C.S.J.N. Fallos 274-113; 280:320).-

V- Hay en el comportamiento del actor una ostensible contradicción; es la que sigue: en su relación de los hechos hace hincapié bastante en el ya referido documento de "exoneración de responsabilidades", presentándolo como elemento que, de por sí, debería haber conducido a los profesionales actuantes a intervenirlo quirúrgicamente sin más, y conforme a su requerimiento. No obstante ello, en ocasión de disponerse a ser intervenido por el Dr. Rancati suscribió la "Hoja de consentimiento médico terapéutico" (v. Fs.194) que integra la historia clínica del Sanatorio Santa Isabel, identificada con el N° 208502 y anejada al presente por el propio nosocomio según misiva de fs.202, en la que expresamente dice autorizar "...a los referidos profesionales a disponer y proveer todo servicio adicional que crea necesario, incluyendo la administración de anestesia, transfusiones..." como así también "...las determinaciones serológicas que se consideren necesarias tales como VDRL, HIV, hepatitis, etc. En caso de ser transfundido". Esto supone que los documentos de fs. 7 (de Exoneración de responsabilidades) y de fs. 194 (Hoja

de Consentimiento médico terapéutico) son lisa y llanamente contradictorios, revelando además un flagrante avance del actor y contra de sus propios actos, conducta ésta que resulta procesalmente inadmisible, sin que sea óbice a esta conclusión el hecho de que se trate de actuaciones de índole extrajudicial. Va de suyo, entonces, que las condiciones en que efectivamente trabajó el Dr. Rancati variaron sustancialmente con relación a aquellas en que pretendía ser operado en el Sanatorio San Patricio: mientras que ante las autoridades de éste en forma reiterada manifestó su negativa tajante a toda eventual transfusión, en aquella otra ocasión se mostró llamativamente predispuesto. Es natural, pues, que ninguna autorización judicial haya debido requerir el Sanatorio Santa Isabel (así lo reconoce además el señor Munilla en respuesta a la posición decimosexta de la absolución respectiva -fs. 161-).
La suscripción de la mentada "hoja de consentimiento médico terapéutico" deja entrever en el fondo de la cuestión una disminución del ímpetu con que Zarrillo se opuso a recibir transfusiones. Esta variación sustancial de condiciones conlleva el desmerecimiento de razonamiento según el cual la conducta asumida por el Dr. Rancati, en tanto omitió practicar transfusiones de sangre a Zarrillo, vendría a demostrar la ilegitimidad de la conducta seguida por el sanatorio co demandado, ello así por cuanto es perfectamente presumible, con importante grado de certeza, que ningún escollo se habría alzado de adoptar el actor igual temperamento frente al nosocomio San Patricio, en punto a su previo consentimiento con eventuales transfusiones - y correlativamente- ningún elemento habilita la presuposición de que el doctor Rancati habría igualmente intervenido a Zarrillo sin la expresa declaración de voluntad expresada en la supra aludida hoja de consentimiento ¿No fue, acaso, la falta de este consentimiento, la falta de anuencia con eventuales practicas transfusionales lo que precisamente motivó a la demandada a actuar como lo hizo?
La importancia de este argumento es tal, que a mi juicio resulta definitivo para la dilucidación de la litis. Ello sin desmedro de la fuerza probatoria y convictiva de los elementos acercados a la causa de los que se hará mérito oportunamente.-

VI- Los reparos del sanatorio aparecen atendibles ante la convergencia en el suceso de las dos circunstancias siguientes: la existencia de una voluntad real y lúcida por parte del paciente de no someterse al tratamiento de transfusiones, por un lado, y la razonabilidad de servirse del mismo para prolongar su vida, por otro. En este sentido debe repararse en la misiva de fs. 36 en la que el médico que suscribe, Dr. Turi, dice que se trata -la del actor- "de una patología quirúrgica de gran envergadura que habitualmente requiere transfusiones", y aquí cabe insistir en el siguiente punto: poco importa que el Dr. Rancati haya logrado la intervención sin necesidad de efectuar transfusiones (téngase en cuenta la mentada variación sustancial de condiciones) pues los reparos del sanatorio tienen que ver, claro está, no con que no era posible realizar la operación sin transfundir, sino en miras a la posibilidad, siempre latente en una intervención quirúrgica, de que en su transcurso una hemorragia, por ejemplo, vuelva necesario - incluso al extremo de indispensable - la provisión de dosis sanguíneas. Es decir que la causa obstativa era sólo la posibilidad de tener que recurrir a dicha terapeuta y no el efectivamente tener que servirse de ella. Esto desvirtúa el argumento del actor cuando dice que aparece claro el extremo referido a "... que era posible practicar la intervención aceptando la negativa del suscripto - el paciente" (v. Escrito de demanda, fs. 5 vta.) Es de destacar, por fin, que la actitud de servicio nunca debería hacer concebir al médico como a un mero técnico, neutral y cualificado, que ejecuta los encargos que se le realizan, lejos de ser un autómata, también el galeno podría hasta devenir objetor, negándose por enfrentar sus principios ético- profesionales a practicar una intervención en la que no es dado agotar los recursos con que le asiste su ciencia para salvar la vida del enfermo.-
Entiendo que no puede considerarse reprochable, y menos aún generador de responsabilidad, el acudir a la justicia en procura de, mediante su pronunciamiento obtener certeza sobre el punto debatido y de contornos difusos, para asegurarse un accionar conforme a derecho. No desconozco por cierto la existencia de posturas que ante problemas de índole bioético como el que sirve de sustrato fáctico a una causa, pregonan la innecesariedad o inconveniencia de acudir a la autorización judicial (voces en este sentido se alzaron, por ejemplo, en ocasión de fallar la C.S.J.N. la causa "T.S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo" del 11.01.01 (E.D. 191-425) en la que una madre solicitó autorización- cuya concesión fue confirmada por el Alto Tribunal- a fin de lograr la inducción de un parto de un feto anencefálico). Hay quienes arguyen, en efecto, que son los médicos, y sólo ellos y en su ámbito de incumbencia profesional, quienes deben tomar decisiones de ésta naturaleza prescindiendo de toda judicialización de la cuestión; no existiendo norma legal que imponga requerir autorización judicial cualquier decisión del juez al respecto devendría carente de sustento legal. En este sentido se pronunció Alberto Rodríguez Varela en nota al fallo citado (E.D..191-425); también el emérito rector de la Universidad Católica Argentina Domingo Basso, " un caso que no debió ir a la Corte", en la Nación del 12.01.01). Pero éstas posturas, distan ciertamente de ser unánimes: para el caso, dice el maestro Morello en alusión a estos sinuosos problemas de medicina y derecho, que "...constituyen genuinos casos adversariales, causas de intereses fundamentales- que recaban tutela judicial afectiva; no son cuestiones académicas rotulables de consulta o de índole abstracta o general. Son típicamente justificables y , por ende, definibles por los jueces. Porque aun en el alero de la autorización no mudan su esencia" (E.D. 194-259,

comentario al fallo de la S.C.B.A. "B.A. s/ autorización judicial del 22.6.01). En este caso, que también obedeció al planteo de un conflicto bioético de similares características al presente, aunque al igual que el anterior versó sobre la autorización a una madre para la inducción de un parto, varios ministros exhibieron categóricas reservas con respecto a que el requerimiento jurisdiccional no tenía cabida, que lo rotulado como una "autorización" a ser otorgada por los jueces no suscitaba un debate cabal y propio que demandara tal deber por el lado de la función judicial: así, por ejemplo, el Dr. Hitters se pronunció con énfasis por la judiciabilidad del caso, ya que el pedido de autorización judicial apunta a resolver un conflicto; en igual sentido el Dr. De Lázzari sostuvo la existencia de un "caso concreto", al tiempo del Dr. Ghione sostuvo que no era indispensable la autorización judicial. Tales opiniones en modo alguno quitan legitimidad a la petición.-
Queda claro con este sucinto repaso de posturas que el tema es, como se dijera anteriormente, debatido y de contornos difusos: no existe una respuesta unívoca, una línea de conducta clara y terminante a seguir por los profesionales del arte de curar al momento de enfrentarse con conflictos que exigen del galeno, a más de la expresión de sus cualidades científicas y profesionales, una respuesta que campea, por el terreno de la ética, en procura de una solución que contemple los intereses encontrados; y si hay intereses encontrados - como claramente en el caso sub examine-, queda determinada la existencia de un caso, causa o controversia (en el tradicional léxico de la C.S.J.N.), y en consecuencia, sobradamente justificada la intervención judicial. Y al margen de la pertinencia o no del acudir de los médicos a los estratos judiciales, lo que genera posiciones encontradas según quedó claramente consignado y expuesto, aparece comprensible que éstos acudan a los Jueces buscando un oportuno "Blindaje jurídico" (la expresión en bastardilla es M Dr. Morello en el trabajo citado), máxime ante la proliferación de reclamos judiciales de que últimamente vienen siendo objeto los profesionales de la medicina. Esta opción no puede interpretarse como un quiebre en la relación médico- paciente. Ya se dijo que aquel no es un mero técnico, neutral, que ejecuta los encargos que se le realizan sin más; es decir que el mantenimiento de esa delicada relación no implica necesariamente la sumisión a la voluntad del enfermo por parte del médico.-

VII- Para comprender cabalmente la razonabilidad de la conducta asumida por el sanatorio co demandado, tal vez resulte de utilidad práctica figurarse la hipótesis a contrario, y así, preguntarse: si en el transcurso de la Intervención deviene necesaria la práctica transfusional y el médico omite realizarla en aras de respetar la voluntad del paciente, razón por la cual este fallece. Ante la eventual acción deducida por sus herederos ¿Podrían el nosocomio y el médico actuante exonerarse de toda responsabilidad oponiendo el documento en el que el paciente solicita no ser transfundido? Probablemente la respuesta deba ser negativa, pues no hay allí indicio alguno de que se haya prestado el consentimiento informado, de que el paciente efectivamente supiera que la omisión de esa terapéutica podía acarrearle la muerte. Y es obligación del sanatorio cerciorarse de que el paciente comprenda en todas sus dimensiones las posibles consecuencias de la operación, el recto alcance de su drástica determinación; esta obligación no se relativiza ni mucho menos desaparece por el sólo hecho de que el paciente solicite, ya la aplicación, ya la abstención, de una determinada terapéutica.-
El documento de "exoneración de responsabilidad", su tenor, resultó a la luz de la crítica médica justificadamente insuficiente para proceder sin mas del modo en que quería el paciente. Tampoco así, de manera irreflexiva, actuó el Dr. Rancati , y al respecto cuadra decir que es también elemento convalidante de la actitud seguida por el Sanatorio San Patricio el hecho - incontrovertible- de que otro nosocomio (véase historia clínica del "Santa Isabel") tomó recaudos orientados igualmente a obtener las condiciones necesarias a fin de poder efectuar transfusiones sanguíneas en caso de que los médicos actuantes lo estimasen pertinente, bien que en este supuesto no resultó necesario requerir autorización judicial ninguna, pues el actor prestó llamativamente su conformidad (véase al respecto cuanto se expuso supra en el considerando v). Asimismo, no resulta acreditado que los médicos del sanatorio San Patricio se negaran rotundamente a recibir a los miembros del "Comité de enlace con los hospitales" de los Testigos de Jehová. En este sentido repárese que quien suscribe la nota de dicho comité agregada en autos (v.fs,27), el señor Jorge Minilla, al momento de absolver posiciones reconoce haberse dirigido al Sanatorio San Patricio acompañando al actor, en reiteradas oportunidades, "... a diversas entrevistas con los profesionales intervinientes, especialmente con el cirujano interviniente, el cirujano principal" (v. fs. 160, respuesta a la posición quinta), tampoco resulta acreditada la negativa a recibir la nota cursada por dicho Comité, sobre cuya autenticidad no pudo, según surge claramente de fs. 170, dar fe "Antártida Hospital Privado", supuesto receptor de la misma. Y en cuanto a la misiva remitida. por éste (v. fs. 28), sólo peticiona el rechazo conformado y la orden de prestación en su favor, de modo que su tenor literal resulta indicativo, no tanto de que - como sugiere el actor- estuviera definitivamente dispuesto a prescindir de las transfusiones sanguíneas cuanto de que evaluaría la situación para luego decidir en consecuencia, sin que pueda descartarse de plano el que, eventualmente, hubiera debido seguir igual temperamento que el sanatorio San Patricio. Además, aquí tampoco la autenticidad de la misiva se encuentra acreditada en forma fehaciente (v. la misma probanza de fs. 170 y respuesta del señor Jorge Luis Franceschelli a la. novena posición formulada a fs. 156/7). Así, no hay elementos que avalen la tajante afirmación del actor referida a

que el Instituto Antártida respetaba sus creencias religiosas (lo que de acuerdo a su planteo implicaría la total prescindencia de transfusiones) teniendo además "experiencia en el uso de alternativas médicas" Sobre esto último nada surge.-

VII- Toda vez que , como surge de la ponencia, no se considera culposo, ni por ende generador de responsabilidad, el obrar de Prestaciones Médico Asistenciales S.A. a través del Sanatorio San Patricio, no puede sino llegarse a idéntica conclusión con respecto a la actuación de PAMI, en tanto el actor achaca a la obra social culpa "in vigilando", que naturalmente exige para su configuración el actuar ilícito del dependiente. Mas aún cuando el propio actor admite expresamente haber omitido informar a PAMI sobre los problemas, las desinteligencias surgidas en ocasión de tratar con la restante co demandada v. Respuesta a la primera posición formulada a fs. 285).-

IX- Si bien el ordenamiento procesal vigente consagra el principio objetivo de la derrota como base de la imposición de costas, éste no es absoluto, pues el Art.. 68 párr. 2do. del C.P.N. importa una sensible atenuación al otorgar a los jueces un, amplio marco de arbitrio, en virtud del cual pueden apartarse de lo que es regla y de acuerdo a las particulares circunstancias de cada caso, proponer una distribución de los gastos causídicos más justa y equitativa. Se trata del principio subjetivo en la imposición de las costas. Y considero que en el sub examine hay mérito para así proceder.-

A lo largo de esta ponencia ha quedado claramente representado, mediante la exposición de posturas diversas, el carácter conflictivo de situaciones como las que sirven de plataforma fáctica al presente caso. La conducta que han de seguir los médicos y nosocomios ante problemas de índole bioético no goza de consenso ni en doctrina ni en jurisprudencia, y hasta los profesionales de la medicina expresan fundadas dudas al respecto. Así, existiendo divergencias sobre la cuestión medular aquí debatida, que bien pudieron razonablemente inducir al actor a peticionar de la forma en que lo hizo, entiendo que las costas de ambas instancias deben ser impuestas en el orden causado, lo que así postulo al acuerdo. No obsta a esta solución el que las costas no hayan sido en forma concreta materia de apelación, pues en la órbita del Art. 279 del ritual (que permite a la alzada cambiar el curso de las costas cuando la sentencia fuere modificatoria) se encuentra comprendido el supuesto de modificación de los fundamentos del fallo, aun cuando se mantenga la solución de fondo otorgada al conflicto.-

X- Por las consideraciones expuestas, propongo al acuerdo desestimar el recurso interpuesto por la parte actora, y confirmar la sentencia apelada; bien que por los fundamentos que surgen de esta ponencia. Con costas de ambas instancias en el orden causado (Art. 68 Párr. 2do. C.P.N.).Así expido mi voto.-

Por análogas razones los señores Jueces de Cámara doctores Viale y Peirano adhieren, al voto precedente.-

Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los señores Jueces de Cámara doctores: Carlos Viale, Julio. J. Peirano, Isabel Miguez. Ante mi: Laura Inés Orlando. Es copia del original que corre a fs.....del Libro N° 113 de Acuerdos Comerciales- Sala "A"

Buenos Aires, marzo de 2003.-
Y VISTOS- Por los fundamentos del Acuerdo precedente, se resuelve desestimar el recurso interpuesto por la parte actora y confirmar la sentencia apelada; bien que por los fundamentos que surgen de esta ponencia. Con costas de ambas instancias en el orden causado (Art.. 68 párr. 2do. C.P.N.).- Fdo.: Carlos Viale, Julio J. Peirano, Isabel Miguez.//- Ante mi: Laura Inés Orlando

SECCIÓN SEGUNDA - DE LOS HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS QUE PRODUCEN LA ADQUISICIÓN; MODIFICACIÓN, TRASFERENCIA O EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES (ver nota 1)

TÍTULO I - DE LOS HECHOS

Art. 896. (ver nota 2) - Los hechos de que se trata en esta parte del Código son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, trasferencia o extinción de los derechos y obligaciones.

Art. 897. - Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.

Conc.: 900 , 907 , 913 , 921 , 922, 936 .

Art. 898. - Los hechos voluntarios son lícitos o ilícitos. Son actos lícitos, las acciones voluntarias no prohibidas por la ley, de que puede resultar alguna adquisición, modificación o extinción de derechos.

Conc.: 899 , 953 .

Art. 899. (ver nota 3) - Cuando los actos lícitos no tuvieren por fin inmediato alguna adquisición, modificación o extinción de derechos, sólo producirán este efecto en los casos en que fueren expresamente declarados.

Conc.: 898 , 907 .

Art. 900. (ver nota 4) - Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna.

Conc.: 897 , 907 , 908, 913 , 921 , 922, 936 , 1113 a 1115 .

1. Incapacidad accidental. - Ver art. 1045

2. Estado de necesidad. - Ver arts. 936 , 953 , 1037 y 1067 .

Art. 901. - Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código consecuencias inmediatas. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias mediatas. Las consecuencias mediatas que no puedan preverse, se llaman consecuencias casuales.

Conc.: 520 , 903 a 906 .

1. Relación causal. - Es preciso no confundir la relación de causalidad con la imputabilidad del acto; la primera se refiere a una cuestión material: saber si el daño es consecuencia de un hecho determinado; la imputabilidad es un concepto jurídico: establecer si le impone a determinada persona el deber de reparar un daño (ver nota 5).

Ver arts. 520 y 1068 .

Art. 902. (ver nota 6) - Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.

Conc.: 511 , 512, 576 , 904 , 2170 , 2204 , 2269 .

1. Culpa profesional. - Ver art. 512 .

Art. 903. - Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de ellos.

Conc.: 520 , 576 , 901 a 909 , 913 , 923 a 929 , 1066 , 1109 .

6801/24441

1. Relación causal. - Ver arts. 901 , 520 y 1068 .

Art. 904. - Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas.

Conc.: 901 , 902, 909 , 929 , 2203 .

1. Relación causal. - Ver arts. 901 , 520 y 1068 .

Art. 905. - Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho.

Conc.: 513 , 901 a 906 , 929 , 1109 , 1111 .

1. Relación causal. - Ver arts. 513 , 514, 520 y 1068 .

Art. 906 (Texto según ley 17711, art. 1 , inc. 46). (ver nota 7) - En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad.

6801/20740

Conc.: 905 , 907 , 1113 .

(Este art. 906 decía: "Son imputables las consecuencias casuales de los hechos reprobados por las leyes, cuando la casualidad de ellas ha sido perjudicial por causa del hecho").

1. Hechos reprobados por las leyes. La locución utilizada en la norma derogada limitaba su aplicación a los delitos - actos dolosos - que son los que típicamente tienen la calidad de hechos reprobados por las leyes (ver nota 8).

Ver arts. 520 y 1068 .

Art. 907. - Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido.

(Agregado por ley 17711, art. 1 , inc. 47) 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.

6801/20750

Conc.: 273 , 433 , 512 , 576 , 900 , 903 , 904, 908 , 1056 , 1070 , 1076 , 1109 , 1122 , 1124 .

Art. 908. - Quedan, sin embargo, a salvo los derechos de los perjudicados, a la responsabilidad de los que tienen a su cargo personas que obren sin el discernimiento correspondiente.

6801/20760

Conc.: 273 , 433 , 1113 , 1123 .

Art. 909. (ver nota 9) - Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes.

6801/20770

Conc.: 626 , 902 , 938 , 1724 , 1725, 2291 .

Art. 910. - Nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa, o restringir su libertad, sin haberse constituído un derecho especial al efecto.

6801/20780

Conc.: 22 , 266 , 377 , 415 , 499 , 911 , 912, 939 , 1074 , 1197 , 2511 , 2514 , 2516 , 2611 .

Art. 911. (ver nota 10) - Nadie puede obligar a otro a abstenerse de un hecho porque éste pueda ser perjudicial al que lo ejecuta, sino en el caso en que una persona obre contra el deber prescrito por las leyes, y no puedatener lugar oportunamente la intervención de las autoridades públicas.

6801/20790

Conc.: 910 , 912 , 939 , 1071 , 2470 , 2315 .

Art. 912. - Quien por la ley o por comisión del Estado, tiene el derecho de dirigir las acciones de otro, puede impedirle por la fuerza que se dañe a sí mismo.

6801/20800

Conc.: 265 , 275 , 276, 413 , 911 .

Art. 913. - Ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se

manifieste.

6801/20810

Conc.: 896 , 897, 903 , 915 , 919 .

Art. 914. - Los hechos exteriores de manifestación de voluntad pueden consistir en la ejecución de un hecho material consumado o comenzado, o simplemente en la expresión positiva o tácita de la voluntad.

6801/20820

Conc.: 913 , 915 , 920 , 1145 .

Art. 915. - La declaración de la voluntad puede ser formal o no formal, positiva o tácita, o inducida por una presunción de la ley.

6801/20830

Conc.: 913 , 914, 916 a 920 .

Art. 916. (ver nota 11) - Las declaraciones formales son aquellas cuya eficacia depende de la observancia de las formalidades exclusivamente admitidas como expresión de la voluntad.

Conc.: 973 a 978 , 1145 .

Art. 917. (ver nota 12) - La expresión positiva de la voluntad será considerada como tal, cuando se manifieste verbalmente, o por escrito, o por otros signos inequívocos con referencia a determinados objetos.

Conc.: 914 a 916 , 920 , 1145 .

Art. 918. (ver nota 13) - 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.

Conc.: 919 , 1145 , 1146, 1873 a 1878 .

1. Manifestación tácita de voluntad. - A) No es necesario que los actos de los cuales se pretende inducir la existencia de la voluntad produzcan una certidumbre absoluta a su respecto, bastando con que ella sea simplemente práctica y relativa, es decir, que apreciados aquellos hechos conforme al sentir común o según el uso en los negocios, esa voluntad pueda ser inferida (ver nota 14).

B) La manifestación tácita de voluntad tiene los mismos efectos que la expresa (ver nota 15).

C) Entre otros, se ha contemplado la existencia de una declaración tácita de voluntad inferida de los siguientes hechos: a) El cumplimiento parcial del contrato por la persona a quien se hizo la oferta, importa su aceptación tácita (ver nota 16). b) La circunstancia de que el vendedor admita un pago parcial después de vencido el plazo convenido para el cumplimiento del contrato, entraña su prórroga (ver nota 17). c) También la entraña el hecho de

que el comprador de un inmueble en construcción pidiera luego la realización de trabajos adicionales (ver nota 18). d) El hecho de que el adquirente de un departamento (ley 13512) conociera que con motivo de las modificaciones que se introdujeron a los planos por exigencias oficiales se le entregaría una unidad distinta de la convenida, y al negarse a tomar posesión de ésta concretó su reparo a detalles de terminación, permite inferir su consentimiento con el cambio de objeto (ver nota 19). e) El hecho de que los alquileres se hayan pagado siempre en el domicilio del locador, revela el consentimiento del locatario para hacerlo en ese lugar si en el contrato no se indicó dónde debían hacerse efectivos (ver nota 20); pero si éste se hallaba designado, un uso diverso no configura su modificación tácita (ver nota 21). f) La tolerancia en el atraso de los pagos, no constituye por sí sola una modificación tácita en el tiempo de cumplimiento convenido (ver nota 22). g) La permanencia del inquilino en el inmueble locado importa el ejercicio de su facultad de optar por la prórroga convenida, si no se convino la forma y tiempo en que debía manifestar su voluntad (ver nota 23), pero bajo los regímenes de emergencia en que los plazos de locación se han prorrogado legalmente, esa permanencia no traduce inequívocamente la intención de hacer uso de la opción contractual, pues puede acogerse al beneficio otorgado por la ley (ver nota 24); tampoco importa declaración tácita de voluntad, si la prórroga dependía de un acuerdo de partes y el locador preavisa al locatario que no consentirá la reconducción, porque en tal caso media la protesta o declaración expresa en contrario que menciona la norma (ver nota 25). h) La recepción del pago de los alquileres hecho por el sublocatario que invoca esa calidad, lleva implícito el consentimiento de la sublocación (ver nota 26); en cambio, la aceptación de los efectuados por los terceros que convivían con el inquilino fallecido, no es un reconocimiento de su derecho a continuar con la locación (ver nota 27). i) La aceptación del pago adelantado de intereses con respecto a una deuda de plazo vencido, configura una prórroga tácita para la devolución del capital debido por el período a que aquéllos se refieren (ver nota 28), pero no la trasforma en una obligación de plazo indeterminado (ver nota 29). j) La circunstancia de que el inquilino hubiera aceptado un recibo del alquiler en el cual el locador le comunicaba su decisión de aumentarlo, no constituye un consentimiento tácito al respecto, si luego se negó a hacerlo efectivo (ver nota 30). k) La sola pasividad observada por el locador frente a la infracción cometida por el locatario que lo autorizaba a pedir su desalojo, no importa que lo haya consentido tácitamente (ver nota 31). l) La percepción y entrega de recibos de alquiler por un monto inferior al estipulado en el contrato por más de seis meses, importa una declaración tácita de voluntad en el sentido de rebajar los alquileres por todo el tiempo de la locación (ver nota 32). m) No configura una declaración tácita de voluntad el silencio guardado por el destinatario de un telegrama en el cual se le reclamaba el pago de una comisión, si no mediaban declaraciones precedentes que le impusieran el deber de contestarlo (ver nota 33).

Ver también arts. 509 , 566 , 625 , 873 , 874, 1145 , 1602 , 1632 , 1635 , 1646 y 3989 .

Art. 919. (ver nota 34) - 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.

Conc.: 1145 , 1146, 1878 , 1935 .

1. El silencio como manifestación de voluntad. - A) Para que el silencio pueda valer como declaración de voluntad es necesario que la persona que calla haya estado en el deber de explicarse en determinado sentido, ya sea por imposición de la ley (p. ej.: absolución de posiciones), ya por las "relaciones de familia" (ver nota del codificador), o "a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes" (p. ej.: arts. 1145 , 1874 , 1935); todas éstas son situaciones excepcionales que no pueden extenderse analógicamente, por lo que fuera de ellas el silencio carece de valor jurídico (ver nota 35). Con un criterio más amplio, se ha sostenido que la buena fe no tolera que nadie se atrinchere en su silencio cuando éste puede tener la apariencia exterior del consentimiento (ver nota 36).

B) Por aplicación de esta norma se ha resuelto: a) que el silencio guardado ante la comunicación hecha por una de las partes de que quedaba anulada la oferta, importaba su aceptación, si quien la recibió tenía el deber de contestarla por las divergencias habidas a su respecto (ver nota 37); b) que la falta de contestación al telegrama por el cual el empleado emplazaba a su principal a definir su situación en razón de las nuevas condiciones de trabajo impuestas, importa un reconocimiento del derecho reclamado (ver nota 38); c) que el silencio guardado por el locador ante el telegrama del locatario en el cual éste afirmaba la negativa de aquél a recibir los alquileres, entraña

la admisión de ese hecho (ver nota 39); d) que el silencio del vendedor ante el telegrama del comprador en que se advertía que el contrato se hallaba sujeto, de común acuerdo, a la obtención de un préstamo para pagar el precio, importa admitir la existencia de esa condición (ver nota 40); e) que en la locación de obra "a costo y costas" cuyo precio se paga según las liquidaciones periódicas que pasa el constructor, el silencio del propietario frente a éstas importa su aprobación (ver nota 41); f) que en un contrato de ejecución continuada, el silencio guardado ante el valor asignado por el otro contratante a los envases remitidos en comodato, entraña su aceptación (ver nota 42); g) que el silencio del propietario frente a la construcción del vecino lindero que avanza sobre su terreno, importa su consentimiento para venderle la parte ocupada (ver nota 43); h) que el silencio del yerno del paciente internado en un instituto médico ante el requerimiento de pago que se le efectuó, configura un reconocimiento de su obligación, si fue quien realizó los trámites para que se lo admitiera (ver nota 44); i) que el contrato celebrado por el secretario de un sindicato que no tenía facultades para hacerlo queda convalidado por el silencio guardado por sus sucesivas autoridades no obstante el conocimiento que de él tenían, ya que pudieron y debieron expedirse al respecto, no obstante lo cual, nada dijeron (ver nota 45).

En cambio, se ha resuelto: a) que el silencio del locador ante el cambio de destino de la cosa dada en locación (ver nota 46), o la introducción de modificaciones (ver nota 47), o la sublocación o cesión del contrato en violación de lo pactado (ver nota 48), no importan una aceptación de tales hechos; b) que la actitud pasiva del adquirente de un billete de lotería que resultó premiado frente a la noticia periodística que daba a otra persona como partícipe en él, no configura un reconocimiento de ese extremo (ver nota 49); c) que el silencio guardado por el promitente ante la comunicación del beneficiario de que había cedido la promesa de venta, no constituye conformidad con la cesión, si se había estipulado que ella debía darse por escrito (ver nota 50).

Ver arts. 929 , 1874 , 1935 , 1952 , 3989 .

Art. 920. (ver nota 51) - La expresión de la voluntad puede resultar igualmente de la presunción de la ley en los casos que expresamente lo disponga.

onc.: 878 , 887 , 3080 , 3320 .

Art. 921. (ver nota 52) - Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón.

Conc.: 127 , 141 , 153 , 897 , 900 , 1070 , 1076 , 1861 , 2392 , 3615 , 3708 , 3709.

1. Discernimiento y capacidad. - No debe confundirse el discernimiento con la capacidad. La capacidad es la aptitud del sujeto para ser titular de una relación jurídica (capacidad de derecho) o para ejercer por sí mismo sus propios derechos (capacidad de hecho). El discernimiento es la cualidad o facultad del sujeto por la cual conoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente (ver nota 53).

6801/24511

2. Incapacidad accidental. - En la parte final de esta norma encuadran todos los accidentes que dejen al hombre sin uso de razón, cualquiera que sea la circunstancia o el hecho que produzca tal estado, y aun cuando la pérdida accidental de la razón sea también parcial (ver nota 54), p. ej., el estado de ebriedad (ver nota 55), siempre que se pruebe que ella existía en el "momento" de otorgarlo (ver nota 56).

Ver arts. 474 y 1045 .

6801/24521

3. Dementes denunciados y no denunciados. - Ver arts. 473 y 1045 .

Art. 922. - Los actos serán reputados practicados sin intención, cuando fueren hechos por ignorancia o error, y aquellos que se ejecutaren por fuerza o intimidación.

onc.: 796 a 798 , 897 , 900 , 923 a 930 , 936 a 941 , 954 .

1. Falta de intención. - Para que el vicio de la voluntad importe la nulidad del acto, debe acreditarse la disociación entre lo declarado y la verdadera intención de quien hace la declaración (ver nota 57).

2. Estado de necesidad. - Ver arts. 936 , 953 , 1037 y 1067 .

6801/20910

CAPÍTULO I. De los hechos producidos por ignorancia o error

Art. 923. (ver nota 58) - La ignorancia de las leyes, o el error de derecho, en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos.

6801/20920

Conc.: 18 , 20 , 784 , 857 , 858, 3320 , 3428 , 4007 .

6801/24551

1. Error de derecho. - A) Error de derecho es el que se refiere a las normas legales genéricas aplicables al caso (ver nota 59).

En tal sentido, es de hecho, no de derecho, el error de quien compra un terreno urbano ignorando que se hallaba sujeto a expropiación, pues no versa sobre la existencia o la interpretación de las normas que rigen el instituto, sino sobre el acto administrativo que la dispuso con respecto a ese bien en particular (ver nota 60).

B) No hay error de derecho en el pago realizado conforme a la jurisprudencia plenaria existente en el momento en que fue realizado, aunque con posterioridad en un nuevo fallo plenario se modificase el criterio sentado en el anterior (ver nota 61).

Ver art. 16 .

C) El error de derecho no puede invocarse para lograr un beneficio o eludir una responsabilidad, pero sí para fundar una demanda por enriquecimiento sin causa (ver nota 62).

D) Transacción: ver art. 857 .

Art. 924. (ver nota 63) - El error sobre la naturaleza del acto jurídico anula todo lo contenido en él.

(nota 1) En esta sección se verán generalizados los más importantes principios del derecho, cuya aplicación parecía limitada a determinados actos jurídicos. La jurisprudencia en mil casos deducía sus razones de lo dispuesto respecto de actos que, en verdad, no eran siempre semejantes. Si el vicio, por ejemplo, de violencia o intimidación

debía anular los contratos, ¿por qué no anularía también el reconocimiento de un hijo natural, la aceptación de una letra, la entrega al deudor del título del crédito, etc., etc.? ¿Por qué no diríamos en general que los actos que crean o extinguen obligaciones, se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad, generalizando así los principios, y generalizando también su aplicación? Mil veces nuestras leyes se ven en la necesidad de repetir que el incapaz de derecho, no puede hacer determinados contratos, y mil veces guardan silencio respecto a los incapaces, tratándose de actos que hacen nacer obligaciones iguales a las que nacen de los contratos. "Todos los códigos publicados, con excepción del de Prusia, dice FREITAS, tienen el gravísimo defecto de haber legislado sobre materias de aplicación general a casi todos los asuntos del Cód. Civil, del Cód. de Comercio o del Cód. de Procedimientos, como si fuesen exclusivamente aplicables a los contratos y testamentos. Con este sistema han embarazado el exacto conocimiento del derecho privado, aislando fenómenos que son efectos de la misma causa, y haciendo de esta manera que muchas especies escapen a la influencia de los principios que debían dirigirlos. Tratándose de cualquier acto voluntario, tratándose de actos jurídicos que no son contratos o testamentos, como las relaciones de familia, o como los actos de procedimientos en los juicios, a los menos versados repugna aplicar disposiciones legislativas sobre contratos y testamentos, que fueren establecidas para aquellas dos clases de actos jurídicos. Este régimen que desliga todas las clases de los actos que crean o extinguen obligaciones, queda siempre incompleto en los códigos, por mayor que sea el número de las repeticiones y referencias".

Esas disposiciones susceptibles de una aplicación común, que en todos los códigos han sido particularizadas a los contratos y testamentos, son las que ahora en su carácter propio, se han reunido en esta sección.

Respecto a la materia objeto de esta sección, podemos decir con ORTOLAN, que hecho, que por su etimología supondría una acción del hombre, se toma en el lenguaje jurídico en su sentido más amplio, como designando un suceso cualquiera, que ocurra en el mundo de nuestras percepciones. En esta significación es usada esta palabra por los jurisconsultos romanos en todo el título de juris et facti ignorantia.

El hecho puede producirse, ya por una causa que se halle enteramente fuera del hombre, y a la que éste no haya podido ni auxiliar ni poner obstáculo, ya con participación directa o indirecta del hombre, y ya finalmente por efecto inmediato de su voluntad.

Se aplica también la idea y el nombre de hecho, a lo que no es más que la negación del mismo. El caso en que tal acontecimiento no se verifique, la omisión o negativa del hombre a hacer tal cosa, es lo que vulgarmente se dice un hecho negativo.

Por último, de la misma manera que el derecho, por su poder de abstracción crea personas y cosas que no existen en la naturaleza, así a veces llega hasta crear hechos imaginarios que no tienen realidad ninguna, y obran como si hubieran existido; por ejemplo, la muerte de un ausente después de los años que fija a la ausencia para crear la presunción de fallecimiento; el domicilio del menor, que la ley declara ser la casa de sus padres, aunque esté a largas distancias de ésta.

Los hechos pueden recaer sobre el hombre mismo, tales son, por ejemplo, su nacimiento, de donde procede un hecho de filiación para uno, de paternidad y origen común para otros; su matrimonio, la unión legal o ilegal de un sexo con otro, y por último su muerte.

O sobre las cosas, como por ejemplo, su creación o composición, el embellecimiento de ellas, sus mejoras, deterioros, trasformaciones, sustracciones, pérdidas o destrucción.

O en fin, sobre uno y otro objeto combinados, considerando las relaciones del hombre con las cosas, como la ocupación, toma o pérdida de la posesión de una cosa por el hombre.

La función de los hechos en la jurisprudencia es una función eficiente. Si los derechos nacen, si se modifican, si se trasfieren de una persona a otra, si se extinguen, es siempre a consecuencia o por medio de un hecho. No hay derecho que no provenga de un hecho, y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de derechos.

Hay ciertos hechos que tienen especialmente el objeto de establecer entre las personas, relaciones jurídicas, crear, modificar, trasferir o aniquilar derechos, tales como los contratos, los actos de última voluntad, etc. Éstos son hechos que designamos bajo la calificación general de actos jurídicos.

(nota 2) Art. 896 . - No se trata de los hechos como objeto de derecho, sino únicamente como causa productora de derechos. El hecho del hombre puede ser considerado bajo dos relaciones: 1ª, como objeto de un derecho, por ejemplo, cuando alguno debe hacer algo en nuestro favor, como la entrega de una cosa, la ejecución o abstención de alguna acción, materia que ya hemos tratado; 2ª, como fuente de un derecho. Así, cuando alguno me vende y me entrega su casa, el hecho de la venta seguido de la tradición, tiene por efecto darme la propiedad de la casa. O bien alguno destruye una cosa mía, y de este hecho me resulta el derecho de demandar la reparación del perjuicio que tal hecho me ha causado. Véase MAYNZ, tomo I, § 119.

Los hechos como objetos de derechos y de los actos jurídicos, son siempre actos humanos, positivos o negativos,

acciones u omisiones. Los hechos, causa productiva de derechos, pueden ser actos humanos o actos externos, en que la voluntad no tenga parte. Los hechos humanos, no son los únicos generadores o destructores de derechos, pues que hay numerosos e importantes derechos que se adquieren o se pierden, sólo por el mero efecto de otros hechos, que no son acciones u omisiones voluntarias o involuntarias, que llamamos hechos externos, y que podían llamarse hechos accidentales, o hechos de la naturaleza, como son los terremotos, tempestades, etc., que hacen perder muchas veces los derechos constituídos por obligaciones o contratos, o como las accesiones naturales, la sucesión ab intestato, cuya causa productiva de derecho es el hecho del fallecimiento de la persona a que se sucede, o como son también los derechos que se derivan del nacimiento.

(nota 3) Art. 899 . - Los actos lícitos de este artículo no son actos jurídicos. Los hechos puros y simples, que por su naturaleza no presentan sino hechos materiales, no crean derechos y obligaciones, sino cuando se refieren a ciertas relaciones jurídicas, y en razón sólo de esta relación. El que hace reparaciones urgentes en la propiedad de un amigo ausente, tiene sólo en mira prevenir un perjuicio, mas no piensa en el cuasicontrato negotiorum gestio. El cultivo de un campo y otros hechos análogos son hechos puros y simples, que no producen por sí más que resultados materiales. Sin embargo, estos actos pueden, en razón de las circunstancias en que han tenido lugar, traer consecuencias jurídicas. Así, cuando se han ejercido por el que no es propietario, pueden dar lugar a la adquisición de los frutos, o a la restitución de los gastos hechos en el campo ajeno.

(nota 4) Art. 900 . - Cód. de Prusia, 1ª Parte, Tít. 3, art. 3. - El elemento fundamental de todo acto, es la voluntad del que lo ejecuta. Es por esto que el hecho de un insensato de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos, no es considerado en el derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito (MAYNZ, tomo 1, § 119).

(nota 5) CF, 19/3/68, LL 132-511.

(nota 6) Art. 902 . - Cód. de Prusia, lugar citado, art. 9.

(nota 7) Art. 906 . - Cód. de Prusia, lugar citado, arts. 10 y siguientes.

(nota 8) SCBA, 29/6/65, LL 119-394.

(nota 9) Art. 909 . - Cód. de Prusia, lugar citado, arts. 24 y 25.

(nota 10) Art. 911 . - Cód. de Prusia, lugar citado, arts. 27 y 28.

(nota 11) Art. 916 . - Se llaman formales, porque sus formas son regidas por el derecho positivo, mientras que para las declaraciones no formales, las formas son dejadas a la elección de las partes. Desde la Edad Media, dice SAVIGNY, la declaración escrita se hace poniendo el nombre propio debajo de un acto escrito, y la firma establece que el acto expresa el pensamiento y la voluntad del que lo firma. El acto no valdría por el derecho moderno aunque estuviese también firmado. Esta forma era extraña a los romanos, y cuando muy tarde la aceptaron, fue para muy pocas aplicaciones.

(nota 12) Art. 917 . - No tratándose de actos solemnes, la ley romana decía: Placuit non minusvalere quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significateur. L. 38, Lib. 44, Tít. 7, Dig. - Otra ley decía: Sed et nutu solo pleraque consistunt. L. 52, § 10, Dig. - Véase a SAVIGNY, Origen y fin de las relaciones de derecho, § 131.

(nota 13) Art. 918 . - Regularmente el acto no basta por sí solo, para establecer la declaración de la voluntad: es preciso además el concurso de otras circunstancias exteriores. Si un acreedor, por ejemplo, entrega a su deudor el

título de su crédito, este acto, según las circunstancias, es susceptible de muchas interpretaciones. Puede ser mirado como una remisión tácita de la deuda, o como una prueba del pago de ella. La presentación voluntaria ante un juez incompetente, importa una prorrogación tácita de la jurisdicción; mas esta prorrogación no tiene lugar si se ha hecho por error.
En otros casos los actos por sí importan la certidumbre de la voluntad. El acreedor que recibe con anticipación intereses por un cierto tiempo, promete por ese hecho no reclamar el capital antes de la expiración de ese término. Cuando un heredero vende todos los inmuebles de una sucesión en presencia de sus coherederos, y éstos reciben la porción del precio que les correspondía, se juzga que ellos han vendido tácitamente su parte. SAVIGNY, Derecho romano, tomo III, pág. 257.

(nota 14) SCBA, 18/12/62, LL 111-100; CCiv.E, 31/5/68, JA 1968-V-152.

(nota 15) CRos., 5/5/59, J 15-17.

(nota 16) CCom.A, 27/8/52, LL 68-160; SCBA, 18/12/62, LL 111-100.

(nota 17) CCiv.F, 3/5/62, JA 1962-V-517.

(nota 18) CCiv.B, 27/12/61, JA 1962-VI-37.

(nota 19) CCiv.E, 29/7/60, LL 99-659.

(nota 20) SCBA, 11/6/63, JA 1964-I-475. Contra: CM del Pl., 8/2/66, JA 1966-V-87.

(nota 21) CPaz IV, 21/2/61, LL 102-865.

(nota 22) STSFe, 5/10/59, J 16-203. Ver art. 1556 .

(nota 23) CCiv. 1ª, 16/11/38, JA 64-504; CCiv. 2ª, 13/4/21, JA 6-326; CPaz II, 23/10/63, LL 115-800-S-10.450; C2ªLP., 21/10/41, JA 1942-I-10. Contra: CSN, 29/10/26, JA 22-683; CF, 24/3/26, JA 19-179; CPaz II, 15/10/41, LL 25-130; SCBA, 12/7/32, JA 38-1277: continuación de la locación en los términos del art. 1622 . Ver arts. 1506 y 1622 .

(nota 24) CPaz I, 8/3/65, JA 1965-II-571; CPaz II, 11/3/65, JA 1965-III-105; CPaz IV, 19/2/58, LL 93-469.

(nota 25) CBBl., 25/8/61, LL 108-196.

(nota 26) C1ªLPl., 4/4/63, JA 1963-IV-89; CPaz I, 5/9/67, JA 1967-VI-351.

(nota 27) CPaz III, 24/11/59,GP 125-74.

(nota 28) CCiv. A, 16/12/59, LL 99-789-S-4980; CCiv.C, 17/11/52, JA 1953-I-314; CCiv.F, 12/8/65, JA 1966-I-664-S-71.

(nota 29) CCiv.C, 17/11/52, JA 1953-I-314.

(nota 30) CFLPl., 9/11/36, JA 56-411.

(nota 31) Ver arts. 873 y 1504 .

(nota 32) C4ªCórd., 5/3/68, LL 132-641.

(nota 33) CCom.B, 3/5/68, JA 1968-IV-362. Ver art. 919 .

(nota 34) Art. 919 . - SAVIGNY, § 132, Origen y fin de las relaciones de derecho. La ley romana dice: qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare, ley 142. De reg. juris. - La ley de Partida dice: aquel que calla non se entiende que siempre otorga lo quel dicen, maguer non responda; mas esto es verdad que non niega lo que oye. - La glosa de GREGORIO LÓPEZ, a esta regla, es bastante importante.
Cuando una mujer separada de su marido, le denuncia su embarazo, el silencio de éste es una confesión de la paternidad. L. 1, § 4, Tít. 3, Lib. 25, Dig. Cuando los trabajos ejecutados sobre un terreno exponen al vecino a un perjuicio resultante de las aguas pluviales, y éste los ve sin reclamar, se juzga que consiente tácitamente en sufrir el perjuicio. L. 19, Tít. 3, Lib. 39, Dig. Cuando un hijo menor, estando presente su padre, asegura a su futura esposa que tiene el consentimiento de su padre para contraer matrimonio, y éste se calla, su silencio se reputa como un consentimiento prestado. L. 5, Tít. 40, Lib. 8, Código. Cuando se guarda silencio a las interrogaciones de los jueces, el silencio se tiene por confesión del hecho sobre que se pregunta. L. 1, Tít. 9, Lib. 11, Nov. Rec.; L. 11, Dig. De interrog. Cuando un acto, bajo firma privada, es notificado u opuesto a la parte contraria y ésta guarda silencio, su silencio equivale al reconocimiento de la firma. TOULLIER, tomo VIII, nº 229; DURANTON, tomo XIII, nos. 113 y 114. La ley de Partida clasifica como hecho doloso el silencio de una persona a una pregunta que se le hace, cuando tiene en mira inducirlo por él a engaño. L. 1, Tít. 16, Part. 7ª.

(nota 35) SCBA, 19/12/39, JA 70-947. En sentido análogo: CFBBl., 6/9/50, JA 1951-II-158: C2ªLPl., 12/5/67, LL 127-341; CCiv.1ª, 17/5/37, LL 6-874.

(nota 36) CCiv.E, 16/8/60, JA 1961-IV-7-S-64.

(nota 37) CCom., 13/12/50, LL 64-184.

(nota 38) CTr. IV, 24/2/55, LL 79-504.

(nota 39) CPar.A, 17/7/53, LL 74-248.

(nota 40) CCiv.C, 20/2/62, LL 106-510.

(nota 41) CCom.B, 6/12/61, LL 106-867.

(nota 42) CCom.B, 27/12/57, LL 92-93.

(nota 43) CCiv.C, 10/7/59, LL 97-181-f. 44.397. Ver arts. 2588 y 2590 .

(nota 44) CRos., 25/7/57, J 15-149.

(nota 45) CCiv. D, 17/2/67, JA 1967-IV-313. Ver art. 1874 .

(nota 46) Ver art. 1504 .

(nota 47) CMdel Pl., 10/9/64, JA 1964-VI-413.

(nota 48) Ver arts. 1588 y 1602 .

(nota 49) SCBA, 11/7/46, JA 1946-II-818.

(nota 50) CCiv.C, 7/5/63, LL 110-851. Ver art. 1484 , ap. III.

(nota 51) Art. 920 . - Si se trata de sostener un proceso por una persona ausente, los hijos de ésta y sus ascendientes pueden obrar en calidad de procuradores presuntos, como también el marido por la mujer. El que entra a ocupar una casa que ha alquilado, se juzga que voluntariamente da en prenda del pago de los arrendamientos, los muebles que introduce en ella. Los hechos mismos, dice ORTOLAN, son muchas veces de pura suposición jurídica. Las ficciones o suposiciones jurídicas de hechos no son otra cosa que una manera más lacónica de expresar las disposiciones que se quieren aplicar a una situación, diciendo, se determinarán los derechos como si tal hecho se hubiera verificado, como sucede en lo relativo al postliminio. La habitación jurídica de una persona para el ejercicio de ciertos derechos (el domicilio), es meramente un hecho de creación jurídica (Generalización del derecho romano, Tít. 3, § 6).

(nota 52) Art. 921 . - El derecho romano reconocía cuatro grandes épocas en la vida humana:
1ª) Desde el nacimiento hasta el fin del 7º año, y llamaba infantes a las personas que se hallaban en este período, qui fari non possunt, literalmente los que no pueden aún hablar, a diferencia del mutus que está privado del uso de la palabra por un vicio orgánico. La condición de fari posse tenía sus bases en las costumbres romanas, de revestir los actos más importantes con las formas solemnes de un diálogo. Los romanos no querían envilecer los actos jurídicos haciendo repetir a un niño palabras que no comprendiese. El niño debía siempre comprender el sentido de las palabras, es decir, hablar con discernimiento, aunque no comprendiese el motivo y el fin del negocio. De aquí dimanaban tres estados de inteligencia: 1) comprensión del fondo mismo del negocio; 2) ignorancia del negocio, pero comprensión de su forma, es decir de las palabras que debía pronunciar; 3) falta de esta última comprensión, aunque el niño fuese capaz de articular maquinalmente las palabras. En esta última, la capacidad de obrar no existía en manera alguna.
Los romanos seguían una antigua doctrina de la filosofía griega, que atribuye una virtud oculta al número 7, doctrina que por motivos religiosos era seguida en la Edad Media, e hizo dividir en siete partes el gran Código de España, conocido bajo el nombre de las Siete Partidas, y como están divididos en siete partes los cincuenta libros del Digesto, por la razón misteriosa que expresa JUSTINIANO en su constitución Tanta, § 1.
2ª) Desde el fin del 7º año hasta el fin de los 14 o 12 según el sexo. Durante estos dos primeros períodos las personas se llamaban impúberes.
3ª) Desde el fin de los 14 o 12 hasta el fin de los 25, y se llaman adultos. Durante estos tres primeros períodos, las personas eran menores y púberes.
4ª) Desde los 25 hasta la muerte, mayores.
Había estados intermedios: cuando la persona se hallaba en el término medio entre la infancia y la pubertad, a los diez años y medio por ejemplo, se decía pubertati proximus. Entonces ya respondía de sus actos ilícitos, aunque todavía no le eran aplicables las leyes criminales.
El derecho moderno debía emanciparse de estas antiguas clasificaciones, que no tienen un fundamento general para los individuos de todas las naciones. Respecto a la mayor edad, ya muchos códigos han señalado otro número de

años que el del derecho romano. Yo señalo también los diez años para los actos ilícitos, mientras el derecho romano y el de Partidas señalaban diez años y medio.

(nota 53) CCiv.A, 13/9/62, LL 109-229.

(nota 54) SCBA, 28/11/50, JA 1951-I-879.

(nota 55) CCiv.2ª, 6/6/23, JA 10-801.

(nota 56) SCTuc., 13/5/54, LL 78-308.

(nota 57) CCiv.A, 6/10/53, LL 72-486.

(nota 58) Art. 923 . - La noción exacta de una cosa puede faltarnos, dice SAVIGNY, ya porque no tengamos ninguna idea, o ya porque tengamos una falsa idea. En el primer caso hay ignorancia; en el segundo, error. La apreciación jurídica de estos dos estados del alma es absolutamente la misma, y desde entonces es indiferente emplear una u otra expresión. Los jurisconsultos han adoptado la segunda, porque respecto a las relaciones de derecho el error se presenta más de continuo que la simple ignorancia. Esta fraseología no ofrece ningún inconveniente desde que es entendido que todo lo que se dice del error se aplica a la ignorancia. - Cap. 3, Origen y fin de las relaciones de derecho, y apéndice 8, al principio. - Respecto al artículo, L. 20, Tít. 1, Part. 1ª. - L. 31, Tít. 14, Part. 5ª. - L. 24, Tít. 22, Part. 3ª. - Los arts. 1 y 2 del Título preliminar de las leyes. - L. 1, Tít. 6, Lib. 22, Dig. - L. 12, Tít. 18, Lib. 1, Cód. romano. - Véase Cód. francés, art. 1110; sardo, 1196 y 1197; holandés, 1357; de Luisiana, 1813. Este último Código trae veintidós artículos sobre el error.
SAVIGNY en el apéndice 8º que se encuentra al fin del tomo III del Derecho romano, ha tratado extensamente sobre el error de hecho o de derecho, entrando en las cuestiones tan debatidas por CUJACIO y VINNIO. El apéndice de SAVIGNY es el más ilustrado tratado que puede estudiarse sobre la materia.
En estos últimos tiempos el jurisconsulto POCHANNET ha escrito un tratado especial sobre el error, entrando en el examen de las doctrinas asentadas por VINNIO, SAVIGNY y CUJACIO. Éste es un trabajo lleno de ciencia y de buen juicio en la interpretación de los textos del derecho romano. Tomamos de él el párrafo siguiente que enseña y explica la doctrina del artículo. Dice así: "El error de derecho no excusa jamás, no puede tener el efecto de hacer declarar como no sucedida una obligación perfecta, según las leyes, ni hacer renacer un término legalmente vencido. En los casos siguientes, por ejemplo, no es admisible la alegación del error de derecho: Yo he cometido un delito, y para disculparme me excepciono con mi ignorancia de la ley penal. Heredero legítimo, he aceptado una sucesión pura y simplemente, y pido ser librado de mi aceptación porque ignoraba que el heredero fuese obligado a pagar las deudas de la sucesión ultra vires hæreditatis. Yo demando la resolución de un contrato de venta, porque siendo el vendedor, ignoraba que la ley me imponía la obligación de saneamiento. El sentido de la máxima error juris nocet es bien claro: al que quiere sustraerse a la aplicación de una ley de policía, al que pretende escapar de las consecuencias legales de un acto jurídico regular y válido, al que procura salvarse de un término vencido, alegando su ignorancia del derecho, le oponemos la regla error juris nocet".
"La prueba del error de derecho no puede admitirse siempre que se quiera, bajo pretexto de error de derecho, eludir una disposición legal que críe una obligación, pronuncie una nulidad, o el vencimiento de un término. La ley, el derecho, se suponen sabidos desde que son promulgados, y esta disposición, base del orden social, no puede admitir que a cada individuo le sea permitido probar que ignoraba la ley". "Revista Crítica", tomo VIII, pág. 177, y tomo IX, pág. 178.
BRESOLLES, sabio jurisconsulto francés, ha tratado últimamente todas las cuestiones sobre el error de derecho, combatiendo muchas de las opiniones de CUJACIO y SAVIGNY, y concluye estableciendo dos reglas que también confirman la disposición de nuestro artículo.
Regla 1ª: "La ignorancia de la ley no puede servir de excusa siempre que es invocada para sustraerse a obligaciones que impone, o a las penas que pronuncia contra sus infracciones".
Regla 2ª: "Cuando al contrario, esta ignorancia es invocada con objeto de aprovecharse de los derechos que la ley concede o protege, puede servir de base a una demanda de restitución". - "Revista Wolowski", año 1843, tomo II, pág. 158.

ROGRON, en una larga nota al art. 1110 del Cód. francés, sostiene que el error de derecho puede ser invocado como una causa de nulidad del acto, cuando el error lo ha motivado, o cuando el acto tiene por fundamento un error de derecho, porque entonces la obligación, el contrato o el acto quedan sin causa.

(nota 59) CCiv.A, 25/6/52, JA 1952-III-246.

(nota 60) Ídem.

(nota 61) CCiv.pleno, 5/11/43, LL 32-498.

(nota 62) CSN, 28/6/40, JA 74-327; SCBA, 17/6/49, JA 1949-III-209. Ver art. 784 .

(nota 63) Art. 924 . - Éste es un error esencial y por consiguiente exclusivo de la voluntad de los que han celebrado el acto jurídico. Si yo prometo a alguno prestarle una cosa y él entiende que se la dono, yo no estoyen manera alguna obligado.

De nuevo sobre la validez de la distinción entre negocios jurídicos nulos e inexistentes (Acerca de la doctrina del negocio inexistente, sus antecedentes y su utilidad actual)

Por Marcelo J. López Mesa [1]

SUMARIO: 1) La inexistencia del acto; 2) la cuestión en nuestra doctrina y jurisprudencia; 3) La jurisprudencia argentina. 4) la doctrina europea contemporánea; 5) Algunos aportes de la doctrina europea del siglo XX. 6) Una aplicación novedosa para la idea (nuestra principal contribución). 7) Conclusión.

1) La inexistencia del acto.

No debe confundirse una noción conceptual creada por el derecho para atender un vicio que afecta la validez del acto (nulidad), con una categoría totalmente ajena a dicha esfera y que atiende a los problemas de vigencia, es decir, de carencia de realidad de una mera apariencia (inexistencia).

Como sostuviera un fallo capitalino, no son equiparables los actos nulos a los inexistentes, ni éstos constituyen una categoría extralegal, sino que surgen "de la interpretación y valoración de los comportamientos implicados, realizada por el organismo jurisdiccional en función del esquema normativo vigente, integrado –como es obvio- por las distintas fuentes del derecho entendidas como criterios de objetividad para la resolución de los conflictos..."[2].

También la pluma maestra de Santos Cifuentes, cuando era magistrado de la Excma. CNCiv, adhirió a esta duplicidad conceptual indiscutible cuando afirmó que "quienes compartimos la idea de la posibilidad de la inexistencia jurídica de los negocios, como construcción racional amparada en una lógica insospechable, sostenemos también que el "vero dominus" burlado tan burdamente, ajeno a la maniobra que se concreta con su propiedad, debe ser protegido inclusive frente a terceros subadquirentes de buena fe"[3].

Y la Sala F del mismo Tribunal resolvió que "mientras la nulidad, en efecto, plantea un problema de incompatibilidad o incoherencia entre un acto determinado y la norma que fija sus requisitos, o sea un problema de validez o eficacia, la inexistencia apunta a la realidad misma del acto desde el punto de vista jurídico, o involucra por ende, un problema de vigencia"[4].

Obviamente nulidad e inexistencia del acto jurídico no son conceptos que sean equiparables ni que se pueda intercambiar graciosamente una categoría por otra. La jurisprudencia y la más granada jurisprudencia nacional, advirtiendo ello, distingue claramente actos nulos de actos inexistentes[5].

Nos parece muy válida la disquisición y utilísima la herramienta del negocio inexistente. En nuestro concepto, un acto que no existe, que constituye solo una apariencia de tal, no es nulo ni puede anularse; lisa y llanamente es un "acto inexistente", cuya inviabilidad jurídica sólo debe constatarse.

En tren de comenzar a abordar el tema que nos convoca, debemos dejar asentado liminarmente que no creemos que la nulidad sea la frontera o límite de la ineficacia; en nuestra opinión, allende la nulidad hay todavía una situación más grave en la que pueda encontrarse un negocio. Dicha situación no es otra que su inexistencia.

En palabras de Cubides Camacho, "el acto no existe cuando simplemente carece de una o varias de las condiciones de existencia: voluntad o consentimiento, objeto y forma idónea de expresión de la voluntad. El objeto, como hemos dicho varias veces, se refiere alas obligaciones derivadas del acto y al conjunto que resulta de las mismas. En este sentido cuando un negocio determinado, por ejemplo, una venta, carezca de uno de los elementos esenciales, vgr. el precio, el acto jurídico de compraventa no tendrá existencia porque el conjunto de las prestaciones resultantes no tradujo el arquetipo esencial de la compraventa. El presunto acto jurídico de compraventa no tiene, en tal caso, objeto"[6].

2) La cuestión en la doctrina y jurisprudencia argentina.

En nuestro país esta doctrina ha gozado de un apreciable predicamento, que se ha ido incrementado conforme avanza el tiempo. Es más, la reticencia, más o menos marcada, de los tribunales argentinos para acogerla, que llevó a algún autor a expresar que "los aires de la renovación doctrinaria nacional, no han alcanzado aún, las majestuosas

alturas de los estrados judiciales” [7], desde hace quince o veinte años ya no es tal.

En la doctrina nacional desde siempre han existido dos posturas respecto de la inexistencia, una negatoria o crítica, antiguamente mayoritaria, que hoy se ha visto menguada en su significación, hasta quedar reducida a un segmento muy minoritario; y otra favorable, hoy ampliamente receptada por jurisprudencia y doctrina.

La tesitura favorable respecto al néant es seguida en el derecho argentino, además de nosotros[8], por autores de la talla de Moyano, Llambías, Borda, López Olaciregui, Fassi, Imaz, Cordeiro Alvarez, Compagnucci de Caso, Belluscio, Abelenda, Rivera, Boffi Boggero, Molinario, Bidart Campos, Guillermo P. Martín y Héctor Negri; en una posición intermedia, admitiendo parcialmente la distinción, puede ubicarse a Mosset Iturraspe (desde lo conceptual) y Llerena, Machado, Prayones, Cornejo, Molinario y Lagomarsino (sólo en lo atinente al acto matrimonial).

Como primera aproximación puede decirse que la posición doctrinal que acepta la categoría coincide, en general, en que:

I) Si bien “acto inexistente” no es la terminología más feliz que pudo elegirse[9], constituye un supuesto de lenguaje de simplificación y no significa un óbice o valladar importante para la categoría, por lo que cabe aceptarla por razones de mejor entendimiento [10];

II) No es verdad que los actos nulos no produzcan efecto, dado que algunos de ellos generan lo que se ha dado en llamar, efectos indirectos [11];

III) Los actos inexistentes, en cambio, no producen efecto alguno [12];

IV) Debido a lo anterior, no son equiparables en la práctica actos nulos e inexistentes, ni constituyen dos polos o matices de una disquisición teórica inútil [13];

V) La inexistencia del acto jurídico puede ser verificada de oficio sin necesidad de que este punto haya sido incluido en la litis [14];

VI) La inexistencia de un acto constituye una cuestión de hecho, susceptible de acreditarse en el período de prueba[15];

VII) La inexistencia del acto no requiere declaración[16];

VIII) La legitimación para alegar la inexistencia se da en favor de cualquier interesado, aun aquél que ha realizado el acto conociendo el defecto, mientras que la nulidad les corresponde a quienes tienen un interés jurídico protegido (art. 1047 C.C.), o que la ley les otorga expresamente dicha facultad[17];

IX) Los jueces pueden declarar la inexistencia en cualquier estado del proceso y de oficio. Respecto de los actos nulos, la facultad de los magistrados sólo se amplía ante la nulidad absoluta, en los demás supuestos es necesaria la alegación de parte interesada[18];

X) A los actos inexistentes no son aplicables las consecuencias de los actos nulos, entre ella la prevista en el art. 1051 del Cód Civil[19].

A estas verdades asentadas puede sumarse con provecho algunas afirmaciones del maestro colombiano Jorge Cubides Camacho, también partidario de la inexistencia, las que compartimos plenamente:

1) La inexistencia no produce efecto jurídico alguno y no puede ratificarse ni subsanarse; como el acto no alcanzó la condición del ser, nada ocurrió en el mundo jurídico.

2) Ahora bien; es posible que no obstante la inexistencia, advertida o inadvertidamente se realicen prestaciones de dar, de hacer o de no hacer.

3) Tales prestaciones, propiamente hablando, no tendrían fuente voluntaria; su realización supone un enriquecimiento sin causa y engendra la obligación de restituir o de indemnizar los perjuicios que pueden haber sufrido terceros de buena fe, para lo cual sería vía adecuada la acción ordinaria.

4) En cuanto a restituciones, tratándose de inexistencia, las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de haber sido dadas o prestadas en razón de lo que pudo ser acto pero no fue.

5) Así, si lo entregado fue una cosa debe restituirse como estaba, y si fue dinero, con su actualización mediante una indexación o corrección monetaria para devolverle el poder adquisitivo que tenía entonces.

6) No deben pagarse intereses, ni aun los legales civiles, porque se trata de restituir la misma suma recibida sin fundamento, yeso se obtiene, y es suficiente, con la sola actualización o indexación de dicha suma[20].

El aporte de Juan Agustín Moyano, tiene dos méritos respecto de esta categoría. Fue el primero en adoptarla claramente e hizo un hallazgo de significación. Moyano escribió, en frase que el propio Llambías calificara de feliz [21], que la inexistencia de los actos jurídicos, más que un principio del derecho, es una noción primordial del razonamiento y de la lógica" [22].

Sin embargo, esa contribución se diluye un tanto cuando se aprecia que el jurista citado no atribuíamayores consecuencias a la distinción, sino que simplemente la utilizaba para cubrir algunos aspectos que no se hallaban previstos por la normativa [23]; es dable recordar que éste no aceptaba las nulidades implícitas. En su caso, se hace cierta aquella observación de los críticos de la idea, de que ésta se halla encadenada al propósito de zafar de una extrema rigidez en materia de nulidades. Sin embargo, rescatamos los dos aspectos positivos señalados al comienzo.

La contribución del maestro Jorge J. Llambías ha sido decisiva para la afirmación de la doctrina entre nosotros. Su trabajo sobre el tema es profundo, serio y muy valioso.

Decía Llambías en su Tratado que nulidad e inexistencia son categorías conceptuales que no tienen parentesco alguno entre sí, recordando que Planiol las declaraba incompatibles. En otra de sus obras alegaba que si no hay acto no puede hablarse de nulidad o anulación de lo que no existe. Para que una sentencia de muerte pueda ejecutarse, se requiere previamente que haya un ser vivo sujeto a la ejecución. No se está en el ámbito de las nulidades, por lo que las disposiciones respectivas no podrían ser aplicadas a la situación planteada [24].

Define la inexistencia como "una noción primordial del razonamiento y de la lógica... que corresponde a ciertos hechos materiales, a los cuales falta algún elemento esencial para ser un acto jurídico, sea el sujeto, el objeto o la forma, entendida esta última como la manifestación de la voluntad del sujeto respecto del objeto [25]. La inexistencia es una noción conceptual -no legal-, que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos, que no obstante tener la apariencia de actos jurídicos, no son tales por carecer de algún elemento esencial para ellos, sea el sujeto, sea el objeto, sea la forma específica.... si algo no es acto jurídico aunque aparente serlo, no es posible tratarlo como lo que no es, ni imputar a ese algo los efectos propios de los actos jurídicos efectivos y reales [26].-

Sostenía luego el célebre magistrado capitalino que la diferencia entre nulidad e inexistencia no sólo tiene un mero valor lógico, sino que, tratándose de un instrumento del pensamiento jurídico, que como tal se dirige al regimiento de la conducta humana, reviste gran importancia práctica [27].

Llambías señalaba las siguientes diferencias prácticas entre nulidad e inexistencia:

a) En cuanto a las facultades del Juez: La inexistencia del acto jurídico puede ser verificada sin necesidad de que este punto haya sido incluido en la litis, lo que constituye una cuestión de hecho, susceptible de acreditarse en el período de prueba. Ante la comprobación de la inexistencia del acto jurídico que aparecía como real, el juez sacará las consecuencias racionales pertinentes a los fines de la adquisición o rechazo de la acción entablada [28]. En cambio, el acto nulo, en principio, requiere para que sobre él recaiga pronunciamiento judicial, que la cuestión haya sido articulada por las partes mediante acción o excepción. Por último el acto anulable no puede ser anulado de oficio en ningún caso, ni aún cuando fuera de nulidad absoluta (arg. art. 1047, 1º parte C.C.) [29].

b) En cuanto a la oportunidad procesal de su articulación: Puede ser invocada aún después de trabada la litis, si resulta acreditada en el período de prueba, pero no podrá ser aducida en caso contrario.

c) En cuanto al derecho de alegar la inexistencia o la nulidad: El acto inexistente puede ser impugnado por cualquier interesado, aún por el lo ha ejecutado sabiendo o debiendo saber el impedimento que obstaba al nacimiento del acto. En cambio la nulidad absoluta (sea el acto nulo o anulable) puede alegarse por todos los que

tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba" (art. 1047 C.C.). La nulidad relativa (sea el acto nulo o anulable) sólo puede alegarse por aquél en cuyo beneficio se ha establecido la invalidez (art. 1048 C.C.).

d) En cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal: La inexistencia del acto no puede ser invocada por el Ministerio Fiscal, que carece de interés en que sea o no tomada por una realidad una pura apariencia que afecta el patrimonio de particulares [30].

e) En cuanto a los efectos del acto entre las partes (principal diferencia práctica, según Llambías): En tanto que los efectos del acto anulable se rigen por lo dispuesto en los arts. 1050 y ss. C.C., los inexistentes, no se rigen por estas normas, y no producen de suyo ningún efecto. En cambio algunas de las disposiciones normativas que contemplan la nulidad (arts. 1053 a 1055) importan acordar al acto anulable algunos efectos en cuanto las partes vienen a quedar en una situación distinta a la que se hubiese presentado si el acto no se hubiese cumplido, no obstante lo dispuesto en el art. 1050 C.C . [31].

f) En cuanto a los efectos del acto respecto de terceros: El enajenante de una cosa por un acto inexistente puede recobrarla siempre del tercer adquirente, salvo que éste sea de buena fe y se trate de una cosa mueble (art. 2412 C.C.). En cambio el enajenante de una cosa inmueble por un acto anulable no puede recobrarla, en principio, del tercer adquirente de buena fe que hubiere habido la cosa antes de la sentencia de anulación (arg. art. 1046 C.C.) [32].

g) En cuanto a los efectos del matrimonio: El matrimonio inexistente no produce efectos civiles, aún cuando las partes tuviesen buena fe (art. 14 ley 2393). La unión subsiguiente de los interesados sería concubinato y los hijos habidos se considerarían extramatrimoniales. En cambio, el matrimonio nulo aún de nulidad absoluta, donde al menos uno de los cónyuges es de buena fe, es conceptuado para este matrimonio putativo y los hijos habidos de esa unión son legítimos (arts. 87 y 88 ley matrimonio civil). En cualquier caso de matrimonio nulo, los derechos de los terceros de buena fe no son afectados (art. 92 ley 2393), en tanto no ocurre lo propio con los matrimonios inexistentes [33].

La contribución de Guillermo A. Borda, también profunda, gravitó fuertemente para la desmitificación del asunto.

En cuanto a la refutación de la posición crítica, Borda considera errores evidentes las afirmaciones de que la inexistencia configura un concepto jurídico inútil[34] y que de ella se desprenden iguales efectos que de la nulidad absoluta, aceptando sólo la impugnación gramatical, de que ambos términos "acto" e "inexistente" son contradictorios expresando, sin embargo, que debido a la larga tradición de la nomenclatura, ningún beneficio se lograría apartándose de ella [35].

Llegado el turno crucial de exponer sus ideas acerca de los efectos de loa actos inexistentes, la formulación bordiana sigue las aguas calmas del pensamiento de Llambías, considerando que éstos "como los actos nulos de nulidad absoluta pueden ser declarados tales a pedido de cualquier interesado o, de oficio, por el Juez; no son confirmables y la acción es imprescriptible" no siendo susceptibles de convalidación de ninguna especie [36].

Seguidamente enlista los mismos ejemplos que su colega de Sala, en aquella integración para el recuerdo de la Cámara Nacional Civil, enumerando la diferencia en la retención de los frutos según se trate de una u otra patología [37], de los diversos efectos del matrimonio nulo o inexistente, etc.; la excepción está constituida por la incorporación de Borda a la lista de un supuesto, el de las enajenaciones a non domino, es decir, la diversa situación de los terceros adquirentes de un derecho real de buena fe a título oneroso, que están amparados contra las consecuencias de la declaración de nulidad, pero no si el acto ha sido declarado inexistente [38]. Resulta de fundamental importancia este aporte de Borda toda vez que, de la propia pluma del principal actor de la reforma de 1968, se lee que los actos inexistentes, implícitamente han sido tratados en esa modificación legislativa, siendo excluidos de la protección de uno de los principales cambios introducidos a los textos velezanos.

Otro insigne jurista, el Prof. José María López Olaciregui, también acepta la distinción. En sus logradas adiciones a Salvat acuñó una célebre expresión, respecto de las enajenaciones "a non domino", reiterada por varios fallos de la SCBA, "cuando hay "vicio" ha de recurrirse a la teoría de las nulidades, en tanto que cuando no hay otorgamiento del acto se está frente a supuestos de inexistencia" [39].

Sin embargo, vamos a permitirnos reseñar la posición que vertiera en un trabajo suyo dedicado al tema y en un comentario a fallo, lo que no implica soslayar la importancia de sus “adiciones” a Salvat.

En una obra dedicada integralmente a diversos tópicos relacionados con la nulidad y la inexistencia [40], luego de repasar puntillosamente las diversas contribuciones extranjeras al debate, emite su opinión. Dice entonces que debe admitirse la categoría de la inexistencia, entendida con el criterio de no existencia del acto jurídico del sujeto a quién se le atribuye (ausencia de autoría) [41]. En su opinión la inexistencia es de hecho, es decir, un no haber sucedido la actividad del sujeto que debió haber sucedido para que hubiera acto jurídico.

Distingue de ello la nulidad, cuyo campo es el de la ineficacia del acto realmente otorgado, pues la situación que se configura cuando el sujeto no otorgó el acto que se le atribuye es distinta de la que existe cuando lo otorgó con vicios del consentimiento [42].

Considera que el concepto inexistencia no puede ser opuesto al de nulidad, sino al de existencia, como el de nulidad al de validez. Critica la opinión de quienes contraponen nulidad a inexistencia, y ubican a ambas como especies del género invalidez, y se alínea con Planiol en que no sólo ambas son distintas, sino también incompatibles, dado que no se puede anular lo que no existe [43].

Luego brinda algunos ejemplos de la categoría: tales, enajenación a non domino; celebración de matrimonio por escritura pública o instrumento privado, sin celebración por el Oficial del Registro de Estado Civil y celebración de matrimonio por quién no es Oficial del Registro Civil [44]. También coloca en esa categoría al acto bilateral en el que una persona dice “vendo tal casa” y la otra “tomo en alquiler tal casa”, equiparable al caso de diferencias sobre la identificación del objetivo base del contrato. Dice que en estos supuestos no se configuró acto alguno porque faltó la exteriorización de dos declaraciones concordantes que hubieran sido necesarias para componerlo [45].

Finalmente el Prof. López Olaciregui, delimita el campo de la existencia, esto es, el opuesto al de la inexistencia. Afirma que si el acto fue otorgado por el sujeto a quién se le atribuye, si tuvieron lugar las formas de conducta exterior que corresponden a aquellas que la ley describe como típicas para componer el acto de referencia pueden ocurrir dos cosas:

a) Que esas formas externas correspondan a una voluntad interior perfectamente constituida y emanada de sujeto con discernimiento, quién ha actuado con conciencia de lo que hacía (intención) y con libertad y que en esas condiciones ha emitido una declaración lícita en todos los aspectos (objeto, causa, etc), la que no se halla afectada por ningún vicio [46].

b) Que esas formas externas hayan correspondido a una actividad o conducta del sujeto en la cual al tiempo de emitirse no se hayan cumplido todos y cada uno de esos requisitos, bien entendido que la falta de cualquier da ellos podrá ser suficiente para que el acto no sea perfecto. Ello ocurre cuando el sujeto que emitió la declaración carecía de discernimiento jurídico o cuando no tuvo exacta conciencia de lo que hacía porque padeció engaño (provocado por error o dolo) o cuando no tuvo libertad, o cuando la declaración importaba referencia a un objeto ilícito, imposible, inmoral, o estaba determinada por una causa ilícita o carecía de seriedad o sinceridad por tratarse de una mera simulación, o se proponía burlar la ley o perjudicar a un tercero (fraude) [47].

Por lo anteriormente expuesto, concluye el distinguido jurista que en su opinión lo que distingue a la inexistencia de la nulidad es una diferencia de hecho, simplemente si tuvo o no lugar la declaración; de ello extrae que quedan incluídos dentro del ámbito de la nulidad supuestos como el del acto del demente [48]. Cabe aclarar que ese acto era considerado por la doctrina clásica un supuesto de inexistencia, como que la falta de voluntad según la postura tradicional importaba la falta de un elemento esencial, lo que impedía la existencia del acto.

Sin embargo, López Olaciregui entiende que esa postura tradicional importaba confundir “voluntad” con “voluntad jurídica”, cosas ambas decididamente distintas. Alega que el demente tiene voluntad psicológica aunque sea irracional; entiende que la manifestación del demente exterioriza una declaración, aunque la misma no esté iluminada por la razón. Ello hace que luego pueda descalificarse la declaración pero no obsta a su existencia, a que haya existido como declaración “de hecho”.

Cabe destacar que en la opinión de López Olaciregui, inexistencia quiere decir inexistencia de hecho y no inexistencia jurídica, porque según dice, aceptar ésta última chocaría contra el texto del Código Civil, que la rechazó, además de que significaría confundirla teóricamente con la nulidad. Afirma que la posición que sigue no

difiere de la de Ripert y Esmein, que combaten la doctrina tradicional de la inexistencia, admitiendo sin embargo, un caso típico de esa categoría en su variante de hecho, la del instrumento suscripto por firma falsificada [49]. Finalmente también se aparta de la doctrina clásica en cuanto al carácter manifiesto de la inexistencia y su innecesariedad de declaración, afirmando correctamente a nuestro juicio, que hay casos de inexistencia que son manifiestos (matrimonio por carta o instrumento privado) y otros que requieren investigación (casos de falsificación de firma), así como en algunos casos no se requiere intervención judicial y en otros si, puesto que si las partes no se ponen de acuerdo y alguno pretende hacer valer un acto tal, necesariamente debe intervenir el juez, por lo que ambos parámetros diferenciales de la doctrina clásica no son idóneos al efecto [50].

Para cerrar el tratamiento de la posición del autor, bueno es poner de resalto que considera que la distinción es importante en la práctica, porque los actos nulos generan obligaciones de restitución y compensación que en cambio no se conciben, por ej., en los casos de no otorgamiento [51].

La opinión del Prof. Cesar A. Abelenda, también es favorable a la autonomía de la idea. En su obra integral discierne con claridad, abordando separadamente a los elementos de existencia, de eficacia y de validez de los actos jurídicos [52]. Posteriormente en el parágrafo donde aborda específicamente la inexistencia, luego de reseñar brevemente la evolución de la categoría en la jurisprudencia y doctrina francesa, dice que “a pesar de la claridad del planteamiento, el concepto de la inexistencia fue negado por la doctrina y la jurisprudencia prevalentes hasta los últimos años, en que va ganando terreno” [53].

También ese autor considera actos inexistentes dos supuesto que el Código declara nulos, tales los otorgados por personas absolutamente incapaces (art. 1041 C.C.) y los actos jurídicos que no tuviesen la forma exclusivamente ordenada por la ley (art. 1044 C.C.). En cuanto al primero, se arguye que si el realizador o realizadores del acto son incapaces negociales absolutos, sus acciones no pueden reputarse actos voluntarios, por falta de discernimiento para actos lícitos (art. 921 C.C.), no dándose el supuesto de hecho previsto por el art 944 C.C. [54].

En lo tocante al segundo, se dice que la falta de forma exclusivamente decretada determina la inexistencia del acto, pues el art. 951 C.C., estatuye que “Comenzará la existencia de los actos... si dependiesen ... desde el día de la fecha de los respectivos instrumentos” [55].

La contribución del Prof. Rubén Compagnucci de Caso, al tema es, no sólo relevante, sino fundamentalmente, de avanzada, pues se aparta de las aguas quietas por las que discurría el tópico en nuestra doctrina, para introducir entre nosotros desarrollos europeos de significación.

Comienza acordando razón parcialmente al argumento gramatical, para seguidamente -valiéndose de una cita de De Castro- eludir el embate, explicando que se trata de un lenguaje de simplificación [56]. Enlista algunas de las diversas posiciones sostenidas por los doctrinarios alemanes, españoles e italianos respecto del fundamento de la inexistencia [57].

Llegado el turno de exponer su posición, sostiene que la teoría de los actos o negocios inexistentes tiene plena aplicación en nuestro ordenamiento legal [58], manifestando que no participa de la teoría del fundamento material. Además, coincide con las posiciones negatorias en que no aparecen en la legislación argentina las circunstancias legales que impulsaron y dieron origen a la teoría en el derecho francés.

Rescata el Prof. Compagnucci la importancia práctica de la diferencia entre nulidad e inexistencia, considerando que los actos nulos se diferencia de los inexistentes en varios puntos, enumerando los más remarcables: a) Los actos nulos pueden producir algunos efectos indirectos en cambio los inexistentes no los producen; b) La legitimación para alegar la inexistencia se da en favor de cualquier interesado, aun aquél que ha realizado el acto conociendo el defecto, mientras que la nulidad les corresponde a quienes tienen un interés jurídico protegido (art. 1047 C.C.), o que la ley les otorga expresamente dicha facultad; c) Los jueces pueden declarar la inexistencia en cualquier estado del proceso y de oficio. Respecto de los actos nulos, la facultad de los magistrados sólo se amplía ante la nulidad absoluta, en los demás supuestos es necesaria la alegación de parte interesada [59]; d) A los actos inexistentes no son aplicables las consecuencias de los actos nulos, entre ella la prevista en el art. 1051 del Cód Civil [60].

El ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr Augusto Cesar Belluscio, se ocupó en diversos trabajos del tema[61]. Su contribución es realmente profunda y brillante. Por nuestra parte hemos elegido su obra general ya citada para analizar su ideario, puesto que allí el mismo luce a pleno [62].

Sostiene Belluscio que la admisión o el rechazo de la teoría del acto inexistente ocasiona, en el derecho argentino, un problema mucho más delicado que en otros ordenamientos que no cuentan con una clasificación tan completa en materia de nulidades. Los cuatro términos o categorías de la clasificación de Vélez permiten solucionar, en su opinión, problemas que son más difíciles de resolver en otras legislaciones [63].

Considera que en los países cuyas legislaciones cuentan con sólo dos categorías en materia de nulidad (nulidades absolutas y relativas) parece necesario acudir a la inexistencia; en cambio en aquellos como el nuestro es más dificultoso establecer la necesidad de aplicarla. Sin embargo, se pronuncia en el sentido de que la distinción es fecunda en consecuencias entre nosotros, por lo que debe ser aceptada, ya que permite resolver con justicia determinadas situaciones que presenta la vida real a las que la nulidad no brindaría adecuada solución [64].

Precisa que acepta la inexistencia jurídica y no la inexistencia material o de hecho, por lo que para hablar de inexistencia es preciso que exista algún hecho material que provoque una apariencia de celebración del acto [65].

También diferencia al acto jurídicamente inexistente del acto cuyo proceso de formación se ha interrumpido, mero supuesto de inexistencia material. Agrega luego que inexistencia y nulidad son dos categorías conceptuales diferentes; que el acto jurídico nulo es un acto jurídico viciado por motivos que dan lugar a la privación de sus efectos propios, aún cuando pueda producir algunos otros (especialmente, los llamados efectos indirectos, diferentes de los que se tuvo en mira al contratar). A diferencia de éste el acto inexistente no llega a configurar un acto jurídico aunque aparente serlo, por ausencia de algún elemento esencial relativo al sujeto, al objeto o a la forma [66].

También considera inexistentes por ausencia de sujeto, los supuesto de falta de consentimiento, ausencia de autoría, falsificación instrumental, falsedad de representación legal o convencional, representación de personas físicas o jurídicas que no existan o matrimonio entre personas de un mismo sexo [67].

El supuesto de inexistencia por falta de objeto permite encasillar en el mismo al acto bilateral en el cual no coinciden las declaraciones de voluntad de las partes; sin embargo, precisa que no ingresan en el casillero los casos de error sobre el objeto ni -en general y salvo para el matrimonio- el acto producido con error sobre la naturaleza del acto, supuestos claros de anulabilidad. Tampoco caracteriza como inexistentes los casos de contratos sobre objeto indeterminado, sobre cosas que no existen o han dejado de existir o compraventa sin cosa vendida o sin precio, dado que si bien se trata de la ausencia de elementos legales de configuración del contrato, el Código se inclina claramente por la nulidad (art. 1172 C.C.) [68].

En cambio, en los casos de venta de cosa inexistente o de contrato sobre hechos imposibles se inclina por la inexistencia.

Otro aspecto conflictivo en opinión de ese autor lo constituye el art. 1044 del Código Civil que considera nulos los actos que no tuviesen la forma exclusivamente ordenada por la ley, por lo que parecería que cuando se tratara de actos solemnes de solemnidad absoluta, la carencia de la forma establecida en la ley tornaría nulos y no inexistentes a tales actos. Pero a renglón seguido consigna el Ministro de la CSJN que existen ciertos actos en los que la declaración de voluntad del sujeto sólo tiene eficacia si se exterioriza mediante actos que deben ser integrados con la actuación de un funcionario judicial o administrativo que controle el cumplimiento de los requisitos legales o exprese la voluntad del Estado para que el acto se perfeccione. En estos casos, al igual que respecto del testamento nuncupativo, se inclina Belluscio por la inexistencia [69].

Concluye el Dr. Belluscio su análisis enumerando las características y efectos de tales actos: 1) La inexistencia jurídica del acto puede ser peticionada judicialmente por toda persona interesada y en cualquier estado del proceso, con tal de que sea manifiesta y resulte de la prueba producida; 2) Los jueces están facultados para verificarla y aplicar de oficio sus consecuencias; 3) No son aplicables las reglas de los actos nulos o anulables, por lo cual los derechos transmitidos a terceros en virtud del acto inexistente quedan sin ningún valor una vez comprobada la inexistencia, de manera que las transmisiones de derechos o constituciones de derecho posteriores carecen de eficacia, aún cuando el tercer adquirente lo haya sido de buena fe y a título oneroso; 4) No rige en estos supuestos lo dispuesto por el art. 1051 del Código Civil; 5) No es aplicable al acto jurídicamente inexistente la conversión del acto nulo [70].

Julio Cesar Rivera, acepta la distinción, considerando que se dan supuestos claros de inexistencia en los caso de simulación absoluta y error obstáculo [71]; en cuanto al primero, siguiendo en esa línea a autores como Acuña

Anzorena y Llambías [72], considera Rivera que el fin del acto jurídico es el establecimiento de relaciones jurídicas entre las partes, faltando ese elemento definidor en el acto simulado, en el cual las partes han expresado su consentimiento para constituir una apariencia, pero no para conferirse derechos y obligaciones reales. Distingue con de Ruggiero[73] entre la simulación absoluta y relativa, alegando que en la primera la acción tendería a la declaración de inexistencia, mientras que en la segunda se anularía el acto ostensible para que apareciera en todo su esplendor el acto real.

Seguidamente el autor opina que la solución de considerar inexistente al acto simulado, aunque olvidada por la mayor parte de la doctrina nacional, es la que pone el adecuado marco a la cuestión [74]. Sostiene luego que en la simulación absoluta falta el consentimiento de ambas partes para la producción de efectos jurídicos, para el nacimiento de esos derechos y obligaciones que resultan del acto ostensible; de allí que declarada la simulación nada queda [75]. En cambio en la simulación relativa no es así. Pone como ejemplo el caso en que se hubiera celebrado una compraventa inmobiliaria en la que las partes acuerdan hacer aparecer en la escritura correspondiente un precio menor al efectivamente pagado (especie de simulación relativa y parcial por insinceridad de una cláusula). Piensa que en ese caso no puede afirmarse que no hay acto [76].

Luego considera que la cuestión de si el acto simulado es anulable o inexistente tiene trascendencia en orden a la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción. Afirma que quienes sostienen el primer criterio mantienen la idea de la prescriptibilidad, por lo que antes de la reforma de 1968 eran partidarios de la prescripción bienal (art. 4030 C.C.); en cambio, los partidarios de la aplicación de la inexistencia consideran imprescriptible a la acción de simulación [77]. Sin embargo, luego de estos desarrollos Rivera concluye que el plazo de prescripción de la acción de simulación, a tenor de la legislación reformada, es de dos años, conservando en su opinión interés la cuestión del momento de inicio del cómputo [78]. Finalmente, en cuanto al segundo ejemplo, el del acto viciado por el denominado “error obstáculo”, por la falta de acuerdo sobre uno de los elementos fundamentales del acto (la naturaleza o el objeto), no hay acto, éste es inexistente [79].

El Prof. Santiago C. Fassi, desarrolló el tema, principalmente en la vertiente relativa al Derecho de Familia y Sucesiones. Con cita de Llambías afirmó que la inexistencia y la nulidad son dos categorías conceptuales que no tienen parentesco alguno entre sí; la nulidad supone la existencia de un acto que ha nacido muerto o que sufre un defecto que podrá matarlo, que la ley reputa tan grave que lo priva de sus efectos ordinarios. En cambio la inexistencia significa que falta el acto mismo: éste no ha nacido, aún cuando la diferenciación no tenga siempre la debida nitidez y en algunos casos sea posible dudar entre la inexistencia y la nulidad .[80]

Luego afirma Fassi que la inexistencia no se declara, se constata, vale decir que no es necesario articularla como acción o reconvención, sino que basta invocarla como defensa; sin embargo, dice, es necesario destruir aún esa mera apariencia, cuando ella ha sido tenido como suficiente [81].

En cuanto aquí interesa -el análisis del pensamiento de Fassi en materia de inexistencia del testamento consumiría un capítulo entero o más- enseña el maestro que cuando testamento es inexistente no debe procederse a su protocolización. Si la parte que lo invoca insiste en que constituye un verdadero testamento y no una mera apariencia, debe hacerlo valer por la vía ordinaria (art. 319 CPCyC -Ley 17454); pero, afirma Fassi, practicada la protocolización, ella no impide que se declare la inexistencia [82].

El Prof. Luis María Boffi Boggero ha sido también impulsor de la idea, bien que no de los más reconocidos ni entusiastas. El Dr. Boffi Boggero postulaba que no podía desecharse sin más la doctrina de la inexistencia por cuanto la misma podía auxiliar en múltiples circunstancias al intérprete [83], aunque proponía una aceptación crítica de la institución. Cuestionaba la excesiva envergadura dada por Llambías a sus elaboraciones en el punto, las que consideraba confundían el aspecto jurídico y el fenómeno natural. Por ello postulaba que, para superarse las contradicciones que se observaban en la teoría, debía previamente realizarse una elaboración o reelaboración científica de la teoría del acto jurídico [84].

Con esas salvedades el maestro Boffi Boggero comenzaba su exposición diciendo que si se procuraba imaginar todos los casos lógicamente posibles de inexistencia del acto, se obtenían, por lo menos, los siguientes supuestos: 1) alegación de un acto jurídico cuando no existió acto jurídico alguno; 2) alegación de acto jurídico cuando existió otro acto jurídico distinto (alego donación y hubo repudiación de herencia); 3) alegación de acto jurídico cuando falta alguno de sus elementos esenciales (compraventa sin precio); 4) alegación de acto jurídico cuando falta alguno de sus elementos accidentales; 5) alegación de acto jurídico al que no falta elemento alguno pero que ofrece vicios o defectos en uno, varios o todos los elementos existentes [85].

Luego de admitir tales supuestos, desde lo conceptual, rechazaba la supuesta falta de interés de la distinción entre nulidad e inexistencia, dado que afirmaba que no existía la pretendida identidad de consecuencias o efectos resultantes de encasillar los casos en una u otra categoría. Brindaba algunos ejemplos prácticos de la existencia de diversidad de tratamiento jurídico:

a) consideraba que la inexistencia facilitaba el razonamiento sobre algunos supuestos donde no existía propiamente nulidad de un acto (ej. art. 1791 C.C., si se pide la entrega de la cosa a título de donatario cuando el solicitado ha efectuado repudiación de un legado para beneficiarse, no se trata de un caso de nulidad sino de inexistencia;

b) también consideraba que auxiliaba la teoría en materia de imprescriptibilidad de la acción para solicitar la declaración de nulidad absoluta de un acto. Es que, pese a que la mayoría de los juristas argentinos consideraba imprescriptible la misma, excepción hecha del Dr. Tezanos Pinto y algún otro autor, el Código Civil no preveía expresamente el punto, lo que originaba dudas e inconvenientes hermenéuticos, que esta teoría permitía soslayar con mayor facilidad [86].

Como podrá apreciarse la aceptación de la idea por el expositor analizado no es absoluta ni incondicionada; tampoco se trata la suya de una elaboración mayor ni demasiado original. Pero nos permitimos reseñar su pensamiento, debido a que su contribución verdaderamente original es haber advertido desde lo conceptual y metodológico, la necesidad de realizar una puesta al día de la teoría del negocio jurídico, para superar las contradicciones y estrecheces de las elaboraciones clásicas en materia de inexistencia, mayoritariamente apegadas al fundamento material. Ello solo justifica la dedicación de un aparte a los desarrollos del prestigioso ex Ministro de la Corte Suprema Nacional.

En una variante intermedia, aunque diversa de la que ubicáramos a Mosset, admitiendo la inexistencia solamente referida al acto matrimonial, han militado en nuestro derecho a través de los tiempos Llerena, Machado, Prayones, Cornejo, Molinario y Lagomarsino [87].

De lo visto hasta ahora puede extraerse como observación que la doctrina nacional favorable a la institución, excepción hecha del Prof. Compagnucci de Caso y de nosotros, no ha salido de la fundamentación tradicional, de la escuela clásica, limitando los ejemplos de inexistencia a unos cuantos sobre lo que existe más o menos consenso, pero sin adentrarse en la fundamentación moderna, dada a la temática por la doctrina italiana de este siglo.

3) La jurisprudencia argentina.

Es indudable que los Códigos del Siglo XIX, entre ellos los latinoamericanos y en especial el Código de Vélez, no contemplaron la inexistencia, dado que o bien sus redactores no adherían a la inexistencia, descartándola implícitamente; o bien, siguiendo las ideas de la época, consideraban que no resultaba necesario legislarla, puesto que se imponía a los textos legales. Como dice Bonnecase, según la concepción clásica, la suerte de la noción de inexistencia de los actos jurídicos no estaba en absoluto ligada a la consagración expresa de la misma en los textos del Código Civil; se consideraba que esta noción domina los textos legales, en vez de estar subordinada a ellos[88].

Sin embargo, ello no fue óbice para que nuestros tribunales receptaran la doctrina en sus precedentes. En la actualidad, puede decirse sin temor que la jurisprudencia ha conformado un abanico relativamente amplio de pronunciamientos en la materia y que la tendencia ampliamente mayoritaria en nuestros foros se inclina por la aceptación de la disquisición entre nulidad e inexistencia, distinguiendo también los efectos de una y otra clase de actos.

Contrariamente a lo que la doctrina en general postula, y lo que la mayoría cree, la CSJN de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse sobre el tema y lo ha hecho aceptando la autonomía conceptual de la inexistencia, tanto en el ámbito sustancial como procesal.

Existen viejos casos donde la CSJN ha dado tratamiento al tema; en algunos, lo ha hecho en forma implícita [89] y en otros explicitando que se trataba de supuestos donde era aplicable la inexistencia. En uno de estos últimos, el primero que conocemos encuadrable en esta categoría, dijo la Corte que “lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas sustanciales no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio

original... Hay solemnidades prescritas para ciertos actos: tales son las formas para los contratos solemnes, la donación, el contrato de matrimonio, la hipoteca. Cuando estas formas no se han observado, la convención es inexistente; entonces no se puede hacer su confirmación, ni la confirmación por vía de la prescripción, ni la confirmación por un acto confirmativo o por ejecución voluntaria (con cita de Laurent)...” [90].

En otro caso posterior, donde volvía a sostenerse que “lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas sustanciales no puede subsanarse por el transcurso del tiempo...” (citándose el precedente del caso “Schmidt”), se dice que “se trata de atacar un acto jurídico que se dice violatorio de los preceptos de la Const. Nac. y de la ley y que si después de dilucidadas las cuestiones de fondo que suscita resultara que es así, tendría que declararse nulo en absoluto e inexistente, como subversivo del orden público. Que en tal caso sería inconfirmable e insusceptible de prescripción” [91].

Si bien es innegable que la CSJN en estos fallos dio recepción a la doctrina de la inexistencia del acto, no es menos cierto, que en algunos de los mismos, conceptualmente, no existía una separación nítida entre los supuestos de nulidad e inexistencia. A poco que se observen las citas que efectúa la Corte en ellos, se comprenderá que si sigue la doctrina de referencia (Demolombe y Laurent) no podía arribarse a otro resultado. Si se retoman los desarrollos que hiciéramos supra respecto de la doctrina francesa, puede observarse que ambos autores no son precisamente el mejor ejemplo de nitidez y profundidad en el tratamiento de la doctrina, antes bien, son paradigmáticamente los estudiosos cuya contribución menos ayudó a alumbrar una teoría coherente y afiatada. Puede decirse que en los desarrollos de ambos autores, especialmente en los de Demolombe, la inexistencia adquiere una amplitud desmedida, absorbiendo a la nulidad absoluta. De allí que la Corte en alguno de los casos [92] declare la nulidad, queriendo referirse a la inexistencia y con citas correspondientes a ésta. Otra acotación interesante es que en estos primeros fallos, la CSJN no deslinda el régimen de nulidades del acto administrativo, del correspondiente al acto jurídico considerando, y manifestando, que el acto administrativo en una especie del género acto jurídico, que presenta sólo matices o particularidades menores respecto del género.

Posteriormente pueden citarse otros fallos más modernos del Más Alto Tribunal de la República, donde se esgrime la doctrina [93].

Desde el costado procesal, la CSJN convalidó implícitamente la declaración de inexistencia, considerando que “Los agravios referentes al rechazo de la demanda por declaración de inexistencia de matrimonio, remiten al examen de cuestiones de hecho, y de derecho común, materia propia de los jueces de la causa, y ajena, como regla y por su naturaleza a la vía del art. 14 de la ley 48...” [94]. Es decir, que no fulminó ni tachó de inconstitucional o arbitraria la aplicación de la institución a numerosos casos judiciales, de donde la misma ha quedado convalidada indirectamente.

La jurisprudencia de la justicia de la Pcia. de Buenos Aires ha sido en general receptiva a la inexistencia, posiblemente como resultado o consecuencia de la posición sustentada por el máximo tribunal de ese Estado [95].

Abstrayendo un elenco de reglas del casuismo de los precedentes judiciales, puede decirse que La jurisprudencia que admite la distinción entre actos nulos e inexistentes, en general, sostiene que :

a) Los actos inexistentes no producen efecto alguno y nadie puede extraer consecuencias de los mismos [96].

b) El paso del tiempo, cualquiera sea su término no sanea los presupuestos de la inexistencia [97].

c) No es verdad que los actos nulos no produzcan efecto, dado que algunos de ellos generan lo que se ha dado en llamar, efectos indirectos.

d) Debido a lo anterior, no son equiparables en la práctica actos nulos e inexistentes, ni constituyen dos polos o matices de una disquisición teórica inútil.

e) La nulidad e inexistencia de los actos jurídicos son dos categorías conceptuales que no tienen parentesco alguno entre sí. La nulidad es una sanción legal, la inexistencia una noción primordial del razonamiento y la lógica [98].

f) La inexistencia del acto jurídico puede ser declarada de plano, de oficio, sin previo contradictorio y sin necesidad de que este punto haya sido incluido en la litis por alguna de las partes [99].

g) La inexistencia de un acto constituye una cuestión de hecho, susceptible de acreditarse en el período de prueba.

h) La inexistencia de un acto puede ser pedida por cualquier persona, sea parte o no.

i) Quién realizó un acto sabiendo el vicio que lo invalidaba, no puede pedir la declaración de nulidad [100]. Pero la denegatoria de la acción de nulidad no funciona en los casos de inexistencia de un acto jurídico, la que puede ser aducida aún por el mismo culpable de la situación aparente [101]. No rige en tal caso el límite impuesto por el art. 1047 del Código Civil [102].

j) Pero, pese a que cualquiera puede solicitarla, nadie puede pretender extraer beneficios de ella [103].

k) Los actos inexistentes, dentro de ellos las arquetípicas enajenaciones a non domino, no son alcanzados por la protección del art. 1051 del Código Civil [104].

A manera de síntesis, expresamos nuestra convicción de que lo mejor de la inexistencia todavía no se ha visto. Los desarrollos de los últimos tiempos de la SCBA, de la Excma Cámara de Apelaciones de La Plata y la jurisprudencia de los tribunales del interior del país, Tribunal Superior y Cámara de Apelaciones neuquinos, Corte sanjuanina, etc.-, provocan en nosotros el convencimiento de que vamos a ver en un futuro inmediato muchas más resoluciones sobre inexistencia del negocio, en cantidad y en especificidad, que las que reseñáramos.

La falta de difusión del tema en nuestras revistas ha repercutido negativamente en su instalación judicial; sin embargo, la disponibilidad actual de sistemas informáticos, nos permite aventurar la opinión de que se va camino de un mayor empleo de la institución; baste recordar lo ocurrido en respecto de los actos propios, de las cargas probatorias dinámicas, etc, materias éstas en las que se pasó del ostracismo al éxito sin escalas. Especialmente en la provincia de Buenos Aires y en Neuquén, existe en esta materia un elenco, bien que breve, de fallos serios, armónicos y fundados en anteriores decisiones; puede hablarse ya de una doctrina arraigada en la "historia" judicial de ambos foros.

Es de esperar, dado lo expuesto, que la mayor difusión de la doctrina, que auguramos, no traiga aparejada su desnaturalización, por el empleo descuidado o innecesario de la misma. Mas aún, sería altamente provechoso que se emplee en mayor medida, pero sin caer en el extremo de valerse de ella para evitar o esquivar, fácilmente y sin mayor rigor, restricciones legales vigentes; es deseable que no se caiga en éste, como ha ocurrido en otros temas, en una "pura justicia del Cadí" en vez de configurarse un derecho judicial con pasado, presente y futuro [105].

4) La reformulación del tema en la doctrina y jurisprudencia moderna.

Los ejemplos o supuestos concretos propuestos y más usados por los autores de la doctrina tradicional, primero se aglutinaron en torno a la teoría del matrimonio civil, y así se habló de identidad de sexos, falta absoluta de consentimiento y de defecto de celebración por ausencia del oficial de registro civil, a los que luego se unieron impotencia, falta de consentimiento por demencia, fuerza o error, y alteración del acta matrimonial cuando alguno de los contrayentes dijo no y el oficial escribió si [106].

Después la inexistencia se extendió a la teoría general de los contratos y demás actos jurídicos descansando en la falta de consentimiento y objeto, considerándose al acto que careciera de ello un simple proyecto sin manifestación de voluntad, falta de acuerdo o de celebración en el contrato, falta de precio o cosa vendida, en el contrato en general; en el supuesto específico de la compraventa, entrega de cosa no vendida, defecto de causa de forma, e ilicitud o falsedad de la causa [107].

En el apogeo de la formulación clásica de la doctrina coexistían dos formas bien diferenciadas del néant: las inexistencias racionales o lógicas (identidad de sexos, falta de consentimiento) y las inexistencias legales, en rigor, supuestos de nulidad contemplados por la ley (falta de causa, contravención al orden público).

La doctrina de este modo, pretendiendo ganar en extensión por imperio de elaboraciones poco profundas, perdió en contenido y profundidad [108], comenzando su ocaso. Los albores del siglo XX muestran que la doctrina francesa se iba alejando de la idea.

Se había dado una extensión tan desmesurada a la idea, que ello había provocado como efecto no querido que se confundiera con la nulidad absoluta, existiendo con ésta última una suerte de indiferenciación.

La confusión de la jurisprudencia francesa llegó a tal extremo que un Procurador General (Desjardins) en 1897

consideró a la tesis de la inexistencia una mera disputa de escuela [109], en tanto que otro Procurador (Baudouin) acogió el término inexistencia, pero no las consecuencias de la distinción [110].

Lo propio cabe decir de la jurisprudencia de la Corte de Casación. Una sentencia parece acogerla [111] y otra sigue el criterio inverso [112]. Sobrevino entonces la crisis.

Los desarrollos de elenco doctrinal que ha dado en llamarse Teoría Clásica [113] se vieron puestos en duda y, en alguna medida, rebatidos por una serie de estudios aparecidos en Francia en los albores del siglo XX, en general, un conjunto de tesis doctorales de autores jóvenes [114]. El período que va de 1890 a 1925 fue un tiempo de hostilidad hacia la formulación clásica, que Bonnecasé considera originada en causas de diferente jerarquía:

generales: la influencia de la enseñanza de Raymond Saleilles sobre sus discípulos y de un medio ambiente, fuertemente prevenido contra la sistematización jurídica tradicional [115] y

especiales: la terminología defectuosa que utilizaron los principales defensores de la teoría tradicional y las vicisitudes más o menos groseras en el desarrollo de la teoría en derecho romano y en el antiguo derecho (ancien droit) [116].

El combate contra la doctrina clásica llega a su apogeo en 1912, año de la muerte de Saleilles y alcanza, en algunos casos, dimensión de fobia irracional contra la inexistencia[117].

a) La doctrina del acto-organismo

En el ojo de la tormenta, cuando se pensaba que la teoría había sido reducida a una simple cuestión de palabras, que había perdido su utilidad, que se batía en retirada, aparece hacia 1926 el Suplemento del maestro Bonnecase al Tratado de Baudry-Lacantinerie; su lectura la coloca en el lugar reservado a las elaboraciones mayores, a las obras verdaderamente logradas.

Desde un comienzo, Bonnecase plantea la necesidad de encarar un nuevo e integral análisis del tema. Dice que el Derecho Civil está por entero dominado por la teoría de la inexistencia y de la nulidad de los actos jurídicos, porque sus reglas son puestas en movimiento por intermedio de un acto jurídico o de un hecho jurídico, que el acto jurídico es una realidad y no una pura ilusión engendrada por una falsa aplicación de la técnica jurídica y que la distinción entre nulidad e inexistencia rebosa de consecuencias prácticas.

Bonnecase toma por base los trabajos de Aubry & Rau, los que considera de una altura científica que no conocen los desarrollos de los otros comentadores del Código Napoleón [118]; distingue luego con toda corrección la nulidad (invalidez o ineficacia de un acto acuñado en contravención a un mandato o a una prohibición de la ley) de la inexistencia. Se pregunta si la diferencia específica entre nulidad e inexistencia en la Teoría Clásica implicaba una diferencia de esencia o de grado. Contesta a ello que parece que una diferencia de naturaleza (esencia) separa la inexistencia de fondo de la nulidad de fondo, en tanto que una simple diferencia de grado distingue la nulidad de forma de la inexistencia de forma [119]. Considera a ello una contradicción de la teoría clásica.

También se aparta de la misma en lo atinente al principal criterio de división entre nulidad e inexistencia, la necesidad de que el juez declare la primera, en tanto que la ineficacia es independiente de declaración judicial, en la segunda. Bonnecase juzga inconveniente este parámetro y dice que no existe diferencia esencial en un caso en que la ley abre una acción de nulidad y otro en que ella misma la declara [120].

Propone una nueva sistematización de la ineficacia, la que debe comenzar por sobrepasar la confusión terminológica existente en la materia; ésta, se debe a dos causas fundamentales, según Planiol -a quién sigue Bonnecase-, la necesidad de recurrir a la justicia en todo caso de desacuerdo sobre la existencia de la nulidad y la oscuridad del lenguaje del Code en este aspecto [121].

Como primera medida para ello, debe dejarse sentado que el más grande error de ciertos partidarios de la doctrina clásica ha sido identificar inexistencia con nulidad absoluta, desacierto que ha dado campo fértil a la crítica de los adversarios más despiadados. Pero así como acepta esa crítica, en cambio, rechaza otro cuestionamiento, el que ve en la inexistencia un abuso de técnica jurídica [122], reivindicando el rol de la misma en este punto.

Adopta Bonnecase la teoría organicista y dice que “es incontestable que el acto jurídico constituye un verdadero organismo rigurosamente sometido para su existencia a la necesidad de la presencia de ciertos elementos de vida;

sin esos elementos, el acto jurídico no constituye más, a la imagen de la personas físicas, que una suerte de ser no viable reducido a una pura materialidad colocada en apariencia dentro de los dominios del derecho [123]. Agrega que a la manera de las personas físicas, una institución tal como el acto jurídico, es susceptible de presentar algunas imperfecciones de naturaleza que la condenan eventualmente en su existencia a una fecha más o menos próxima, como también algunas particulaidades accidentales. Es por ello que algunos autores distinguen en la estructura del acto jurídico los elementos esenciales, los elementos naturales y los elementos accidentales. La falta de los primeros torna al acto inexistente, a pesar de su apariencia material [124].

Luego dice que falta aún determinar la idea de una fórmula neta de la noción de inexistencia; repasa la contribución de Houques-Fourcade de inducir de los pronunciamiento de la Corte de Casación una definición aceptable: “Un acto jurídico es inexistente cuando le falta uno o varios de sus elementos orgánicos, o más exactamente, específicos”[125]. Considera que ello puede ser un buen punto de partida, aún cuando cuestiona el vocablo “específico” que contiene el concepto.

Dice que según esa idea los elementos del acto son de dos clases: los elementos de orden psicológico y los elementos de orden natural y que éstos se encuentran generalmente en todo organismo jurídico. Lo que caracteriza al fenómeno jurídico, según esa opinión, de la inexistencia es la ausencia de todo esencia material y de toda esencia sicológica [126].

Alega que a poco andar esa perspectiva renguea, puesto que el simple examen de la estructura del acto jurídico demuestra la inexactitud de esta tesis. En la base del acto se halla: 1) una manifestación de voluntad; 2) Un objeto; 3) según el caso, un elemento formalista. El primero de estos elementos es sicológico, los dos otros son materiales. Que uno de estos elementos faltara, convertiría al acto en inexistente, porque lo desprovee de un elemento orgánico, antes que específico [127].

Considera Bonnecase que la forma solemne no es por naturaleza un elemento esencial del acto, pero que puede ser elevada a esa dignidad por el juego de la técnica jurídica que busca adaptar el acto jurídico a su fin. Dice que el carácter sicológico del elemento volitivo es evidente lo mismo que la naturaleza material del elemento formalista que se reduce, generalmente, a la intervención de un oficial público y a la redacción de un instrumento adecuado. En las dos hipótesis la situación es idéntica, cuando el juez está obligado a constatar la ausencia [128].

Ingresando en la profundidad de su tesis, dice Bonnecasé que el objeto de un acto jurídico, sea de orden pecuniario o moral, es siempre material, porque se reduce a una cosa tangible, a un hecho positivo externo o a una actitud negativa externa. Agrega que es, desde luego, fácil de constatar respecto de un acto jurídico determinado, si su objeto existe o no, pero en determinadas circunstancias, puede turbarse la apreciación del juez. Por otra parte, la ausencia de objeto puede resultar de la destrucción del objeto al momento de su examen, de su irrealidad absoluta, o de su imposibilidad física, aunque ciertos autores agregan también, su imposibilidad jurídica [129].

El criterio de inexistencia tiene a la vez un punto de vista sicológico y un punto de vista material; consiste en verificar en cada caso si se hallan reunidas una o varias voluntades, uno o varios objetos y eventualmente una forma solemne. Que estos tres elementos carezcan de toda la perfección requerida por el derecho vigente, pero el haya sido formado bajo sus principios, nos pondrá en presencia de una nulidad, no de una inexistencia [130].

Participa este autor de la idea, propia de la doctrina clásica, de que es necesario establecer una clasificación cerrada para diferenciar en forma radical la inexistencia de la nulidad, por lo que rechaza las críticas dirigidas contra los exégetas clásicos. Sin embargo, se aparta de éstos en cuanto a que según Bonnecase la diferencia esencial no es entre nulidad absoluta y relativa, sino entre inexistencia y nulidad, siendo los grados de ésta una diferencia no de matices, pero sin la profundidad de la que existe entre inexistencia y nulidad [131].

Sostiene que en realidad las nulidades absolutas y las relativas tienen en común que una vez pronunciadas el acto viciado es integral y retroactivamente anulado. Se interpreta de ello, que aunque no lo dice el autor, ambas formas de nulidad tienen entre sí más elementos en común que aspectos que las separen.

Deja sentado claramente que no es real el principal sustento de la crítica clásica de la inexistencia de que se trata de una categoría inútil y de una distinción abstracta respecto de la nulidad. Si el acto nulo, puede engendrar algunas consecuencias, es obvio que por oposición a ello, la inexistencia que nos las genera en ningún caso debe mantenerse [132].

La oposición entre nulidad e inexistencia, como clasificación dual y relevante no puede perder de vista, desde un punto de vista orgánico, que un acto jurídico existe cuando se hallan reunidos un objeto, una voluntad y, según el caso, la expresión del mismo bajo una forma rigurosamente determinada. Si uno de esos tres elementos faltare integralmente el acto sería inexistente. Al contrario, si uno de esos tres elementos estuviera afectado en su integridad material o jurídica, el acto sería simplemente nulo. El acto estará afectado en su integridad material en los casos en que la voluntad estuviera viciada por incapacidad, error, violencia o dolo; lo estará en su integridad jurídica, por ejemplo si el notario no observara en el otorgamiento del acto las prescripciones legales del notariado[133]. Contrapone entonces Bonnecase no tres tipos de ineficacia (inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa), a la manera de los clásicos, sino dos (inexistencia y nulidad), y dice que se aprecian netamente los caracteres del organismo imperfecto que es el acto nulo de por oposición a la idea de organismo inexistente.

Por último cabe también dejar debida constancia del apartamiento de Bonnecase de la idea clásica de que la inexistencia domina los textos legales, por lo que no es necesaria su recepción legislativa [134].

b) La teoría lógico formal del negocio jurídico.

Luego de la crisis de la teoría tradicional, tomando debida nota de los desarrollos y ejemplos dados por los comentaristas, panegiristas y detractores de la llamada doctrina clásica o tradicional, la idea cambió de cauce.

Surgió entonces, especialmente en Italia y Alemania, lo que dio en llamarse doctrina lógico formal u organicista de la inexistencia, abocada al estudio de los elementos de hecho, fattispecie o Tatbestand, como determinantes de la relevancia o irrelevancia jurídica del negocio [135].

Como sostienen los autores que adhieren a estas elaboraciones, el primero de todos los elementos del acto es la voluntad, ya no resulta necesaria una norma que declare la inexistencia o la nulidad, ni es imprescindible acudir a la teoría tradicional de las nulidades virtuales para proclamar la ineficacia de casos tales, pues puede lograrse el mismo efecto recurriendo a la doctrina del negocio jurídico.

Prestigiosos autores consideran que la doctrina de la fattispecie típica o negocial tiene su antecedente en el Derecho romano, pues era el pretor quién en cumplimiento de su función calificadora iba creando una serie de tipos fuertemente caracterizados [136]. Esta idea, fue luego ampliada y renovada por los romanistas alemanes del siglo XIX y por los comentaristas del BGB [137].

La doctrina europea moderna, desde comienzos de siglo, pero con más fuerza a partir de la década del cuarenta, ha dejado de lado el fundamento tradicional, conceptualizando el negocio desde una perspectiva lógico-formal. Estas posiciones consideran que la relevancia o irrelevancia jurídica se encuentran unidas al supuesto de hecho que prevé la norma (fattispecie en la doctrina italiana, tatbestand en la alemana), concluyendo que la inexistencia se identifica con la imperfección de la fattispecie, genéticamente considerada.

Los autores modernos han abierto un nuevo surco en la doctrina de la inexistencia entendiendo que el negocio inexistente se diferencia del nulo en que no produce ninguna clase de efectos; en estas nuevas ideas, el concepto de inexistencia llega casi a coincidir con la imperfección de la fattispecie negocial considerada en su origen. Pero como dicen Scognamiglio y De los Mozos es muy difícil agrupar una serie de teorías que han surgido entre los autores que reconocen esa limitada y excepcional eficacia del negocio nulo y, a la par, admiten la noción de inexistencia del negocio. Dentro de esas construcciones pueden señalarse varias posiciones diversas:

a) Teoría del negocio incompleto, predominante en la doctrina alemana:

Algunos de los autores que la siguen consideran como inexistente a aquél negocio que no ha sido formado en su totalidad [138].

La crítica que se ha hecho de esta posición se basa en que no puede hacerse depender el concepto de inexistencia de la falta de elementos que se dan en el negocio imperfecto o incompleto, porque sustancialmente éste responde a un negocio en formación [139].

b) de la falta de requisitos positivos:

Paul Oertmann distingue los negocio nulos, que son aquellos a los que les falta un requisito de eficacia negativo, de los inexistentes, que sufren la ausencia de requisitos positivos, como puede ser la voluntad de los interesados [140].

c) de la ausencia de fattispecie:

Dice Lehmann que si se puede demostrar la fattispecie exterior del negocio éste puede ser solamente atacada de nulidad; en tanto, la inexistencia carece o le falta esa exterioridad[141].

d) ausencia de elementos que lo identifiquen:

Algunos autores europeos [142] consideran que cuando al negocio le faltan los elementos necesarios para su identificación jurídica, con los presupuestos normativos identificables, se puede sostener su inexistencia [143].

e) del concepto negativo:

Scognamiglio considera que el negocio jurídico inexistente es un concepto lógico-jurídico-racional, relativo y no absoluto, un auténtico "no concepto" [144]. Para Scognamiglio la inexistencia es una noción jurídica y se apoya en un peculiar defecto de la fattispecie; se llega a la inexistencia cuando de los elementos analizados no se puede inferir el concepto de negocio.

f) del supuesto de nulidad

De los Mozos no considera a la inexistencia como una categoría independiente sino que se refuerza con la nulidad absoluta; en su opinión, el planteo de la inexistencia debe hacerse mediante la llamada "acción de nulidad por inexistencia" [145].

De los Mozos diferencia la nulidad de la inexistencia, diciendo que en el campo de la nulidad se desarrollarían a) los actos contrarios al orden público y b) los que les faltaren los requisitos exigidos para su validez. En tanto, la inexistencia se daría cuando hubiere una falta absoluta de consentimiento y objeto. En sus desarrollos ambos elementos resultan concordantes y van unidos.

c) Corolarios:

Dentro de esta diversidad de formulaciones surge claro, empero, un elemento común, que la voluntad posee una importancia principal en la perspectiva lógico formal del negocio, trascendencia que no le acordaba la doctrina clásica en la materia, excesivamente apegada a esquemas conceptualistas o exegéticos, que la llevaban a asignar excesiva ingerencia al legislador en desmedro de la autonomía privada.

Claro, tampoco debe llevarse la cuestión al extremo de relegar el concepto de inexistencia a una mera condición de hecho, como lo hacen algunos autores [146] que llevan la doctrina de la fattispecie a las últimas consecuencias. En su opinión, el acto es exclusivamente válido o nulo jurídicamente, pero si el acto no llega a configurarse de hecho, es de hecho inexistente y entonces puede producir los efectos de otro acto del cual constituya un supuesto de hecho, fenómeno para el que esta posición reserva alguna relevancia a la inexistencia.

La cuestión no es sencilla. Es intuible, es evidente, que la eficacia jurídica del negocio jurídico presenta muy diversos grados y que la más absoluta ineficacia se produce cuando el negocio es inexistente, o lo que es lo mismo, cuando no es. De los Mozos afirma que se trata de un "no concepto", de un concepto negativo, pero que para superar toda objeción lógica debe trazarse una divisoria entre inexistencia jurídica e inexistencia material. De allí que llevar la teoría del néant al extremo implica confundir la inexistencia del negocio con la absoluta ausencia del acto [147].

Nos parece exacta la afirmación de De los Mozos de que la nota más característica de la noción sub estudio es su relatividad y que, entonces, ha de apreciarse si se configura un supuesto de ella, no en abstracto, sino en un análisis concreto del caso particular, para lo cual es menester guiarse por un concepto referencial que es la función que cumple la existencia respecto de la inexistencia [148].

Dentro de ese esquema aparece feliz aquella opinión del maestro De Castro, "Las figuras de los negocios no son abstracciones lógicas o matemáticas, sino que han sido tomadas de la experiencia social; las leyes al regularlas, destacan los requisitos necesarios para su existencia; no siempre todos, y entre los no citados pueden estar aquéllos más evidentes para la conciencia social o según la tradición jurídica. Cuando ante una conducta anómala, una corruptela o una consecuencia de una parcial debilidad de la conciencia social, surge la cuestión sobre la eficacia

de un pretendido negocio, carente de un requisito no mencionado expresamente por la ley (aunque implícito, y nombrado por su misma evidencia), se acudirá instintivamente, por su fuerza expresiva, a la calificación de inexistencia; precisamente para romper con ello los prejuicios propios de las concepciones estrechas del legalismo y del formalismo" [149].

La nueva dimensión de la noción la muestra como la consideración del negocio jurídico como un factum amparado por la ley conforme a las bases por ella misma establecidas [150] y no puede prescindirse del hecho, hoy definitivamente comprobado, de que el negocio nulo produce efectos en algunos casos, originando lo que ha dado en llamarse efectos indirectos, o eficacia secundaria.

Si los negocios nulos, en algún caso originan efectos, y si la conciencia social exige que ciertos supuestos fuertemente reprobados no generen ningún efecto o consecuencia de ninguna índole, cae de su peso, que la nulidad no es ni puede ser la última frontera de la ineficacia.

Y cuál sería la piedra de toque de esta moderna tendencia; según doctrina que nos parece atinada, no sería otra que la valoración de los motivo del negocio jurídico, es decir, la determinación de los motivos en el intento práctico de las partes, es lo verdaderamente trascendente para la determinación de la inexistencia del negocio jurídico, al igual que la causa puede serlo de su nulidad [151].

Pero ese intento práctico debe compatibilizarse con el ordenamiento, que puede negarle efectos, por lo que se ha dicho que en las partes existe una representación del efecto jurídico que es propuesto como medio de realización del fin práctico (Ennecerus, Von Tuhr, Manigk, Grassetti, Coviello, Henle, Rodríguez Ventura) [152]

Ellos nos conduce a la consideración de la relación existente entre voluntad y objeto; el objeto no puedeser confundido con la cosa sobre la que versa el negocio, ni con el contenido del negocio o su esquema. El objeto no es otra cosa que la realización jurídica del contenido de la declaración, es decir, del intento práctico. Al contrastar ambos elementos, consentimiento o voluntad y objeto, se tendrá una prueba de la inexistencia cuando cualquiera de ellos falte. Ello ha llevado a De los Mozos a decir que la inexistencia se revela igualmente vista desde la cara de la falta de voluntad como desde su reverso, la falta de objeto [153].

La sustantividad de este nuevo paradigma de inexistencia radica en sostener que, por tratarse de un puro concepto negativo, puede apoyarse en un examen a contrario sensu de los requisitos positivos del negocio, ateniéndose únicamente a los que sirven de base para la formación del acto de autonomía privada, prescindiendo de su control por el ordenamiento [154].

Se trata de valorar el concepto "naturalmente", correspondiéndose la inexistencia con la ausencia de voluntad y con la carencia absoluta de objeto, quedando fuera de ella el control sobre la causa, el que concierne a la nulidad [155].Sin embargo, menester de aclarar que luego de estos desarrollos, De los Mozos, un doctrinario proclive a la idea, deja a medio camino sus desarrollos, y no ve en la inexistencia otra cosa que la forma más radical, más absoluta, de la ineficacia jurídica; una "nulidad" sin consecuencia alguna. Incluso más, dice que no presenta diferencias significativas con la nulidad, sosteniéndose que debería hablarse, en vez de "acción de inexistencia" de "acción de nulidad por inexistencia"[156].

Dentro de moldes clásicos, tal vez excesivamente apegado a ellos, pensaba De los Mozos que la inexistencia, más que una categoría independiente dentro de la teoría de las nulidades, cobra el significado de un recurso dialéctico al que se acude para reforzar la categoría de la nulidad radical o absoluta [157].

Por nuestra parte no compartimos las conclusiones de su trabajo, aún cuando nos parece un excelente racconto de todo lo debatido sobre el tema. Es la suya una ópera genial con un mal epílogo. El desarrollo de nuestra idea respecto de la utilidad que puede tener esta nueva dimensión de la doctrina entre nosotros lo efectuaremos en el Capítulo XI punto c) de este estudio [158].

5) Algunos aportes de la doctrina europea del siglo XX.

Desde que la doctrina de la inexistencia entró en una aguda crisis, aproximadamente en 1912, hasta que consiguió remontar las críticas no siempre bien intencionadas que recibiera, transcurrió un período relativamente largo de ostracismo para ella.

Se sucedían las observaciones, los argumentos, las objeciones y la doctrina se iba desdibujando. Hacía falta sangre

nueva e ideas nuevas, ya no alcanzaba con los desarrollos simples de la Escuela de la Exégesis, se requería más. Sobre el tapete ya no estaban solamente observaciones simples como que dos personas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio, que sin consentimiento no hay contrato, u otras de parejo nivel de evidencia. También se contaban críticas certeras de la doctrina adversa y había que rebatirlas.

Fue entonces, alrededor de 1928, que los trabajos de Bonnecase, en primer término y los de otros juristas europeos después, barajaron y dieron de nuevo las cartas de la idea. En el acápite anterior se repasaron los aportes de Bonnecase y la teoría lógico-formal del negocio los que, por su importancia, merecieron un capítulo aparte.

Lo que sigue es, apenas, un sobrevuelo desordenado de las principales elaboraciones de juristas de nuestro siglo sobre el tema de esta tesis.

Louis Josserand [159], con la maestría y enjundia que ha caracterizado toda su obra, consideraba evidente que la sanción de las irregularidades cometidas no puede ser la misma en todos los casos, preguntándose ¿cómo puede pensarse en tratar de la misma manera la ausencia de consentimiento que el consentimiento simplemente viciado? A ello contesta que "hay casos más o menos graves: la teoría de las nulidades debe ser flexible, debe comportar toda una gama de matices" [160].

Dice luego que el acto inexistente es aquel que carece de un elemento esencial, de un órgano vital, de suerte que no responde ni aun a la definición genérica que da de él la ley. En semejante eventualidad no basta decir que el acto es nulo; es preciso decir que no existe el acto jurídico, que nos encontramos en presencia de una apariencia, de un equívoco, de una tentativa que ha abortado: el acto casi ha nacido muerto, está desprovisto de existencia legal [161].

Josserand contrapone el acto inexistente al acto nulo [162], considerando que la contraposición entre uno y otro es muy neta; seguidamente opina que no basta que sea muy neta, sino que es necesario que se trate de una clasificación legal. Y luego afirma que la clasificación ha sido consagrada por la ley tácitamente antes que expresamente, de ahí las ambigüedades doctrinales y jurisprudenciales. Con la lógica que lo caracteriza afirma que la clasificación tradicional de las nulidades, y su diferenciación tradicional de relativas y absolutas, puede remontarse hasta el derecho romano, por lo que no origina mayores disputas en doctrina; esta segunda distinción casi contemporánea [163], debido a su menor tiempo de maduración y desenvolvimiento, es admitida con mayor dificultad tanto en doctrina como en jurisprudencia [164].

Luego Josserand afirma que el acto radicalmente nulo obedece al mismo estatuto que el inexistente, preguntándose si se identifican entre sí. Contesta a ello que la opinión que los confunde en uno sólo, al considerar a la disquisición una sutileza desprovista de toda repercusión práctica, implica un confusionismo jurídico que tiende a caer en descrédito [165]. Concluye la sustancialidad de sus desarrollos, alegando que el acto nulo, aunque lo sea absolutamente, tiene por lo menos el valor de una manifestación de voluntad, es incorrecto, inadmisible, pero es; al afirmar la nulidad se rinde homenaje a la existencia, mientras que el acto inexistente es casi la nada[166].

Posteriormente, aparentemente de la pluma de André Brun [167], se lee un agregado que desnaturaliza en parte las claras elaboraciones del maestro Josserand; se consigna allí que el acto inexistente es por lo menos un acto abortado; es pues, algo más que la nada. Y por esta razón puede concedérsele ciertos efectos jurídicos a título excepcional (Ejemplifica que un matrimonio celebrado sin intervención del Oficial Público, es susceptible por la buena fe de las partes de ser tomado en consideración) [168].

Obviamente creemos que se trata de una interpolación, puesto que constituye un evidente error; precisamente lo que caracteriza esencialmente al negocio inexistente, en cuanto a sus efectos, es la carencia absoluta de éstos. Un acto ineficaz que produce efectos indirectos nunca puede configurar un supuesto de inexistencia. Creemos que lo que quiso decirse, en atención al título del parágrafo, es que la inexistencia jurídica configura un algo material que lo separa de la ausencia completa de acto o de los casos de acto inacabado o incompleto, afirmación que si suscribimos.

Manuel García Amigo, comienza su aporte al tema expresando que la doctrina española muestra dos posiciones bien diferenciadas respecto de la distinción; el Prof. Picazo se manifiesta contrario a la distinción, a la que considera una construcción artificiosa, inútil y carente de necesidad. En cambio, el Prof. Albaladejo, prefiere seguir usando la expresión, entre otras cosas, por pura lógica, pues el negocio para poder ser calificado de nulo, por lo menos debe existir [169].

Según García Amigo, tanto la inexistencia como la nulidad absoluta caben dentro del precepto 6.3º del título preliminar del Código Civil español [170] y se halla configurado un supuesto expreso de inexistencia en el art. 1261 de ese Cuerpo, relativo al contrato [171].

También afirma que el Tribunal Supremo de España ha receptado la distinción, aún cuando, critica en alguna decisión ha parificado la inexistencia a la nulidad absoluta en cuanto a la falta de efectos, lo que no es totalmente cierto.

Apunta que hay diferencias importantes entre una y otra categoría, puesto que sólo el negocio nulo puede ser objeto de conversión, convalidado y es susceptible de ineficacia parcial, en tanto el acto inexistente carece de estas posibilidades. En cuanto al negocio matrimonial nulo, sólo ese y no el inexistente puede dar lugar a la aplicación del art. 69 Cód. Civil de España (matrimonio putativo) [172].

Concluye que la distinción, además de ser obvia, es necesaria y conveniente, con efectos prácticos importantes, aunque en multitud de casos las consecuencias sean las mismas y aunque la acción procesal para efectivizar una y otra impugnación sea la misma [173].

Luego enumera supuestos de inexistencia que brinda la jurisprudencia del tribunal Supremo. Tales:

Falta de consentimiento: el negocio en el que el vendedor y prestatario padecía demencia senil que le privaba de aptitud psíquica no pudiendo prestar consentimiento válido; el contrato celebrado por el representante legal de una persona jurídica pública en que aquél negoció sin ajustarse a lo acordado reglamentariamente por ésta [174].

Ausencia de objeto: venta de una finca inexistente.

Carencia de formas exigidas ad solemnitatem: No existe la persona jurídica sociedad anónima o lafundación cultural privada o la cooperativa sin que el negocio fundacional se haya otorgado en escritura pública y se haya inscripto en el registro correspondiente [175].

Finalmente analiza el distinguido profesor español ambos supuestos de ineficacia absoluta, desde la óptica práctica. Dice así que ambos siguen un régimen jurídico idéntico, tanto en orden sustantivo -con las salvedades que fueran apuntadas supra- como en el orden procesal. En su opinión, dicho régimen viene dado por algunos puntos fundamentales:

a) Tanto la inexistencia como la nulidad son de interpretación restrictiva, debido al principio de conservación de los actos jurídicos [176].

b) Ambas categorías no producen el efecto negocial querido por las partes ex tunc.

c) Ambos generan una apariencia jurídica que puede hacerse desaparecer, tanto por vía de acción como de excepción, por cualquier persona que tenga interés, aunque no sea parte en el negocio, pudiendo incluso ser apreciada de oficio por el juez.

d) Si no hay negocio o es radicalmente nulo, el intento negocio pudo haber dado lugar a traslaciones patrimoniales no fundadas jurídicamente, imponiéndose la reintegración a la situación anterior, es decir a hacer corresponder la realidad de hecho posterior con la realidad jurídica [177].

En cuanto a la acción para declarar la ineficacia absoluta, sea por inexistencia sea por nulidad absoluta, sigue las líneas generales de la acción de anulabilidad, con algunas diferencias importantes:

a) Que la acción no caduca, habiendo declarado el Tribunal Supremo que los plazos de prescripción señalados en el art., 1301 Cód. Civil no son aplicables a los contratos inexistentes por causa ilícita [178].

b) Que la acción no es renunciable, dado que la nulidad es de orden público e implicaría una confirmación tácita, lo que no es posible en tales actos.

El Prof. de Nápoles, Luigi Cariota Ferrara, principia por preguntarse ¿más allá de la nulidad hay todavía una situación más grave en la que pueda encontrarse un negocio? ¿es la nulidad el concepto límite?.

A ello responde que en su opinión puede distinguirse nulidad de inexistencia tanto en derecho procesal y administrativo, como en Derecho privado[179]. Afirma que para que exista inexistencia jurídica es preciso que de hecho exista algo, pues en caso contrario se trataría de una mera inexistencia de hecho. Continúa diciendo que "hay...inexistencia de un negocio cuando faltan los elementos que supone su naturaleza, de modo que en su esencia es precisamente inconcebible el negocio o, si se quiere, se halla impedida la identificación jurídica del mismo" [180].

Precisa que la imposibilidad de concebir el negocio debe ser tal que se debe admitir incluso prescindiendo de las normas singulares del derecho positivo[181]. El negocio jurídicamente inexistente, a diferencia del nulo, no existe como supuesto de hecho, no hallándose ni siquiera la figura exterior, la apariencia de los elementos necesarios, es un no negocio [182].

Dice que ejemplos seguros de negocios inexistentes en derecho privado son raros y postula que, en su opinión, es inexistente un contrato para el cual se ha realizado la declaración de voluntad de una sola de las partes del mismo, cuando no puede tener lugar la de la otra; dando luego los ejemplos clásicos del matrimonio entre personas del mismo sexo, del celebrado sin la presencia del oficial del estado civil y el resultante de la declaración de voluntad de uno sólo de los contrayentes [183].

Tratando de determinar la "zona" de los negocios inexistentes, apunta que no debe confundírselos con los negocios que no se han formado todavía, pero que pueden formarse aún (negocios incompletos) ni tampoco con los que careciendo de elementos o requisitos esenciales exigidos por ley son solamente nulos absolutamente (tales, en su opinión, los carentes de causa o de objeto o de forma ad substantiam) [184].

Se aprecia así, conforme a lo dicho, que en la concepción de Cariota Ferrara es más bien reducido el ámbito de la doctrina, lo que el llama "la zona" de la inexistencia [185].

Don Federico de Castro, máximo civilista español del siglo XX, por su parte, enseñaba que "Las figuras de los negocios no son abstracciones lógicas o matemáticas, sino que han sido tomadas de la experiencia social; las leyes al regularlas, destacan los requisitos necesarios para su existencia; no siempre todos, y entre los no citados pueden estar aquéllos más evidentes para la conciencia social o según la tradición jurídica" [186].

Y agregaba que "cuando ante una conducta anómala, una corruptela o una consecuencia de una parcial debilidad de la conciencia social, surge la cuestión sobre la eficacia de un pretendido negocio, carente de un requisito no mencionado expresamente por la ley (aunque implícito, y nombrado por su misma evidencia), se acudirá instintivamente, por su fuerza expresiva, a la calificación de inexistencia; precisamente para romper con ello los prejuicios propios de las concepciones estrechas del legalismo y del formalismo. Ambos son aporte de interés que no merecían soslayarse [187].

Francesco Galgano si innova en la cuestión, considerando que el origen de la doctrina se halla en los canonistas medievales, que consideraban inexistente al matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, el que reputaban contrario al orden natural de matrimonio, a falta de una norma de derecho que hubiese contemplado la hipótesis [188].

Luego agrega que detrás de la inexistencia "aparece una filosofía política, especialmente si se considera el origen del concepto de inexistencia según el cual el legislador no es omnipotente, y toda innovación legislativa encuentra, en todo caso, un límite concreto en el orden natural de las cosas" [189]. Galgano define como inexistente al acto o al contrato que no es identificable como tal, pues carece del mínimo esencial que permite hablar de un cierto evento como de contrato o de acto unilateral y afirma que la importancia de su distinción con el acto nulo radica en que el primero ni aquellos efectos limitados que el contrato o acto nulo si produce [190].

Brinda como ejemplos de acto inexistente a la aceptación de una oferta no conforme con el contenido de la primera (consentimiento no concordante) [191] consignando que la jurisprudencia italiana considera inexistentes los acuerdos de las Juntas y Asambleas cada vez que entiende que falta aquél mínimo de elementos que permiten hablar de acuerdo. Por caso se han declarado inexistentes los acuerdos asamblearios tomados por la mayoría con el desconocimiento de la minoría, sin la convocatoria previa de asamblea y sin que la minoría haya estado en grado de intervenir, tras la adopción de acuerdo, o en posibilidad de impugnarlo en los términos previstos por la ley. También la jurisprudencia italiana ha declarado inexistente el acuerdo adoptado por una asamblea universal en la que no había participado el "Collegio sindicale" (órgano interno de control de cuentas de la sociedad anónima)

[192]. También es inexistente la decisión tomada por una asamblea por un número insuficiente de votos por error en el cómputo de mayorías o aquél logrado por la participación de personas no habilitadas para votar [193]

En resumen, en la concepción de Galgano, la inexistencia es una categoría lógico jurídica desconocida para el mismo Código, es una institución cuya fuente es el orden natural de las cosas y es empleada por los jueces para escaparse del excesivo rigorismo de las leyes en materia de nulidades, cuando la aplicación de las normas corrientes arrojaría resultados inicuos [194].

También el catedrático valenciano Don Enrique Lalaguna Domínguez acepta la categoría, realizando algunas interesantes precisiones en torno a la problemática de la existencia e inexistencia de los contratos. Afirma que entre los autores españoles, al tratar la libertad contractual, se ha venido subrayando con insistencia la importancia del consentimiento para la existencia del contrato[195]. Agrega luego que "no parece, sin embargo, que se haya puesto suficientemente de relieve la realidad del consentimiento, que es algo más que un acuerdo de voluntades, ya que, como diría Betti, no cabe dar un consentimiento en el vacío. La realidad del consentimiento se perfila en la referencia de la voluntad de los contratantes al objeto y a la causa del contrato. Mediante la referencia del consentimiento a un objeto y a una causa, la libertad contractual queda situada en un campo de la realidad jurídica sometido a criterios objetivos de valoración de carácter legal, social y ético, que inciden no ya sólo sobre la integridad y seriedad de la volutnad de los contratantes, sino también sobre la regulación del objeto y de los fines a que tiende la voluntad"[196].

Recuerda luego, que la necesaria concurrencia de los tres elementos necesarios para que el contrato exista, de acuerdo al art. 1261 del C.C. esp., ha sido vista por Hernández Gil como un cauce establecido en el ordenamiento jurídico por el que debe discurrir la autonomía de la voluntad. Postula, de seguido, que "esta llamada de atención sobre la presencia necesaria de otros elementos distintos del consentimiento y tan esenciales como él para la existencia del contrato delata las exageraciones en que incurre el consensualismo...La necesaria concurrencia de los tres elementos esenciales para que el contrato exista supone, pues, no ya una limitación externa al poder de autonomía de la voluntad, sino una insuficiencia radical de la voluntad para servir de base por si solo a la realidad del contrato" [197].

Y dice finalmente que los problemas relativos al consentimiento se pueden referir a dos aspectos o momentos de la existencia del contrato:

a) un grupo de problemas se refiere a la realidad del contrato formado o perfecto, apareciendo aquí todas las cuestiones relativas a la integridad del consentimiento manifestado (ausencia de vicios de la voluntad: error, dolo, violencia e intimidación y a la autenticidad de la declaración de voluntad (problemas de divergencia entre declaración y voluntad), etc.

b) otro grupo de cuestiones se plantean en una fase previa a la perfección del acto jurídico contractual, o sea, durante el proceso de formación del contrato (requisitos de manifestación de la voluntad contractual, determinación del momento en que el contrato se perfecciona por el concurso de oferta y aceptación, etc) [198].

El erudito profesor sevillano, Antonio Gordillo Cañas, ha sido quien últimamente más se ha ocupado de la cuestión en España. En un impar artículo suyo [199] afirma que la confusión en materia de nulidades ha sido tan arraigada en el tiempo y tan extendida en la doctrina jurídica, que ni siquiera el enorme esfuerzo sistematizador de la Codificación logró disiparla; es más, la Codificación sorprendió en este punto a la doctrina sin un bagajede elaboración suficiente como para sentar con claridad y precisión las bases legales del sistema [200].

Postula luego que el Código Civil español (lo propio podría decirse de muchos otros), es notablemente confuso e impreciso en materia de nulidades o ineficacia, no facilitando las cosas en esta materia, al ofrecer el marco legal una base incómoda, oscura e insegura al intento clarificador de la doctrina y la labor aplicadora de la jurisprudencia [201]. Y que "muchos años han sido necesarios para que, a partir de la inicial sorpresa, fueran apuntándose criterios algo más decantados y seguros", y que ni siquiera al día de hoy puede considerarse alcanzada una completa seguridad [202].

Luego de tales consideraciones atinentes a la teoría general de la nulidad, ingresa al análisis del tema que nos ocupa, afirmando que la figura de la inexistencia resulta inadaptable a los moldes peculiares de la nulidad [203].

Acepta el orígen que corrientemente se asigna a la inexistencia (casamiento entre personas de un mismo sexo),

afirmando luego que la figura ha ido expandiéndose insensiblemente hasta confundirse en parte con la nulidad, por imperio de construcciones desnaturalizantes , produciendo ello la crisis de la inexistencia y una victoria pírrica de sus contradictores [204].

Con su reconocida precisión afirma el catedrático sevillano que "la inexistencia, lejos ya de su puntual orígen, termina perdiendo su identidad al desembocar en la nulidad; a su vez, ésta va a comenzar a contar entre sus causas -arrastrada por la corriente de la inexistencia- la no verificación del presupuesto de hecho negocial. El resultado final no será otro que el desdibujamiento de la nulidad y el desajuste entre sus causas y los caracters que más especificamente la distinguen. El vigente Codice italiano nos parece el más claro exponente legal de esta situación"[205].

De seguido alega que estamos a tiempo de evitar ese resultado disvalioso, por lo que habrá de proponer algunas reflexiones que ayuden a situar debidamente la figura de la inexistencia y a mantener su deslinde frene a la nulidad. Tales, las siguientes:

a) Considera indiscutible y necesario contar -como primer dato- con la peculiaridad de los supuestos de inexistencia negocial. La inexistencia se corresponde a la no verificación -imperfección- del presupuesto negocial o, lo que es igual, a la no concurrencia de los essentialia negotii.

b) La inexistencia viene a coincidir con lo que es el resultado jurídico-final y global de la ineficacia del contrato, en sus distintas formas[206].

c) El Código Civil español, dada la época de su sanción, tuvo posibilidad de acoger los ecos doctrinales favorables a la figura de la inexistencia y voluntad positiva de hacerlo.

d) Pese a ello, considera que en el Código Civil español, la inexistencia puede y debe entenderse como una posible situación o calificación peculiar del supuesto de hecho negocial, pero no como un específico y unitario tipo general de ineficacia negocial. Dice que la inexistencia no puede considerarse como un peculiar tertium quid, pues los distintos supuestos de inexistencia no admiten un tratamiento unificado.

Afirma el jurista sevillano que "la inexistencia es una posibilidad de hecho (por no verificación del presupuesto negocial) significativa en Derecho de una particular causa de ineficacia (supuesto impeditivo de la misma), pero no determinante ni constitutiva de un régimen (ni específico ni común) unitario de ineficacia. Su impronta estructural-organicista la mantiene en el campo de la etiología, no en el del tratamiento (funcional) de la ineficacia. De ahí que nos parezca ilegítima su inclusión en la nulidad, hasta confundirse con ella"[207].

e) Admite que inexistencia y nulidad terminan por eonctrarse en un mismo resultado: nulla et non facta parificantur; nullum quod est, nihil est(Altimarus). Pero señala que tal parificación se produce sólo en lo que globalmente es el resultado final donde confluyen todas las formas de ineficacia; no, en cambio, en la rticulación del mecanismo que en cada caso lleva a ese resultado; ni tampoco, en la especialidad de efectos que, supuesta la ineficacia, implica la ilicitud. Concluye que es de todo punto de vista evidente que no es posible la unificación de nulidad con inexistencia [208].

Por último, no podemos dejar de lado los párrafos que el Prof. José Luis Lacruz Berdejo dedica al tema. Comienza refiriendo acertadamente que el Tribunal Supremo de España utiliza habitualmente el término "inexistencia" referido a contratos que no reúnen los requisitos del art. 1261 C.C., reservando el de nulidad de pleno derecho para aquellos contrarios a las leyes..."[209].

El maestro Lacruz comete luego el error muy difundido de atribuír el nacimiento de la categoría en Francia, a la necesidad práctica coyuntural de evitar el casamiento entre invertidos [210], que se produciría de seguirse el principio pas de nullité sans texte.

A juzgar por el tamaño de la letra y el formato del párrafo, de la mano de uno de sus colaboradores y actualizadores [211], se lee que la doctrina italiana se ha esforzado por diferenciar la nulidad de la inexistencia, considerando que la inexistencia se define cuando falta un requisito de tal alcance que impide la identificación del negocio (Santoro Passarelli); que hace inconcebible el negocio (Cariota Ferrara) o que impide se dé el concepto de negocio (Scognamiglio)[212].

Luego con total pragmatismo afirma el maestro Lacruz que "el alcance práctico de la cuestión residiría en la

posibilidad de distinguir consecuencias diferentes para el contrato inexistente y para el nulo; es decir, de identificar en la inexistencia una disciplina distinta a la de la nulidad. Ciertamente si esta diferenciación puede hacerse el concepto de inexistencia sería útil y necesario. Se ha argumentado que los contratos nulos puede producir, a pesar de todo, ciertos efectos más o menos excepcionales o indirectos, que son susceptibles de conversión y aun, en ciertos casos, de convalidación; mientras que en la inexistencia todo ello quedaría excluido. La premisa es cierta pero no suficiente para asentar la categoría de la inexistencia....” [213].

Concluye el Prof. Lacruz diciendo que “la inexistencia”no es una categoría dogmática sino un simple instrumento dialéctico, útil en algún caso para forzar los límites verdaderos o supuestos, de una regulación dada sobre la nulidad” [214].

A modo de cierre de este capítulo diremos que creemos habernos desecho de la falsa idea, hecha carne en algunos espíritus a fuerza de escucharla, de que la inexistencia como categoría se bate en retirada en Europa, al haber recibido la repulsa de la jurisprudencia y la doctrina.

Si se ha seguido con alguna atención este capítulo prodrá haberse comprobado que buena parte de la más granada doctrina italiana y española de este siglo, incluídas elaboraciones recientes, no reniega de la idea ni menos rechaza su utilidad.

A poco que se piense detenidamente, en un dilatado arco que va desde los adalides de la teoría (Gordillo Cañas, De los Mozos [215], Cariota Ferrara, etc) a quienes consideran que no configura una tercera categoría doctrinal (señaladamente Lacruz Berdejo), todos rescatan la utilidad práctica de la idea y su notable aptitud para escapar de la asfixia de un esquema excesivamente rígido en materia de nulidades.

Otro matiz diferencial con nuestra doctrina es que incluso quienes son parcialmente críticos a la inexistencia (por caso el Prof. Lacruz) reconocen, sin asomo de culpa alguno y sin escandalizarse, que el néant constituye un simple instrumento dialéctico, útil en algún caso para forzar los límites verdaderos o supuestos, de una regulación dada sobre la nulidad [216].

La utilidad concreta, el beneficio práctico directo en una situación determinada, son valores determinantes para la admisión del néant como herramienta valiosa por los juristas europeos. Es un paso que nos falta dar todavía a los argentinos: comprender que el Derecho es una herramienta para lograr fines valiosos y que cumple su cometido si obtiene los logros para los que fue creado, debiendo modificarse o sustituirse por otra regulación normativa en caso contrario. El Derecho no puede ser una espesa red de pesca donde queden atrapadas las aspiraciones de justicia.

No es un pecado emplear ideas o instituciones jurídicas teniendo el vista el resultado que producen, no está mal chequear con la práctica de la vida diaria los resultados efectivos de determinada decisión (doctrina de los resultados efectivos de la decisión), para ir corrigiendo sobre la marcha una tesitura, un criterio o incluso una determinada interpretación legal. Los romanos acuñaron la frase “solvitur ambulando”para definir este procedimiento de superación constante del Derecho y de su permanente y eficaz adaptación a la realidad tangible, a la que el Derecho no puede sino acompañar.

Las normas jurídicas y más aún los criterios o tesituras doctrinales no deben ser objeto de culto en cuanto a su “belleza”, versación o armonía; lo más importante no es cómo se dice algo sino sustancialmente qué es lo que se dice y más aún, cómo lo que se dice, escribe o interpreta, puede afectar la realidad que se pretende tutelar.

El mejor de los parlamentos de un autor es aquel que aplicado en la práctica conduce a un resultado axiológicamente valioso; la ley más útil es aquella que, en su empleo concreto, descomprime la caldera social en lugar de echar más leña al fuego.

Util es recordar aquella dicotomía conceptual esbozada por Max Weber entre la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad. La ética de la convicción es una ética de principios absolutos que no conocen excepciones ni tienen en cuenta las circunstancias o las consecuencias de la acción. La ética de la responsabilidad es más flexible: quien la practica puede admitir que en ciertas ocasiones las buenas intenciones no alcanzan, porque no siempre el bien produce bien y el mal produce mal [217].

Repasando las elaboraciones anteriores, especialmente las del Prof. Lacruz, se comprende lo dicho por Max Weber. El maestro Lacruz admite que en ciertas ocasiones el intérprete debe zafar de un rigorismo legal excesivo en materia de nulidades y para ello debe emplear la herramienta que da tema a este estudio. No nos parece una mala

idea, aunque por nuestra parte consideremos que debe irse algunos pasos más allá, admitiendo la autonomía de la categoría.

6) Una aplicación novedosa para la idea (nuestra principal contribución).

Mientras estudiábamos el tema para redactar nustra tesis doctoral, mentalmente íbamos pensando cuáles podrían ser ejemplos de aplicación de esta nueva dimensión de la idea del negocio inexistente. Nos hacíamos cargo inconscientemente del principal argumento que creímos se opondría a estas elaboraciones: la falta de aplicación a supuestos concretos.

Y verdad es que no se presentaba ante nuestros ojos un supuesto concreto que pudiese ser solucionado idóneamente a través de esta construcción y no por medio de la nulidad. Hasta que llegó a nosotros un caso concreto, que creemos sólo podía encararse y resolverse correctamente -o lo que es lo mismo, con justicia- con el empleo de la teoría lógico formal del negocio jurídico.

El caso, para que se comprenda acabadamente, requiere de alguna explicación fáctica previa. Lotería Nacional realizó durante los años 1995/1996 habitualmente sus sorteos en el horario de 22,30 horas; excepcionalmente y notificando a las Loterías provinciales con anticipación, había adelantado en algunas jugadas extraordinarias el horario del sorteo.

El día 6 de Enero de 1997 a las 21 horas comenzó en la Capital Federal el sorteo de Reyes de la Lotería, sin que hasta el día 9 de Enero se notificara a las respectivas Loterías provinciales del cambio de horario; ello motivó que el sistema de apuestas on line de Lotería La Neuquina, continuara recibiendo apuestas a los apostadores después de iniciado el sorteo y lo que es peor, aún después de que éste finalizara, entre las 21 y las 21.30 hs.

El sorteo duró 22 minutos, habiendo aparecido los premios principales en sólo catorce minutos. Es decir que los apostadores, munidos de una radio, pudieron "jugar a ganador", al conocer los resultados [218]. Jurídicamente el contrato que ligó a las partes: apostador y Lotería, constituye un contrato aleatorio, cuyos requisitos esenciales son: a) voluntariedad de la entrega al juego por las partes; b) incertidumbre del resultado o presencia del azar; c) acierto o victoria de una de las partes en una competencia lícita y de resultado regular.

El hecho es que aquí existe un problema grave de prueba, dado que por mejores y más precisas estadísticas con que se cuente, ellas no son oponibles frente a la demanda concreta de un apostador reclamando su dinero. A ese reclamo deben oponerse pruebas concretas, por ejemplo, de la mala fe del jugador, lo que excepción hecha de un arrepentimiento o de una declaración espontánea de éste, es poco probable conseguir. Lo propio ocurre con la prueba de que éste conocía los resultados antes de apostar; la prueba resulta diabólica.

Baste recordar que la buena fe se presume, a tenor de las máximas del ordenamiento civil, lo que obliga a desvirtuar con prueba acabada esta presunción. Si probar la mala fe es una labor improbable ¿de qué manera que no sea pagando apuestas tan sospechosas puede abordarse la cuestión? Sencillamente, a través de la teoría lógico formal del negocio jurídico.

Simplemente la cuestión obtiene una solución adecuada empleando la idea de Santoro Passarelli, Albaladejo García y Cariota Ferrara, de que cuando al negocio le faltan los elementos necesarios para su identificación jurídica, con los presupuestos normativos identificables, puede sostenerse su inexistencia.

Si el juego es un contrato típicamente aleatorio y la presencia del alea o el azar son elementos esenciales de los contrato aleatorios [219], deber es concluir que no constituye un contrato aleatorio aquél en que no ha existido azar por haberse disipado la incertidumbre o el alea antes de la formalización del contrato. El hecho de que eventualmente una de las partes pudiera poseer la información precisa del número beneficiado torna inexistente al contrato de juego, aún cuando no se pruebe concretamente que ese jugador al jugar conocía los resultados del sorteo.

Los contratos de juego formalizados entre las 21 y 21,30 horas del día 6 de Enero de 1997, constituyen genuinos actos inexistentes, dado que no está presente en ellos el azar, al haberse disipado la incertidumbre que el art. 2051 del Código Civil convierte en elemento esencial de éstos. En la elaboración de Santoro Passarelli, cuando al negocio le faltan los elementos necesarios para su identificación jurídica (el alea del contrato de juego), con los presupuestos normativos identificables (según el art. 2051 del Código Civil), debe considerarse inexistente a dicho contrato de juego, lo que obviamente lleva a no pagar la apuesta "ganadora", debiendo devolverse el dinero al

apostador.

Apréciese que en este caso concreto, siguiendo la vía de la nulidad, sin recurrir a sofismas, el resultado es simplemente pagar la apuesta, en tanto que por esta senda, adecuadamente desde lo conceptual y con un valioso resultado desde lo valorativo, se soluciona el problema.

Creemos que este ejemplo muestra la precisión con que debe ser utilizada esta herramienta, así como los buenos frutos que se obtienen de ella, si se la emplea correctamente.

7) Conclusión

No podemos menos que coincidir con una trascendente afirmación del maestro López Olaciregui, "la técnica del Derecho Civil debe tener figuras jurídicas que recojan esa diferencia y permitan tenerla en cuenta a quienes deben aplicarlo. Siempre las figuras jurídicas importan la representación mental de las situaciones típicas que la realidad presenta, al efecto de que tomando razón de sus elementos significativos se puedan resolver adecuadamente los problemas jurídicos que plantean. Debe haber tantas figuras jurídicas como situaciones típicas puedan distinguirse, y si la falta de alguna obliga a resolver una situación con la regla de otra semejante pero no idéntica, esta carencia del instrumento mental requerido puede ser fuente de imprecisiones. Así como en las ciudades debe haber calles que lleven a todos los lugares, así en el campo de la construcción jurídica -ciudad de ideas- debe haber caminos que conduzcan a todas las soluciones" [220].

Lo que corresponde es utilizar un lenguaje de simplificación basado en convencionalismos[221] y en aras de lograr una doctrina amplia, olvidar diferencias menores.

Numerosos son los aportes doctrinarios para la construcción de esta doctrina, al punto de que cada autor ha ido poniendo una pincelada propia en la obra común, la que hoy se muesrta lozana y gravitante, y de la que surgen sin esfuerzo inteligentes aplicaciones prácticas.

---

[1] El Dr. López Mesa es Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires – Es Prof. Titular de Derecho Civil (Universidad Argentina de la Empresa (UADE) y profesor visitante de prestigiosas universidades latinoamericanas y europeas. Ha realizado estudios de postgrado en derecho civil en la Universidad de Salamanca (España) y tiene al presente once libros publicados sobre diversas temáticas de derecho privado. Co-dirige la colección "Dos mundos del derecho civil" de Editorial Reus de Madrid. Ha traducido al español dos obras del maestro Philippe le Tourneau.

[2] CNCiv., Sala G, 27/3/95, "Bottini, Agustín c. Tarek Made", LL 1995-E, 320 y DJ 1996-1-148.

[3] CNCiv., Sala C, 26/3/85, "Rebelo, Aldo J. c. Rebelo Velasco, José y otros", LL 1985-C, 330 y DJ 1985-2-555, voto del doctor Cifuentes.

[4] CNCiv., Sala F, 13/10/80, "Consorcio Propiedad Horizontal San Martín 975/981 c. Gónzalez, Valentín", ED 92-559.

[5] Cfr. CNCiv., Sala B, 19/5/89, "Korenfeld, Marcos, suc.", La Ley 1989-D, 64 y DJ 1989-2-758; CNCiv., Sala F, 13/10/80, "Consorcio Propiedad Horizontal San Martín 975/981 c. Gónzalez, Valentín", ED 92-559; ídem, Sala H, 27/8/90, "Chiano, Norberto E. c. Santo, Atemor", LA LEY 1991-B, 327 y DJ 1991-2-141; Cám. Fed. Bahía Blanca, Sala II, 11/9/92, "R., J. E. y otros", ED 156-95; SCBA, 7/11/95, "Firinu, Angel A. c. Frigorífico Alca S. R. L. y otros", DJBA 150-709; ídem, 17/11/92, "Ramos, Roberto M. c. Bagnardi, Martín", LA LEY, 1993-B, 365 y DJ 1993-2-355), no pudiendo someterse a los actos inexistentes al régimen de los nulos, claramente incompatible con su esencia jurídica

[6] Cubides Camacho, Jorge, Obligaciones, 5ª edic. Edic. Pontifica Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, p. 261.

[7] Martín, Guillermo Patricio, "Teoría general del acto inexistente", en revista "Lecciones y Ensayos", Nº 29, año 1965, pág. 140).

[8] Cfr López Mesa, Marcelo, “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 70 y ss.

[9] Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de derecho civil argentino. Parte General, Bs. As., Edit. Perrot, T. II, pág. 587, num 1917; Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, Bs. As., Edit. Abeledo-Perrot, T. II, pág. 424 inc. b) y 425 y ss., Nº 1263; Compagnucci de Caso, Rubén, “El negocio jurídico”, Ed. Astrea, Bs. As., 1992, págs. 522 § 177.

[10] Compagnucci de Caso, op cit, pág. 522 § 177.

[11] Llambías, op cit, pág. 587, num 1917; Borda, op cit, T. II, pág. 424 inc. b) y 425 y ss., Nº 1263; Compagnucci de Caso, op cit, págs. 522 § 177.

[12] Cordeiro Alvarez E., "El acto jurídico inexistente", en Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Univerisdad Nacional de Córdoba, año VII, oct.-dic. de 1942, pág. 254, Llambías, J.J., "Vigencia de la teoría del acto inexistente", en Rev. de la Fac. de Der. y C. Soc. de la Univ. Nac. de Buenos Aires, año III, Nº 11, jul.-set. de 1948, pág. 650; Borda, G.A., "Parte general", ed. 1976, t. II, pág. 425, nº 1263); Lagomarsino, C., “Los supuestos...” cit, L.L. T. 115-985.

[13] Llambías, op cit, pág. 586, num 1913; Borda, op cit, T. II, pág. 424 inc. b); Compagnucci de Caso, op cit, págs. 521 y 522, esp. § 177.

[14] Llambías, op cit, pág. 586, num 1913; Borda, op cit, T. II, pág. 424; Compagnucci de Caso, op cit, pág. 522, § 177).

[15] Llambías, op cit, pág. 586, num 1913; Borda, op cit, T. II, pág. 424.

[16] Cubides Camacho, Jorge, Obligaciones, 5ª edic. Edic. Pontifica Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, p. 261.

[17] Llambías, op cit, pág. 586, num 1913; Borda, op cit, T. II, pág. 424; Compagnucci de Caso, op cit, págs. 520/521

[18] Compagnucci de Caso, op cit, pág. 520/521 , § 177.

[19] Compagnucci de Caso, op cit, pág. 522, §177; Highton, Elena I- Nabar, María Josefina, “La teoría de la apariencia y el art. 1051 del Código Civil y el justo título para la usucapión breve”, La Ley 1986-C-770 y ss; ponencia “a” (mayoritaria) de la Comisión Nº 1 del VIII Encuentro Nacional de Abogados Civilistas, desarrollado en Santa Fe, durante los días 6 y 7 del mes de Octubre de 1994.

[20]Cubides Camacho, Jorge, Obligaciones, 5ª edic. Edic. Pontifica Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, p. 262.

[21] Llambías, Jorge J., “Derecho Civil. Parte General”, 7ª edic., cit, T. II , pág. 567, Nº 1877.

[22] Moyano, Juan Agustín, “Efectos de las nulidades de los actos jurídicos”, Bs. As., Impresora Argentina, 1932, Nº 77.-

[23] Moyano, J. A., op cit, Nº 77.-

[24] Llambías, Jorge J., “Efectos de la nulidad y la anulación de los actos jurídicos””, Edit. Arayú, Bs. As., 1953, págs. 5 y 6.

[25] Llambías, Jorge J., “Derecho Civil. Parte General”, cit., T. II, pág. 567, Nº 1877.

[26] Llambías, Jorge J., “Parte General”, cit,, pág. 583, Nº 1909.

[27] Llambías, op cit, pág. 585, Nº 1912.

[28] Llambías, op cit, pág. 586, Nº 1913; Llambías, “Efectos...””, cit., págs. 6.

[29] Llambías, op cit, pág. 586, Nº 1913.

[30] Llambías, op cit, pág. 587, Nº 1915. Explica Llambías en nota que obviamente ello no implica que si la apariencia de existencia afecta a un interés confiado a la custodia del Ministerio Fiscal puede éste recabar la declaración de inexistencia del acto para que aquella apariencia no redunde en desmedro del interés defendido por él.

[31] Llambías, op cit, pág. 587, Nº 1917. Pone como ejemplo de ello el autor el caso de anulación de la venta de un inmueble por dolo de un tercero; por aplicación del art. 1053 C.C., el comprador debe restituir el inmueble, pudiendo conservar los frutos percibidos con anterioridad a la demanda de nulidad, retención que compensa los intereses del precio pagado.

Sigue diciendo que si se supone un acto similar inexistente (venta de un inmueble donde el vendedor proponente falleció antes de haber sabido la aceptación del comprador (conf. art. 1149 C.C.), si los herederos del vendedor ignorando la verdadera situación, entregan el inmueble y reciben el precio, pueden antes de la escrituración intentar una acción de reivindicación. En ese caso el aparente comprador se hará dueño de los frutos percibidos con anterioridad a la demanda de reivindicación, según que haya tenido o no buena fe, es decir, según que supiese o no que su aceptación había sido recibida después del fallecimiento del proponente. Finalmente consideraba Llambías que la situación se regía por los arts. 2422 y ss. y no por el art. 1053 del C.C..

[32] Llambías, op cit, pág. 588, Nº 1918.

[33] Llambías, op cit, pág. 588, Nº 1919.

[34] Según el mentor de la Comisión Reformadora, son supuestos de actos inexistentes: 1) Si falta el acuerdo de voluntades o si hay disentimiento entre las partes (si la parte aparente no prestó el consentimiento o si una de ellas ofrece vender su casa en Córdoba y la otra comprar la de Buenos Aires (error sobre le objeto); o si una ofrece en locación una propiedad y la otra acepta comprarla (error sobre la naturaleza del acto); 2) Si el objeto de la obligación es una cosa no susceptible de existir o hechos materialmente imposibles, como vender un pedazo de cielo; 3) La falta de la forma exclusivamente ordenada por la ley no basta, en principio, para considerar inexistente al acto. El propio Código establece que son obligaciones naturales las que proceden de actos jurídicos a los cuales faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles (art. 515 inc. 3º C.C.). Sin embargo, en algunos caso, la formalidad legal consiste en la intervención de un oficial público, que no se limita ya, como el escribano autorizante a dar fe de lo que ocurrió ante él, sino que integra con su actuación el acto jurídico celebrado por las partes: ello ocurre con el matrimonio, que se perfecciona con la celebración ante el oficial público, quién interviene en nombre de la ley, declarando unidos a los contrayentes. La omisión de esa formalidad legal supone la inexistencia del acto; 4) Quién adopta un hijo por un procedimiento distinto al fijado por la ley, que exige una sentencia judicial que otorgue la adopción (Borda, op cit. T. II, pág. 424 Nº 1261).

[35] Borda, op cit. T. II, págs. 424 y 425, Nº 1262.

[36] Borda, op cit. T. II, págs. 425/426 Nº 1263.

[37] Borda, op cit. T. II, pág. 426 Nº 1263. Recuérdese lo dicho en la nota 236 de este estudio, respecto de la diferencia entre actos inexistentes y nulos respecto de la retención de los frutos y de la diversa captación normativa de ambos supuestos.

[38] Borda, op cit. T. II, pág. 426 Nº 1263, punto c). Se remite allí al Nº 1279 de la misma obra, donde se desarrolla más extensamente el punto. Se dice en ese lugar que “el art. 1051 se refiere a los actos nulos o anulables. Pero no a los inexistentes. Debemos admitir, por consiguiente, que en este supuesto el tercero subadquirente no está protegido por el art. 1051. El ejemplo más típico en esta materia es el de la falsificación de una escritura de venta, Supongamos que con la complicidad de un escribano, se falsifica la firma del propietario de un inmueble, quién aparece como vendedor. Luego, el comprador enajena a su vez el inmueble, a un tercero de buen fe y por título oneroso. No cabe duda que el propietario debe ser amparado por la ley. En primer lugar, la venta no realizada por el dueño y hecha por quién no tiene ningún título debe, en tanto acto de transmisión del dominio, considerarse inexistente; no estamos pues dentro del ámbito del art. 1051, que sólo se refiere a los actos nulos o anulables. Además, aplicar también en este supuesto el art. 1051, sería inicuo. No es posible que la ley admita un despojo del verdadero dueño sobre la base de actos pasados entre terceros. Es cierto que el tercero de buena fe se verá defraudado en sus intereses; pero eso ocurre siempre que una persona es víctima de un delito. Y la víctima ha sido (con quién negoció y contrató el defraudador) y no el verdadero propietario que permaneció ajeno al acto” (Borda,

op cit. T. II, pág. 436 Nº 1279).

[39] López Olaciregui (en Salvat, Parte General, Ad. 2641, t. II, pág. 764,

[40] López Olaciregui, José María, "De la nulidad de los actos jurídicos", 2ª parte, en "Lecciones y Ensayos" Nº 19, año 1961.

[41] López Olaciregui, J. M., op cit, pág. 33.

[42] López Olaciregui, J. M., op cit, pág. 34, punto II.

[43] López Olaciregui, J. M., op cit, págs. 34/35, punto II.

[44] López Olaciregui, J. M., op cit, págs. 35/36, punto a,b y c.

[45] López Olaciregui, J. M., op cit, pág. 37, punto d.

[46] López Olaciregui, J. M., op cit, pág. 38, punto VI.

[47] Idem anterior.

[48] López Olaciregui, J. M., op cit, pág. 38, punto VII.

[49] López Olaciregui, J. M., op cit, pág. 39, punto VII.

[50] López Olaciregui, J. M., op cit, pág. 39, punto VIII.

[51] López Olaciregui, J. M., op cit, J.A. T. 12, pág. 584.

[52] Abelenda, Cesar A., "Derecho Civil. Parte General", Astrea, Bs. As., 1980, (págs. 225/257, Nº 729 / 759). En similar sentido, la ponencia del Prof. Abelenda a la Comisión 1 del VIII Encuentro de Abogados Civilistas, celebrado en Santa Fe, durante los días 6 y 7 de Octubre de 1994 (Vid, ponencias del VIII Encuentro de Abogados Civilistas, en la publicación del Instituto de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Santa Fe, pág. 5.

[53] Abelenda, op cit, pág. 419, § 832.

[54] Abelenda, op cit, pág. 432, § 841. La temática del parágrafo 841 guarda relación estrecha con la cita de una aguda observación de Aubry & Rau, reflejada por Abelenda, el caso del error de hecho, que debiendo determinar situaciones de inexistencia, empero, han sido captadas por la legislación como supuestos de invalidez. En ese como en otros aspectos que cita Abelenda, el legislador convirtió "en condiciones de validez las que debieran ser de inexistencia" (Aubry & Rau, "Traité, cit, T. I, Nº 37 cit. por Abelenda, op cit, pág. 419, Nº 832, a).

[55] Abelenda, op cit, pág. 433, § 841. El ejemplo también tiene su punto flojo, dado que si bien es cierto que el art. 951 C.C. comienza hablando de existencia, luego dice "si dependiesen para su validez", de donde también puede legítimamente interpretarse que la falta de forma instrumental exclusivamente decretada no pasa de un requisito de validez.

[56] Compagnucci de Caso, Rubén, "El negocio jurídico", Astrea, Bs. As., 1992, pág. 512.

[57]Dentro de la tesis del negocio como concepto lógico formal, superadora de la tesis clásica, enumera el Profesor platense, varias posiciones: la del negocio incompleto, de la doctrina alemana; la de la falta de requisitos positivos (Oertmann); la de la ausencia de fattispecie (Lehmann); la ausencia de elementos que lo identifique (Albaladejo, Santoro Passarelli y Cariotta Ferrara); la del concepto negativo (Scognamiglio); del supuesto de nulidad (De los Mozos). Finalmente en otro género, también se halla la tesis del fundamento material (seguida entre nosotros por todo la doctrina favorable a la tesis y por Falsea y Barbero en la doctrina italiana) (Vid Compagnucci de Caso, op cit, págs. 514/518).

[58] Compagnucci de Caso, op cit, pág. 520, § 176 "d" y nota Nº 79.

[59] Compagnucci de Caso, op cit, pág. 520/521 , § 177.

[60] Compagnucci de Caso, op cit, pág. 522, §177. El Profesor Compagnucci de Caso votó conjuntamente con quién ésto escribe la ponencia "a" (mayoritaria) de la Comisión Nº 1 del VIII Encuentro Nacional de Abogados Civilistas, desarrollado en Santa Fe, durante los días 6 y 7 del mes de Octubre de 1994. Se sostuvo allí lo siguiente: 1) Entre los dos proyectos de reformas de 1993, con trámite parlamentario, aparece como más conveniente el art. 692 del C.C. de la Comisión creada por el dec. 468/92 (Votos de los Dres. Albizatti, Ricardo Luciano Molinas, R, Compagnucci de Caso, Benjamín Piñón, Marcelo J. López Mesa, Fernando Ghisini, C. Meneghini y Ana Claudia Parodi); 2) Las adquisiciones a "non domino" configuran un supuesto de acto inexistente como tercera categoría conceptual (Votos de los Dres. Rubén Compagnucci de Caso, Marcelo J. López Mesa, Fernando Ghisini, C. Meneghini y A. Riboldi); 3) La ley cuando refiere a los actos nulos excluye a los supuestos de nulidades absolutas (Rubén Compagnucci de Caso, Marcelo J. López Mesa, Fernando Ghisini y C. Meneghini) (Vid ponencia "a" de la Comisión Nº 2 (a la postre mayoritaria).

[61] Belluscio, Augusto C., "La teoría de la inexistencia y su aplicación al testamento", en "Estudios de Derecho Privado, homenaje al Dr. Pedro León", Nº 1, pág. 74 y ss. y en su Derecho de Familia, T. II, págs. 35 y ss.

[62]El Dr. Santos Cifuentes, prestigioso ex magistrado capitalino, también se ha ocupado del tema en sus estudios y votos. En su obra general, realiza un prolijo detalle de la jurisprudencia a favor y en contra de la inexistencia, siguiendo en general una posición similar a la del Dr. Belluscio (Cfr. Cifuentes, Santos, "Negocio jurídico", Astrea, Bs. As., 1986, pág. 580 y ss., especialmente, pág. 584, § 306).

[63] Belluscio, Augusto C., "Derecho de Familia", T. II, pág. 49, Nº 360.

[64] Belluscio, A. C., op cit, T. II, pág. 50, Nº 360.

[65] Idem anterior. Aclara allí Belluscio que el concubinato no es un matrimonio inexistente porque no presenta apariencia alguna de celebración del acto jurídico matrimonial y que el comodato no es una locación inexistente, pues se trata de un contrato perfectamente tipificado como tal y diferente de todo otro.

[66] Belluscio, A. C., op cit, T. II, pág.51, Nº 360.

[67] Idem anterior.

[68] Belluscio, A. C., op cit, T. II, pág. 52, Nº 360.

[69] Belluscio, A. C., op cit, T. II, págs. 52/53, Nº 360

[70] Belluscio, A. C., op cit, T. II, págs. 53/54, Nº 360. En igual sentido, Cifuentes, Santos, op cit, pág. 584, § 306.

[71] Rivera, Julio Cesar, "Acción de simulación", en revista El Derecho, T. 60, pág. 902/903, cap. 6).

[72] Llambías, J, op cit, pag 535, num 1802 y Acuña Anzorena, Arturo, "La simulación de los actos jurídicos", Bs. As., 1936, pág. 37 y ss.

[73] De Ruggiero, Roberto, "Instituciones de Derecho Civil", Madrid, 1925, T. I, pág. 261 y ss).

[74] Rivera, Julio Cesar, "Acción de simulación", cit., pág. 903, cap. 6).

[75] idem anterior.

[76] Rivera, Julio Cesar, "Acción de simulación", cit., pág. 903, cap. 6). Seguidamente da otro ejemplo, el de una donación encubierta por una compraventa, diciendo que en caso de demostrarse que la última es simulada, igual surgiría la realidad de la transmisión dominial, que quedaría perfeccionada en cabeza del donatario, si no afectara a terceros ni violase la ley (solución del art. 958 C.C.).

[77] Rivera, Julio C., "Acción de simulación", cit., pág. 903, cap. 6), con cita de Llambías y Acuña Anzorena.

[78] Rivera, Julio C. "Acción de simulación", cit., pág. 918, cap. 17).

[79] Rivera, Julio C., "Acción de simulación", cit., pág. 903, cap. 6); en igual sentido, Llambías, Jorge J., op cit,

pag 482 y ss, num 1720 y Borda, G. A., op cit, num 1132, pág. 298.

[80] Fassi, Santiago Carlos, “Tratado de los testamentos”, Bs. As., Depalma, 1971, T. II, págs. 317/318, núm. 1764.

[81] Fassi, op cit, T. II, pág. 319, núm. 1767.

[82] Fassi, op cit, T. II, págs. 319/320, núm. 1768.

[83] Boffi Boggero, Luis María, “Aspectos de la nulidad del acto jurídico en el Código Civil Argentino”, publicado en sus “Estudios Jurídicos”, 1ª serie, Bs. As., 1960, pág. 223.

[84] Boffi Boggero, L. M., op cit, “Estudios Jurídicos”, 1ª serie, pág. 220.

[85] Boffi Boggero, L. M., op cit, “Estudios Jurídicos”, 1ª serie, pág. 221.

[86] Boffi Boggero, L. M., op cit, “Estudios Jurídicos”, 1ª serie, págs. 221/222.

[87] Machado, José O., “Exposición y comentario del Código Civil Argentino”, Bs. As., 1898, T. I, págs. 278/279, num 67; Prayones, Eduardo, “Nociones de Derecho Civil. Derecho de Familia”, 3ª edic. Bs. As., 1924, pág. 111, núm. 51; Cornejo, Raúl, “Un aspecto de la teoría del Matrimonio Putativo”, Bs. As., 1945; Molinario, Alberto, “Improcedencia de la interpretación extensiva de la primera norma del art. 86 de la ley de matrimonio civil e inexistencia de los connubios celebrados con violación de su art. 2”, en revista Jurisprudencia Argentina 1958-II, sec. doctrina, pág. 116, num 52; idem, “De un supuesto de inexistencia matrimonial”, J.A. 1960-II-77/96; idem, “Otra vez sobre el art. 86 de la ley de matrimonio y la inexistencia de los connubios celebrados en violación de su art. 2”, JA 1961-IV-409/447; Lagomarsino, Carlos A.R., “Los supuestos de inexistencia en el Derecho Civil Argentino”, en L.L. T. 115-984 y “Sobre un modo de encarar el estudio de la invalidez de los actos jurídicos”, Gaceta de Paz, 1962-III-IV, pág. 225. Esta tesis es seguida en Francia por los profesores Marty y Raynaud, “Droit Civil”, París, 1956, núm. 161.

Machado por su parte afirmaba que “si la nulidad fuera absoluta el acto debería considerarse como no existente; si no puede ratificarse no se comprende porque se niega el derecho, de alegarla al que conocía el vicio. Es que la idea es falsa, lo absoluto de una nulidad sólo se refiere a las persona que pueden ejercer la acción, no al acto mismo... luego la nulidad absoluta no produce el efecto de hacer que el acto sea inexistente” (Machado, José O., op cit, T. I, págs. 278/279, num 67).

Carlos Lagomarsino, por su parte, admite la categoría pero limitada al ámbito del derecho matrimonial, para las hipótesis de igualdad de sexo de los contrayentes, falta de consentimiento y ausencia del oficial público (Lagomarsino, Carlos A.R., “Los supuestos de inexistencia en el Derecho Civil Argentino”, en L.L. T. 115-984 y ss.).

[88] Bonnecase, Julien, “Supplément ...”, cit, T. III págs. 155/156, num 83.

[89] CSJN, 24-XII-926, in re "Gobierno Nacional c/ The Catalinas Warehouse and Mole Co Ltd.”, JA T. 23, pág. 645 y ss. Se trataba de un litigio derivado de la venta por el Poder Ejecutivo Nacional de unas tierras ganadas al río, que se hiciera a particulares en violación de una ley del Congreso, que establecía un procedimiento especial y un destino específico de los fondos. Sin hablarse de inexistencia y aplicándose una solución consistente en declarar la nulidad absoluta de la venta, implícitamente se aceptó la diferencia al sostener que “La disposición del art. 4030 del Código Civil” ...limitada a legislar sobre las acciones de nulidad allí previstas, no comprende el caso bien distinto de un mandatario que ha extralimitado sus poderes” (con cita de Fallos 115, págs. 34 y 189 y T. 96, pág. 354). Es más en el fallo que dio origen a este pronunciamiento, suscripto por el Juez Dr. Urdinarrain, se hablaba de nulidad radical, de exceso en los límites del mandato, citándose a Laurent y a Demolombe en párrafos directamente vinculados con la doctrina de la inexistencia.

Los fallos que se citan supra constituyen casos diversos en lo fáctico, pero jurídicamente tienen en común ser supuestos de extralimitación de mandatarios; en todos ellos la CSJN ha dejado sentado que la disposición del art. 4030 Cód. Civil se limita a legislar sobre las acciones de nulidad allí previstas pero no comprende el caso de un mandatario que se ha extralimitado en sus poderes.

Los dos primeros de ellos tratan de una indemnización concedida a un particular por el Poder Ejecutivo

santafesino, sin intervención de la Legislatura, constitucionalmente facultada al efecto (CSJN, 13/11/1902, “Pcia. de Santa Fe c/ Dn. Marciano Molina s/ nulidad y devolución de documentos”, espigado en Fallos 96:354 y CSJN, 16/11/1911, “Pcia. de Santa Fe c/ D. Marcelino Escalada s/ Reivindicación”, publicado en Fallos 115:34).

El último de los mismos versa sobre la acción de nulidad iniciada por el Fisco nacional respecto de un decreto de 1888 sobre revalidación de títulos de tierras fiscales, acordado indebidamente por el Poder Ejecutivo, en contra de la opinión del Procurador Fiscal (CSJN, 30/12/1911, “Fisco Nacional s/ nulidad de un decreto de revalidación de título de tierras fiscales otorgado a favor de Madame Lynch”, Fallos 115:198 y ss).

[90] CSJN, “Schmidt, F. H. SA (empresa constructora) c/ Prov. de Mendoza”, JA 60-367 y sigs, especialmente 374/375.

[91] CSJN, 6-XI-39, "Explotadora de Tierra del Fuego S.A. c/ Gobierno Nacional", J.A 68-444.

[92] CSJN, 24-XII-926, “Gobierno Nacional c/ The Catalinas Warehouse and Mole Co Ltd.”, JA. 23-645.

[93] La CSJN, in re “Fiscal de Estado Dr. Luis Magín Suarez s/ formula denuncia - solicita jurado de enjuiciamiento y sus acumulados s/ incidente de inexistencia de sentencia”, sostuvo que “es inadmisible la pretensión de declarar la inexistencia del auto que - a su vez- había rechazado el mismo planteamiento contra la sentencia dictada por la Corte Suprema sobre el fondo del asunto, si las razones que se alegan contra aquél no guardan relación alguna con la noción de inexistencia de los actos jurídicos, sino que apuntan a un pretendido desacierto total de la decisión, del que, eventualmente, resultaría un fallo arbitrario y no inexistente (CSJN, Sist. inform. Icaro, causa F. 93, XXIII).

El Dr. Enrique S. Petracchi, en su disidencia dictada en la causa “Partido Justicialista de Santiago del Estero s/ incompetencia”, postuló que “la resolución 247 debe ser calificada de “inexistente” en la medida en que el órgano emisor es inexistente dentro de la estructura partidaria, y, en todo caso, habría actuado con una manifiesta falta de quórum; luego, se vuelve patente la ausencia de un elemento esencial de los actos jurídicos: “el sujeto”. Aún si no se aceptara la categoría de “inexistencia” del acto, éste sería nulo -nulidad absoluta- por haber emanado de un órgano que, de existir, habría carecido manifiestamente de competencia y cuya actividad produjo una grave perturbación en el funcionamiento regular de un partido político... La ratificación presupone la existencia de un acto celebrado por otro a nombre del ratificante sin mandato o autorización de éste (Llambías, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil. Parte General” 2ª edic. Bs. As., 1964, II, Num 2053, pág. 621)” (CSJN, sist, Icaro, causa P. 431. XXIV).

Bueno es aclarar que la decisión cuestionada era la intervención del Partido Jusiticialista de Santiago del Estero, dispuesta por la “Mesa Ejecutiva” del Consejo Nacional del Partido Justicialista, órgano carente de toda representatividad y reconocimiento normativo, un órgano “inventado” al calor de las exigencias de la política de coyuntura, cuyas decisiones carecían de existencia, por provenir de un organismo jurídicamente inexistente.

[94] CSJN, Bengolea, José Norberto c/ Alonso, Patricia Liliana”, Fallos T. 307, p. 737.

[95] Obvio es que antes de que existieran leading cases de la SCBA como “Decuzzi”, fallos fundadores de la doctrina de la inexistencia en esta última etapa democrática de la SCBA (de 1983 a la fecha), existían en las principales Cámaras Civiles de Apelaciones de la Provincia especies judiciales que consagraban la doctrina. Pero, a partir de los precedentes de la SCBA, la idea terminó por consolidarse jurisprudencialmente en una linea que llega hasta nosotros (“Ramos c/ Bagnardi”, “Firinú”, etc)..

[96] Corte de .Justicia de San Juan, 1/12/987, in re “Castillo, Luis M.”, voto del Dr. Claudio A. Billordo, J.A. 1988-III- 369.

[97] Esta máxima proviene del Derecho Romano, donde se la conocía como regla catoniana; la misma establecía: “Quod ab initio vitiosum est tractu temporis convalescere non potest” (Digesto 50, 17, 29).

[98] CNEsp. CyC, Sala 4ª, 2/7/985, “Piamonte, Agustín c/ Matera, Raúl F”, JA 1986-II-405; CNCiv F, 13/10/980, “Consorcio propiedad horizontal San Martín 975/981 c/ González, Valentín”, E.D. 92-558.

[99] CJ. SJuan, 1/12/987, in re “Castillo, Luis M.”, voto del Dr. Claudio A. Billordo, J.A. 1988-III-369; Cám. Apel. Civ y Com de Bahía Blanca, 13/5/980, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Asociación Empleados de

Comercio de Bahía Blanca", Rep. E.D. 13, pág. 36, Nº 16.

[100] Cám. Nacional Civil, Sala D, 26/6/58, LL 92-442 (f. 42.811); idem, F, 3/11/60, JA 1961-IV-329 (f. 3930).

[101] CNCiv., Sala A, 29/11/60, JA 1961-IV-172 (f. 3887).

[102] Pese a ser ello así, en alguna especie judicial se ha expresado en sentido contrario que "La situación subsistente a la inexistencia de un acto jurídico debe regirse por los principios legales que corresponden a la institución mas afín, por lo que, aun cuando no se trate de un supuesto de nulidad absoluta, resulta aplicable la limitación a la legitimación activa prevista en el parr. 2 del art. 1047 del Código Civil" (CNCiv G, 14/5/81, ED 95-219).

[103] CNCiv., Sala G, 14/5/981, "Barkevian, Nuber c/ Barkevian de Addis, Rosa", E.D., 95-220 y ss).

[104] CNCiv., Sala F, 27/8/979, "Sigfrido SA, en A/ Erdmann del Carril, Elisa y otros c/ Lozada, Mario", E.D., 87-251 y ss.

[105] La utilización de las normas abiertas o de los principios generales "aporta al Derecho un contenido ético-jurídico, que provoca la crisis del legalismo y del positivismo riguroso, y conduce a un derecho judicial libre, pero con el riesgo de la arbitrariedad, por lo que se hace necesario dotarle de unidad y homogeneidad" (Wieacker, Franz, "El principio general de la buena fe", trad. por Luiz Diez Picazo, Edit. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1986, contratapa).

Debe distinguirse perfectamente el "derecho judicial" surgido del empleo criterioso y mesurado de los standars, de una mera "justicia del Cadí". Como dijera Diez Picazo, "la justicia del Cadí es la pura decisión individual, que es, en el mejor -eventualmente también en el peor- sentido de la palabra, arbitraria... no tiene pasado y no tiene tampoco futuro. Un derecho judicial praeter legem o acaso contra legem tiene que tener un pasado y un futuro. Tiene que tener primero una cierta uniformidad; segundo, estar fundado en unos previos criterios homogéneos; y tercero, proyectarse hacia el futuro como criterio directivo que sea seguido por los particulares destinatarios de las normas y, de alguna manera, como línea de actuación para el subsiguiente derecho judicial" (Diez Picazo, Luis, prólogo a "El principio general de la buena fe" de F. Wieacker, cit. supra, pág. 17; vid asmimso, cuanto dijéramos en nuestro libro anterior, ya citado, caps. 2 y 3).

[106] Colin & Capitant, Curso, I § 111; Planiol, "Traité", T. I, Nº 980 y ss.; Drogoul, op cit, págs. 146/149, etc.

[107] De los Mozos, op cit, pág. 114 y nota 78.

[108] De los Mozos, op cit, pág. 104.

[109] Sentencia del 9/11/1897, Récueil Sirey 1897-I, pág. 461.

[110] Récueil Sirey 1904-I, pág. 273.

[111] Sentencia del 30 de Diciembre de 1902 para el supuesto de subasta privada sin intervención de procurador, con comentario laudatorio de Tissier (Récueil Sirey 1903-I, pág. 257.

[112] Récueil Dalloz, 1906-I, pág. 169, también con comentario favorable, en este caso, de Thaller.

[113] Bonnecase a lo largo de todo su estudio de llama de tal modo; otros autores, en cambio (Rojina Villegas, Rafael, "Teoría del supuesto jurídico y de la nulidad en el Derecho Mexicano", Edit. El Nacional, México, 1943, pág. 219), la denominan "Escuela Clásica". En ambos casos se refieren a la Exégesis francesa, esto es, el elenco de los grandes comentadores del Código Napoleón.

[114] Bonnecase coloca en esa lista a Hartemann, Pize, Drogoul, Loyer, Piédelièvre, Japiot, Guyard, Cavallioti, Cohendy, Vasilesco y Malinvaud.

[115] Bonnecase, Julien, Supplément al "Traité Théorique et Pratique de Baudry-Lacantinerie", Edit. Sirey, París, 1926, T. III, págs. 47 a 54, nums. 27 a 32. Bonnecase dice que detrás de estas tesis doctorales, a las que califica de obras de juventud, se aprecia el reflejo de una enseñanza magistral (op cit, pág. 60, num 37), la que atribuye a

Saleilles.

[116] Bonnecase, J., op cit, T. III, pág. 55 núm. 33.

[117] Bonnecase, J., op cit, T. III, pág. 55, num 35. Bonnecase dice que en los trabajos de Loyer ("Les actes inexistants", aparecido en 1908) y de Malinvaud ("De l´absence de consentement dans les actes juridiques relatifs à l´etat des personnes", de 1912), demuestran una verdadera fobia irracional contra esta teoría. Critica ácidamente a Loyer, porque dice que permanece en la altas esferas de la teoría pura y que no advierte las consecuencias de su teoría. Cuestiona acerbamente la afirmación central de Loyer de que el acto inexistente por antonomasia, el matrimonio entre personas del mismo sexo no es tal. Dice que en opinión de este autor constituiría un supuesto de acto de nulidad relativa, lo que considera una monstruosidad (op cit, pág. 56, num 35.

Lo propio ocurre con Malinvaud, quién sostiene que la ausencia absoluta de consentimiento en materia de matrimonio y de los actos jurídicos en general, configura en caso de nulidad relativa, siendo duramente cuestionado por Bonnecasé por ello. En una idea feliz dice Bonnecase, que en algunos casos la persistencia en la posición crítica, cuando ya han sido rebatidos todos los argumentos, es más una negativa de la evidencia que de la inexistencia (op cit, pág. 145, num 83.II).

[118] Bonnecase, J., op cit, T. III, pág. 12, Nº 10.

[119] Bonnecase, J., op cit, T. III, pág. 5.

[120] Bonnecase, J., op cit, T. III, págs. 8 y 9.

[121] Bonnecase, J., op cit, T. III, págs. 78 y 79, núm. 49. Bueno es recordar que George Cohendy, en similar sentido, consideraba un espectáculo curioso la contemplación de la evolución del tema en la doctrina y jurisprudencia. Mientras que en la doctrina eran tiempos de evolución jurídica, una época donde la categorías de ineficacia se multiplican y los juristas reniegan de las viejas clasificaciones rígidas, los tribunales se orientan en sentido contrario y persisten en confundir, creando un verdadero caos, las diferentes ineficacias, aplicando indistintamente las fórmulas más variadas (Cohendy, George, "Des intérêts de la distinction entre l´inexistence et la nullité d´ordre public", publicado en la Revue trimestrelle de Droit Civil, París, 1914, pág. 33 y ss).

[122] Bonnecase, J., op cit, T. III, págs. 120/124, núm. 74.

[123] Bonnecase, J., op cit, T. III, pág. 126, núm. 77. Dice que sigue la concepción organicista que Savigny y sobre todo Ihering pusieron en la vitrina, comenzando a hablar de cuerpos jurídicos (op cit, pág. 128).

[124] Bonnecase, J., op cit, T. III, págs. 127, núm. 77.

[125] Houques Fourcade, "Traité..." de Baudry Lacantinerie, T. III, Nº 1681, cit. por Bonnecase, op cit, pág. 132, núm. 78).

[126] Bonnecase, J., op cit, T. III, págs. 137, núm. 79.

[127] Idem anterior.

[128] Bonnecase, J., op cit, T. III, págs. 139, núm. 80.

[129] Bonnecase, J., op cit, T. III, págs. 140, núm. 81.

[130] Bonnecase, J., op cit, T. III, págs. 141, núm. 82.

[131] Bonnecase, J., op cit, T. III, págs. 200 núm. 105.

[132] Dice Bonnecase que la base tradicional de la teoría clásica de que por oposición a la nulidad relativa, la nulidad absoluta reposa sobre la violación de una regla de orden público, y priva al acto de todo efecto, puede ser invocada por todo interesado y no es susceptible de convalidación ni por confirmación ni por prescripción, no es todo lo firme que se la ha juzgado, puesto que aún opositores de la inexistencia como Piédelièvre han estudiado acabadamente los efectos del acto nulo, de donde cede una de las bases principales de sustentación del distingo (op

cit, pág. 201, num 106).

[133] Bonnecase, J., op cit, T. III, pág. 177 núm. 92.

[134] Bonnecase, J., op cit, T. III, págs. 155/156 núm. 92.

[135] Mosco, “La conversione del negozio giuridico”, Napoli, 1947, pág. 339, Nº 92.

[136] Scialoja, “Negozio giurídico”, Roma, 1933, pág. 82 y ss.

[137] De los Mozos, op cit, pág. 117.

[138] Enneccerus- Nipperdey, Parte General T. I, vol II, pág. 274, Nº 202; Von Thur, Derecho Civil, T. III, vol II, pág. 303 y ss.

[139] Scognamiglio, R., “Contributo...”, pág. 351; De los Mozos, “El negocio jurídico”, Montecorvo, Madrid, 1987, pág. 123.

[140] Oertmann, Paul, “Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos”, en Revista de Derecho Privado”, Marzo de 1929, pág. 65.

[141] Lehmann-Hedemann, “Tratado. Parte General”, vol I, pág. 244.

[142] Albaladejo, Santoro Passarelli y Cariotta Ferrara.

[143] Albaladejo, “Derecho Civil. Introducción y Parte General”, cit, T. I, vol. II, pág. 444 y ss; Santoro Passarelli, “Doctrinas generales del Derecho Civil”, pág. 301 Nº 54; Cariotta Ferrara, “El negocio jurídico”, pág. 275 y ss, Nº 83.

[144] Scognamiglio, op cit, pág. 331, Nº 138.

[145] De los Mozos, op cit, pág. 147.

[146] Siguen esa corriente Espósito, Rubino, Falzea, Fedele, Pugliatti, Barbero, Trabucchi y De Simone (De los Mozos, op cit, pág. 126).

[147] De los Mozos, op cit, pág. 129.

[148] De los Mozos, op cit, pág. 130.

[149] De Castro y Bravo, Federico, “El negocio jurídico”, Madrid, 1967, pág. 465.

[150] De los Mozos, op cit, pág. 116.

[151] De los Mozos analiza la evolución de la doctrina respecto de la dirección de la voluntad negocial, consustanciada con la doctrina del negocio y dice que desde las elaboraciones que veían en el negocio una declaración de voluntad dirigida a producir un efecto jurídico (Savigny, Winscheid), a la que se opone la corriente que hacía depender todos los efectos del negocio jurídico del propio ordenamiento (Lotmar, Kholer), pasando luego a otra opinión que pone el énfasis en el negocio como intento jurídico , como intención negocial que no está en el ordenamiento jurídico sino en las necesidades de la vida, estando movidas las partes por una intención práctica o empírica (Lenel, Bechmann). Un paso más y y alguien en doctrina entendió que las partes se han representado no el efecto jurídico sino el fin práctico al contratar (Kelsen) (De los Mozos, op cit, pág. 145).

[152] De los Mozos, op cit, pág. 146.

[153] De los Mozos, op cit, pág. 147.

[154] De los Mozos, op cit, pág. 568.

[155] De los Mozos, op cit, pág. 568.

[156] De los Mozos, op cit, págs. 148 y 567.

[157] De los Mozos, op cit, pág. 567.

[158] Vid. Capítulo XI, titulado “Juicio crítico sobre la importancia y utilidad actual de la doctrina”, punto c) “Negocio jurídico”.

[159] No parece atinado tratar el pensamiento de Josserand en el capítulo correspondiente a la exégesis, dado que su pensamiento implica un cuestionamiento o superación de las ideas de esa Escuela, pudiendo decirse con justicia -al igual que respecto de Saleilles-, que se trata de juristas de nuestro tiempo, de hombres inconformistas y observadores que no se limitaron a seguir las aguas calmas de la exégesis decimonónica. Por ello, pese a que su obra es muy anterior a la de otros juristas incluidos en el mismo capítulo, nos parece adecuada sistemáticamente su ubicación aquí.

[160] Josserand, Louis, “Derecho Civil”, revisado por André Brun, Barcelona, Bosch, 1951, T.I, vol. I, pág. 135, Nº 139.

[161] Josserand, L., op cit, T.I, vol. I, pág. 135, Nº 140. Se brindan allí algunos ejemplos de inexistencia: si las partes no han tratado de obligarse, la voluntad jurídica ha faltado; o si sus voluntades no han coincidido, ha habido error respecto a la identidad del objeto o la naturaleza del acto; o también uno de los interesados no ha manifestado del todo su voluntad o el contrato no tiene objeto.

[162] En su sistema, aquél que está provisto de todos sus órganos constitutivos y responde, por consiguiente a la definición que la ley da de él, pero choca con un obstáculo decisivo, uno de los elementos vitales del acto está afectado de un vicio que puede determinar su destrucción, lo mismo que un organismo humano afectado por una enfermedad, está amenazado de muerte. Siguiendo en el plano organicista, dice que de la misma manera que existen enfermedades más o menos graves, existen nulidades más o menos severas y es allí donde se da la distinción entre nulidades absolutas y relativas (Josserand, L., op cit, T.I, vol. I, pág. 135, Nº 141).

[163] Bueno es resaltar que según Josserand, la categoría es extraña al derecho romano y al antiguo derecho francés, pues hizo su aparición en los debates del Código Napoleón (Josserand, L., op cit, T.I, vol. I, pág. 137, Nº 143), opinión que compartimos parcialmente, como puede verse en los capítulos de este trabajo dedicados al desenvolvimiento histórico de la institución.

[164] Josserand, L., op cit, T.I, vol. I, pág. 137, Nº 143.

[165] En parágrafos anteriores decía Josserand que el concepto de la inexistencia era fuertemente negado hasta esto últimos años (a principios de siglo se escribió la obra), pues los autores no le eran favorables y la jurisprudencia casi no se refería a él; pero en estos últimos tiempos ha ganado terreno, es escepticismo de los autores ha llegado a ser menos firme, y la mayor parte de los publicistas acogen la noción en cuanto al derecho administrativo (Josserand, L., op cit, T.I, vol. I, pág. 137, Nº 143 y nota 8). Nuevamente ponemos el énfasis en la relatividad de los argumentos vinculados a la mayor o menor aceptación de la idea por los autores y jurisprudencia, puesto que no existe un mínimo consenso al respecto, contraponiéndose afirmaciones en uno y otro sentido, respecto del mismo período y país.

[166] Josserand, L., op cit, T.I, vol. I, pág. 137, Nº 143.

[167] Extraemos esa conclusión del hecho que el parágrafo figura con número 152bis lo que, creemos, obedece a que se trata de un capítulo agregado por el actualizador.

[168] Brun, André, adiciones a la obra de Josserand, L., cit, T.I, vol. I, pág. 146, Nº 152bis.

[169] García Amigo, Manuel, “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, Edit. Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979, pág. 853.

[170] Dice el art. 3º parr. del título preliminar del Código Civil español que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

[171] El art. 1261 del Código Civil español establece que “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º) Consentimiento de los contratantes. 2º) Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º) Causa de la obligación que se establezca”.

[172] García Amigo, M., op cit, págs. 855/856

[173] García Amigo, M., op cit, pág. 857.

[174] García Amigo, M., op cit, págs. 858/859.

[175] García Amigo, M., op cit, págs. 859.

[176] García Amigo, M., op cit, págs. 862.

[177] Idem anterior-

[178] García Amigo, M., op cit, págs. 865.

[179] Cariota Ferrara, Luigi, “El negocio jurídico”, Trad. del italiano de Manuel Albaladejo, Ed. Aguilar, Madrid, 1956, pág. 275, Nº 83.

[180] Cariota Ferrara, L., op cit, pag 276, Nº 83.

[181] Aclara Cariota que si se tuviese en cuenta los elementos exigidos por cada ordenamiento se arriesgaría destruir la inconcebibilidad del negocio como nota característica de la inexistencia y, también, se arriesgaría ampliar su campo hasta absorber casos de nulidad absoluta (Cariota Ferrara, L., op cit, pag 276, nota Nº 30.

[182] Idem anterior.

[183] Cariota Ferrara, L., op cit, pag 277.

[184] Idem anterior.

[185] Dice el profesor napolitano que la distinción entre nulidad absoluta e inexistencia sería vana si de ella no se siguiese una diversidad de consecuencias, dando luego los clásicos ejemplos de las diferencias existentes en lo tocante a convalidación, confirmación, matrimonio putativo, lo que nada agrega al debate (op cit, pág. 277).

[186] De Castro y Bravo, Federico, “El negocio jurídico”, Madrid, 1967, pág. 465.

[187] Distinto es el caso del prof. Albaladejo, que acepta la categoría, distingue los actos inexistentes de los incompletos o inacabados, pero no agrega nada novedoso a la discusión, por lo que no se ha de reseñarse su posición in extenso (Albaladejo, Manuel, “El negocio jurídico”, Bosch, Barcelona, 1958, págs. 396/397, número 225). Lo propio ocurre con el prof. Castán, quién también acepta la categoría y coloca en ella los ejemplos clásicos de ausencia de causa, objeto, etc, pero cae en el arcaísmo de considerarla equivalente a la nulidad de pleno derecho, lo que resulta inconveniente y llama a confusión (Castán Tobeñas, José, “Derecho Civil Español. Común y Foral”, 6ª edic, T. 2, Reus, Madrid, 1943).

[188] Galgano, Francesco, “El negocio jurídico”, Trad. Blasco Gascó y Prats Albentosa, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 261, Nº 59.

[189] Galgano, F., op cit, pág. 262, Nº 59.

[190] Galgano, F., op cit, pág. 261, Nº 59.

[191] Idem anterior.

[192] Galgano, F., op cit, pág. 263.

[193] Galgano, F., op cit, pág. 264.

[194] Galgano, F., op cit, pág. 262.

[195] Lalaguna Domínguez, Enrique, “Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos”, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 1993, pág. 24.

[196] Lalaguna Domínguez, E., “Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos”, cit, pág. 25, con cita de Betti, “Teoría general del negocio jurídico”, Madrid, sin fecha, pág. 51.

[197] Lalaguna, op cit, pág. 25.

[198] Lalaguna, op cit, pág. 26.

[199] Gordillo Cañas, Antonio, “Nulidad, anulabilidad e inexistencia. (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)”, en “Centenario del Código Civil” (1889-1989), editado por la Asociación de Profesores de Derecho Civil y el Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 935 y ss.

[200] Gordillo Cañas, Antonio, “Nulidad, anulabilidad e inexistencia. (El sistema de las nulidades en un Código latino ...”, en “Centenario del Código Civil”, cit., pág. 941.

[201] Gordillo Cañas, op cit, pág. 939.

[202] Gordillo Cañas, op cit, págs. 939 y 940.

[203] Gordillo Cañas, op cit, págs. 956.

[204] Gordillo Cañas, op cit, pág. 957.

[205] Idem anterior.

[206] Gordillo Cañas, op cit, pág. 958.

[207] Gordillo Cañas, op cit, pág. 962.

[208] Gordillo Cañas, op cit, pág. 964.

[209] Lacruz Berdejo, José Luis y colaboradores, “Elementos de Derecho Civil” II, Derecho de Obligaciones, vol. primero, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 570.

[210] Lacruz Berdejo, J. L. y colaboradores, op cit, pág. 571.

[211] Profesores Francisco de Asís Sancho Rebullida, Jesús Delgado Echeverría, Francisco Rivero Hernández y Joaquín Rams Albesa, todos Catedráticos de Derecho Civil. Según consta en la aclaración relativa a la autoría de cada actualización, obrante luego de la portada, el texto añadido corresponde al Prof. Jesús Delgado Echeverría.

[212] Lacruz Berdejo, op cit, pág. 571.

[213] Idem nota anterior.

[214] Lacruz Berdejo, op cit, pág. 571.

[215] No se ha reflejado la postura del Prof. De los Mozos en este capítulo, dado que la misma ha sido volcada a lo largo de toda la obra, siendo innecesario puntualizara nuevamente aquí.

[216] Lacruz Berdejo, op cit, pág. 571.

[217] Weber, Max. “La politica como profesión”, Edit. Bruguera, Barcelona, 1983, págs. 139/156.

[218]Ello motivó una quiebra ponderable de los datos estadísticos sobre aciertos en jugadas de lotería, especialmente en lo que respecta a las cuatro cifras que de un porcentual estadístico normal de 3,52% en jugadas

normales ascendió a un guarismo del 33,24% de jugadas ganadoras. Para comprende mejor cuanto decimos baste un dato: a un porcentaje de premios sobre el total jugado del 75,99% de las jugadas normales, correspondió en este caso, teniendo en cuenta sólo las apuestas efectuadas entre las 21 y las 21,30, un porcentual de aciertos sobre todo lo jugado del 42.886,63%. Es decir que si antes sobre veintidos mil quinientos pesos de apuesta se pagaban pesos más o menos diecisiete mil en concepto de aciertos, al adelantarse el sorteo, las proporciones se distorsionan y así un total de tres mil doscientos pesos de apuestas, genera créditos por aciertos del orden del mil cuatrocientos mil pesos. No hay martingala que pueda brindar un porcentaje así de aciertos, lo que genera dudas más que razonables.

[219]En este sentido dice el art. 2051 del Código Civil que “Los contratos serán aleatorios, cuando sus ventajas o pérdidas para ambas partes contratantes, o solamente para una de ellas, dependan de un acontecimiento incierto”.

[220] López Olaciregui, José María, op cit, 2ª parte, “Lecciones y Ensayos” Nº 19, año 1961, págs. 34/35, punto II.

[221] De Castro saldó la discusión sobre la incorrección del uso de expresiones como “negocio nulo” o “negocio ineficaz”, sosteniendo que en estos casos se emplea un lenguaje de simplificación, “un léxico de economía”, y que “referirse a negocio nulo o negocio inválido no implica que el sustantivo se cambie al ser adjetivado, al igual que cuando se habla de “moneda falsa” o “sabor insípido” o de “hombre inhumano” (De Castro y Bravo, Federico, op cit, págs. 462 y sigs.).

ABUSO DEL DERECHO - Borda, Guillermo A. Abeledo-Perrot - TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL 1999

E.- TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO (ver nota 1).

29. CONCEPTO.- Sentada la necesidad de afirmar enérgicamente la existencia de los derecho subjetivos, es necesario cuidarse de los excesos en que se suele incurrir en el ejercicio de ellos. Porque si bien la ley los reconoce con un fin útil y justo, suele ocurrir que las circunstancias los tornan injustos en algunas de sus consecuencias, no previstas por el legislador. Y si es legítimo usar de los derechos que la ley concede, no lo es abusar de ellos.

1117/30

30.- La doctrina del abuso del derecho se ha abierto camino en el pensamiento contemporáneo, no sin vencer serias resistencias. Los juristas liberales la han mirado con indisimulada desconfianza. Para ellos, las libertades humanas fincan en el respeto incondicional de los textos legales. Sólo la ley puede y debe marcar el límite de las actividades del hombres; mientras las personas actúen dentro de aquellos límites, no hay por qué investigar su intención o preocuparse por el perjuicio sufrido por terceros. De lo contrario, no habría derecho; todos estaríamos sometidos a la arbitrariedad de los poderes públicos, la libertad y la seguridad quedarían perdidas, el espíritu de iniciativa ahogado. Es necesario que los hombres tengan algo seguro como base para desenvolver sus actividades; que sepan, de una manera clara y definida, qué es lo que pueden y lo que no pueden hacer. Y la única manera de fijar de un modo cierto ese campo de acción es la ley. Esta es una defensa, algo así como una barrera, dentro de la cual el individuo puede desenvolver sus actividades sin recatos y sin temores. Si de ello resulta un perjuicio para terceros, tanto peor para ellos: dura sed lex. Estos perjuicios ocasionales deben reputarse un sacrificio en aras del bien social que resulta de la afirmación absoluta de los derechos individuales. Inclusive se ha sostenido, con la altísima autoridad de PLANIOL, que la expresión "abuso del derecho" implica una logomaquía: de un derecho se puede usar, pero no abusar; el derecho cesa donde el abuso comienza, porque abuso e ilicitud deben considerarse sinónimos; en realidad, la expresión "abuso del derecho" no hace sino cubrir la condenación de actos cometidos más allá de los límites de un derecho (ver nota 2).

No obstante la fuerza lógica de estos argumentos, la teoría del abuso del derecho se ha abierto paso con pie firme. Podrá discutirse el acierto lógico y gramatical de la expresión abuso del derecho (que a pesar de los defectos puestos de relieve por PLANIOL, tiene fuerza expresiva y ha sido incorporada definitivamente al léxico jurídico) pero lo que no cabe discutir ya, es que no se puede permitir el ejercicio de los derechos más allá de los límites de la buena fe. Los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe; tienen un espíritu, que es la razón por la cual la ley los ha concedido; "tienen una misión que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica" (ver nota 3); es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley. El Derecho no puede amparar ese proceder inmoral.

No creemos justificados los temores de quienes piensan que esta facultad, en manos de los jueces pueda convertirse en un instrumento de inseguridad jurídica y en una manera de negar a los hombres los derechos que las leyes les reconocen (ver nota 4). Aquéllos, por su formación en el culto del derecho, son naturalmente respetuosos de la ley; su sistema de designación y su carácter vitalicio, que los aleja de la política, los aparta también de la tentación demagógica que más de una vez impulsa al legislador a dictar leyes lesivas de los derechos individuales para halagar a su clientela política. Además, los jueces no pueden proceder arbitrariamente; están unidos por la disciplina del cuerpo y por la jerarquía de su organización. Y cuando los tribunales superiores niegan licitud a la conducta de una persona que ha ejercido un derecho reconocido por la ley, declarando que ha habido abuso, será porque su dignidad de magistrados y su sentido moral les imponen necesariamente esa solución. Es muy elocuente la prudencia con que los jueces del mundo entero han usado de este poder; es preciso dejar sentado que la experiencia práctica ha demostrado la inconsistencia de los temores manifestados por los adversarios de esta teoría, que hoy se baten en franca retirada.

1117/31

31. CUÁNDO DEBE REPUTARSE QUE UN DERECHO HA SIDO EJERCIDO ABUSIVAMENTE.- La aplicación de la teoría del abuso del derecho supone el ejercicio de un derecho dentro de los límites fijados por la ley que lo otorgó; porque si la ley hubiera fijado los límites y éstos se hubieran excedido, no habría abuso del derecho, simplemente porque no hay tampoco derecho. Si, por ejemplo, la ley estableciera un límite del 10% al interés en el mutuo y un usurero pretendiera cobrar el 30% los tribunales no lo protegerían, porque no tiene derecho; la hipótesis del abuso del derecho se plantea si, como ocurre en nuestra legislación, no existe límite legal alguno a los intereses; en este caso los jueces niegan su amparo a quienes pretenden cobrar más allá de cierto prudente límite porque consideran que existe abuso del derecho.

Cabe preguntarse, por consiguiente, cuál es el criterio que ha de permitir a los jueces resolver que un derecho ha sido ejercido abusivamente, y cómo debe fijarse el límite entre lo que es lícito y lo que es abusivo, puesto que la

ley no lo establece.
a) De acuerdo con un primer criterio, habría abuso del derecho cuando ha sido ejercido sin interés alguno y con el solo propósito de perjudicar a terceros. Este fue el punto de partida desde el cual la teoría se abrió paso, tímidamente, en la jurisprudencia francesa. Se resolvió así que era ilegítimo el acto realizado por un propietario que, para perjudicar al vecino, perforó un pozo para cortar una corriente subterránea y la echó con bombas a un arroyo cercano, impidiendo que pasara al terreno lindero (ver nota 5).
Bien pronto se vio claro que este criterio resultaba insuficiente. Los actos realizados sin interés alguno son muy excepcionales; aun en los más repudiables, hay generalmente un interés que está guiando al autor, pero no por ello el acto es más lícito. El usurero no practica su usura por perjudicar a la víctima, sino por beneficiarse él; y, sin embargo, es indiscutible que existe abuso del derecho.
Bien elocuente de la insuficiencia de este modo de caracterizar el abuso del derecho es un curioso caso ocurrido en Inglaterra. Un vecino por cuyo fundo atravesaba una corriente que abastecía a la localidad de Bradford, desvió sus aguas con el propósito de obligar a la municipalidad a que lo adquiriera a buen precio. Planteada la cuestión ante la Cámara de los Lores, ésta resolvió que, puesto que la intención del propietario no había sido dañar a los vecinos de Bradford, sino simplemente especular con la venta de su propiedad, su conducta era lícita (ver nota 6). Muy distinta fue la solución dada por los tribunales franceses a un caso similar. El vecino del dueño de un hangar y campo de aterrizaje levantó dos armazones de madera de 14 a 15 metros de altura, para perturbar el descenso de los dirigibles y sin ninguna otra utilidad. Llevado el caso ante la justicia, el vecino sostuvo, como en el caso Bradford, que lo había hecho para obligar al propietario del hangar a que le comprara su propiedad. Con muy buen criterio, los tribunales se pronunciaron de acuerdo en las tres instancias, condenándolo a demoler las construcciones sobreelevadas (ver nota 7).
b) Se ha sostenido, asimismo, que el abuso del derecho consistiría en la culpa grave del titular, de cuya conducta al ejercer el derecho han derivado perjuicios para terceros que podrían haberse evitado. Este criterio es asimismo insuficiente y sólo da solución a un aspecto parcial del problema, que no es ni con mucho, el más importante. En base a él no hubiera podido limitarse la tasa del interés, ni declararse abusivo el pacto comisorio en ciertos casos a que nos hemos de referir más adelante (núm. 34). La teoría del abuso del derecho queda refundida en la de la culpa y en buena medida esterilizada (ver nota 8).
c) De acuerdo a un criterio más comprensivo y de técnica jurídica, más depurada, habría abuso del derecho cuando éste se ha ejercido en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se lo otorgó. Así, por ejemplo, el derecho de huelga se ha reconocido con el propósito de dar a los trabajadores un medio de lucha por su bienestar; será, por lo tanto, legítima la huelga que se declare con el objeto de conseguir un aumento de sueldos, un mejoramiento de las condiciones de trabajo, etcétera, pero si se declara con fines políticos, para desorganizar la producción o la economía del país, el derecho habrá sido ejercido abusivamente. Este enfoque, llamado finalista o funcional, es sostenido por prestigiosos tratadistas y ha sido incorporado a la legislación positiva de varios países (ver nota 9).
El Código soviético expresa en su artículo 1º que "los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en los casos en que sean ejercidos en contradicción con sus fines económicos o sociales". Lo mismo establecen los códigos polaco (art. 135) y libanés (art. 134), si bien aceptando también el criterio moral. En igual sentido, el Proyecto franco-italiano de las obligaciones (art. 74, inc. 2º).
d) Finalmente, habría abuso del derecho cuando se ha ejercido en contra de la moral y la buena fe. Sin negar la utilidad práctica del criterio finalista para orientar en numerosos casos la decisión justa de la cuestión, creemos que el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de este problema. Porque si la teoría del abuso del derecho se ha abierto camino, es por una razón de orden moral. Todos los argumentos de prestigiosos maestros del derecho en contra de su admisión, se han estrellado contra ese sentimiento de lo justo que anida en el corazón humano y que no podía admitir la justificación de lo arbitrario, inmoral, dañino, a nombre del Derecho. Si, pues, la moral ha sido el fundamento de esta institución, es evidente que ella debe dar la norma rectora que permita distinguir el uso del abuso en el ejercicio de un derecho (ver nota 10).
Ya veremos que la reforma introducida por la ley 17711 <>prescribe, con indudable acierto, tener en cuenta los dos últimos criterios para apreciar si existe ejercicio abusivo del derecho.

32. LA CUESTIÓN EN NUESTRO DERECHO.- En consonancia con el espíritu individualista que VÉLEZ imprimió a toda su obra legislativa, el artículo 1071 disponía: El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto.
No obstante los términos categóricos en que esta norma estaba concebida y que implicaba un enérgico repudio de la teoría del abuso del derecho, ésta se fue abriendo paso en la jurisprudencia, bien que con suma lentitud y timidez. A pesar de dicho texto, no faltaba base legal para ello. Por lo pronto, el artículo 953 establece que los contratos no pueden tener un objeto que sea contrario a las buenas costumbres. Esta norma dio lugar a interesantes

pronunciamientos, sobre todo en lo atinente al pacto comisorio, al cual se lo declaró inmoral y por lo tanto, nulo, si se lo pretendía hacer valer después que el comprador hubiera pagado una cantidad sustancial del precio del inmueble, lo que implica una aplicación típica del concepto del abuso del derecho. Hay, además, en el Código Civil, diversas normas que indican que VÉLEZ no aceptaba siempre el carácter absoluto de los derechos y que intuyó que el ejercicio de ellos debía esta limitado por razones de conveniencia social y de moral: en este sentido, tienen interés los artículos 1739 , 1978 y las disposiciones sobre restricciones y límites al dominio.

Apoyada en estos textos, la idea del abuso del derecho fue abriéndose paso poco a poco. El criterio de nuestros tribunales fue al principio sumamente restrictivo y se exigía el propósito de causar daño o malicia y la inexistencia de motivos legítimos (ver nota 11); más tarde, ese criterio se hizo más amplio: algunos fallos hablaban solamente del ejercicio, anormal, excesivo, abusivo. La Cámara Federal de Rosario, en un fallo importante, llegó a enfrentar directamente el principio del artículo 1071, afirmando que todos los derechos tienen una misión social que cumplir, un destino del que no pueden ser desvirtuados y, por ese motivo, no pueden ser ejercidos arbitraria o discrecionalmente (ver nota 12).

Se ha considerado que existe abuso del derecho si se quiere hacer demoler ornamentos existentes a cierta altura del edificio que invadían en pocos centímetros el jardín de la actora (ver nota 13); si se pretende reivindicar una angosta franja de terreno, sobre la cual el vecino había edificado (ver nota 14); si se interrumpe, mediante el interdicto de obra nueva, la construcción de una obra y se ha entablado la acción con mala fe o error grosero e indisculpable (ver nota 15); si se ha instalado una "casa de trato" con evidente lesión de los vecinos (ver nota 16); el embargo preventivo que se traba con intención de perjudicar o con negligencia, constituye abuso del derecho con obligación de reparar el daño (ver nota 17). Si el derecho de patria potestad se ejerce con evidente perjuicio de quien se pretende proteger, se incurre en ejercicio abusivo (ver nota 18). Si una compañía concesionaria de teléfonos autoriza a un usuario a tener el servicio telefónico de la hora, no puede negarlo arbitrariamente a otro (ver nota 19). Del mismo modo, es aplicación de esa teoría la limitación por los tribunales de la tasa de interés (ver nota 20), y la notable jurisprudencia ya aludida sobre el pacto comisorio.

Pero, no obstante estos pronunciamientos, que marcaban una interesante tendencia hacia la recepción del abuso del derecho, lo cierto es que el artículo 1071 fue siempre un obstáculo para que nuestros jueces formularan una jurisprudencia fecunda y orgánica. Este obstáculo fue removido en 1949, al reformarse la Constitución Nacional, pues el artículo 35 del nuevo texto declaró ilícito el abuso del derecho. Desde entonces se advirtió una aplicación más frecuente y menos tímida de esta institución. Y aunque dicha reforma fue ulteriormente derogada, la Corte Suprema declaró que el abuso del derecho tiene adecuado reconocimiento y vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, sin necesidad de precepto alguno de jerarquía constitucional (ver nota 21).

Entre los fallos más destacados de esta nueva etapa de nuestra jurisprudencia, podemos citar los siguientes: es antifuncional y abusiva la conducta del acreedor, que sin interés serio y legítimo, solicita y obtiene medidas precautorias, eligiendo inútilmente la vía más gravosa para el ejecutado (ver nota 22); es abusiva la conducta del acreedor que apremia a la deudora por vías legales particularmente onerosas (iniciación conjunta de la sucesión del deudor y ejecución contra sus herederos, no obstante la voluntad explícitamente manifestada por ellos de pagarles) (ver nota 23); es abusiva la conducta del marido que luego de treinta años de separación, intima a su esposa el reintegro al hogar, para liberarse de la prestación de alimentos, tanto más cuanto que anteriormente se había rechazado una demanda de divorcio instaurada por él (ver nota 24); incurre en abuso el acreedor que elige para ser subastada la propiedad del deudor donde residen su mujer y sus hijos, si existe en trámite el juicio de divorcio y separación de bienes y aquélla indicó oportunamente otros bienes del deudor con cuya ejecución podía satisfacerse sobradamente la deuda, porque la venta de la propiedad embargada supone un perjuicio irreparable para la esposa y los menores, sin beneficio alguno para el acreedor (ver nota 25). Constituye abuso del derecho la pretensión de la esposa inocente del divorcio, que sólo convivió con su marido culpable veinte o treinta días y que estuvo separada de él treinta años que se presenta a su sucesión reclamando la mitad de los bienes adquiridos después de la separación, sin aporte suyo de ninguna clase (ver nota 26); es abusivo ampararse en el artículo 2628 si se prueba que el árbol plantado a menos de tres metros del linde, no ocasiona ninguna molestia al vecino (ver nota 27). La Cámara Civil de la Capital declaró, a nuestro juicio con razón, que incurre en abuso del derecho el inquilino condómino cuya copropiedad es menor que el décimo del total y pide la venta de la propiedad pretendiendo no sólo ejercer este derecho, sino también ampararse en la prórroga de las locaciones, puesto que al venderse aquélla ocupada por él es obvio que podrá adquirirla en condiciones muy desfavorables para sus condóminos; y que, por tanto, debe venderse libre de ocupantes (ver nota 28). La Corte Suprema, empero, juzgó que en el caso no había abuso (ver nota 29).

1117/33

33.- Esta jurisprudencia ha recibido plena consagración en la ley 17711 <>que ha modificado la redacción del artículo 1071 de la siguiente manera: 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 contraríe 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.
Obsérvese que el primer párrafo reproduce el primitivo artículo 1071 , con un importante agregado, que es la palabra regular. Esto modifica sustancialmente el sentido de la norma: no siempre el ejercicio de un derecho está protegido por la ley; debe tratarse de un ejercicio regular, es decir, justo, legítimo, normal. La idea queda explicitada claramente en los dos últimos párrafos. Particular importancia tiene el tercero, en el que se sientan las pautas en base a las cuales debe apreciarse si un derecho ha sido ejercicio de modo abusivo. Se considera que hay abuso cuando el ejercicio contraríe los fines tenidos en cuenta por la ley al reconocer el derecho o cuando dicho ejercicio contraríe la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Se adoptan, como puede apreciarse, los criterios a que nos referimos en el número 31, apartados c y d.
1117/34
34.- Sin embargo, es necesario dejar sentado que no siempre el ejercicio, repudiable desde el punto de vista moral, de un derecho, debe considerarse abusivo. Puede ocurrir que un acreedor, al vencerse el plazo de la obligación, exija su pago sin dilación alguna, aunque no tenga ventaja en el cobro inmediato y con ello ocasiona al deudor graves perjuicios. O que un hermano provoque la división del condominio familiar en un momento en que esa medida resulte sensiblemente desventajosa para sus hermanos. Estas conductas podrán reprobarse moralmente, pero no hay abuso,porque el derecho se ha ejercido regularmente, conforme a las previsiones legales. El perjuicio de terceros no basta para admitir el abuso, porque casi siempre el ejercicio de un derecho, sobre todo en materia patrimonial, supone un perjuicio de la contraparte. Para que haya abuso debe existir un ejercicio anormal, intrínsecamente injusto del derecho. Es necesario que medie una injusticia notoria, una consecuencia no prevista por la ley y repugnante al sentimiento moral del juez, para que éste pueda negar su apoyo a quien esgrime en su favor una disposición legal. Es una noción elástica, de la que los jueces deben servirse con suma discreción, pero con firmeza.
1117/35
35.- En su resolución, el magistrado debe tener en cuenta si existe: 1) intención de dañar; 2) ausencia de interés; 3) si se ha elegido, entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es dañosa para otros (ver nota 30); 4) si el perjuicio ocasionado es anormal y excesivo (ver nota 31); 5) la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres; 6) si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca (ver nota 32).

36. DERECHOS QUE PUEDEN EJERCERSE DISCRECIONALMENTE (ver nota 33).- Hay empero, algunos derechos que pueden ejercerse arbitrariamente, sin que el sujeto deba rendir cuenta de su conducta o de los móviles justos o injustos que lo han guiado. Se trata de un pequeño número de derechos que escapan al concepto de abuso; como ejemplos, en los que hay acuerdo prácticamente general, podemos citar el de pedir la división del condominio o partición de la herencia, el de disponer por testamento de la porción que no corresponde a los herederos forzosos, el de desheredar a quien ha incurrido en alguna de las causas legales, etcétera. Se los ha llamado derechos incausados, abstractos, absolutos, soberanos, discrecionales.
¿Cómo se justifica que tales derechos, por excepcionales que sean, escapen al principio de que nadie puede ejercer abusivamente una facultad legal? Se ha intentado algunas justificaciones de carácter general; así por ejemplo, RIPERT sostiene que se trata de derechos en que el solo juez posible del deber que le incumbe al titular es éste mismo; para apreciar el abuso, es indispensable que el juez pueda juzgar el valor de los sentimientos que impulsan a una persona; pero hay motivos tan personales, que ninguna apreciación judicial sería posible (ver nota 34). A lo que se ha objetado que tal criterio no resuelve el problema, pues habría que definir el principio de discriminación que permitiera distinguir los móviles que no pueden ser apreciados por los jueces de aquellos que pueden serlo; de lo contrario, sería dable sostener que, en cualquier caso, el titular de un derecho es siempre el único juez de su deber, con lo cual se pone en cuestión el fundamento mismo de la teoría del abuso del derecho (ver nota 35).
Lo que ocurre es que en ocasiones y por motivos que varían según los casos, los jueces sienten la necesidad de acordar a ciertos derechos algo así como un privilegio de inmunidad, que permita su ejercicio con razón o sin ella; pues puede ocurrir que haya un interés superior, socialmente hablando, en asegurar la aplicación automática del derecho sin entrar a juzgar los móviles que inspiran a los hombres.

36 bis. SANCIÓN DEL EJERCICIO ABUSIVO.- El abuso del derecho es un acto ilícito (ver nota 36) y produce las consecuencias propias de tales actos:
a) En primer término el juez negará protección a quien pretende ejercer abusivamente su derecho y rechazará su demanda (ver nota 37); se ha declarado que en materia contractual, el abuso del derecho calificado por el ánimo de perjudicar, debe tener como sanción la invalidez del acto; en cambio si no se da aquella torpe finalidad, pero se da una situación abusiva, la sanción debe concretarse de ser posible a limitar o morigerar el acto, sin destruirlo (ver

nota 38).
¿Puede aplicarse de oficio, es decir, sin pedido de la parte agraviada, el principio que veda el ejercicio abusivo de los derechos? La cuestión ha dado lugar a pronunciamientos contradictorios (ver nota 39). Por nuestra parte nos inclinamos a considerar que como principio, es necesario el pedido de parte, a menos que el abuso sea tan grosero que repugne a la conciencia del juez convalidarlo.
Desde luego, el abuso puede oponerse tanto por vía de acción como de excepción (ver nota 40).
b) Si la conducta abusiva hace sentir sus efectos extrajudicialmente, el juez debe intimar al culpable para que cese en ella (ver nota 41).
c) El culpable será responsable de los daños y perjuicios de la misma manera que el autor de cualquier hecho ilícito (ver nota 42); se responde por todos los daños, inclusive el moral (art. 1078) y si los culpables son varios la responsabilidad es solidaria (art. 1109). Y desde luego, la acción prescribe a los dos años (art. 4037 , ref. por ley 17711 <>).
1117/37
37. LEGISLACIÓN COMPARADA.- El principio del abuso del derecho ha quedado incorporado al derecho positivo de Alemania (Cód. Civ., art. 1º), Suiza (Cód. Obligaciones, art. 2º), Rusia (Cód. Civ., art. 1º), Polonia (Cód. Civ., art. 160), Perú (Cód. Civ., art. II, Tít. Prel.), Paraguay (Cód. Civ., art. 372), Venezuela (Cód. Civ., art. 1185), Líbano (Cód. Civ., art. 124), Turquía (Cód. Civ., art. 2º).
En otros países, la legislación ha callado, pero la jurisprudencia ha incorporado el principio al derecho nacional, como en Francia, Bélgica, Chile, España. En este último país, los tribunales fueron muy reacios para aceptar la teoría hasta un importante fallo del Tribunal Supremo (ver nota 43). Inclusive los tribunales ingleses y estadounidenses, tan apegados a su individualismo, han empezado a hacer importantes concesiones a la idea del abuso (ver nota 44).
Como antecedente, es interesante reproducir el concepto del abuso del derecho del Proyecto de Código Popular alemán, formulado en los últimos tiempos del régimen nacional-socialista. "El abuso del derecho no tiene amparo jurídico alguno. Obran en especial, de manera abusiva: quien se aferra al cumplimiento literal de una obligación que ha perdido su significado y su finalidad; quien reclama tan tardíamente que con ello se pone en contradicción inconciliable con su propia conducta anterior y quien procede con tal dureza en la ejecución, que contradice gravemente el sano sentimiento popular" (Regla 17).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Dentro de la abundantísima bibliografía sobre el tema, cabe recomendar las siguientes obras: FERNÁNDEZ SESSAREGO, El abuso del derecho, Buenos Aires, 1992; SPOTA, t. 1, vol. 2; FLEITAS, A., El abuso del derecho, Buenos Aires, 1944; SALVAT, R., Teoría del abuso del derecho, L.L., t. 6, sec. doct., p. 51; LEONFANTI, El abuso del derecho, Buenos Aires, 1942; CASTIGLIONI, El abuso del derecho, Buenos Aires, 1921; LEÓN, P., La teoría del abuso del derecho en la doctrina nacional, Rev. Universidad de Córdoba, julio-agosto, 1931, p. 29; BIBILONI, nota al art. 411 del Anteproyecto; ROCCA, Abuso del derecho, L.L., t. 104, p. 977; ALTERINI, ANTÚNEZ y ROSENDE, Ejercicio abusivo de los derechos, E.D., t. 62, p. 499; nota de jurisprudencia en E.D., t. 68, p. 683; CALVO SOTELO, La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo, Madrid, 1917; MARTÍNEZ USEROS, E., La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico administrativo, Madrid, 1947; COLOMER MÁRQUEZ, C., El abuso de la ley, Rev., Jurídica de Cataluña, marzo-abril, 1951, p. 142; JOSSERAND, L., De l'esprit des droits et de leur relativité, París, 1927; íd., De l'abus des droits, París, 1905; RIPERT, G., La regla moral en las obligaciones civiles, Bogotá, 1946; íd., Le régime democratique et le droit moderne, 2ª ed., nº 117 y s.; DABIN, Le droit subjectif, París, 1952; MARKOVITCH, La théorie de l'abus du droit en droit comparé, París, 1936; CHARMONT, L'abus du droit, Revue Trimestrielle, 1902, p. 113; SALEILLES, De l'abus du droit, Bull. Societé d'Etudes Legislatives, 1905, p. 371; FLUMENE, L'uso illecito del diritto, Studi in onore di F. Ascoli, Mesina, 1936; ROTONDI, M., L'abuso del diritto, Riv. Diritto Civile, 1923, ps. 105, 209 y 417 y s.; PISTOLESE, Contributo alla teoria dell'abuso del diritto, Diritto e Giurisprudenza, 1927-1928, 1ª part, col. 426 y s.; MARTINS, P.B., O abuso do direito e o acto ilicito, Rio de Janeiro, 1935. Véase también nota de jurisprudencia en L.L., t. 142, p. 714 y en E.D., t. 68, p. 683.
(nota 2) PLANIOL, Traité Elementaire, t. 2, nº 871.
(nota 3) JOSSERAND, Derecho civil, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 1, nº 162. En el mismo sentido, C. Civil Cap., Sala A, 6/12/1960, L.L., t. 101, p. 635; Sala F, 20/3/1973, E.D., t. 51, p. 576.
(nota 4) Véase BIBILONI, nota al art. 411 del Anteproyecto; las obras de RIPERT citadas en nota 70; BAUDRY LACANTINERIE, Traité, 3ª ed., t. 15, nº 2855; RISOLÍA, M.A., Soberanía y crisis del contrato, nº 250.
(nota 5) C. de LYON, 18/4/1856, cit. por JOSSERAND, De l'esprit de droit, nº 24.
(nota 6) Cámara de los Lores, 20/7/1895, cit. por MARKOVITCH, La théorie de l'abus du droit, nº 261.
(nota 7) Ch. Rec., 3/8/1915, S. 1920, 1, 300.
(nota 8) En apoyo de este criterio, véase SALVAT, El abuso del derecho, L.L., t. 6, sec. doc., p. 51; FLEITAS, El

abuso del derecho, ps. 263 y s.; MAZEAUD, H. y L., t. 1, nº 576 y s.
(nota 9) SPOTA, Tratado de Derecho Civil, t. 1, vol, 2, nº 280 y s. y nº 288 y s.; LLAMBÍAS, t. 2, nº1273; JOSSERAND, De l'esprit des droits et le leur relativité.
(nota 10) De acuerdo: DABIN, Le droit subjectif, ps. 293 y s.; RIPERT, La regla moral, nº 89 y s.
(nota 11) C. Civil 1ª Cap., 30/10/1935, L.L., t. 1, p. 597; íd., 4/10/1939, L.L., t. 16, p. 470; C. Civil 2ª Cap., 18/9/1939, L.L., t. 16, p. 199; íd., 12/7/1939, L.L., t. 15, p. 560; C. Com. Cap., 31/8/1938, L.L., t. 11, p. 1198; Cám. 1ª Apel. La Plata, 8/7/1947, L.L., t. 47, p. 589.
(nota 12) 27/5/1941, L.L., t. 23, p. 237.
(nota 13) C. Apel, Dolores, Bol. del Inst. de Enseñanza Práct. de Buenos Aires, 1936, nº 62.
(nota 14) C. Civil Cap., Sala F, 16/5/1963, L.L., t. 111, p. 252 (que cita fallos de J.A., t. 72, p. 97; 1947-I, p. 117; y L.L., t. 45, p. 288); C. Civil 1ª Cap., 21/5/1928, J.A., t. 27, p. 751.
(nota 15) C. 1ª Apel. La Plata, 24/6/1932, J.A., t. 38, p. 897.
(nota 16) C. Civil 2ª Cap., 6/8/1940, J.A., t. 71, p. 678, con nota de ACDEEL ERNESTO SALAS.
(nota 17) C. Com. Cap., 31/9/1933, L.L., t. 11, p. 1198. Sobre la aplicación de la idea del abuso de derecho en materia procesal, véase SPOTA, Tratado de Derecho Civil, t. 1, vol. 2, ps. 433 y s., nº 341 y s.
(nota 18) C. 2ª Apel. La Plata, 15/7/1949, t. 56, p. 602.
(nota 19) C. Apel. Rosario, 27/5/1941. L.L., t. 23, p. 237.
(nota 20) C. Civil 1ª Cap., 20/10/1938, Bol. Inst. Ens. Práct. Buenos Aires, 1938, nº 20, párr. 184, L.L., t. 12, p. 896; íd., 17/9/1940, L.L., t. 20, p. 233 y J.A., t. 71, p. 874; íd., 3/7/1939, J.A., t. 69, p. 431; C. Civil 2ª Cap., 4/7/1940, L.L., t. 19, p. 819; C. Civil Cap., Sala C, 8/4/1953, J.A., 1953-II, p. 357 (en que se eleva la tasa lícita al 12%).
(nota 21) C.S.N., 18/4/1956, J.A., 1956-III, p. 366. De acuerdo con el criterio del Alto Tribunal: SPOTA, t. 1, vol. 2; SALVAT, Fuentes de las obligaciones, t. 3, nº 2743; LLAMBÍAS, Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº939; COLMO, Obligaciones, 2ª ed., p. 88; SALAS, J.A., t. 71, ps. 678 y s.; DÍAZ DE GUIJARRO, J.A., t. 50, p. 1018; ACUÑA ANZORENA, L.L., t. 16, p. 198; LEONFANTI, Abuso del derecho, ps. 67 y s. En contra: BIBILONI, nota al art. 411 del Anteproyecto. En contra: C. Civil Cap., Sala D, 5/3/1959, L.L., t. 94, p. 696, segúnla cual la teoría del abuso del derecho no ha sido acogida en nuestro ordenamiento positivo.
(nota 22) Sup. Corte Salta, 17/12/1953, J.A., 1954-I, p. 304, con nota de SPOTA. En sentido concordante, véase jurisprudencia citada en nota 99.
(nota 23) C. Civil Cap., Sala A, 18/10/1957, L.L., t. 91, p. 531.
(nota 24) C. Apel. Bahía Blanca, 22/5/1954, J.A., 1954-IV, p. 344, con nota concordante de SPOTA.
(nota 25) C. Com. Cap., Sala A, 26/12/1958, L.L., t. 94, p. 272. La C. Civil Cap., Sala D, declaró abusiva la conducta del acreedor hipotecario en el siguiente caso: la escritura preveía la caducidad del plazo para el caso de demolición de la casa. El propietario obtuvo la desocupación de la casa por el inquilino que pagaba un alquiler congelado, la demolió e inició la construcción de un edificio de ocho plantas, todo lo cual valorizó la propiedad varias veces. Como el motivo de la prohibición de demoler era evitar la desvalorización del inmueble, la pretensión del acreedor de hacer valer la caducidad del plazo fue juzgada por el tribunal como contraria a la buena fe y abusiva (18/11/1963, J.A., 1964-II, p. 450).
(nota 26) C. Civil Cap., Sala D, 30/11/1954, E.D., t. 18, p. 51.
(nota 27) C. Civil Cap., Sala C, 13/12/1965, E.D., t. 15, p. 865, con nota aprobatoria de SPOTA.
(nota 28) C. Civil Cap., Sala A, 23/11/1953, L.L., t. 74, p. 392.
(nota 29) C.S.N, 18/4/1956, J.A., 1956-III, p. 366.
(nota 30) C. Civil Cap., 24/12/1963, E.D., t. 9, p. 221; Sala B, 7/12/1966, E.D., t. 17, p. 652;Sala C, 28/9/1964, E.D., t. 11, p. 376; C.C.C. Especial Cap., 25/3/1971; E.D., t. 42, p. 708.
(nota 31) C. Civil Cap., Sala E, 8/7/76, E.D., t. 58, p. 253.
(nota 32) MARKOVITCH, La théorie de l'abus des droits en droit comparé, París, 1936, nº 358; C. Civil Cap., Sala A, 18/10/1957, L.L., t. 91, p. 530.
(nota 33) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 68, véase ROUAST, Les droits discretionnaires et les droits contrôlée, Revue Trimestrielle, 1944, ps. 1 y s.
(nota 34) RIPERT, La regla moral, nº 100.
(nota 35) En este sentido, ROUAST, Les droits discretionnaires et les droits contrôlée, Revue Trimestrielle, 1944, p. 1, nº 3; DABIN, Le droit subjectif, p. 307.
(nota 36) CARRANZA, Abuso del derecho, J.A., 1969-III, p. 673, nº 7; MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, nº 114, p. 333; MOLINA, Abuso del derecho, lesión e imprevisión, p. 29; DABIN, Le droit subjectif, p. 303; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, nº 578; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÉRE, t. 2, nº 328.
(nota 37) C. Civil Cap., Sala C, 14/12/1978, E.D., t. 824, p. 628:; C. Civil Cap., Sala E, 3/3/1975, E.D., t. 61, p.

472.
(nota 38) C. Civil Cap., Sala E, 8/7/1976, E.D., t. 68, p. 253.
(nota 39) En el sentido de que puede aplicarse de oficio: C. Civil Cap., Sala C, 22/12/1981, E.D., t. 98, p. 313 (caso de interés abusivo reajustado de oficio por el Tribunal); Sala D, 21/5/1979, L.L., 1979-D, p. 90; C. Apel. 5ª Córdoba, 3/10/1986, E.D., t. 124, p. 740, con nota aprobatoria de GONZÁLEZ DE PRADA y WAYAR; C. Apel. Lomas de Zamora, J.A., 1980-III, p. 780, con nota aprobatoria de VENINI.
En contra: C.S.N., 1/4/1980, E.D., t. 88, p. 694; C. Civil Cap., Sala B, 29/4/1980, E.d., t. 88, p. 777.
(nota 40) S.C. Tucumán, 11/9/1995, L.L., fallo nº 94.022; la doctrina es unánime.
(nota 41) DABIN, PLANIOL-RIPERT-ESMEIN y COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÉRE, loc. cit en nota 105; C. Civil Cap., Sala C, 14/12/1978, E.D., t. 82, p. 628.
(nota 42) C. Civil Cap., Sala E, 8/7/76, E.D., t. 68, p. 253; íd., 3/3/1975, E.D., t. 61, p. 472; Sala D, 6/12/1960, L.L., t. 101, p. 635; C.C.C. Especial Cap., 28/6/1974, E.D., t. 58, p. 236; C. Apel. Rosario, 14/5/1948, L.L., t. 51, p. 503, C. Civil Cap., Sala C, 14/12/1978, E.D., t. 82, p. 628.
(nota 43) 14/12/1944, cit., por CASTÁN TOBEÑAS, Derecho Civil Español, 7ª ed., t. 1, p. 312.
(nota 44) Véase SPOTA, Derecho Civil, t. 1, vol. 2, nº 498, y MARKOVITCH, La théorie de l'abus du droit en droit comparé, nº 245 y s.

TERÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL - 1997
CAPÍTULO XIX - SECTORES DE APLICACIÓN DEL FACTOR "ABUSO DEL DERECHO"

I. **CONCEPTO.** Se ha pretendido que en Roma no se admitía la reparación del daño causado en el ejercicio de un derecho. Se invocaban varios textos: uno de Gayo: Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur; otro de Paulo: Nemo damnum fecit, nisi qui id fecit quod facere ius non habet; un tercero de Ulpiano: Neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo iure utitur. Sin embargo, estas fórmulas no podían ser interpretadas fuera del contexto del derecho romano.

En Roma no era legítimo ejercer abusivamente un derecho, por lo menos con el solo fin de dañar a otro. Así resulta de las máximas de aplicación general en el derecho romano: Malem enim nostro iure utitur non debemus; malitiis non est indulgendum (ver nota 1).

1211. En el antiguo derecho francés los Parlamentos reprimían todo abuso malicioso. Aunque los redactores del Código Civil no consideraron la cuestión del abuso del derecho, y ningún artículo contiene una norma al respecto, la jurisprudencia hizo aplicación del principio en numerosos casos.

1212. A principios del siglo XX algunos autores, especialmente JOSSERAND (ver nota 2) y SALEILLES (ver nota 3) estudiaron esa jurisprudencia, la analizaron y sistematizaron, construyendo una teoría del abuso del derecho. Desde entonces la jurisprudencia francesa ha hecho constante aplicación de la teoría, y del derecho de propiedad la extendieron a muchos otros casos, constituyendo así un valioso instrumento de control judicial sobre el ejercicio de los derechos subjetivos.

1213. PLANIOL (ver nota 4) ha atacado la teoría del abuso del derecho con un argumento puramente lógico: "El derecho cesa, ha dicho, donde el abuso comienza, no puede haber aquí uso abusivo de un derecho cualquiera, por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez, conforme y contrario al derecho".

1214. Más allá de una simple observación de tipo lógico formal, existe una realidad que el derecho no puede ignorar pues, como lo señala JOSSERAND (ver nota 5), "así como existe un espíritu de las leyes, y con más generalidad un espíritu del derecho, entendido objetivamente, y en su conjunto, debe admitirse también la existencia de un espíritu de los derechos, inherente a toda prerrogativa subjetiva, aisladamente considerada y que así como la ley no puede aplicarse contra su espíritu, como un río no podría modificar el curso natural de sus aguas, nuestros derechos no pueden realizarse en contravención o despreciando su misión social, a diestra y a siniestra; se concibe que el fin pueda justificar los medios, al menos, cuando éstos son legítimos por sí mismos; pero sería intolerable que medios, aun intrínsecamente irreprochables, pudieran justificar todo fin, hasta odioso e inconcebible. Precisamente contra tal eventualidad se formó la teoría del abuso de los derechos, cuya ambición y razón de ser es asegurar el triunfo del espíritu de los derechos y, por consiguiente, hacer reinar la justicia, no solamente en los textos legales y en las fórmulas abstractas, sino -siendo este ideal más sustancial- en su misma aplicación, y hasta en la realidad viviente".

1215. El derecho subjetivo tiene un límite formal, que es aquel establecido en la ley que reconoce la existencia misma de ese derecho. Si en el ejercicio de ese derecho su titular excede el límite fijado, no habría sin duda abuso del derecho, sencillamente porque no habría derecho. Pero otra cuestión es si el titular, dentro de los límites fijados formalmente a su derecho, lo ejerce abusando de la prerrogativa y causa un daño a otro. En tal caso estaría obligado a reparar el perjuicio que causó, pues no estaría justificado por el ejercicio mismo del derecho desde que su titular lo usó abusivamente.

La cuestión consiste entonces en saber cuál es el criterio que permitiría afirmar que un derecho ha sido ejercido con abuso y, por consiguiente, ha constituido en ilícito su acto, debiendo repararse el perjuicio ocasionado.

II. CRITERIOS DOCTRINARIOS. Los distintos criterios que orientan las diferentes soluciones pueden agruparse en cinco categorías:

1217. a) Criterio intencional (La intención de dañar y sus sucedáneos: dolo o fraude).

La intención de dañar representa, tradicionalmente, la forma típica, el alimento normal del abuso de los derechos;

históricamente parece encontrarse en el origen mismo de la teoría, cuyo primer lineamiento y primera manifestación ha constituido: malitiis non est indulgendum, fraus omnia corrumpit. La jurisprudencia francesa se ha inspirado precisamente en este criterio, y según el lenguaje de los tribunales, como el de la doctrina en que se apoya, la intención de dañar constituye la pieza maestra del sistema.

1218. b) Criterio técnico (Culpa en la ejecución).

Posteriormente se renunció a limitar la teoría del abuso en el dominio intencional, para reconocer que el ejercicio de un derecho puede revestir un carácter abusivo independientemente del animus nocendi. No basta que se haya ejercido de buena fe; es necesario que se realice correctamente, según las reglas del arte.

1219. c) Criterio económico (Falta de interés legítimo).

Este criterio ha sido consagrado en muchas ocasiones por los tribunales franceses. Se inspira en la famosa definición que Ihering formuló de los derechos subjetivos, a los que consideró como "intereses jurídicamente protegidos".

Así, cuando el titular utiliza sus derechos fuera de todo interés o para la satisfacción de un interés ilegítimo, usa mal de él, abusa de su derecho y, por tanto, no puede pretender la protección de la ley.

1220. d) Criterio funcional o finalista (Desvío del derecho en su función social).

Los criterios que anteceden tienen todos un punto de partida común: el sujeto titular del derecho. Así, atendiendo a la intención de dañar, a la impericia o negligencia con que ejerce el derecho o a la carencia de interés legítimo, se podrá juzgar que una prerrogativa puesta en acción dentro de los límites formales establecidos en la ley constituye un ejercicio abusivo del derecho.

1221. Ya PORCHEROT (ver nota 6), desde comienzos de este siglo, caracterizó el abuso del derecho con un criterio objetivo, apartándose así de las concepciones subjetivas que habían inspirado hasta entonces las principales soluciones jurisprudenciales y las doctrinas mencionadas precedentemente. Dice este autor que "se abusa del derecho cuando, permaneciendo en sus límites, se persigue un fin diferente al tomado en consideración por el legislador".

1222. JOSSERAND (ver nota 7) dice, citando a Duguit, que "en una sociedad organizada los pretendidos derechos subjetivos son derechos-función: no deben salir del plano de la función a que corresponden, pues de lo contrario su titular los desvía de su propio destino, cometiendo un abuso de derecho; el acto abusivo es, así, el acto contrario al fin de su institución, a su espíritu y finalidad". Más adelante agrega el mismo autor: "...el juez debe investigar más bien la dirección que imprimió el agente a su derecho, el abuso que ha hecho de él, que el móvil a que haya obedecido; si esa dirección y uso es incompatible con el espíritu de la institución el acto es abusivo, y por tanto será causa de responsabilidad".

1223. Sin duda que al situar en el plano finalista su concepción del abuso del derecho, Josserand ha acertado en el criterio objetivo que más adecuadamente permitirá a los jueces ejercer el control de legitimidad en el ejercicio de los derechos subjetivos, evitándose una imprecisa y vaga valoración de intenciones, conductas o intereses que pueden haber movido a las personas en cada uno de los supuestos cuestionados.

1224. e) Criterio ético (Ejercicio contrario a la buena fe y a la moral).

Sin embargo, si bien puede destacarse el mérito de esta posición teleológica que persigue la adecuación del derecho a los fines de su institución, tal vez parezca limitada y desaprovechada si hubiera de aludir solamente a la función social del derecho.

Por eso RIPERT (ver nota 8) con mucha razón ha podido señalar aquello que distancia a Josserand de su concepto

acerca del acto abusivo. Refiriéndose a la teoría de la relatividad de los derechos y a los fines sociales de su institución, dice que "ella tiende a colocar todas las acciones humanas bajo el control del juez y a permitirle ejercer este control menos sobre el valor moral de los actos que sobre su valor económico y social". Agrega este autor, después de aludir al peligro de esta teoría, que "ella tiende a destruir la idea del derecho subjetivo; sin embargo, la concepción del derecho individual, lejos de ser antisocial es indispensable para el mantenimiento de la civilización amenazada por el estatismo o el comunismo... Desde que se quita a la teoría del abuso de los derechos su fundamento moral, se cae en las más peligrosas fantasías de la sumisión social".

1225. SAVATIER (ver nota 9), en una posición también objetiva y coincidente con la que hemos expuesto, considera que el abuso del derecho existe allí donde se lo ejercita contra la moral y las buenas costumbres.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN. Una abundante y reiterada jurisprudencia (ver nota 10) había admitido la teoría del abuso del derecho, cuando la reforma introducida por la ley 17711 la incorporó legislativamente en el nuevo texto del artículo 1071 del Código Civil. La doctrina nacional se hallaba dividida sobre el punto. Conforme al enunciado del artículo 1071 que parecía proscribir la teoría del abuso del derecho, algunos autores, adoptando una posición francamente individualista, eran contrarios a su aplicación. En este sentido, la nota de Bibiloni al artículo 411 de su Anteproyecto parece agotar los argumentos contrarios a su adopción.

Sin embargo, la mayoría de los autores nacionales y entre ellos Salvat, Lafaille, Colmo, Busso, Fleitas, Borda y Llambías, estaban a favor de la aplicación de la teoría que no se hallaría obstaculizada por la norma citada del artículo 1071 del Código Civil.

1227. La actual reforma ubica a nuestro Código junto a aquellas legislaciones más modernas que reprueban el ejercicio abusivo de los derechos, tales como los códigos Suizo de las Obligaciones (art. 2º), alemán (art. I), soviético (art. 1º), polaco (art. 160), peruano (art. II), venezolano (art. 1185), libanés (art. 124) y turco (art. 2º), a los que se puede agregar el mexicano (arts. 16 y 1912) y el italiano (art. 833), que contienen aplicaciones del principio.

1228. El nuevo artículo 1071 del Código Civil dispone: "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 contraríe 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".

1123/22861

1229. Dado el criterio adoptado para calificar al acto abusivo, nos hallamos sin duda en presencia de un factor de atribución del daño que funciona con independencia de la culpa.

1123/22871

1230. En consecuencia, incurrirá en responsabilidad todo aquel que en el ejercicio de su derecho se desvía de los fines que tuvo en mira el legislador al reconocerlo, y que al hacerlo causa un perjuicio a otro. También será abusivo el ejercicio del derecho cuando se ataquen principios de moral y buenas costumbres o se excedan los límites de la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas. La función del juzgador consistirá en realizar una valoración del acto frente a una concepción objetiva de la moral y las buenas costumbres, y las pautas compatibles con el concepto de buena fe.

1231. Este factor, por funcionar independientemente de toda culpa de quien ejerce su derecho en forma abusiva, constituye un factor objetivo de atribución de responsabilidad que convierte en ilícito el acto, desde que el juez lo valora a la luz de una concepción abstracta de lo que es contrario a los fines para los que el derecho fue instituido, o de lo que ataca a la moral y a las buenas costumbres o excede los límites de la buena fe.

Dado que este factor se manifiesta en el ejercicio antifuncional de los derechos subjetivos, su ámbito de aplicación es tan amplio como el que abarca el reconocimiento de esos derechos y, por ello, excede el campo propio de los derechos personales.

(nota 1) JOSSERAND, El Espíritu de los Derechos y su Relatividad, Cajica, México, 1946, pág. 9, dice: "La odiosa máxima dura lex, sed lex que no parece ser verdaderamente romana es, en todo caso, completamente falsa como expresión del derecho romano de la época del apogeo; debe ceder el sitio a su antagónica summun ius, summa iniuria, y el derecho pretorio en su admirable y armonioso desenvolvimiento, constituye la más brillante ilustración y como la marcha triunfal de la teoría del abuso".

(nota 2) JOSSERAND, De l'Abus des Droits, Paris, 1905.

(nota 3) SALEILLES, "De l'abus des droits", Bull. de la Societé d'Études Legislatives, 1905, pág. 305.

(nota 4) PLANIOL, Traité Élementaire de Droit Civil, T. II, nro. 871.

(nota 5) JOSSERAND, El Espíritu..., págs. 14-15.

(nota 6) PORCHEROT, De l'Abus du Droit, tesis, Dijon, 1901, pág. 124.

(nota 7) JOSSERAND, op. cit., pág. 312.

(nota 8) RIPERT, La Régle Moral dans les Obligations Civiles, Paris, 1949, pág. 182.

(nota 9) SAVATIER, Des Effets et de la Sanction du Devoir Moral, Paris, 1916, pág. 23.

(nota 10) Puede consultarse: LLAMBÍAS, Tratado de Derecho Civil, Parte General, 3ª ed., T. 2, nro. 1280.

E.- LAS DISTINTAS EDICIONES Y LA LEY DE FE DE ERRATAS

104. LA PRIMERA EDICIÓN.- A medida que VÉLEZ iba entregando los distintos libros que integran el Código el Poder Ejecutivo los hacía imprimir a fin de que se fueran conociendo, con lo que facilitaba su discusión y crítica. El libro I se imprimió en La Nación Argentina, en 1865; los siguientes, en la imprenta de Pablo A. CONI, durante los años 1866-1869.

Esta edición resultó con numerosas erratas, sobre todo el primer libro, que fue readaptado más tarde por CONI; pero como a la llegada de la edición de Nueva York se levantó una verdadera tempestad de críticas por las razones que hemos de ver en el párrafo siguiente, el Poder Ejecutivo decidió declararla oficial por decreto del 10 de enero de 1871.

105. LA EDICIÓN DE NUEVA YORK.- Las numerosas deficiencias que tenía la primera edición y el deseo de presentar la obra en la mejor impresión que pudiera lograrse en aquella época, decidieron a Sarmiento, tan admirador de los Estados Unidos, a encargar una nueva edición a la casa Hallet y Breen, de Nueva York.

La impresión se hizo bajo la dirección del ministro argentino en Washington, Manuel R. GARCÍA y de Carlos CARRANZA. VÉLEZ SARSFIELD los había autorizado a corregir los errores de imprenta y a suplir o borrar palabras que falten o estén de más. Pero Sarmiento, interesadísimo en la obra, y siempre tan arbitrario y personal, había escrito a GARCÍA: Corrija o no el texto del Código, según su juicio (ver nota 1), lo que importaba nada menos que una carta en blanco para alterar una ley del Congreso.

GARCÍA y CARRANZA, sin llegar por cierto a introducir ninguna reforma de importancia, consumaron algunas alteraciones que no pasaron inadvertidas en cuanto la edición llegó a Buenos Aires. La oposición a Sarmiento, encabezada en aquel momento por el general Mitre, aprovechó la ocasión para promover un verdadero escándalo político. El Presidente, que de ninguna manera deseaba obstaculizar la vigencia del Código, y procediendo esta vez con una prudencia tanto más loable cuanto rara en él, decidió declarar edición oficial la de Buenos Aires, hasta tanto una Comisión designada algunos días antes (29 de diciembre de 1870) informara a la mayor brevedad posible, si había alteraciones en el texto de la edición de Nueva York y cuáles eran éstas.

La Comisión, formada por Victoriano DE LA PLAZA y Aurelio PRADO, se pronunció en agosto de 1871, informando que habían encontrado más de 1800 correcciones, unas que alteran las disposiciones, mejorándolas, otras en las cuales no habían sido bien hechas las correcciones (ver nota 2).

Este informe dio origen a un mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso con el que se acompañaba un proyecto de ley declarando oficial la edición de Nueva York, con una planilla de fe de erratas. Así lo declaró la ley 527 sancionando al mismo tiempo una planilla de veinticuatro erratas, que se agregaría a la edición (agosto de 1872).

106. LA LEY DE FE DE ERRATAS.- Las deficiencias de la edición de Buenos Aires y los errores de la de Nueva York, movieron al senador Benjamín PAZ a presentar un proyecto de ley en 1878, proponiendo una nueva fe de erratas. El proyecto del senador tucumano no era otro que rectificar algunos simples errores de copia o de impresión que según su proyecto, alcanzaban a veintinueve. Pero después de pasar por ambas Cámaras y sus comisiones, las enmiendas llegaron a doscientos ochenta y cinco. La ley de fe de erratas quedó sancionada en agosto de 1882. Es verdad que casi todas las enmiendas no significaron otra cosa que meras correcciones tipográficas o gramaticales, que casi siempre mejoraron el texto; pero algunas, so pretexto de erratas, introdujeron verdaderas reformas al fondo de la ley. Es éste el caso del artículo 3576 y, sobre todo, del artículo 325 , que alteró totalmente la doctrina legal de esta disposición, al agregar una cláusula según la cual, la acción de filiación después de la muerte de los padres, sólo es viable si se demuestra que hubo posesión de estado.

107. LA EDICIÓN DE LA PAMPA.- La misma ley 1196 , de fe de erratas, dispuso que se hiciera una nueva edición, incorporando las correcciones dispuestas por la ley, y al propio tiempo ordenó que una Comisión de dos abogados cambiase la numeración del Código, que era fragmentaria y por títulos -lo que dificultaba las citas-, sustituyéndola por una corrida. Los encargados de realizar esta tarea y velar por la nueva edición fueron los doctores Rafael RUIZ DE LOS LLANOS e Isaac CHAVARRÍA. La impresión se realizó en los talleres de La Pampa, en 1883, y un decreto del 4 de diciembre del mismo año la declaró oficial.

108. PROYECTO DE UNA NUEVA EDICIÓN.- En el año 1900 el presidente Roca designó una comisión formada por los doctores José GUASTAVINO y Agustín DE VEDIA para preparar una nueva edición a la que debía incorporarse la ley de matrimonio civil, de tal manera que no se alterase la numeración de los artículos no modificados, al propio tiempo que debían salvar las incorrecciones o falta de armonía de las distintas disposiciones correlativas del mismo Código.

Cuando GUASTAVINO y VEDIA elevaron su trabajo al Poder Ejecutivo, éste solicitó el dictamen de la Facultad de Derecho. Una Comisión formada por Calixto DE LA TORRE, Baldomero LLERENA, Juan Antonio BIBILONI, David DE TEZANOS PINTO y Ángel S. PIZARRO estudió aquel trabajo y encontró que sus autores habían excedido notablemente la misión que se les confió introduciendo verdaderas reformas al Código. Ampliadas sus facultades, la Comisión de la Facultad de Derecho presentó en 1903 un nuevo proyecto que también proponía reformas al articulado de aquél. Estos proyectos nunca llegaron a ser tratados en el Congreso Nacional, al que fueran remitidos por el Ejecutivo.

F.- LAS FUENTES (ver nota 3)

109. CLASIFICACIÓN.- Los códigos, leyes y obras de doctrina que sirvieron de fuente a nuestro codificador, pueden clasificarse para su mejor estudio, de la siguiente manera: a) el derecho romano; b) la legislación española y el derecho patrio; c) el Código Civil francés y sus comentarios; d) la obra de FREITAS; y e) otras fuentes.

110. a) El derecho romano (ver nota 4).- Es ésta la fuente primera de toda la legislación moderna, en materia de derecho privado. En Roma tienen su origen todas o casi todas las instituciones jurídicas actuales que, naturalmente, han experimentado la influencia de los profundos cambios de la economía y de la técnica del mundo contemporáneo; pero la ciencia del derecho nació en aquel pueblo.

El derecho romano influyó en la obra de VÉLEZ, ya directamente, por medio de los mismos textos del Corpus Juris, ya indirectamente, a través de sus comentaristas.

Era proverbial su conocimiento del latín. Cuando Sarmiento le ofreció el Ministerio del Interior, él le contestó, burlándose de sí mismo: ¿Viene usted buscando el latín? El conocimiento de aquel idioma le permitió tomar contacto directo con los venerables textos de la codificación justinianea.

Entre los antiguos romanistas que más frecuentó y estudió VÉLEZ deben citarse a VINNIUS, HEINECCIUS, CUJAS y POTHIER. También conoció y aprovecho la obra magna de DOMAT, sobre las leyes civiles.

Más modernas para la época en que se proyectó el Código eran las obras de MAYNZ, MACKELDEY, ORTOLÁN y MOLITOR, tan útiles aún hoy, sobre todo la primera. Pero entre todos los romanistas, sin duda el que influyó más en el espíritu de VÉLEZ, fue el sabio jurista alemán Federico Carlos DE SAVIGNY, cuyaobra magna, Sistema del derecho romano actual, en su versión francesa (ver nota 5), llegó a sus manos en el momento en que se encontraba entregado a la tarea de redactar el Código. Esta obra habría de serle utilísima, sobre todo en lo que atañe a las personas jurídicas, las obligaciones, la posesión y la admisión del principio del domicilio, como base de la determinación de la ley que debe regir el estado y la capacidad de las personas.

111. b) La legislación española y el derecho patrio (ver nota 6).- Sobre la influencia que la legislación española y el derecho patrio tuvieron en la redacción del Código, se suscitó una viva polémica en el momento de su aparición. ALBERDI, cuya estatura de jurista ha sido reducida a sus exactas dimensiones por CHANETON (ver nota 7), sostuvo con todo desenfado que aquel derecho había sido puesto de lado por VÉLEZ. Esta opinión halló fácil eco en aquella época, e inclusive, llegó a ser recogida por un jurista de la talla de COLMO (ver nota 8)

Ya el mismo VÉLEZ había respondido que si el doctor Alberdi hubiera recorrido siquiera ligeramente mi proyecto

de Código, hubiera encontrado que la primera fuente de que me valgo, son las leyes que nos rigen. El mayor número de los artículos tiene la nota de una ley de Partidas, del Fuero Real, de las Recopiladas (ver nota 9). Que ésta ha sido la fuente fundamental de nuestro Código está ya fuera de toda posible discusión.

VÉLEZ fue un jurista de cultura esencialmente romano-hispánica. Tenía conocimiento profundo de ambos derechos, tan íntimamente ligados entre sí; así lo prueban de modo concluyente sus anotaciones a las Instituciones de ÁLVAREZ y a los Elementos y Recitaciones de HEINECCIUS. Si las referencias a la legislación española y el derecho patrio no son más frecuentes en sus notas, ello se debe a que, siendo aquél el derecho vigente y conocido, las referencias parecían superfluas. Pero el Código continuó la tradición jurídica del país; en lo que innovó profundamente fue en la técnica legislativa. Unidad, orden, método, claridad, todo eso significó en nuestra legislación el Código Civil; y para ello VÉLEZ se valió de lo mejor de la doctrina y la legislación extranjera. No queremos con esto afirmar que los antecedentes extranjeros sirvieron a nuestro Código tan sólo en el aspecto de la técnica jurídica; pero sí que el codificador tuvo en cuenta fundamentalmente el derecho vigente en nuestro país y que el foráneo le sirvió para perfeccionar nuestras instituciones, pero no para sustituirlas por otras extrañas a nuestra sociedad (ver nota 10).

La crítica se ha particularizado con el pretendido olvido de la legislación patria. Hemos visto ya que las leyes dictadas a partir de la Revolución de Mayo fueron, en verdad, poco importantes (véase núms. 93 y sigs.). Y, desde luego, no puede decirse que VÉLEZ las haya desconocido o dejado de lado. Por el contrario, muchas de ellas, y justamente las que lo merecían, han sido incorporadas al Código.

112.- Pero VÉLEZ SARSFIELD no tuvo en cuenta solamente la legislación imperante en nuestro país, sino también sus costumbres. No fue él lo que suele llamarse un teórico del derecho; fue, por el contrario, un jurista en el sentido integral de la palabra; no de aquellos que beben su ciencia en el sosiego de su biblioteca, ajenos a cuanto no sea la amistad de libros, tratadistas y códigos, sino de los que viven intensamente la vida del derecho en el ejercicio de la profesión y, sobre todo, en la actuación política y gobernante.

VÉLEZ conocía muy bien la sociedad argentina; una larga vida con permanente preocupación de bien público, le había brindado dilatada experiencia; fue, sin duda, un jurista de muy vasta erudición, pero tenía firmemente plantados sus pies en la realidad nacional. Conocía por lo tanto, las costumbres patrias y las respetó; y si en el artículo 17 del Código Civil disponía que las costumbres sólo pueden crear derechos cuando las leyes se refieren a ellas, era por una razón de técnica legislativa; pero de ningún modo obedecía a una hostilidad hacia las costumbres imperantes en nuestro medio. Estas, o bien fueron incorporadas al Código sin mencionarlas, o bien fueron adoptadas, mencionadas y convalidadas en numerosas disposiciones.

113.- En 1867 se produjo en la provincia de Santa Fe un episodio singular, que dio oportunidad a que VÉLEZ expresara su opinión sobre este punto. En aquel año, la Legislatura provincial, por iniciativa del gobernador Oroño, sancionó una ley estableciendo el matrimonio civil. La reacción popular fue inmediata e incontenible. El gobernador tuvo que renunciar y la Legislatura fue disuelta, constituyéndose otra que de inmediato dejó sin efecto la ley. A VÉLEZ SARSFIELD le tocó dictaminar en el asunto, en su carácter de Asesor del Gobierno Nacional, cuando el gobernador depuesto acudió ante éste, buscando amparo para su autoridad. Dijo entonces VÉLEZ que si se hubiera consultado a la voluntad del pueblo, no se habría dado un golpe tal a las costumbres, a la moral y a la religión de los habitantes de la provincia (ver nota 11). Y en la nota al artículo 1667 dice que el matrimonio civil "sería un perpetuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país". A ello se debió que mantuviera su carácter religioso, no obstante la tendencia liberal de la época, profesada por casi todos los prohombres de entonces, y que había de cristalizar veinte años después con la sanción de la ley de matrimonio civil.

114. c) El Código Civil francés y sus comentaristas.-Hemos aludido ya a la vastísima influencia que tuvo el Código Napoleón en el movimiento universal de codificación (véase núm. 89). Esa influencia se hizo sentir también en el nuestro. Según SEGOVIA, de los 2282 artículos con que aquél cuenta, la mitad han sido reproducidos por VÉLEZ, si bien solamente 145 se han copiado (ver nota 12). Sin embargo, esta estadística induce a error y exagera notablemente la influencia del Código francés, porque si numerosas disposiciones de nuestro Código son semejantes a las de aquél, es porque éste a su vez las ha tomado del derecho romano. Sin duda alguna, la influencia mayor del Código Civil francés se produjo en el terreno de la técnica jurídica.

Los comentaristas franceses que más fueron tenidos en cuenta por VÉLEZ son MERLIN, TOULLIER, MOURLON, DUVERGIER, TROPLONG, DURANTON, DEMANTE, MARCADÉ, ZACHARIAE, AUBRY y

RAU y DEMOLOMBE. El tratado de AUBRY y RAU es una de las obras maestras del derecho civil francés, y aún hoy puede ser consultado con provecho. Lo mismo ocurre con el de DEMOLOMBE, menos sistemático y completo, pero pleno del interés que le confiere una prosa vivaz y apasionada.

Aparecen también citados en algunas notas del Código, MASSÉ y VERGÉ, DELAMARE, VAZEILLE, CHABOT, DEMANGEAT, CHARDON, COIN-DELISLE CHABOT, MARTOU, PERSIL, ROGRON, POCHANNET, BRESOLLES, MOREL y algunos otros.

115. d) La obra de Freitas (ver nota 13).- Augusto TEIXEIRA DE FREITAS fue un eminente jurista brasileño, contemporáneo de VÉLEZ SARSFIELD, que alcanzó renombre continental con la recopilación del derecho portugués y brasileño, que se llamó Consolidação das Leis Civis. En 1333 artículos había logrado ordenar y clasificar un inmenso material legislativo. A raíz del éxito logrado en esta tarea, que le fue encomendada por el gobierno de su país, recibió el encargo de proyectar el Código Civil (1858).

Después de más de diez años de labor, FREITAS, desanimado y descontento de su obra, la dejó inconclusa, pues no llegó a redactar el libro de sucesiones, concurso de acreedores y prescripción. Aún así su Esboço, fue, sin duda, una obra admirable por lo novedoso y acertado de su método (en el que por primera vez en la codificación civil se agrupó separadamente la parte general), por la firmeza de los principios que la inspiran y la seguridad con que los sigue, y por la claridad de su redacción. VÉLEZ no ocultó su admiración por la obra del jurista brasileño y en su nota de remisión del proyecto manifestó que había tomado muchísimos artículos del Esboço. Esa influencia se nota, sobre todo, en materia de extraterritorialidad de la ley, personas jurídicas, nulidades, etcétera.

Pero si FREITAS tuvo tal vez mayor talento creador y mayor originalidad que VÉLEZ, éste fue un legislador más agudo y práctico. Mientras el primero consagró su vida entera al estudio del derecho, sin que nada pudiera apartarlo de esa vocación absorbente, VÉLEZ, por el contrario, completó su personalidad de jurista con la actuación política. Esto le dio una visión clarísima de la vida del derecho y de los problemas nacionales. Todo ello se aunó en el feliz resultado que fue el Código Civil.

116. e) Otras fuentes.- Sirvieron también de fuente a nuestro Código, aunque sin embargo, en un plano secundario, otras leyes y juristas, recordados en las notas.

Entre los códigos civiles debemos mencionar al chileno, obra de BELLO, que VÉLEZ juzgaba muy superior a los europeos y que según SEGOVIA, ha servido de fuente a 170 artículos (ver nota 14); el del Estado de Louisiana de 1824, que inspiró 52 artículos (ver nota 15); el de los Estados Sardos; el italiano de 1865, que VÉLEZ conoció cuando se hallaba entregado a la tarea de la redacción del Código; el prusiano de 1794, el sajón y el bávaro; el austríaco de 1811; el ruso, que era más bien una compilación que un Código.

Entre los autores, cabe mencionar a Florencio GARCÍA GOYENA, autor de un proyecto de Código Civil para España, que fue muy útil a VÉLEZ; a STORY y FOELIX, para los problemas de derecho internacional privado; a SERRIGNY, autor de una obra sobre derecho administrativo; a KENT, CHAUVEAU-HELIE, MASSÉ; a los viejos tratadistas CUJUS, HENECCIUS, DOMAT y POTHIER; a SOLÓRZANO, Gregorio LÓPEZ y Antonio GÓMEZ, comentaristas de las leyes españolas.

G.- EL MÉTODO (ver nota 16)

117. PLAN DEL CÓDIGO CIVIL.- Según el propio VÉLEZ SARSFIELD lo dijo, el plan a que había de ajustarse su obra fue uno de los problemas que más le preocuparon. Inspirándose sobre todo en el Esboço de FREITAS, pero sin respetarlo totalmente, adoptó el siguiente método:

El Código está dividido en dos títulos preliminares y cuatro libros. Los títulos preliminares tratan, el primero sobre las leyes y el segundo, del modo de contar los intervalos de tiempo.

El libro primero, trata de las personas. Está dividido en dos secciones, la primera para las personas en general y la segunda para las personas en las relaciones de familia.

El libro segundo se divide en tres secciones: la primera trata de las obligaciones; la segunda de los hechos y actos jurídicos y la tercera de los contratos.

El libro tercero se refiere a los derechos reales.

El cuarto, está dividido en tres secciones: la primera trata de las sucesiones; la segunda de los privilegios y la tercera de la prescripción.

Este método significó un notable mejoramiento con respecto a los códigos vigentes en ese momento, y muy particularmente sobre el francés, modelo de los demás y objeto de unánime admiración. Para comprender las ventajas del método nuestro, basta una ligera referencia al del Código Napoleón. Está dividido en tres libros. El primero trata de las personas y la familia; el segundo, de los bienes y, particularmente, de la propiedad; el tercero, bajo el rubro de "diversos modos de adquirir la propiedad", reúne, sin mayor orden, disposiciones sobre sucesiones, donaciones y testamentos, contratos y obligaciones en general, contratos en especial, entre los que incluye el de casamiento y su régimen patrimonial, la prenda, la anticresis, los privilegios e hipotecas, la expropiación y la prescripción, abarcando 1571 artículos de los 2281 con que cuenta el Código en total.

Las ventajas más notables del método de nuestro Código sobre el francés, son las siguientes: a) la reunión en un título de los hechos y actos jurídicos, que en el derecho moderno forma una de las materias de la llamada parte general; b) la reunión de los derechos reales en un solo libro, en lugar de la dispersión del Código francés; c) el matrimonio se trata en el derecho de familia y no entre los contratos; d) separación del libro de sucesiones, sin entremezclarlo con el contrato de donación.

No obstante este evidente mejoramiento respecto del Código francés, consideramos que, desde el punto de vista de la técnica jurídica, el método seguido por FREITAS, que le sirvió de modelo, tiene mayor rigor científico. El jurista brasileño proyectó por primera vez para un Código la reunión de la legislación sobre personas, las cosas y los hechos y actos jurídicos, en una parte general, método que habría de recibir más tarde el espaldarazo del Código Civil alemán. VÉLEZ se quedó a medio camino; legisló en un título sobre hechos y actos jurídicos, pero no creyó conveniente separar y reunir en un libro las materias de la parte general. Pero si esta cuestión metodológica tiene indiscutible importancia científica y, sobre todo, didáctica, es también indudable que la tiene mucho menor tratándose de un Código. Si una materia debe estar en tal o cual lugar, depende a veces de criterios lógicos que pueden diferir, sin que ello afecte la bondad de la legislación (ver nota 17). Y, por lo pronto, la cuestión relativa a la conveniencia de formular en el Código Civil una parte general, todavía no está definitivamente dilucidada en la moderna legislación, como hemos de verlo enseguida.

118. EL MÉTODO EN LA LEGISLACIÓN MODERNA.-El Código Civil alemán, entrado en vigencia el 1º de enero de 1900, tuvo las proyecciones de un verdadero suceso jurídico, por el rigor de su técnica legislativa y el acierto de su método.

La gran innovación metodológica consistió en la agrupación de las materias de la parte general que, según lo hemos dicho, había sido ya proyectada por FREITAS. Los libros siguientes tratan sobre obligaciones y contratos, derechos reales, familia y sucesiones.

La resonancia mundial alcanzada por el Código alemán, pareció imponer definitivamente este método en la codificación. Pocos años más tarde, en 1916, el Brasil puso en vigencia su excelente Código, adoptando un método semejante. En nuestro país, el Proyecto de Reforma de 1936 hizo lo propio: el libro primero trata sobre la parte general; el segundo, de las relaciones de familia; el tercero, de las obligaciones y contratos; el cuarto, de los derechos reales, y el quinto, sobre sucesiones.

Sin embargo, los códigos más recientes no han seguido esta corriente, que parecía definitivamente triunfante. Los de Suiza (1912), y de Italia (1942), ambos de gran mérito técnico-científico; los de México (1932), Perú (1936) y Venezuela (1942) han preferido no reunir las materias de la parte general en una sección o libro aparte.

119. LAS NOTAS (ver nota 18).- El Código Civil argentino presenta una característica muy singular, como es la de que los artículos llevan al pie notas en las que VÉLEZ expone los fundamentos de la solución adoptada, o bien transcribe leyes o párrafos de tratadistas, o se limita a citarlos.

La agregación de estas notas, que importan un hecho anómalo en la codificación civil, obedece a que en el oficio que le remitió a VÉLEZ el ministro de Justicia, don Eduardo Costa, comunicándole su designación para redactar el Código, le sugirió que anotase los artículos y sus correspondencias o discrepancias con las leyes hasta ese momento vigentes y con las de las principales naciones del mundo.

Estas notas son valiosísimas desde el punto de vista doctrinario. VÉLEZ muestra en ellas su singular versación jurídica y su sano criterio; en pocas palabras plantea el problema, resume los argumentos y escoge con seguridad y casi siempre con acierto, la solución. El Código se convirtió, gracias a ello, en un verdadero tratado de derecho civil comparado, utilísimo en su época y en nuestro medio, tan pobre entonces de bibliografía jurídica.

Se han señalado en ella numerosas erratas y aun contradicciones con el texto del artículo. Es clásica la que hay entre los artículos 2311 y 2312 y la nota al pie del primero. Las causas son algunas imputables al codificador y otras, no. Ocurría a veces que rehacía todo un título o modificaba una disposición, sin alterar las notas preparadas para la redacción primera. La inmensa tarea que pesaba sobre él le hizo descuidar un poco esta parte de su trabajo, consciente de que, en definitiva, lo que realmente importaba era el texto del Código, que era lo único que tenía fuerza de ley. Así, por ejemplo, casi todas las notas del Libro IV fueron trasladadas de los cuadernos a los originales del proyecto por el escribiente Victoriano de la Plaza, sin que VÉLEZ hiciera nunca el expurgo de esas referencias (ver nota 19). Pero no es eso todo. Más tarde, García y Carranza, encargados de vigilar la edición de Nueva York, como también Ruiz de los LLanos y Chavarría, encargados de la edición de La Pampa, introdujeron modificaciones numerosas en los textos originales (ver nota 20).

No obstante ello, las notas conservan todavía hoy un gran valor doctrinario. Naturalmente carecen de fuerza legal, lo que no implica, sin embargo, negarles todo valor interpretativo, como hemos de verlo oportunamente (núms. 213 y 214).

H.- JUICIO CRÍTICO

120. LAS CUALIDADES DEL CÓDIGO.- El Código Civil fue dictado en pleno auge del individualismo; por consiguiente, no podía dejar de responder a esa tendencia. Por lo demás, si bien es evidente que el individualismo se nutre en raíces anticristianas, su auge se debió en buena medida a que polarizó una justa reacción contra el absolutismo feudal. Pero la experiencia histórica ha demostrado que aquella doctrina conduce a abusos irreparables, a la explotación de los débiles por los fuertes y, en definitiva, a la negación de la libertad humana, que es precisamente su pretendido fundamento.

Todos estos efectos inevitables del liberalismo individualista, no se habían hecho sentir todavía en toda su intensidad en el año 1870. Y nuestro país necesitaba urgentemente una legislación que fuera eficaz instrumento de trabajo y de colonización. Por eso VÉLEZ aseguró los derechos individuales, protegió la propiedad en términos que hoy nos resultan inaceptables, y la liberó de todas las trabas que pudieran obstaculizar su función económica de producción o impedir la libre circulación de la riqueza. A ello se debió la extinción de censos, capellanías y mayorazgos, la igualdad en la partición hereditaria, el sistema de la legítima y la supresión de las hipotecas tácitas. Fomentó la iniciativa privada, eliminando los obstáculos y frenos que pudieran hacerle perder su fuerza. De ahí el artículo 1071 , que no ponía diques al ejercicio de los derechos; por ello mismo rechaza la lesión enorme, la interdicción del pródigo, la limitación de los intereses.

Sin duda alguna el país necesitaba el aporte inmigratorio, el estímulo al trabajo del hombre. En este sentido, el Código cumplió cabalmente su misión colonizadora; fue el instrumento eficacísimo del extraordinario desarrollo económico experimentado por el país.

Hay que contar asimismo, entre los grandes aciertos de VÉLEZ, el haber seguido la tradición jurídica romano-hispánica de nuestro país. Fue, sin duda, un innovador en muchas materias en que la reforma legislativa se imponía; pero no se dejó deslumbrar por instituciones foráneas, ajenas a nuestro estilo de vida y a nuestras costumbres, que supo valorar cabalmente y respetarlas.

Desde el punto de vista formal, el método adoptado por VÉLEZ importó un singular acierto. Las materias están distribuidas de manera razonable y lógica, no obstante que desde el punto de vista teórico el plan seguido sea susceptible de perfeccionamiento (véase núm. 117).

121. SUS DEFECTOS.- Ya hemos dicho que el individualismo del Código, no puede contarse entre los desaciertos de VÉLEZ: fue simplemente un producto de la época. Pero el mundo contemporáneo no soporta ya la supervivencia del liberalismo individualista. Hoy no podría continuar rigiendo nuestro Código tal como fue sancionado en 1869. Y, sin duda, esto no pasó siquiera por la mente de su autor. Un Código no es una obra eterna; aun el más perfecto debe ir adaptándose a la evolución del medio social. Es lo que ha ocurrido también en nuestro país, en que sucesivas reformas parciales han transformado fundamentalmente el sentido individualista de nuestra legislación.

Cabe señalar también algunos vacíos, como, por ejemplo, la falta de legislación sobre nombre; la omisión de la adopción; y la del Registro público de la propiedad, que no podía ser suplantado por el arcaico sistema de la tradición, que el Código conserva.

Debemos poner, asimismo, del lado de los defectos, su redacción descuidada. Es lástima que VÉLEZ, que era muy capaz de redactar bien, como lo demuestran numerosos artículos perfectamente logrados, en un estilo breve y conciso, muy del gusto literario moderno, no haya puesto más empeño en este aspecto de su tarea. Muchas veces su sintaxis es confusa y alambicada. Hay, además, disposiciones sobreabundantes e inútiles, que dan al Código una innecesaria extensión.

Abusa también de las definiciones; pero creemos que en este punto las críticas han sido exageradas. Convenimos en que es preferible que la ley no se ocupe de teorizaciones, y que es peligroso encerrar los conceptos jurídicos en definiciones que, con el tiempo, pueden convertirse en moldes demasiado estrechos, en los que queda aprisionada la evolución del derecho. Pero también es cierto que, en muchos casos, las definiciones son indispensables: lo han demostrado las modernas codificaciones, que a pesar de la excelencia de su técnica jurídica -y quizá por ello- no han podido prescindir de formularlas. Y algunas veces el acierto de VÉLEZ ha sido singular, como, por ejemplo, el admirable artículo 944 , que define el concepto de actos jurídicos y ha permitido formular en nuestro país una teoría clara en esta materia tan importante, alejando el peligro de las ambigüedades, vacilaciones y caos doctrinario que sobre el mismo punto existen en otros países.

No obstante ello, es indiscutible que el doctrinarismo del Código resulta hoy algo excesivo (ver nota 21); VÉLEZ incurrió en este defecto, no por ignorancia de que lo era, sino porque creyó que de esta manera facilitaba la comprensión y aplicación de su obra, en un medio no preparado aún por la carencia absoluta de doctrina jurídica para digerir fórmulas técnicas demasiado perfectas.

Como conclusión, debemos resumir nuestro juicio sobre el Código afirmando que fue una obra excelente para su tiempo, tanto desde el punto de vista de su técnica, como de su contenido, y que sirvió de admirable instrumento para el desenvolvimiento económico del país (ver nota 22).

1.- LAS REFORMAS

1117/122

122. LAS REFORMAS PARCIALES.- La evolución técnica, económica y social producida en el mundo entero desde hace ochenta años, debía necesariamente reflejarse en la reforma de la legislación civil. Desde la época de su sanción, el Código Civil ha sufrido numerosas reformas. De ellas hemos de recordar tan sólo las importantes.

1) La ley de matrimonio civil de 1889; 2) la ley orgánica de tribunales, que crea el Registro de la Propiedad, hipotecas y embargos e inhibiciones; 3) la ley 3594 , que crea el Registro de mandatos; 4) la ley 9151 , sobre escrituras públicas; 5) la ley 9511 , sobre inembargabilidad de sueldos; numerosas leyes posteriores han establecido la inembargabilidad de otros bienes (v. núm. 747); 6) la ley 9644 , sobre prenda agraria; 7) la ley 9688 , de accidentes del trabajo, que introdujo una reforma sustancial para esos casos, en el fundamento de la responsabilidad civil; 8) la ley 10281 , sobre el bien del hogar; 9) la ley 10903 , acerca del patronato de menores , que introduce importantes reformas en el derecho de familia; 10) la ley 11077 , sobre concurso civil (hoy derogada); 11) la ley 11357 , que modifica esencialmente el status de la mujer casada; 12) la leyes 7092 , 9510 y 11723 , de derechos intelectuales; 13) las numerosas leyes de emergencia sobre arrendamientos urbanos y rurales; 14) la ley 13512 , sobre propiedad horizontal y 19134 , de adopción; 16) la ley 14367 , que modifica profundamente la situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio; 17) la ley 14394 , sobre divorcio, bien de familia, menores y ausencia con presunción de fallecimiento (luego derogada en lo que atañe al divorcio, por decreto del 1-3-1956); 18) la ley 15875 sobre escrituras públicas; 19) la ley 16504 modificatoria del art. 2º del Código; 20) la ley 19551 sobre concursos civiles y comerciales.

1117/123

123. LA LEY 17711.- A fines de 1966, la Secretaría de Estado de Justicia designó una Comisión para estudiar la reforma del Código Civil. Estaba constituida por los doctores José María LÓPEZ OLACIREGUI, Dalmiro ALSINA ATIENZA, Alberto G. SPOTA, Roberto MARTÍNEZ RUIZ, Abel FLEITAS, José F. BIDAU y el autor de esta obra. Por distintos motivos, renunciaron sucesivamente los tres primeros, no sin antes haber realizado un importante aporte a la labor de la Comisión.

La primera cuestión que se abordó fue si la reforma debía ser total o parcial. Este último fue el criterio que predominó, Se consideró preferible mantener la vieja estructura del Código, pero acoger las modificaciones sustanciales que exigía el nuevo derecho.

La Comisión entregó su trabajo a principios de 1968, convirtiéndose el proyecto en la ley 17711 , dictada el 22 de abril de 1968 y que empezó a regir el 1º de julio del mismo año. Con fecha 15 de octubre de 1968 se sancionó la ley 17940 que tiene carácter de fe de erratas de la anterior y agregó una disposición transitoria en materia de prescripción.

123-1.- La ley 17711 importa una profunda renovación de nuestro derecho civil. El estudio de sus disposiciones permite señalar cuáles han sido los principios y lineamientos generales que han inspirado la reforma:

a) Ha importado un cambio de la filosofía liberal, individualista y positivista de nuestro Código por otra de contenido más social, más humano, preocupada de una justicia más auténtica. Ello se ha logrado principalmente a través de la admisión de la teoría del abuso del derecho (art. 1071), de la lesión (art. 954), de la imprevisión (art. 1198), de una muy frecuente apelación a la buena fe y la equidad para resolver los conflictos humanos, y de la muy importante reforma del artículo 2513 , que siguiendo las ideas del liberalismo manchesteriano, atribuía al dueño poderes omnímodos, inclusive los de degradar y destruir la propiedad. El nuevo texto suprime esas potestades inicuas y prescribe que debe hacerse un ejercicio regular del derecho de propiedad, lo que implica reconocerle su función social.

b) La modernización del derecho civil no ha resultado sólo del cambio de filosofía, sino también de haberle impreso la dinámica apropiada a nuestro tiempo; se ha fijado la edad de la mayoría en los 21 años (art. 126); se ha ampliado notablemente la capacidad de los menores de 18 años (art. 128), con lo que se toma en cuenta la mayor precocidad y ansias de liberación de la juventud moderna; se admite la emancipación dativa al lado de la derivada del matrimonio y se aumenta el ámbito de su capacidad (art. 131); se introduce la teoría del riesgo creado en materia de hechos ilícitos (art. 1113); se admite la mora automática en las obligaciones a plazo (art. 509), terminando con el vetusto sistema de la interpelación; se introduce el pacto comisorio tácito en los contratos (art. 1204); se admite el divorcio por mutuo consentimiento (art. 67 bis , ley de matr. civil); se abrevian los plazos excesivamente prolongados de prescripción, etcétera.

c) Se ha mejorado la situación de la mujer casada, poniéndola en un pie de completa igualdad con el marido; y se ha hecho más estrecha y vital la sociedad conyugal al exigir el consentimiento del cónyuge para poder disponer de los más importantes bienes del matrimonio (arts. 1276 y 1277), con lo que al propio tiempo, se protege a los cónyuges (y principalmente a la mujer) de las enajenaciones inconsultas, inconvenientes o fraudulentas del cónyuge-administrador.

d) Se ha procurado acentuar la seguridad jurídica, protegiendo a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso (art. 1051), a quienes contratan de buena fe y a título oneroso con un demente no notorio (art. 473), a quienes han adquirido un inmueble por boleto de compraventa (art. 1085 bis).

e) Se ha acentuado la penetración de la idea moral en el derecho positivo a través de la admisión de la teoría del abuso del derecho, de la lesión, de una muy reiterada referencia a la buena fe y a la equidad como pautas decisorias de conflictos humanos, de la condena de la malicia, etcétera.

f) Se ha ampliado notablemente el campo de acción y de decisión de los jueces, al prescribirles en numerosas disposiciones fallar según la equidad o de acuerdo a las circunstancias del caso, lo que les permite decidir los juicios con una gran flexibilidad de criterio y hacer la justicia concreta del caso. Las Segundas Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina (Santa Fe, 1977) declararon que la experiencia de diez años demuestra que esta ampliación de las facultades de los jueces ha sido altamente positiva, permitiendo una mayor flexibilidad en la aplicación de las normas jurídicas, para adaptarlas a la rica y siempre cambiante realidad social.

Para completar esta idea general de la reforma, recordaremos la modificación del sistema de los efectos de la ley con relación al tiempo (art. 3º); el reconocimiento de la costumbre como fuente del derecho (art. 17); una nueva regulación de las personas jurídicas (arts. 33 , 45 , 46, 48); la regulación de una institución de gran importancia práctica, la inhabilitación (art. 152 bis); la reforma de algunas disposiciones sobre tutela y curatela; la admisión de las astreintes (art. 666 bis); la indemnización del daño moral no sólo en los hechos ilícitos sino también en los contratos (art. 522); la reforma de distintas disposiciones en materia de contrato de compraventa, locación de obra, sociedad, donación y mandato; la modificación de numerosas reglas en materia de derechos reales; la exigencia de la inscripción en el Registro de la Propiedad para la transmisión del dominio, sin prescindir de la escritura público ni de la tradición (art. 2505); se presume la aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario, trastocando la anterior solución del Código (art. 3363); se establecen nuevas reglas sobre colación (art. 3477) y sobre el orden hereditario (arts. 3569 bis , 3571 , 3573 , 3576 , 3575 bis , 3581 , 3585 , 3586); se deroga la prohibición del casamiento entre leprosos, se introducen reformas a las leyes 11357 , 14367 y 14394 .

El conjunto de todas estas reformas es de una trascendencia tal -particularmente por el cambio de filosofía y por su adecuación a la dinámica moderna- que no es aventurado afirmar que hoy tenemos un nuevo Código Civil o, por lo menos, un Código Civil profundamente renovado y distinto del que redactara VÉLEZ SARSFIELD (ver nota 23).

123-2. LEYES 23264 Y 23515.- Estas leyes dictadas en 1987 y 1988, respectivamente, introdujeron profundas reformas en materia de derecho de familia. Las más importantes fueron: la introducción del divorcio vincular a la

par de la simple separación de personas; una notable ampliación de las causales que permiten pedir la separación y el divorcio; la total igualación del status jurídico de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales; el ejercicio de la patria potestad, que antes estaba reservado al padre, hoy corresponde conjuntamente a ambos padres, si convivieren, y toda discrepancia entre ellos respecto de dicho ejercicio, debe ser resuelto por el juez competente; si los padres no convivieren, el ejercicio de la patria potestad corresponde al que tiene la tenencia del menor, sin perjuicio del derecho del otro a tener una adecuada comunicación con el hijo y a supervisar su educación.

1117/124

124. LA CUESTIÓN DE LA REFORMA INTEGRAL.- La profunda evolución social y económica del mundo contemporáneo, ha hecho surgir la cuestión de la reforma integral de nuestro Código. Se sostiene que el llamado derecho nuevo no responde ya a las ideas rectoras del Código Civil; y cuando una ley ha dejado de expresar el sentimiento jurídico popular está condenada a desaparecer. Por los menos, el Código ha sido sometido a numerosas reformas, inconexas entre sí, a veces contradictorias, por lo que se dificulta cada vez más su conocimiento y aplicación. La reforma integral, es según ese punto de vista, la solución natural y lógica del problema.

Aunque admitimos que la cuestión es delicada, pensamos que la reforma integral sería gravemente dañosa. En sus cien años de vida, el Código ha dado lugar a un muy valioso aporte doctrinario y a una no menos importante jurisprudencia. Todas sus disposiciones han sido sopesadas, analizadas, coordinadas y valoradas. La vida del derecho, el funcionamiento del Código -si se nos permite el término- ha puesto de manifiesto sus defectos y cualidades. Y aquéllos han sido subsanados en lo más importante, unas veces mediante una inteligente elaboración jurisprudencial. Toda esa enorme labor, todo ese ponderable esfuerzo, quedaría en buena medida inutilizado. El nuevo Código, mientras no haya sido sometido a una labor de crítica similar a la provocada por el actual, dará lugar a incertidumbres y a no pocos trastornos (ver nota 24). Además, todo aquello que el Código Civil tal como fue sancionado tiene de arcaico e injusto para nuestro criterio jurídico moderno, ha sido subsanado en su mayor parte por las leyes de reforma. Y hoy, después de la sanción de la leyes 17711 , 23264 y 23515 , ninguna razón de fondo justificaría la sustitución total del Código. Lo que no significa que no sea conveniente modificar y actualizar algunas de sus normas, que es lo que se proponen los últimos proyectos de reformas.

1117/125

125. EL ANTEPROYECTO DE BIBILONI.- El 2 de julio de 1926 el Poder Ejecutivo Nacional creó una Comisión compuesta de nueve miembros, bajo la presidencia de un Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación e integrada por representantes de las Cámaras de Apelaciones en lo Civil de la Capital, de la Academia de Derecho de Buenos Aires, de las Facultades de Derecho de Buenos Aires, La Plata , Córdoba y del Litoral, y del Colegio de Abogados de Buenos Aires, con el cometido de proyectar una reforma general del Código Civil.

La Comisión designó de inmediato al Dr. Juan A. BIBILONI, para redactar un anteproyecto sobre el que más tarde trabajaría aquélla. BIBILONI había ganado justa fama de jurista desde su cátedra de la Facultad de Derecho de Buenos Aires. No era, sin duda, un publicista, al punto de que su única obra es precisamente el Anteproyecto; no por ello fue menor su influencia en su generación, ejercida a través de sus alumnos.

El Anteproyecto le llevó seis años de dura labor y es hoy un antecedente valiosísimo para cualquier intento futuro de reforma. Siguiendo el ejemplo de VÉLEZ anotó numerosas disposiciones de su proyecto. Estas notas, escritas en un estilo polémico y vivaz, dan la medida exacta de su talento, más brillante que profundo, pero siempre lúcido.

1117/126

126. EL PROYECTO DE 1936.- BIBILONI falleció poco después de entregar su trabajo. La Comisión

reformadora juzgó que era necesaria una revisión general del Anteproyecto así lo hizo. Para lograr unidad en la sintaxis, se encargó a los Dres. Héctor LAFAILLE y Gastón Federico TOBAL la redacción definitiva. Finalmente, con fecha 1º de octubre de 1936, el Proyecto fue enviado al Poder Ejecutivo Nacional, con la firma de Roberto REPETTO, Rodolfo RIVAROLA, Héctor LAFAILLE, Enrique MARTÍNEZ PAZ y Gastón Federico TOBAL. A su vez, el Poder Ejecutivo lo elevó al Congreso Nacional, en donde nunca fue considerado.

No obstante sus innegables méritos científicos y técnicos, el Proyecto de 1936 ha sido recibido con frialdad, suscitando escasos y no muy entusiastas comentarios doctrinales (ver nota 25).

126-1. ANTEPROYECTO DE 1954.- La proyectada reforma del Código ha tenido otra importante expresión en el Anteproyecto que bajo la dirección del Dr. Jorge J. LLAMBÍAS preparó la Dirección de Institutos Jurídicos, y cuyo primer libro fue dado a conocer en 1954.

Siguiendo la tradición de nuestra enseñanza universitaria, se ha reunido en el primer libro las materias relativas a la Parte General; el segundo trata de la familia; el tercero, de la herencia; el cuarto, de las obligaciones y contratos; y el quinto de los derechos reales e intelectuales. El proyecto está acompañado de un volumen de concordancias y notas y de otro sobre fuentes. Cabe señalar la claridad y precisión con que ha sido redactado; los preceptos son breves, concretos y responden a una gran unidad de pensamiento.

126-2. PROYECTOS POSTERIORES.- En 1991 el Congreso sancionó una ley que introducía profundas reformas al Código Civil, la principal de las cuales era la incorporación a ese cuerpo de leyes de los contratos comerciales, con la consiguiente derogación del Código de Comercio. Si bien esa reforma está reclamada por la doctrina prácticamente unánime de nuestro país, la ley contenía disposiciones que contrariaban la Ley de Convertibilidad sancionada pocos meses antes y que es el pilar básico de la política económica del gobierno; tenía además, no obstante sus indiscutibles aciertos, otros errores que provocaron alarma en nuestros ambientes jurídicos, lo que motivó que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y el Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires se dirigieran al Poder Ejecutivo pidiéndole el veto total de la ley, lo que así se hizo.

Pero los intentos de reforma han continuado. Por decreto 468/1992, el Poder Ejecutivo designó una comisión integrada por Augusto C. BELLUSCIO, Salvador D, BERGEL, Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Sergio LE PERA, Julio C. RIVERA, Federico VIDELA ESCALADA y Eduardo ZANNONI para reformar parcialmente el Código, particularmente en lo que atañe a la unificación de las obligaciones civiles y comerciales. La Comisión se expidió el 26 de marzo de 1993 y el proyecto fue hecho suyo por el Poder Ejecutivo y enviado al Senado, para su consideración y eventual aprobación.

Simultáneamente, la Cámara de Diputados dio media sanción el 3 de noviembre de 1993 a otro proyecto de reformas. La circunstancia de que un proyecto haya sido aprobado por la Cámara de Diputados y que otro distinto, auspiciado por el Poder Ejecutivo esté a consideración del Senado, ha demorado hasta el momento de entrar en prensa esta edición, las reformas proyectadas.

(nota 1) CHANETON, A., Historia de Vélez Sarsfield, t. 2, nº 176.

(nota 2) CHANETON, A., Historia de Vélez Sarsfield, t. 2, nº 178.

(nota 3) BIBLIOGRAFÍA: Además de la obra de CHANETON, Historia de Vélez Sarsfield, tantas veces citada véase: SEGOVIA, El Código Civil argentino, Introducción, t. 1; MOLINARI, D.L., Bases y formación del espíritu jurídico de Vélez Sarsfield; CABRAL TEXO, J., Historia del Código Civil argentino, Buenos Aires, 1920.

(nota 4) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota anterior, véase DÍAZ BIALET, A., El derecho romano en

la obra de Vélez Sarsfield, Córdoba, 1949; Influencia ejercida por los tratadistas de derecho romano en el Código Civil, Seminario dirigido por J. Arias, Facultad de Derecho de Buenos Aires, 1934; ELGUERA, E., La influencia del derecho romano en nuestra vida jurídica, Rev. Facultad de Derecho, Buenos Aires, julio-octubre, p. 725.

(nota 5) Existe versión española de Jacinto MESÍAS y Manuel POLEY, Madrid, 1878.

(nota 6) BIBLIOGRAFÍA: Además de las obras citadas en nota 213, véase CABRAL TEXO, J., Fuentes nacionales del Código Civil argentino, tesis, Buenos Aires, 1919.

(nota 7) Historia de Vélez Sarsfield, t. 2, nº 97 y s.

(nota 8) Técnica legislativa del Código Civil argentino, p. 11.

(nota 9) Juicios críticos sobre el Código Civil argentino, recopilación de Jorge CABRAL TEXO, p. 249.

(nota 10) Es ésta la opinión general de quienes se han ocupado del tema: DÍAZ BIALET, A., El derecho romano en la obra de Vélez Sarsfield, 1949, p. 63; CHANETON, op. cit., t. 2, nº 46 y s.; CABRAL TEXO, J., Fuentes nacionales del Código Civil argentino; MARTÍNEZ PAZ, E., Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código Civil argentino, ps. 217 y s.; SALVAT, Parte General, 4ª ed., nº 271.

(nota 11) Revista de Legislación y Jurisprudencia, t. 4, p. 191.

(nota 12) SEGOVIA, t. 1, Introducción, ps. 2 y s.

(nota 13) MARTÍNEZ PAZ, E., Freitas y su influencia sobre el Código Civil argentino, Córdoba, 1927; CHANETON, A., Historia de Vélez Sarsfield, t. 2, nº 140 y s.; SEGOVIA, El Código Civil argentino, Introducción, p. 20.

(nota 14) SEGOVIA, L., El Código Civil argentino, t. 1, Introducción, p. 21.

(nota 15) SEGOVIA, L., El Código Civil argentino, t. 1, Introducción, p. 22.

(nota 16) BIBLIOGRAFÍA: ETCHEVERRRY, R., Metodología del derecho civil, Buenos Aires, 1907; ROJAS, A., Método para la enseñanza del derecho civil, Buenos Aires, 1908; COLMO, A., Técnica legislativa del Código Civil argentino, Buenos Aires, 1917.

(nota 17) CHANETON, A., Historia de Vélez Sarsfield, t. 2, nº 169 y s.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1, nº 86.

(nota 18) Véase FORNIELES, S., Las notas del Código Civil, en Homenaje a Zenón Martínez, Universidad del Litoral, 1944, p. 117; MOISSET DE ESPANÉS, Reflexiones sobre las notas del Código Civil argentino, J.A., 1977-II, p. 755.

(nota 19) CHANETON, A., Historia de Vélez Sarsfield, t. 2, nº 149.

(nota 20) RÉBORA, J.C., Modificaciones en las notas del Código Civil, Instituto de Altos Estudios de la Universidad de La Plata; CHANETON, op. cit., t. 2, nº 149 y s.; OTERO CAPDEVILA, Los manuscritos del Código Civil, Córdoba, 1917.

(nota 21) Véase la compulsa formulada por COLMO, A., Técnica legislativa, ps. 181 y s., y Contribución a la Reforma del Código Civil argentino, del Instituto de Altos Estudios de la Universidad de La Plata, t. 2, ps. 205 y s.

(nota 22) Véase, MOLINA, La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina, Buenos Aires, 1972; MARTÍNEZ, La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina, Buenos Aires, 1972 (ambos trabajos forman un volumen publicado por la Academia Nacional de Derecho).

(nota 23) De acuerdo: VIDAL TAQUINI, nota en L.L., 1981-C, p. 481.

(nota 24) Véase sobre este tema, el excelente artículo de PLANIOL, M., Inutilité d'une revision générale du Code Civil, Livre du centenaire, t. 2; véase también la opinión de PAZ, J.H., vertida en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, en la Revista del Colegio de Procuradores de Buenos Aires, octubre-diciembre 1937, nº 59.

(nota 25) ETCHEVERRY BONEO, R., Observaciones sobre el Proyecto de Reformas al Código Civil, Buenos Aires, 1942; LAFAILLE, H., Orientación y técnica de la reforma del Código Civil, en Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield, Córdoba, 1936, p. 19; íd., La reforma del Código Civil y el Anteproyecto de Bibiloni, J.A., t. 42, sec. doct., p. 1; íd., Hacia un nuevo Código Civil, Buenos Aires, 1937; RÉBORA, J.C., La reforma del Código Civil, La Plata, 1937; íd., El saldo de la reforma del Código Civil, Anales de La Plata, 1941; ORGAZ, A., La reforma del Código Civil, Córdoba, 1939; GOROSTIAGA, N., El Código Civil y su reforma ante el derecho civil comparado, Buenos Aires, 1940; TOBAL, G.F., La tarea de la comisión revisora del Código Civil, Buenos Aires, 1935; BARCIA LÓPEZ, A., La reforma civil y el Proyecto de 1936, Buenos Aires, 1940; Colegio de Abogados de Buenos Aires, Dictamen acerca del Proyecto de reformas, 1939.

CAPACIDAD - Salas, Acdeel E. - Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J.
Depalma - CÓDIGO CIVIL ANOTADO - 1999 -
TÍTULO X - DE LOS DEMENTES E INHABILITADOS

Art. 140.

2. Efectos de la denuncia. - Mientras no se dicte sentencia que admita la demencia, la demandada es una persona capaz de gestionar sus derechos y proveer al cuidado de su persona; esto se ve reflejado en el juicio de declaración de demencia, pues mientras no se dicte sentencia de interdicción la demanda es parte necesaria en defensa de su capacidad (ver nota 1).

Art. 141.

1. Dementes. - Se debe considerar demente en sentido jurídico a quien padece una afección mental que reviste la forma clínica de oligofrenia en grado profundo, con pronóstico irreversible, originada en un proceso congénito, ya que dicha afección reúne las exigencias del derecho de fondo relativas a la materia (ver nota 2). Según el criterio mixto biológico-jurídico recogido por la reforma de la ley 17711 en el nuevo art. 141 , Cód.Civ., para determinar que un sujeto es insano en sentido jurídico se requiere que exista enfermedad mental, puesto que ello es indispensable para que se dé seguridad al pronunciamiento, y que la consecuencia de la enfermedad sea la imposibilidad del sujeto de administrar su patrimonio y dirigir su persona (ver nota 3).

1 bis. Nuevo texto legal. - El art. 141 , Cód.Civ., en su nueva redacción, permite una importante distinción, no sólo desde el punto de vista médico en cuanto menciona genéricamente las enfermedades mentales obviando así encasillamientos que podrían dificultar el posterior pronunciamiento judicial, sino desde la óptica jurídica; en efecto, se dispone que la declaración de demencia procede si el presunto insano carece de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes, por lo que cabe así declarar demente a aquel que sea, a la vez, incapaz de administrar o administrarse, es decir, atender a sus bienes y a su persona (ver nota 4). El art. 141 , Cód.Civ.,sin omitir que la causa de la demencia radica en una enfermedad mental, da relevancia igualmente a la concurrencia de un recaudo finalista, como es la ineptitud para conducirse en sociedad (ver nota 5).

1 ter. Télesis de la norma. - La interdicción debe ser fundamentalmente una garantía para el propio causante, quien podría quedar desprotegido si a pesar de que su enfermedad le impidiese gobernar su persona y sus bienes, no se le proporcionara la protección jurídica necesaria (ver nota 6); esta misión de tutela del incapaz, está naturalmente atribuída a los jueces, quienes tienen la potestad de apreciar los elementos aportados y de pronunciarse sobre la capacidad o incapacidad de las personas en los términos del art. 141 , Cód.Civ. (ver nota 7).

4. Senilidad. - Corresponde distinguir entre la simple ancianidad y la calificada senilidad que ocasiona la incapacitación o inhabilitación, según los casos, de la persona que la padece y que, por ello, demuestra una ineptitud para conducirse en la vida de relación con sus semejantes o, al menos, que no tiene dicha idoneidad en grado suficiente, lo cual da pie a que se supla la inferioridad resultante con el concurso de un curador (ver nota 8).

8. Jueces: deberes y facultades. - El art. 141 , Cód.Civ., permite al juez seguir un criterio ecuánime para emitir su fallo declarando demente -en sentido jurídico- sólo a aquel insano que sea, a la vez, incapaz de administrar sus bienes y su persona (ver nota 9). Acreditada la trascendencia de la enfermedad en la vida de relación del causante, es el juez quien establecerá el sistema de protección que mejor ampare al enfermo; podrá ser entonces, la sentencia de incapacidad, sin salvedad alguna, en cuyo caso la persona pasará a desarrollar su vida jurídica por medio de un representante y no podrá realizar, obviamente actos personalísimos, pues quedará comprendida en el supuesto del art. 54 , inc. 3, Cód.Civ., o se podrá dictar un pronunciamiento que restrinja la posibilidad de disponer de bienes por actos entre vivos o también de administrar algunos de ellos o la totalidad que pertenecieran al causante, conforme a las prescripciones del art. 152 bis del Código citado (ver nota 10).

9. Intervalos lúcidos. - La duración del goce precario, en el demente, de sus facultades mentales cae frecuentemente al borde de los estados fronterizos; de manera que cuando se alza la sombra de la duda, por mínima que sea, se debe aceptar que el demente -no el alienado, que es otra cosa- obró con aceptable conciencia de sus actos y hay que atribuírle consecuencias jurídicas; no se da ese caso si las pruebas indican que se trata de un demente senil, de origen probablemente esclerótico, en que la razón es involutiva y no admite intervalos lúcidos, ni la recuperación

del juicio (ver nota 11).

10. Voluntad del demente. - Si tratándose de personas capaces es imprescindible su consentimiento para practicar la ablación del órgano a trasplantar sin que pueda ser forzada a ello en caso de negarse, no cabe tal forzamiento en caso de un demente, disfrazándolo bajo la presunción de que quiere ejercer su derecho a preservar la vida del hermano, haciendo él la donación; y ello no sólo porque el "querer" de un insano -en cuanto implica un movimiento direccional de la voluntad- es jurídicamente irrelevante, sino porque no se puede presumir una intención que la ley reputa inexistente (ver nota 12). Aun cuando se admita como hipótesis la superioridad de intereses como la solidaridad para con la familia, el derecho a la vida de uno de sus miembros y el derecho a preservarlo en ella de los demás componentes, para subordinar a ellos los derechos del incapaz, es condición que no exista ninguna otra posibilidad de salvaguardar los primeros; y ello no ocurre cuando quienes accionan pretendiendo encontrar en el juez la voluntad sustitutiva del demente a los efectos de la donación en vida de un órgano a los fines de injertárselo a su hermano, son personas capaces y una de ellas no acredita fehacientemente su imposibilidad de ser ella la donante; en tal supuesto, carecen de derecho para exigir el sacrificio al insano, fundadas únicamente en sus propias negativas o temores, a asumir por sí mismos la obligación que le piden a aquél, ya que en esta actitud subyace la pretensión de tomar al incapaz como cosa con olvido de su condición de persona, convirtiéndolo en objeto ofrendable al lar familiar (ver nota 13).

Art. 142.

. Medios de prueba. - No obstante que en los procesos de insania el dictamen médico constituye la prueba esencial, su objeto se limita a verificar la existencia de la enfermedad y sus alcances en la vida de relación del enfermo, en tanto que incumbe exclusivamente al juzgador determinar si la persona contra quien se sigue el proceso requiere protección jurídica y, en su caso, en qué medida (ver nota 14).

Es el juez quien establece la calificación jurídica de cada caso, pues tanto la demencia como la inhabilitación constituyen el objeto del pronunciamiento judicial, y no del peritaje, el cual debe limitarse a verificar la existencia de alguna enfermedad mental, y vincular con la vida de relación del enfermo, porque después será el juez el que determine si la persona contra quien se sigue el proceso, requiere una mayor, menor, o ninguna protección jurídica (ver nota 15).

3. Demencia: declaración. - La declaración de incapacidad por demencia no es un castigo, y dado que únicamente está referida a la persona que cae bajo la normativa pertinente, nada tiene que ver con ella la tenencia de sus hijos, lo que no excluye que cualquier situación patológica pueda influír en las decisiones que sobre dicho aspecto sean adoptadas (ver nota 16). El art. 141 , Cód.Civ., determina las bases para establecer la interdicción, indicando el factor psiquiátrico que permita dar seguridad al pronunciamiento, y el factor jurídico sobre su finalidad, que existe en tanto y en cuanto la dolencia afecte la aptitud para el manejo de la persona y los bienes del presunto incapaz (ver nota 17).

Art. 143.

1. Apreciación de la prueba. - No se puede desconocer que en los procesos referidos a la salud mental de una persona, el informe médico, aun cuando pudiera no ser la única prueba, constituye la esencial, a punto tal que es indispensable en todos los casos; sin embargo, cuando se trata de analizar su contenido, la valoración debe ser realizada en función de la naturaleza técnica específica del dictamen, pero sin atender a la trascendencia jurídica que pudieran haber efectuado los expertos, pues ello es función del magistrado. La apreciación de la pericia en este último aspecto debe resultar del análisis de la totalidad de los elementos probatorios y conforme al principio de la sana crítica que rige en nuestra legislación procesal (ver nota 18). En este mismo sentido se ha expresado que si bien en los juicios por insania el dictamen médico reviste particular importancia y constituye prueba esencial, ésta no es exclusiva y debe valorársela en función de su naturaleza técnica, quedando a cargo del juzgador la calificación jurídica de cada caso, porque tanto la demencia en sentido jurídico como la inhabilitación por debilidad mental, constituyen el meollo del pronunciamiento judicial, y no el del dictamen médico que se limita a verificar la existencia de la enfermedad mental y el alcance de ella en la vida de relación del causante, porque luego será el juez el que determine si la adecuada protección de la persona respecto de quien se sigue el proceso se encuentra en la inhabilitación o en la incapacidad (ver nota 19). Es el juez quien establece la calificación jurídica de cada caso,

pues tanto la demencia como la inhabilitación constituye el objeto del pronunciamiento judicial, y no el peritaje, el cual debe limitarse a verificar la existencia de alguna enfermedad mental, y vincularla con la vida de relación del enfermo, porque después será el juez el que determine si la persona contra quien se sigue el proceso, requiere de una mayor, menor, o ninguna protección jurídica (ver nota 20).

2. Apreciación de las circunstancias del caso. - Si en el supuesto que se analiza la debilidad mental de la enferma no le han impedido aprender a leer y escribir, aunque lo ha logrado con serias dificultades de aprendizaje, pero mantiene un pensamiento de curso irregular con contenido limitado a lo simple, sencillo y cotidiano, y los propios médicos expresan en autos que el ejercicio de su plena capacidad pueda producir, presumiblemente, daño a su persona y a sus bienes, según el medio en que actúe, tal afirmación, si bien puede dejar alguna duda sobre el justo límite de su capacidad en función de la calidad de protección que necesita, no puede ser valorada sino a la luz de la vida cotidiana de la enferma que describe su madre en el juicio sobre inhabilitación (ver nota 21).

Art. 144. -
Los que pueden pedir la declaración de demencia son:

1) [Texto según ley 23515, art. 2] el esposo o esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente;

2) los parientes del demente;

3) el Ministerio de Menores;

4) el respectivo cónsul, si el demente fuese extranjero;

5) cualquiera persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos.

Conc.: 59, 140, 156, 482, 491, 1284, 3294, 3295.

4. Parientes. - El derecho reconocido por el art. 144 , Cód.Civ., no está subordinado a la inexistencia de parientes más próximos, de modo que puede ser ejercido supliendo la omisión de parientes más cercanos al causante (ver nota 22). El art. 144 , inc. 2, Cód.Civ., al mencionar a los parientes, no distingue la calidad del parentesco ni se detiene en grados, aunque es bueno indicar que el parentesco colateral más lejano al cuarto grado o el parentesco por afinidad que exceda el segundo grado, no confieren título suficiente para iniciar actuaciones de este tipo (ver nota 23). La legitimación del Ministerio Pupilar para pedir la declaración de demencia está reconocida por el art. 144 , Cód.Civ., y la misma prerrogativa atribuída a los parientes del presunto insano, máxime si se la ve como deber jurídico, no detraen en absoluto a la primera, ni impide, por consiguiente, su ejercicio con los efectos propios que acarrea (ver nota 24).

5. Ministerio de Menores. - El art. 144 , Cód.Civ., enumera las personas facultadas para solicitar la declaración de demencia, mencionando entre ellas al Ministerio de Menores. Esta facultad deviene de su calidad de representante promiscuo de todos los incapaces, por lo que puede ejercerla cuando de cualquier modo tome conocimiento de la existencia de un presunto demente que requiere del amparo judicial (ver nota 25). La facultad del Ministerio Pupilar para promover insanias aparece como una consecuencia de su carácter de representante promiscuo de todos los incapaces, y especialmente del art. 491 , Cód.Civ., en cuanto incorpora dentro de sus funciones, la de peticionar el nombramiento de tutores o curadores de los menores e incapaces que no lo tengan; de esta manera, este funcionario judicial aparece como la vía legal para que quienes están excluídos de la enumeración taxativa de las normas, puedan denunciar la existencia de un presunto insano (ver nota 26).

8. Denuncia: orden de prelación. - La enumeración de las personas legitimadas para promover la insania que surge del art. 144 , Cód.Civ., no determina una prelación entre ellas, de modo que la legitimación del Ministerio Pupilar no depende de la inexistencia del cónyuge o de los parientes enunciados en los dos primeros incisos (ver nota 27).

9. Denuncia: legitimados. - Si bien la denuncia de incapacidad fue efectuada por quienes carecían de legitimación para hacerlo, al haberla hecho suya el Ministerio de Menores, quedó subsanada la deficiencia sin que obste ello para la prosecución del trámite de oposición formulada por la quejosa, que resulta irrelevante a los fines

pretendidos por ésta, ya que cabe advertir que la sustanciación del proceso no se halla encaminada a ocasionar perjuicios al denunciado sino, al contrario, a proporcionarle amparo judicial para el caso de que, efectivamente, padeciese de alguna enfermedad mental que lo incapacitase o disminuyese seriamente su aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes (ver nota 28).

Art. 145.

2. Internación de un menor. - El pedido de internación de los menores sólo procede en supuestos excepcionalísimos en que está en peligro la integridad física o moral de algún menor (ver nota 29).

3. Jueces: deberes y facultades. - La legislación sobre menores otorga al magistrado amplias facultades para resolver las medidas que considere adecuadas en miras a la formación y protección del incapaz; por tal motivo, la inexistencia de institutos provinciales en condiciones de coadyuvar a estos fines no puede ser fundamento de una delegación de funciones, sino una evidencia de la impracticabilidad de la medida que corresponde rever al magistrado que la ordenó (ver nota 30).

Art. 147.

1 bis. Juicio de insania: caracteres. - El de insania es un proceso, puesto que en él interviene un órgano jurisdiccional en cuanto tal, tratando de satisfacer una pretensión procesal auténtica; de cognición porque en él la pretensión se satisface mediante una resolución del órgano jurisdiccional pronunciándose por la incapacidad o la capacidad del sujeto pasivo del proceso; constitutivo, porque en dicho proceso no se constata una situación jurídica material preexistente, sino que se crea de nuevo, ya que el incapaz lo es a partir de la resolución en que así se lo declara; es especial por un fundamento jurídico-material, puesto que la hipótesis singular a que obedece es la especialidad material de la causa de incapacidad en que se base la pretensión correspondiente (ver nota 31).

Art. 149 [Texto según ley 23264, art. 1]. - Si el denunciado como demente fuere menor de edad, su padre o su madre o su tutor ejercerán las funciones del curador provisorio.

Conc.: 305, 478.

Art. 152 bis.

1. Inhabilitados. - El art. 152 bis , inc. 2, del Cód. Civ., se refiere a los casos de alteración de la salud mental que reviste caracteres patológicos sin llegar a la demencia senil; la simple senectud no es causa de inhabilitación, pues supone el deterioro mental que experimenta el organismo humano por el trascurso de los años y que no tiene carácter patológico; la regla de la capacidad de las personas implica la defensa de su libertad, de su dignidad que emana de su independencia y de su orgullo, no interesando las expectativas hereditarias de sus futuros sucesores (ver nota 32). El art. 152 bis , Cód.Civ., tiende a cubrir aquellos supuestos en los cuales simples trastornos de la volición y afectividad, manías parciales, constituyen estados fronterizos o intermedios que no justifican una interdicción total del enfermo, pero que lo colocan en una situación de inferioridad ante sus semejantes, que hace aconsejable su protección legal (ver nota 33). El supuesto del art. 152 bis , inc. 2, Cód.Civ., aunque no se trate de igual situación a la prevista en el art. 141 del mismo Código, comprende hipótesis que encuentran cierta similitud en el interés jurídico protegido; aquí también interesa tutelar no solamente los intereses económicos del sujeto, sino también el vinculado con el gobierno de su persona, lo cual justifica la participación del asesor de menores (ver nota 34).

1 bis. Inhabilitación: objetivo. - A) La inhabilitación constituye la realización ordenada de la idea de asistencia, que es esencialmente apropiada para los casos en que el sujeto, si bien dotado de discernimiento para la generalidad de los actos, ostenta fallas indudables en algunos aspectos; de ahí que resulta suficiente someter al inhabilitado al control de un curador sólo en esos aspectos determinados (ver nota 35). El instituto de la inhabilitación busca la protección de aquellas personas que sin ser dementes en sentido jurídico, se puede temer que la plena capacidad afecte irremediablemente su patrimonio, su salud física y psíquica futura, y todos los demás campos en los que esa personalidad limitada se debe desenvolver (ver nota 36). El régimen de inhabilitación o de semiincapacidad es el

medio técnico escogido por el derecho contemporáneo para suplir las deficiencias psíquicas de que adolecen ciertas personas médicamente normales, cuando esos defectos pueden traducirse en perjuicios patrimoniales para ellas y consiguientemente para sus familias, procurando mediante tal institución y sin necesidad de colocarlas en idéntica situación que los dementes, la asistencia apropiada para los casos en que aquéllas, si bien dotadas de discernimiento para la generalidad de sus actos, ostenten fallas indudables en algunos aspectos que hagan menester someterlas al control de otras personas para el ejercicio de ciertos y determinados actos cuya trascendencia económica pueda repercutir desfavorablemente en sus patrimonios (ver nota 37).

B) El art. 152 bis , Cód.Civ., resulta de gran utilidad para otorgar un esquema de protección a aquellas personas que se hallan inmersas en estados intermedios que, al no impedirle administrar su patrimonio y gobernar su persona, no son pasibles de ser declarados dementes (ver nota 38). La diferencia de la inhabilitación de personas con el supuesto de demencia se explica muy naturalmente: la demencia genera una incapacidad en tanto que la ebriedad, la toxicomanía, la disminución de facultades, la prodigalidad, no; sólo permiten adoptar una medida tuitiva que, mientras no se la adopte, deja a la persona en el uso pleno de su capacidad (ver nota 39).

3. Inhabilitación: legitimación y recaudos para solicitarla. - Al requerir el peticionario la propia inhabilitación, fundada en alegados estados depresivos, y ante la superposición de los roles activo y pasivo -denunciante y denunciado-, es acertada la decisión de proveer un curador provisional que atienda a la defensa de la capacidad de aquél, en tanto que, de otra manera, quedaría vacante por la propia decisión del autodenunciante; en tal caso, queda asegurada así la plena trasparencia de los trámites judiciales seguidos en una cuestión tan delicada como es la que puede afectar la capacidad de la persona (ver nota 40). Las dificultades propias de un diagnóstico de insania o de que una persona se halla entre los supuestos contemplados por el art. 152 bis , Cód.Civ., obligan a los denunciantes a agotar la diligencia necesaria para conocer lo que el código califica como "verdadero estado de las cosas", teniendo en cuenta que el régimen legal de la protección de los dementes -y con mayor razón de los inhabilitados- no persigue solamente resguardar la salud de éstos, sino también protegerlos de su propia inconciencia y de la explotación de los terceros (ver nota 41).

6804/11621

4. Inhabilitación por prodigalidad: objetivo. - A) El art. 152 bis busca proteger el patrimonio más allá del pequeño límite que significaría la mera garantía de la eventual prestación alimentaria, no sólo en beneficio del propietario, sino también en beneficio del grupo familiar más próximo y aun contra lo que serían posibilidades jurídicas de su titular; en el caso de la prodigalidad ello sucede cuando objetivamente se ha comprobado una conducta habitual que demuestra una irrazonable manera de conducir los negocios y que deriva en la dilapidación del patrimonio (ver nota 42). La inhabilitación autorizada por el art. 152 bis , Cód.Civ., es una protección en favor del grupo familiar integrado por el mismo pródigo, su cónyuge, ascendientes o descendientes, para que en virtud de una conducta irrazonable y habitual no resulte dilapidado el patrimonio que, aunque se halle dominialmente en cabeza del pródigo, tiene trascendencia presente y futura en beneficio no sólo de él, sino de los otros miembros del grupo familiar (ver nota 43). El legislador, al regular la prodigalidad como causal de inhabilitación, puso su acento en la protección de los intereses familiares (ver nota 44).

5. Prodigalidad: configuración. - A) Debe haber habitualidad en el accionar del pródigo, ya que un acto aislado no parece suficiente para llegar a una declaración de prodigalidad (ver nota 45). Para encuadrar a una persona dentro del concepto jurídico de pródigo deben darse los siguientes requisitos: a) la existencia de un núcleo familiar compuesto por cónyuge, ascendientes o descendientes; b) la conducta dilapidatoria; c) la habitualidad de dicha conducta; y d) la pérdida de parte importante del patrimonio (ver nota 46). La prodigalidad debe ser juzgada a la luz de la situación personal de cada individuo y no en forma genérica (ver nota 47).

B) La dilapidación de los bienes debe provenir de gastos irracionales ruinosos, excesivos, injustificados, vanos, inútiles, insensatos o caprichosos, porque si ellos, aunque excesivos, responden a una finalidad justificada, sensata o que tienen razón de ser, ya no se podrá decir que hay prodigalidad (ver nota 48). La prodigalidad como causal de inhabilitación debe darse en los actos de administración y disposición, y si bien, en principio, no cabe encontrar la dilapidación en los actos de administración, ello no es así cuando además de malgastarse las rentas se suma la pérdida de bienes de capital (ver nota 49).

C) El buen nombre comercial de que goza la inhabilitada no es incompatible con el carácter de pródiga, ya que el buen nombre comercial se destruye con actividades excesivamente especulativas o de frecuentes ardides comerciales, pero no mediante una tendencia a liquidar el propio patrimonio (ver nota 50).

6. Inhabilitación por prodigalidad: alcance. - La inhabilitación no implica una sanción contra la demandada, sino al contrario, una manera de colaborar con ella por medio de un curador que la asistirá para la realización de actos patrimoniales, para evitar así que continúe actuando de modo perjudicial para ella y su familia (ver nota 51). La declaración de inhabilitación por prodigalidad sucede cuando objetivamente se ha comprobado una conducta habitual del causante, que demuestra una irrazonable manera de conducir los negocios y que deriva en la dilapidación del patrimonio (ver nota 52). Al dejar el Código librada a la interpretación judicial la apreciación cuantitativa de "la parte importante" del patrimonio dilapidado, a ese fin se habrá de tener en cuenta la fortuna personal del denunciado, pues la parte importante del patrimonio, que la ley exige, está referida a aquélla (ver nota 53).

7. Inhabilitación: requisitos. - A) Para dar trámite al pedido de inhabilitación fundado en la causal del art. 152 bis , inc. 2, Cód.Civ., es requisito indispensable que previamente dos médicos examinen al demandado a los fines previstos por los arts. 624 y 625, CPCC; sólo con el resultado del informe médico se tiene un elemento objetivo que autoriza a presumir que existen motivos serios y valederos como para someter al demandado a la investigación de si sus facultades están disminuídas o no (ver nota 54). Es inaceptable sostener que, en caso de duda, la inhabilitación puede constituír una medida de prudencia, ya que la capacidad como atributo de la persona no es susceptible de restricción alguna si no están totalmente configurados los requisitos que, por excepción, pueden determinar tal medida (ver nota 55). Para determinar si el estado de una persona encuadra en el supuesto previsto en el art. 152 bis , inc. 2, es prueba primordial el examen médico que al efecto se practica, el cual reviste particular importancia y constituye la prueba esencial, aunque no exclusiva, cuya valoración debe hacérsela en función de su naturaleza técnica (ver nota 56).

B) En cambio, para decretar la inhabilitación por prodigalidad es innecesario el dictamen médico o psicológico, ya que la prodigalidad no es consecuencia de una alteración mental, sino de una actitud patológica frente al patrimonio, constituyendo un problema de orden espiritual que requiere el amparo judicial (ver nota 57); sin embargo, sería de gran utilidad para el sentenciante, no ya como una prueba determinante sino como un elemento significativo, contar con un informe psicológico respecto de la personalidad del denunciado (ver nota 58).

C) No se configura la prodigalidad como causal de inhabilitación con la sola posibilidad de exponer a la familia a la pérdida del patrimonio; sino que es necesario que se haya dilapidado una parte importante del patrimonio (ver nota 59).

D) En el juicio de inhabilitación por prodigalidad no corresponde la designación de curador ad litem; en cambio, es procedente el nombramiento de un curador provisional a los bienes en función de lo dispuesto en los arts. 148 y 471 , Cód.Civ., aplicables por analogía al supuesto mencionado; no obsta a esa conclusión lo preceptuado por el art. 637 ter , CPCC, por cuanto la circunstancia de que dicha norma determine que la causa por prodigalidad se debe tramitar por el proceso sumario, no excluye la posibilidad de que se designe un curador provisional a los bienes del supuesto pródigo (ver nota 60).

8. Inhabilitación por prodigalidad: procedencia e improcedencia. - A) No basta, para autorizar la declaración de prodigalidad, que las sumas percibidas por la enajenación de los bienes no fueran provechosamente invertidas (ver nota 61). La tutela jurídica de la inhabilitación no debe apuntar a restringir la libertad de quien vende mucho, sino a protegerlo si se acredita prima facie que dilapidó el precio de sus enajenaciones o les dio destino incierto a los fondos percibidos (ver nota 62).

B) La inhabilitación por prodigalidad procede cuando parte importante del patrimonio ha sido íntegramente consumida por actos de dilapidación, pero no cuando lo hubiere sido por la suma de éstos con otros gastos que aparezcan como normales y corrientes para el denunciado (ver nota 63). La prodigalidad debe surgir de la realización de actos de disposición, pero nunca exclusivamente de los de administración o meramente

conservatorios, incluso admitiendo que se trata de un negocio desfavorable a los intereses de la propietaria (ver nota 64).

6804/11671

9. Disminuídos mentales y alcoholismo. - A) El supuesto previsto por el inc. 2, art. 152 bis , Cód.Civ., requiere: a) disminución de facultades; b) que el ejercicio de la plena capacidad puede producir presumiblemente daño a la persona o patrimonio del afectado; en cuanto al extremo a, la ley no distingue entre facultades físicas o psíquicas, comprendiendo a cualquiera de ellas. Respecto al presupuesto b, típicamente jurídico, no supone incapacidad o imposibilidad total, o graves dificultades para administrar bienes o dirigir la persona, la ley se coloca por debajo de esos extremos, al exigir tan sólo que las deficiencias físicas o psíquicas, hagan presumir la posibilidad de daño a la persona o patrimonio, en virtud del ejercicio de la plena capacidad (ver nota 65). El art. 152 bis , inc. 2, Cód.Civ., se refiere a los casos de alteración de la salud mental que reviste caracteres patológicos sin llegar a la demencia senil; la simple senectud no es causa de inhabilitación, pues supone el deterioro mental que experimenta el organismo humano por el trascurso de los años y que no tiene carácter patológico. La regla de la capacidad de las personas implica la defensa de su libertad, de su dignidad, que emana de su independencia, y de su orgullo, no interesando las expectativas hereditarias de sus futuros sucesores (ver nota 66).

B) El alcoholismo, por sí, no crea en el enfermo inaptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes, salvo que como consecuencia de él terminen alteradas sus facultades mentales (ver nota 67).

10. Designación de curador y funciones. - A) El art. 152 bis , Cód.Civ., establece que cuando se declare la inhabilidad, se deberá nombrar un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia, y si bien es cierto que la doctrina se inclina por considerar que las funciones del curador son las de asistir al inhabilitado y no las de representación, y, además, se debe tener cuidado en no aplicar a los inhabilitados las disposiciones de la curatela referentes a la interdicción, pues están destinadas a prever supuestos muy distintos, la norma no establece con criterio absoluto, ni limitativo las facultades del curador. Normalmente éstas serán las de dar conformidad para que el inhabilitado pueda disponer de sus bienes por actos entre vivos, pero ello no excluye que esas facultades puedan ampliarse, según las circunstancias particulares de cada caso (ver nota 68). La facultad judicial de reglamentar otras funciones del curador, conforme a las circunstancias del caso, debe interpretarse y ejercerse en orden a finalidades amplias de protección; cuando la naturaleza y característica propias de la enfermedad hagan posible su agravación, debe munírselo de atribuciones específicas, tendientes a prevenir los perjuicios personales y aun de terceros (ver nota 69). Cuando puede darse la eventualidad de que la causante, dado su síndrome delirante persecutorio, pueda en algún momento requerir internación, el tribunal considera prudente disponer que el curador, al margen de las funciones previstas en el antepenúltimo párrafo del art. 152 bis , visite periódicamente a la inhabilitada para informar la evolución de su salud y que pueda hacer uso de la facultad otorgada por los arts. 482 , últ. parte, CPCC, y el 1 de la ley 22914 (ver nota 70).

B) Si el alimentado es un adicto a las drogas, y si el tratamiento a que estaba sometido en forma ambulatoria no ha dado resultados positivos y no se ha propuesto ninguna solución satisfactoria para asegurar que la cuota será usada para lograr su efectiva rehabilitación y no, al contrario, para fomentar su vicio; es imperativo el nombramiento de un curador ad litem con facultades para administrar la cuota establecida, con expreso cargo de atender a su tratamiento e informar al juzgado sobre su evolución en forma trimestral (ver nota 71).

C) La intervención del curador ad litem garantiza la validez de los trámites efectuados en caso de trasformarse luego la inhabilitación en insania. Así, la designación del curador importa una mayor garantía de la defensa de los intereses de la persona denunciada (ver nota 72).

D) El curador provisional de la denunciada por inhabilitación debe colaborar en los actos de administración del patrimonio de ella, para ejercer su control y al solo efecto de propender a salvaguardar los intereses de aquélla en los actos de disposición que se realicen con su producido, sin que ello importe separar a la denunciada de la administración (ver nota 73).

E) El curador no representa al inhabilitado; su función es de asistencia limitada a la conformidad con el acto que quiera realizar aquél; por ello, dado que para la validez de los actos de disposición basta la expresión de voluntad del inhabilitado y de su curador, carece de sustento legal la exigencia de que se deposite a la orden del juzgado el monto que debe percibir el causante por la venta de un bien de su propiedad (ver nota 74).

F) La protección que brinda el art. 152 bis no se limita a lo patrimonial, como se podría pensar si sólo se atendiera a las funciones ordinarias del curador que expresa el penúltimo párrafo. Al contrario, abarca los intereses de la persona del inhabilitado (ver nota 75). En los supuestos de los incs. 1 y 2 se advierte que la inhabilitación procura tutelar a los ebrios habituales, los toxicómanos y los disminuídos en sus facultades, en prevención de daños que el ejercicio pleno de su capacidad pudiera producir tanto a su persona, como a su patrimonio; es consecuencia, de esa doble finalidad, que las funciones normales de asistencia del curador no estén limitadas a la preservación de los bienes materiales, sino que debe comprender la vigilancia de todos los actos de su curado que puedan irrogarle daños de aquellas dos especies (ver nota 76).

11. Curadores oficiales: facultades. - El curador de alienados carece de legitimación para interponer -por sí solo y sin contar con la manifestación de voluntad de la persona a quien asiste- recursos extraordinarios, ya que dicho funcionario no sustituye ni representa a su asistido (ver nota 77). En los supuestos en que se sostiene que renace la intervención del Ministerio Pupilar, para el caso de la inhabilitación, no cabe limitarse a las controversias que pueden suscitarse entre curador e inhabilitado respecto a sus cuestiones patrimoniales y al eventual pedido de rehabilitación, sino a todos los casos en que el status jurídico del causante, con posterioridad al dictado de la sentencia, sea asimilable a la situación de incapacidad de un mayor adulto o bien cuando las funciones asignadas por el juez al curador alcancen aspectos que redunden en la integridad personal del inhabilitado (ver nota 78). Es procedente la intervención del Ministerio Público de Incapaces con posterioridad al dictado de una sentencia de inhabilitación, en los términos del art. 152 bis , incs. 1, 2 y 3, Cód.Civ. (ver nota 79).

12. Inhabilitación: efectos. - A) La sentencia de inhabilitación no es declarativa sino, al contrario, constitutiva de la condición de inhabilitado (ver nota 80). La inhabilitación judicial prevista en el art. 152 bis , inc. 2, Cód.Civ., no convierte en incapaz de obrar al inhabilitado, ya que éste sólo sufre una limitación de su capacidad de hecho, siendo él mismo quien otorga los actos comprendidos en su incapacidad de obrar, aunque para ello requiera la conformidad del curador que lo asiste (ver nota 81). Si bien es cierto que la sentencia de interdicción o inhabilitación no trae consecuencias para excluír o admitir la responsabilidad de las personas, no es menos cierto que lo dispuesto por el art. 34 , inc. 1, Cód.Pen., en cuanto a medida de seguridad, tiene un alcance administrativo extrapenal destinada a amparar a la sociedad y proteger al incapaz, sin perjuicio de la intervención del juez civil. Y es a partir de la intervención del juez civil que entran en funcionamiento todas las medidas que hay que adoptar, así como fiscalización del régimen de visitas, consecuencias del ejercicio de facultades jurisdiccionales diferidas por la naturaleza del asunto y propias a la competencia de los jueces civiles ordinarios (ver nota 82).

B) Si bien el art. 152 bis , Cód.Civ., no define la condición básica del inhabilitado, se entiende que no es un incapaz, y conserva su capacidad para todos los actos de la vida civil (ver nota 83), a excepción de los que aquella norma prevé impedir. La sentencia que decreta la inhabilitación es constitutiva, y sus efectos se producen desde que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, lo que es óbice a que fundamente la anulación de los actos anteriores a aquélla, puesto que el art. 473 , Cód.Civ., en cuanto posibilita la anulación de ellos en función de la notoriedad del estado de la persona tiene como presupuesto la interdicción y no es de aplicación analógica (ver nota 84).

C) No cabe dictar una sentencia de inhabilitación, por cualquiera de las causales del art. 152 bis , Cód.Civ., cuando la persona denunciada ha fallecido. Este tipo de sentencia, que la doctrina ha dado en calificar de constitutiva, es estrictamente personal, puesto que apunta a calificar o modificar la situación o estado del individuo dentro del ordenamiento jurídico, y su desaparición física no puede sino tornar improcedente el pedido que se formula (ver nota 85).

13. Apreciación de la incapacidad. - A) Cabe encuadrar en el concepto de ligereza a quienes están afectados por alguna de las inhabilidades del art. 152 bis , Cód.Civ., rechazándose un alcance demasiado amplio porque llegaría a

comprender a personas normales que, obrando sin la debida cautela y con precipitación, celebran actos jurídicos sin medir las consecuencias; pero, en los supuestos de enfermedades psíquicas, tampoco el rigor ha de llegar al punto de exigir un cuadro estrictamente configurativo de la hipótesis del inc. 2 de aquella norma (ver nota 86). Para determinar la eficacia probatoria de la prueba pericial médica en los procesos de inhabilitación, se debe distinguir entre el dictamen que admite la enfermedad y el que lo niega; si según el dictamen el denunciado está sano, el juez debe ajustarse a él, ya que de lo contrario se desconocería el valor del informe médico como garantía de justicia del procedimiento. Pero a la inversa, cuando el dictamen de los médicos se pronunciase por la enfermedad del denunciado, puede el juez, en base a otras pruebas, persuadirse de la opinión contraria, y en tal caso, como su decisión no sería lesiva de la capacidad del denunciado, no estaría obligado a ceñirse al parecer de los médicos (ver nota 87). Constituye un elemento de juicio suficiente para enervar las conclusiones de la pericia médica sobre la incapacidad de una presunta insana, la impresión de la denunciada formada por el juez en una entrevista personal con ella (ver nota 88). Para poder apartarse el juzgador de las conclusiones allegadas por los expertos debe tener razones muy fundadas, pues si bien es verdad que las normas procesales no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, no lo es menos en cuanto el informe comporta la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del perito, técnicamente ajeno al hombre de derecho (ver nota 89).

B) Para decretar la inhabilitación, el juez debe estar persuadido de que el ejercicio de la plena capacidad pueda, presumiblemente, resultar al enfermo un daño en su persona o en sus intereses; lo que es determinante para la decisión judicial es la protección del disminuído psíquica o físicamente (ver nota 90). Por tanto, si bien el inhabilitado es básicamente capaz, aunque con su capacidad restringida, tal limitación debe disponerse en la misma medida de la posibilidad de causarse daños en su persona y en su patrimonio (ver nota 91).

C) Si la jurisprudencia admitiera la inhabilitación de simples senectos, resultaría afectada la seguridad jurídica de vastos sectores de personas en materia tan importante como es su propia capacidad. Las legítimas decisiones, conveniencias y preferencias de los ancianos estarían supeditadas a la aprobación o censura de quienes podrían emprender, o no, procesos de inhabilitación, según fuere la docilidad o independencia de aquéllos (ver nota 92).

14. Inhabilitación: cuestiones procesales. - La índole particular de este tipo de acciones, alejadas del paradigma clásico del juicio contradictorio, imbuído de un fuerte contenido ordálico o de combate judicial, hace que las reglas de éste no sean aplicables, sino con grandes adaptaciones y apreciando serenamente en qué medida y cómo pueden ser empleadas aquí. Sobre dicho aspecto se ha expuesto que:

a) La aplicación a los procesos de inhabilitación de las normas pertinentes que rigen los de declaración de demencia, debe ser merituada por el órgano jurisdiccional conforme a las particularidades que le son propias a aquellos procesos, en cada caso específico, y atendiendo las circunstancias emergentes de los antecedentes y constancias de la causa (ver nota 93).

b) Los parientes del incapaz, sean o no denunciantes, carecen de derecho de intervenir en el juicio de inhabilitación, y no revisten el carácter de partes, porque su participación en todas las cuestiones que pueden plantearse en un proceso podrían jugar en detrimento del buen desarrollo del expediente, y por consiguiente en perjuicio de su beneficiaria, pero se debe admitir su intervención cuando se intente acreditar que quien ha sido designado curador no es idóneo al efecto (ver nota 94).

c) La prodigalidad, que se ha reglamentado especialmente considerando el interés patrimonial de la familia, a diferencia de la demencia y de las otras inhabilitaciones, está inclinadamente dirigida al problema del dispendio del patrimonio; es por ello admisible sostener que el dilema de las costas no dependerá del error o la malicia del denunciante sino de la derrota y los principios comunes en la distribución de aquéllas, previstos por los arts. 68 y concs., CPCC (ver nota 95).

d) Si existieron elementos de carácter objetivo -internaciones y tratamiento psiquiátrico-, además de un certificado médico, que pudieron conducir a la peticionaria a creer, razonablemente y dentro de una secuencia lógica, que la

denunciada podía estar encuadrada en alguno de los supuestos previstos en el art. 152 bis , Cód.Civ., y no revistiendo mayor relevancia la mala fe que se atribuye a la denunciante, corresponde disponer la eximición de costas (ver nota 96).

e) Las medidas precautorias previstas en el art. 629 , CPCC (que resulta aplicable a los alcoholistas habituales, toxicómanos y disminuídos, según el art. 637 bis), proceden cuando la demencia o los estados a que se refieren los incs. 1 y 2 del art. 152 bis , Cód.Civ., sean notorios e indudables; así, es menester en principio que ello surja del peritaje o de los certificados médicos iniciales necesarios para la admisibilidad de la denuncia, lo cual supone la oportuna o coetánea apertura del proceso en los términos del art. 626 del Cód. Procesal (ver nota 97).

f) Para el incapaz lo más importante no es el dictado de la sentencia de incapacidad, sino la posterior actividad de control sobre su persona y la de su curador, que debe realizar el juez, con la concurrencia del Ministerio de Incapaces, y ello sólo es posible si existe una razonable inmediación que resulta manifiestamente imposible si se sostiene la competencia de un juez de Capital Federal respecto de un incapaz definitivamente afincado en una jurisdicción lejana (ver nota 98).

15. Inhabilitados: facultad de disposición. - Antes de la inhabilitación de personas no hay ninguna restricción legal al derecho de disposición, de tal modo que no se puede, como en el caso de demencia, pretender la nulidad del acto so pretexto de que la deficiencia o la prodigalidad eran notorias (ver nota 99). Ni aun cuando la deficiencia psíquica o la debilidad mental puedan ser notorias, por sí solas no inhabilitan al afectado, pues sólo la sentencia judicial puede crearle una limitación a su capacidad; de modo tal que no se puede, como en el caso de la demencia, pretender la nulidad del acto otorgado por el disminuído con invocación de la notoriedad del art. 473 , Cód.Civ. (ver nota 100). El inhabilitado no es un incapaz, sino que se le veda la realización por sí mismo de ciertos actos que exceden de una administración de rutina, sometiéndolos al control de otra persona que, en materia de asistencia, concreta la idea de la ley, un curador, que suplirá las falencias de un sujeto dotado medianamente para algunos aspectos de su vida, pero con déficit en algunos actos de trascendencia económica, por ejemplo (ver nota 101).

16. Télesis de la norma. - El art. 152 bis , inc. 2, Cód.Civ., prevé la inhabilitación judicial a los disminuídos en sus facultades mentales, cuando el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio; la ley se limita a regir las situaciones excepcionales de insuficiencia de la aptitud natural de discernimiento y de gobierno que cada uno tiene sobre sí mismo, las que, por tanto, deben ser interpretadas estrictamente (ver nota 102).

6804/11751

17. Inhabilitados: ejercicio de actos no vedados. - Desde que la situación jurídica del inhabilitado es la de capaz, salvo los actos de disposición entre vivos y los de administración que por la sentencia le hubieran sido prohibidos, puede realizar toda clase de actos jurídicos, necesitando para los primeros la conformidad del curador (ver nota 103). La inhabilitación de por sí no limita el derecho del causante a votar o facultad análoga, si no se dan las causas que justifiquen dicha limitación (ver nota 104). El instituto de la inhabilitación -art. 152 bis , Cód.Civ. sólo autoriza la limitación de las facultades del inhabilitado en orden a la administración y disposición de sus bienes (ver nota 105).

(nota 1) CNCiv.F, 14/6/85, LL 1985-E-139.

(nota 2) CNCiv.F, 19/10/83, ED 108-372.

(nota 3) CNCiv.C, 29/10/84, ED 113-305.

(nota 4) CNCiv.C, 29/10/84, LL 1985-C-654 (36.914-S) y ED 113-305; íd., 16/10/85, LL 1986-C-360.

(nota 5) CNCiv.D, 22/6/82, LL 1983-A-313.

(nota 6) CNCiv.B, 24/4/84, LL 1984-C-448.

(nota 7) CNCiv.C, 11/12/85, LL 1986-B-273 y ED 117-564.

(nota 8) CNCiv.D, 22/6/82, LL 1983-A-313.

(nota 9) CNCiv.C, 11/12/85, ED 117-564.

(nota 10) CNCiv.C, 12/8/85, ED 116-126 (dictamen del asesor de menores de Cámara).

(nota 11) CC1ª SI, 8/4/75, ED 61-163.

(nota 12) CC SMart.II, 28/2/89, ED 133-614.

(nota 13) CC SMart.II, 28/2/89, ED 133-614.

(nota 14) CNCiv.F, 11/2/85, ED 113-653 (43-SJ).

(nota 15) CNCiv.A, 15/11/84, ED 117-631 (519-SJ).

(nota 16) CNCiv.A, 12/7/82, ED 102-327.

(nota 17) CNCiv.C, 11/12/85, LL 1986-B-273 y ED 117-564; íd., B, 24/4/84, LL 1984-C-448.

(nota 18) CNCiv.A, 15/11/84, LL 1985-A-78 y ED 117-631 (519-SJ).

(nota 19) CNCiv.B, 24/4/84, ED 115-138 (dictamen del asesor de menores de Cámara).

(nota 20) CNCiv.A, 15/11/84, LL 1985-A-78 y ED 117-631 (519-SJ).

(nota 21) CNCiv.A, 15/11/84, LL 1985-A-78.

(nota 22) CC2ª LPl.3ª, 15/3/94, Juba7 B352000.

(nota 23) CC2ª LPl.3ª, 15/3/94, Juba7 B351999.

(nota 24) CNCiv.D, 30/11/83, LL 1984-B-182.

(nota 25) CNCiv.F, 12/3/85, ED 114-676 (125-SJ).

(nota 26) CNCiv.A, 30/7/85, LL 1985-E-82.

(nota 27) CNCiv.A, 30/7/85, LL 1985-E-82.

(nota 28) CNCiv.F, 12/3/85, LL 1985-B-507 y ED 114-676 (125-SJ).

(nota 29) CNCiv.A, 20/10/81, LL 1982-A, 272.

(nota 30) CSN, 1/8/89, LL 1989-E-405.

(nota 31) CC Mor.1ª, 19/4/88, Juba7 B2300274.

(nota 32) CC BBl.II, 29/10/86, DJ 987-2-118.

(nota 33) CNCiv.E, 2/10/85, LL 1986-A-399; íd., C, 16/10/85, LL 1986-C-360; íd., 11/12/85, LL 1986-B-273 y ED 117-564; CC1ª MdelPl.1ª, 28/6/94, Juba7 B1351071.

(nota 34) CNCiv.A, 30/7/85, LL 1985-E-82.

(nota 35) CNCiv.H, 4/10/89, LL 1990-B-103.

(nota 36) CNCiv.G, 19/5/88, LL 1988-E-233 y ED 130-164.

(nota 37) CC SFe I, 22/3/79, JA 1979-IV-477; CNCiv.G, 19/5/88, LL 1988-E-233; íd., H, 4/10/89, LL 1990-B-103.

(nota 38) CNCiv.G, 9/5/90, ED 140-323.

(nota 39) CNCiv.E, 6/9/83, LL 1984-A-426 y ED 107-272.

(nota 40) CNCiv.A, 14/2/89, LL 1989-C-329 y DJ 1989-2-761.

(nota 41) CNCiv.C, 9/10/90, ED 142-145.

(nota 42) CNCiv.F, 10/11/86, ED 125-552.

(nota 43) CNCiv.F, 10/11/86, LL 1987-B-205 y DJ 987-2-379.

(nota 44) CNCiv.E, 23/9/87, LL 1988-A-472 y DJ 988-1-1055.

(nota 45) CNCiv.F, 10/11/86, LL 1987-B-205 y DJ 987-2-379.

(nota 46) CNCiv.E, 23/9/87, LL 1988-A-472 y DJ 988-1-1055 (disidencia del Dr. Calatayud).

(nota 47) CNCiv.E, 23/9/87, LL 1988-A-472 y DJ 988-1-1055 (disidencia del Dr. Calatayud).

(nota 48) CNCiv.E, 23/9/87, LL 1988-A-472 y DJ 988-1-1055.

(nota 49) CNCiv.E, 23/9/87, LL 1988-A-472 y DJ 988-1-1055.

(nota 50) CNCiv.F, 10/11/86, LL 1987-B-205 y DJ 987-2-379.

(nota 51) CNCiv.F, 10/11/86, LL 1987-B-205 y DJ 987-2-379.

(nota 52) CNCiv.E, 23/9/87, LL 1988-A-472 y DJ 988-1-1055 (dictamen del asesor de menores de Cámara).

(nota 53) CNCiv.E, 23/9/87, LL 1988-A-472 y DJ 988-1-1055.

(nota 54) CNCiv.E, 22/7/80, ED 91-486.

(nota 55) CNCiv.G, 4/12/80, LL 1981-B-26, JA 981-I-516 y ED 93-278 (fallo 1ª inst).

(nota 56) CNCiv.G, 19/5/88, LL 1988-E-233.

(nota 57) CNCiv.E, 23/9/87, LL 1988-A-472 y DJ 988-1-1055 (dictamen del asesor de menores de Cámara).

(nota 58) CNCiv.E, 27/11/87, LL 1988-C-324 (dictamen del asesor de menores de Cámara).

(nota 59) CNCiv.E, 23/9/87, LL 1988-A-472 y DJ 988-1-1055.

(nota 60) CNCiv.E, 19/3/84, ED 109-268.

(nota 61) CNCiv.E, 23/9/87, LL 1988-A-472 y DJ 988-1-1055 (disidencia del Dr. Calatayud).

(nota 62) CNCiv.E, 27/11/87, LL 1988-C-324 (dictamen del asesor de menores de Cámara).

(nota 63) CNCiv.E, 23/9/87, LL 1988-A-472 y DJ 988-1-1055 (disidencia del Dr. Calatayud).

(nota 64) CNCiv.E, 23/9/87, LL 1988-A-472 y DJ 988-1-1055 (disidencia del Dr. Calatayud).

(nota 65) CC CUr. CC, 3/10/78, Z 980-21-108.

(nota 66) CC BBl.2ª, 29/10/86, DJ 987-2-118.

(nota 67) CC SMart.II, 4/6/87, DJ 988-2-39.

(nota 68) CNCiv.C, 11/12/85, LL 1986-B-273 y ED 117-564; íd., C, 16/10/85, LL 1986-C-360.

(nota 69) CNCiv.C, 11/12/85, LL 1986-B-273 y ED 117-564.

(nota 70) CNCiv.C, 11/12/85, LL 1986-B-273 y ED 117-564.

(nota 71) CNCiv.B, 23/5/80, ED 89-142.

(nota 72) CNCiv.I, 2/9/92, LL 1993-B-36.

(nota 73) CNCiv.G, 10/11/87, LL 1988-A-485 y DJ 988-2-17.

(nota 74) CNCiv.B, 19/3/93, LL 1993-D-355.

(nota 75) CNCiv.C, 16/10/85, LL 1986-C-360; íd., 11/12/85, LL 1986-B-273 y ED 117-564.

(nota 76) CNCiv.C, 11/12/85, LL 1986-B-273 y ED 117-564.

(nota 77) SCBA, 3/10/89, LL 1990-A-191.

(nota 78) CNCiv.D, 29/11/90, LL 1991-D-376 y DJ 1991-2-739 (dictamen del asesor de menores de Cámara).

(nota 79) CNCiv.D, 29/11/90, LL 1991-D-376 y DJ 1991-2-739.

(nota 80) CCFyS Tuc., 22/4/80, JA 980-IV-481.

(nota 81) CC1ª Córd., 24/6/80, BJC XXIV-219.

(nota 82) CNCiv.Superint., 30/12/86, LL 1987-C-411 y DJ 987-2-875.

(nota 83) Ver arts. 54 y 55, Cód.Civ.

(nota 84) CC SI 2ª, 28/5/91, Juba7 B1750107.

(nota 85) CNCiv.G, 4/12/80, LL 1981-B-26, JA 981-I-516 y ED 93-278.

(nota 86) CNCiv.E, 8/6/82, JA 983-I-636.

(nota 87) CNCiv.G, 4/12/80, LL 1981-B-26, JA 981-I-516 y ED 93-278 (fallo 1ª inst.).

(nota 88) CNCiv.G, 4/12/80, LL 1981-B-26, JA 981-I-516 y ED, 93-278 (fallo 1ª inst.).

(nota 89) CNCiv.B, 24/4/84, LL 1984-C-448.

(nota 90) CNCiv.G, 4/12/80, LL 1981-B-26, JA 981-I-516 y ED 93-277 (fallo 1ª inst.).

(nota 91) CNCiv.C, 11/12/85, LL 1986-B-273 y ED 117-564.

(nota 92) CNCiv.D, 22/6/82, LL 1983-A-313.

(nota 93) CNCiv.G, 10/11/87, LL 1988-A-485 y DJ 988-2-17.

(nota 94) CNCiv.G, 19/5/88, LL 1988-E-233.

(nota 95) CNCiv.C, 2/11/89, LL 1990-C-231.

(nota 96) CNCiv.B, 27/12/89, LL 1991-A-531 (J. Agr., caso 7175).

(nota 97) CNCiv.C, 21/11/91, LL 1992-B-152 y DJ 1992-1-877.

(nota 98) CNCiv.A, 7/10/92, LL 1993-A-215 (dictamen del asesor de menores de Cámara).

(nota 99) CNCiv.E, 6/9/83, LL 1984-A-426 y ED 107-272.

(nota 100) CNCom.C, 30/6/89, ED 137-595.

(nota 101) CC CUr. CC, 20/12/77, JA 978-IV-388.

(nota 102) CNCiv.C, 13/5/82, ED 100-625.

(nota 103) CNCiv.B, 19/3/93, LL 1993-D-355.

(nota 104) CNCiv.H, 4/10/89, LL 1990-B-103.

(nota 105) CNCiv.E, 2/10/85, LL 1986-B-399.

CAPACIDAD La curatela en el Código Civil (ED, 195-980)
CAPACIDAD: CODIGOS DERECHO CIVIL INSANIA - Cita: ED, 195-980 Autor: Hernán Enrique Rocca Sumario

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. - II. EL CURADOR DEFINITIVO. - III. EL CURADOR AD LITEM. - IV. EL CURADOR A LOS BIENES. - V. CURADOR ESPECIAL. - VI. CONCLUSIONES.

Introducción: Sabido es que los incapaces absolutos de hecho -las personas por nacer; los menores impúberes; los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (art. 54, cód. civil)-, al no poder ejercer por sí mismos sus derechos, deben tener necesariamente un representante que se denomina por eso representante necesario (art. 56, cód. cit.). Por intermedio de tal representante pueden ellos adquirir derechos o contraer obligaciones, y realizar en general todos los actos de la vida civil que no estén excluidos por la ley de las facultades concedidas a ese representante (arts. 56 y 62, cód. civil).
Y sabido es también, que con la sola excepción del caso de los menores y habitualmente las personas por nacer, el representante de los incapaces se denomina en nuestro código Curador (art. 57).
Pero ocurre que las cuestiones que pueden suscitarse son muchas y variadas, y por eso el codificador habla de curatela o curadores en numerosos artículos, ubicados la mayor parte de ellos en el Libro Primero De las personas, principalmente en la Sección Segunda De los derechos personales en las relaciones de familia, Títulos XIII De la curatela y XIV Del Ministerio Público de Menores; pero también en otras partes del código: tal es lo que ocurre en la Sección Primera de ese Libro De las personas en general, y en los tres libros restantes.
Es así como el Código Civil contempla cuatro clases distintas de curadores y hace aplicables las normas referentes a ellos, a situaciones que presentan cierta analogía pero que no están referidas precisamente a incapaces absolutos de hecho: tal es lo que ocurre con los inhabilitados del art. 152 bis, y con las herencias vacantes de los arts. 486, 487 y 3540 a 3544.
Pero el codificador no ha sido -a nuestro juicio- todo lo claro y preciso que era de desear, a la hora de establecer las funciones que a cada una de esas clases de curadores corresponde y consecuentemente al determinar las atribuciones o facultades que a cada una de ellas le compete; como así tampoco al precisar las situaciones que imponen en cada caso su designación, y las condiciones que deben reunirse para que proceda el juez a designarlo. Es por eso que los abogados y aun los jueces hablan promiscua e indistintamente de curador provisorio, curador ad litem, curador provisional, curador especial, curador interino, curador ad hoc, curador a los bienes o de los bienes, etc; por ello consideramos útil intentar una sistematización de las distintas clases o formas de curatela, que posibilite un funcionamiento mejor y más armónico de todo lo relativo a la representación de los incapaces, y a la protección de sus personas, derechos e intereses económicos.

II El curador definitivo:

La primera y gran distinción que debe hacerse es entre curador definitivo por un lado, y los demás curadores por el otro, los que son designados en ciertas y determinadas circunstancias o para ciertos y determinados actos. El primero es el que se da a los mayores de edad dementes, tengan o no intervalos lúcidos, y a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (arts. 57, inc. 3°, 141, 153, 468 y 469, cód. civil), una vez que han sido declarados incapaces por el juez competente (arts. 52 y 140, cód. cit.). Su obligación principal, es procurar que el incapaz recobre su capacidad: ...y a este objeto se han de aplicar con preferencia las rentas de sus bienes (art. 481, cód. civil); pero debe recordarse -dicen BELLUSCIO y ZANNONI citando fallos de la CNCiv.- que el régimen de protección de los dementes no persigue solamente preservar la salud de estos, sino también protegerlos de su propia inconciencia y de la explotación de los terceros[1].
El art. 475 del cód. civil dispone: Los declarados incapaces son considerados como los menores de edad en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces por eso dice BORDA: Son pues, aplicables a esta institución las reglas de la tutela, sobre el nombramiento, discernimiento del cargo, incapacidad para desempeñarlo, inventario y avalúo, distintas categorías legales, derechos y deberes, poderes de administración y disposición, rendición de cuentas, retribución, contralor del Estado, cesación en el cargo, etc.[2].
Como antes hemos dicho, los incapaces a que nos venimos refiriendo -dementes declarados tales en juicio y sordomudos que no saben darse a entender por escrito-, al no poder ejercer por sí mismos sus derechos, deben tener necesariamente un curador, por lo que la designación debe hacerla el mismo juez y en la misma sentencia en la que se los declara interdictos; y debe recaer en primer lugar, en el cónyuge en caso de existir y no encontrarse divorciado ni separado legalmente ni separado de hecho (art. 476, cód. civil), Se explica que así sea -dice BORDA-, pues no se concibe la exclusión del cónyuge en el cuidado de la persona y de la salud del enfermo; y en lo que

atañe a los bienes, no es admisible que un tercero pueda administrarlos, tratándose de intereses comunes de ambos esposos[3].
En segundo lugar, es decir cuando no exista cónyuge que pueda desempeñar el cargo, la designación debe recaer en los hijos mayores de edad; ...Si hubiera dos o más hijos, el juez elegirá el que deba ejercer la curatela (art. 477, cód. civil) por lo que no existe entre ellos orden alguno de prelación. Y en tercer lugar, esto es cuando no existan cónyuge ni hijos mayores, el art. 478 dispone: El padre o la madre son curadores de sus hijos solteros, divorciados o viudos que no tengan hijos mayores de edad, que puedan desempeñar la curatela.
La redacción actual de este artículo de conformidad con la ley 23.515 [EDLA, 1987-A-330], no sólo ha puesto en pie de igualdad al padre y a la madre, sino que ha suprimido toda posible discriminación entre los padres legítimos, extramatrimoniales o adoptivos. Finalmente, cuando no exista cónyuge, hijos ni padres que puedan ser designados curador definitivo, el juez deberá designar a la persona que se encuentre más en condiciones de desempeñar adecuadamente el cargo (art. 391, cód. civil); y si bien la jurisprudencia y la doctrina coinciden en la afirmación de que no rige a este respecto el art. 390 del cód. cit., es indudable que deberá preferirse a los hermanos, tíos y otros parientes, y sólo ante su ausencia, negativa o imposibilidad, podrá recurrirse a los amigos o allegados, o un extraño como indudablemente lo es un Curador Oficial, pese a tratarse de un funcionario especializado en la materia. Pero existe -en nuestra opinión- una clara diferencia entre la designación del cónyuge, el hijo o uno de los padres como curador del incapaz, y la de otros parientes, amigos o allegados; porque la designación de los primeros, no sólo ha sido expresamente prevista por el legislador en los artículos citados, sino que además lo ha hecho en términos tales, que no puede dudarse de que su intención ha sido que sea en ellos y no en otro en quien recaiga la designación.
Obsérvese que las normas citadas no dicen que los jueces podrán designar curadores a los cónyuges, hijos o padres del insano, sino que ellas disponen en forma imperativa y terminante, que los cónyuges, hijos o padres son curadores de los dementes declarados. Es por eso que si bien la doctrina y la jurisprudencia en concordancia con el art. 391 del cód. civil, exigen que el pretenso curador acredite previamente la idoneidad para el cargo, tal exigencia no rige para el cónyuge, hijo o padre que solicita la designación, porque los arts. 476 a 478 del código, y la redacción dada por el codificador a esas normas produce la inversión de la carga probatoria. De ahí entonces que BELLUSCIO y ZANNONI comentando el art. 476 ya citado dicen que: Al emplear esta artículo los términos legítimo y necesario, indica que salvo motivos graves no se puede prescindir del cónyuge para la elección de curador, y más adelante agregan citando precedentes jurisprudenciales: No es necesario que el cónyuge que solicita la curatela definitiva justifique previamente su idoneidad, sin perjuicio, claro está, de que los otros interesados, como la madre o los hermanos del incapaz, puedan oponerse a la designación aportando los elementos de juicio necesarios[4]; y con relación a la madre dice SALAS citando un fallo de la Cámara de Azul: Existe una presunción iuris tantum de idoneidad, por lo que no se puede exigir de oficio que la madre demuestre la suya para ser designada curadora de su hijo en reemplazo del padre fallecido[5].
Respecto a las facultades del cónyuge curador y las reglas que rigen su actuación, dice SALAS citando jurisprudencia al respecto: La administración de la esposa curadora de su marido y viceversa, se rige por las reglas de la sociedad conyugal, no por las de la curatela, pudiendo disponer de las rentas o contratar préstamos sin intervención del asesor de menores, y vender bienes gananciales sin tasación previa ni manifestar el destino que dará al precio que obtenga, por lo menos mientras no existan cargos sobre la falta de atención al insano; tampoco debe rendir cuentas, estando obligada solamente a devolver el capital social recibido, aunque debe probar que el insano recibe el cuidado y tratamiento adecuado a las circunstancias y a sus recursos económicos -pero agrega- El curador necesita autorización judicial para disponer de los bienes propios de su cónyuge incapaz[6].
Respecto a las atribuciones del curador definitivo y las reglas que rigen su actuación, cabe remitirse a lo dicho precedentemente con relación al art. 475 del cód. civil, y el comentario de BORDA en tal sentido; pese a ello y sin perjuicio de lo manifestado con cita de SALAS respecto al cónyuge curador, interesa señalar que el representante de los insanos no puede sin autorización judicial, realizar actos de disposición o que puedan afectar seriamente el patrimonio de su representado, pero puede sí realizar actos de administración, dar en locación inmuebles del incapaz por un plazo que no exceda de cinco años, demandar su desalojo o reivindicación y el cobro de los arriendos adeudados, etc., debiendo sólo rendir periódicamente cuentas de su gestión ante el juez de la insania.

III El curador ad litem:

Dice LLAMBÍAS refiriéndose al juicio de insania: En esta materia encontramos la novedad de que el Código Civil contiene ciertas disposiciones de índole procesal. Pero es de notar que aun vinculadas al procedimiento tales normas no importan allanar las autonomías provinciales, ni transgredir el principio del art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional (75, inc. 12, actual Constitución) que reserva a las provincias el dictado de leyes de procedimientos como normas de aplicación que son de los códigos de fondo. Se trata aquí de bases de orden procesal, adoptadas en resguardo de la capacidad de las personas, que en ese carácter completan las previsiones del Código Civil y que han de ser respetadas por las leyes de procedimiento que dicten las provincias[7]. Entre esas

normas de índole procesal contenidas en el cód. civil, se encuentra el art. 147 que textualmente dispone: 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 .... Consecuentemente el art. 626 inc. 1° del CPN -similar al 620 del CPCC de la Prov. de Bs. As.- dice por su parte: Con los recaudos de los artículos anteriores y previa vista al ministerio público, el juez resolverá: 1°) El nombramiento de un curador provisional, que recaerá en un abogado de la matrícula. Sus funciones subsistirán hasta que se discierna la curatela definitiva o se desestime la demanda y el art. 628 agrega: Cuando el presunto insano careciere de bienes o estos sólo alcanzaren para su subsistencia, circunstancia que se justificará sumariamente, el nombramiento de curador provisional recaerá en el curador oficial de alienados ...[8]. Vale la pena transcribir en este punto, un pasaje de un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, porque de él surgen con claridad meridiana las funciones de este curador y sus diferencias con el curador definitivo; dijo en la oportunidad esa Corte: Parece casi innecesario señalar que la ley ha distinguido claramente entre el curador provisional -ad litem- y el curador definitivo del insano (arts. 147 y 468 y sigtes. cód. civil; 620 inc. 1°, 622, cód. procesal). Al primero sólo compete la representación del presunto demente durante el juicio de interdicción, con mira al resguardo de su persona y de la defensa en juicio; su función concluye cuando se pronuncia la sentencia.
La curatela definitiva se rige por la leyes de la tutela (art. 475, cód. civil) y debe discernirse en la forma prevista, siendo carga pública de la cual nadie puede excusarse sin causa suficiente (art. 379, cód. civil)[9]. Con lo dicho quedan claramente delimitadas las funciones y facultades del curador provisorio, o provisional, o ad litem. Él representa al presunto insano pero sólo en el proceso de declaración de insania, ya que carece de facultades para hacerlo en otros procesos. Su misión es defenderlo, es decir, defender su persona, su libertad y su capacidad; para ello debe cuidar que no permanezca recluido o internado si no es estrictamente indispensable para su seguridad o la de terceros (art. 482, cód. civil), y que se respeten las normas procesales de los códigos de fondo y forma. Puede impugnar las pericias, plantear nulidades y apelar la sentencia.
Deben notificársele en consecuencia en el domicilio constituido o en su despacho oficial, el traslado de los dictámenes periciales y la sentencia que pone fin a su actuación; y debe controlar que esos actos procesales e incluso la demanda, sean oportuna y correctamente notificados al denunciado como insano. Y puede y debe finalmente asistir a las audiencias e interrogar a los testigos, y controlar en general la producción de la prueba. Es por eso que de conformidad con el ya citado art. 626, inc. 1° del CPN este curador debe ser un abogado de la matrícula, o cuando el presunto insano careciere de bienes o estos sólo alcanzaren para su subsistencia, ...el nombramiento de curador provisional recaerá en el curador oficial de alienados ... (art. 628, cód. cit.).

IV El curador a los bienes:

El art. 148 del cód. civil dispone: Cuando la demencia aparezca notoria e indudable, el juez mandará inmediatamente recaudar los bienes del demente denunciado, y entregarlos, bajo inventario, a un curador provisorio, para que los administre y el art. 471 por su parte dice: El juez, durante el juicio, puede, si lo juzgase oportuno, nombrar un curador interino a los bienes, o un interventor en la administración del demandado por incapaz. BELLUSCIO y ZANNONI analizando estas disposiciones afirman que: es indudable el desajuste existente entre las dos normas, pues mientras el art. 148 condiciona la designación a la notoriedad de la demencia, el 471 deja al libre arbitrio judicial la designación de ese funcionario.
La diferencia de criterios adoptados -agregan- proviene de que las fuentes de ambos artículos son distintas: el art. 148 está tomado del ESBOÇO de FREITAS (art. 87), al paso que el art. 471 se inspiró en el Proyecto de Código Civil español de 1851 (art. 283)[10]. Pensamos sin embargo que no existe verdadera oposición y que la interpretación armónica de ambas disposiciones es posible; obsérvese que el art. 148 refiriéndose al caso de que la demencia aparezca notoria e indudable, dispone que: el juez mandará (el subrayado es mío) inmediatamente recaudar los bienes ... mientras que el 471 sin referirse a ninguna situación particular ni concreta, dice que: El juez, durante el juicio, puede, si lo juzgase oportuno ... es decir que en principio, la designación o no de un curador a los bienes queda librado al prudente arbitrio judicial; pero si la demencia aparece notoria e indudable, el juez está entonces obligado a mandar recaudar inmediatamente los bienes del demente denunciado, ...y entregarlos, bajo inventario, a un curador provisorio, para que los administre.
Y el principio general es ese porque se trata de una decisión sumamente grave, ya que como lo señalan la doctrina y la jurisprudencia prácticamente unánimes, la designación de un curador a los bienes durante la tramitación del proceso de insania, importa privar de la administración a quien no ha sido aún declarado insano y es por lo tanto capaz (art. 140, cód. civil). Es por eso, que no corresponde la designación de este curador en todas las insanias en que existan bienes, sino sólo cuando la demencia aparezca notoria e indudable, o cuando por alguna otra razón seria y fundada el juez lo juzgase oportuno. ¿Pero cuáles son las funciones del curador a los bienes o de los bienes? ¿Y cuáles son consecuentemente sus facultades y limitaciones? Los arts. 148 y 471 ya citados, nos dicen que él debe administrar los bienes del presunto insano; y el art. 488 agrega: Los curadores de los bienes están sujetos a

todas las trabas de los tutores o curadores .... Ello significa que las facultades de administración del curador ad bona y también sus prohibiciones o limitaciones, son las del curador definitivo, y las de este como antes hemos visto, las de los tutores. El art. 489 del cód. civil dispone: A los curadores de los bienes corresponde el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus representados; y las personas que tengan créditos contra los bienes, podrán hacerlos valer contra los respectivos curadores. De ahí que además de lo que estrictamente significa administrar, esto es recaudar las rentas o recursos e invertirlos del modo más conveniente, al curador a los bienes corresponde como tarea específica, la de representar al pretenso alienado en toda clase de juicios, con la sola excepción del proceso de declaración de insania, donde como hemos visto lo representa y defiende el curador ad litem. Pese a ello y a diferencia de lo que ocurre con el último de los nombrados, el curador ad bona no debe ser necesariamente abogado, ya que el CPN que es quien lo exige para el curador ad litem o provisional (art. 626, inc. 1°), nada dice al respecto; es que a pesar de la importancia que pueda tener la representación en juicio del denunciado como insano, lo fundamental de la tarea encomendada al curador a los bienes, es la administración del patrimonio del presunto alienado; y por eso el juez al designarlo, debe atender especialmente a sus condiciones de administrador. Por lo demás, es claro que si la designación recae en quien no es abogado, y existen procesos iniciados o a iniciarse, en que el pretenso demente deba ser parte como actor o demandado, el curador a los bienes deberá designar un letrado y otorgarle -de ser necesario- el poder correspondiente.

Varios autores y algunos precedentes jurisprudenciales, consideran conveniente por razones de unidad en la representación y economía, que la designación de curador a los bienes recaiga en el curador provisorio o provisional, o curador ad litem. No compartimos tal criterio; pensamos que cada una de esas representaciones responde a un objeto y una razón de ser diferentes; el curador provisional o ad litem debe -como antes hemos dicho- defender la persona del presunto insano, su libertad y su capacidad, y debe para ello controlar el cumplimiento estricto de las normas que rigen el proceso de declaración de demencia; debe ser en consecuencia un abogado de la matrícula o el curador oficial de alienados, ajeno por completo a la familia, y especialmente a quien formuló la denuncia o entabló la acción de insania, porque a él corresponde controlar la realidad de la alienación e impedir un fraude destinado a perjudicar a quien fue denunciado como insano; al curador a los bienes en cambio, corresponde conservar -y de ser posible incrementar- el patrimonio del presunto enfermo, recaudando y administrando del mejor modo posible sus recursos; y si debe representarlo en juicios contra terceros o iniciados por estos, ello es consecuencia de la administración, por lo que el juez al designarlo, debe poner su atención -como antes hemos dicho-, en sus condiciones de administrador y no en que tenga o no tengatítulo de abogado; y nada impide que sea un pariente, e incluso quien efectuó la denuncia o entabló la acción y se propuso como curador definitivo. Es por eso, que designar curador a los bienes a quien se desempeña como curador provisorio o provisional, importa confundir las cosas y puede conducir a enredos o situaciones poco claras.

El codificador ha querido que quien es demandado por insania, sea representado en ese juicio por un curador provisorio o ad litem; y que si es demandado por terceros como consecuencia de sus negocios, o sidebe él demandarlos, sea representado y defendido en estos juicios, por un curador provisorio o interinoque administre además su patrimonio. Se trata -a nuestro juicio- de dos curadores distintos y que nada tienen en común. Tal vez el error del codificador y causa de la confusión, sea la utilización en ambos casos de la palabra provisorio (ver arts. 147 y 148). Por eso nosotros preferimos hablar de curador provisorio, provisional o ad litem en el primer caso, y de curador a los bienes o de los bienes en el segundo. Pensamos -en síntesis- que el curador provisorio o provisional, o ad litem, debe ser designado siempre y en todos los casos, y en la resolución que tiene por iniciado el proceso de insania; mientras que para la designación de un curador a los bienes, es necesario ante todo que haya bienes, aunque no hace falta que se trate de una gran fortuna, porque basta con la existencia de una jubilación o pensión, de cuya administración -por algún motivo- el beneficiario y presunto insano deba ser apartado.

En segundo lugar es necesario que la demencia aparezca notoria e indudable, o que el juez por alguna razón seria y fundada considere oportuno designarlo, y privar por lo tanto de la administración de los bienes a quien es todavía capaz, ya que no ha sido aún dictada la sentencia que lo declare demente. Pero puede ocurrir que el denunciado como insano, como consecuencia de su enfermedad esté siendo o haya sido ya despojado de sus bienes; en tal caso la misión del curador será recuperarlos, y deberá para ello entablar las acciones pertinentes, las que serán según las circunstancias, la de desalojo, o la de reivindicación, o la de simulación, o la de nulidad, etc.

La doctrina mayoritaria sostiene, que siendo el curador a los bienes provisorio o interino, sus facultades son meramente conservatorias y no las de un administrador corriente o las del curador definitivo. Pero pensamos que el art. 488 del cód. civil en el que esta posición encontraría aparente sustento, al decir que ...sólo podrán ejercer actos administrativos de mera custodia y conservación ..., se está refiriendo al curador de una herencia en la que no hubiere albacea nombrado para su administración (art. 486), porque el curador a los bienes del presunto demente, está -como antes hemos dicho- sujeto solamente a las trabas de los tutores o curadores definitivos. Y el argumento de que su administración es transitoria y por lo tanto breve, importa la ingenuidad de ignorar el hecho real y concreto, de que el proceso de declaración de insania y consecuentemente la administración provisoria o interina,

se prolonga habitualmente por espacio de dos, tres y más años, y no es posible mantener el patrimonio del causante, sometido durante tanto tiempo a una administración restringida. V Curador especial Dice el art. 61 del cód. civil: Cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán estos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se tratare la norma está redactada en términos generales y es por lo tanto aplicable a todos los incapaces tal como ocurre con los arts. 56, 58, 59 y 62, sin perjuicio de que rija para los menores la específica del art. 397.

El caso más frecuente está dado, por el padre o hermano que habiendo sido designado curador definitivo, es coheredero del incapaz y no puede por lo tanto representarlo en la partición; por eso se complementa con el art. 3455 que a su vez dispone: Si el tutor o curador lo es de varios incapaces que tienen intereses opuestos en la partición, se les debe dar a cada uno de ellos un tutor o curador que los represente en la partición. Imaginemos por ejemplo que al morir el padre, la esposa y madre que representó a los hijos en la sucesión, al llegar éstos a la mayoría de edad, es designada curadora definitiva de uno de ellos declarado insano; o que fallecidos ambos padres, uno de los hijos es designado curador definitivo de su hermano; o que un tercero -pariente o conocido- es designado curador definitivo de dos o más hijos; en todos estos casos, el representante necesario que puede actuar como tal en el juicio sucesorio, no puede hacerlo al dividir los bienes, porque sus intereses personales y los del representado, o los intereses de los distintos hermanos a quienes él representa, han dejado ya de ser coincidentes y se han tornado opuestos, por lo que debe designarse al incapaz o a cada uno de ellos, un curador especial para representarlo en ese acto y cuya misión concluirá con la realización de éste. Otro supuesto sería por ejemplo, si hubiera que remover por mal desempeño al curador designado; claro que en este caso lo habitual, es que sea el asesor de incapaces quien lo solicite, y corrido el pertinente traslado el juez resuelva sin más trámite, y sin que sea por lo tanto necesaria la designación de curador especial; pese a lo cual, tal designación es factible y en algunos casos necesaria o al menos conveniente. También el art. 1225 del cód. civil habla de curador especial del incapaz, designado por el juez para la realización del acto concreto y determinado a que la norma se refiere; pero además de que esos actos -las convenciones matrimoniales- no se realizan ya nunca entre nosotros, pensamos que la expresión es equivocada y que en el caso debió hablarse de tutor especial y no de curador.

A diferencia de lo que ocurre con el curador provisorio o provisional o ad litem, y con el curador a los bienes, a los que nos hemos referido precedentemente y que como hemos visto actúan solamente durante el proceso de insania, ya que sus funciones son posteriormente absorbidas por el curador definitivo, la designación de un curador especial, se hace necesaria con más frecuencia después de la sentencia que declaró la demencia y designó al representante del insano; porque es casi imposible que haya oposición de intereses entre el presunto demente y el curador ad litem, que como hemos visto defiende su persona, su libertad y su capacidad, que es un abogado de la matrícula designado por el juez al iniciarse el proceso de declaración de insania, o el curador oficial de alienados cuando el presunto insano careciere de bienes o estos sólo alcanzaren para su subsistencia (arts. 626 y 628, CPN), ajeno por completo a la familia y que no interviene normalmente en cuestiones económicas; y porque no es tampoco frecuente que tal oposición se plantee con el curador a los bienes, ya que si bien como hemos dicho no somos partidarios de limitar la actuación de éste a una misión meramente conservatoria, no es tampoco habitual que se encare la partición de la herencia o división de un condominio, antes del dictado de la sentencia que resuelva definitivamente la situación jurídica del presunto alienado.

VI Conclusiones:

Sintetizando lo expresado en los párrafos precedentes, podemos decir que el codificador ha previsto y resuelto los distintos problemas a que la representación de los incapaces puede dar lugar, pero no ha establecido -en nuestra opinión- con claridad y precisión las diferencias entre las distintas clases o tipos de curadores; pese a ello consideramos conveniente distinguir entre el curador definitivo, el curador provisorio, provisional o ad litem, el curador a los bienes o de los bienes, y el curador especial. El primero es designado por el juez al decretar la insania, y es el representante necesario del demente o sordomudo para todos los actos de la vida civil que no estén exceptuados en el Código (arts. 56, 57, inc. 3º y 62, cód. civil). Su principal obligación es procurar que el incapaz recobre su capacidad (art. 481), y sus funciones están regidas analógicamente por lo establecido para la tutela de los menores (art. 475). La designación debe recaer en primer lugar, en el cónyuge en caso de existir y no encontrarse divorciado ni separado legalmente, ni separado de hecho (art. 476). En segundo lugar, es decir cuando no exista cónyuge que pueda desempeñar el cargo, debe recaer en los hijos mayores de edad (art. 477); y en tercer lugar, esto es cuando no existan cónyuge, ni hijos mayores, deberá designarse al padre o a la madre (art. 478). Finalmente, cuando no exista cónyuge, ni hijos, ni padres que puedan ser designados curador definitivo, el juez designará a la persona que se encuentre más en condiciones de desempeñar adecuadamente el cargo, debiendo preferir a los hermanos, tíos y otros parientes, quienes deberán acreditar previamente su idoneidad (arts. 391 y 475).

El curador provisorio, provisional o ad litem, representa al presunto insano, pero sólo en el proceso de declaración de insania; su misión es defenderlo, es decir defender su persona, su libertad y su capacidad (art. 147, cód. civil); para ello debe cuidar que no permanezca recluido o internado, si no es estrictamente indispensable para su seguridad o la de terceros (art. 482), y que se respeten las normas procesales de los códigos de fondo y de forma. Puede impugnar las pericias, plantear nulidades y apelar la sentencia, y deben notificársele, en consecuencia, en el domicilio constituido o en el despacho oficial, el traslado de los dictámenes periciales y la sentencia que pone fin a su actuación. Es por eso que de conformidad con el art. 626, inc. 1° del CPN (620 de la Prov. de Bs. As.), debe ser un abogado de la matrícula, o cuando el presunto insano careciere de bienes o estos sólo alcanzaren para su subsistencia, la designación recaerá en el curador oficial de alienados (art. 628, CPN). Al igual que el anterior, el curador a los bienes o de lo bienes, actúa, también, durante la tramitación del proceso de declaración de insania, y sus funciones concluyen al quedar firme la sentencia que rechaza la demanda, o que la admite declarando insano al causante y designándole un curador definitivo; pero su misión consiste en la administración del patrimonio del denunciado como demente, y en la representación de este en los demás juicios que no sean el de declaración de insania (arts. 148, 471 y 489, cód. civil).

Es por eso, que a diferencia del curador provisorio, provisional o ad litem, que debe ser designado siempre y en todos los casos (art. 147), para la designación de un curador a los bienes es necesario ante todo que haya bienes, aunque no hace falta que se trate de una gran fortuna, porque basta con la existencia de una jubilación o pensión, de cuya administración -por algún motivo- el beneficiario y presunto insano deba ser apartado. Y en segundo lugar, es necesario que la demencia aparezca notoria e indudable, o que el juez por alguna razón seria y fundada considere oportuno designarlo, privando por lo tanto de la administración de sus bienes, a quien es todavía capaz, ya que no ha sido, aún, dictada la sentencia que lo declare demente. Surge de lo dicho que a partir de la sentencia, es el curador definitivo quien representa al incapaz ya declarado y su representación es unitaria e integral; mientras que durante el juicio de declaración de insania o sordomudez, tal representación aparece desdoblada en un curador provisorio, provisional o ad litem por un lado, el que existirá siempre y deberá ser designado en la providencia que decreta la apertura del proceso, y un curador a los bienes por el otro, el que existirá sólo si se dan las condiciones que hagan necesaria su designación; pero tanto antes como después de la sentencia -aunque lo habitual es que ocurra después- los intereses del incapaz y los de su representante, pueden estar en oposición respecto a un acto jurídico cualquiera; y es por eso que el Código ha previsto también en el art. 61, la designación de un curador especial que represente al incapaz en el acto de que se trate, y cuyas funciones concluirán con la realización de tal acto.

[1] Código Civil y leyes complementarias. Comentado y concordado, t. 2, pág. 400.

[2] Tratado de Derecho Civil Argentino. Familia, 3ª ed., t. 2, pág. 357.

[3] Ob. cit. pág. 358. [4] Ob. cit. pág. 395.

[5] Código Civil y leyes complementarias. Anotados, 2ª ed. actualizada, Depalma, t. I, pág. 233.

[6] Ob. cit. pág. 232.

[7] RAFFO VENEGAS, PATRICIO, Tratado de Derecho Civil. Parte General, t. 1 Nociones Fundamentales. Personas. Duodécima edición actualizada con la ley 23.264, Perrot, Bs. As., pág. 519.

[8] El art. 628 del CPN es parecido al 622 del CPCC de la Prov. de Bs. As, pero la diferencia radica en que en vez de recaer la designación en el curador oficial, en la provincia recae en el defensor oficial de pobres y ausentes, por lo que el curador oficial de alienados recién interviene en el proceso, una vez dictada la sentencia que decreta la insania y lo designa curador definitivo.

[9] SC Buenos Aires, septiembre 19-78- Ch., M., ED, 84-247-32.161.

[10] Ob. cit. t. I, pág. 575.

CAPACIDAD - PROTECCIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LOS INCAPACES - EL MINISTERIO DE MENORES - Borda, Guillermo A. Abeledo-Perrot TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL - 1999

A.- CAPACIDAD DE DERECHO

455. CONCEPTO.- La capacidad de derecho es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Esta aptitud se vincula muy directamente con la misma personalidad humana; por eso, todas las personas son, en principio, capaces de derecho. Más aún: no podría concebirse una incapacidad de derecho absoluta, es decir, que comprendiera todos los derechos y obligaciones, porque ello sería contrario al derecho natural; como ejemplo de incapacidades de derecho absolutas, pueden recordarse la esclavitud y la muerte civil, por fortuna ya desaparecidas, por lo menos en los países de civilización avanzada.

Pero, en cambio, existen incapacidades de derecho relativas, es decir, referidas a ciertos derechos en particular. Puede ocurrir, en efecto, que ciertos derechos -perfectamente lícitos y útiles en general- sean inmorales, perniciosos o contrarios a algún interés superior cuando son ejercidos por determinadas personas y en casos determinados. Así, por ejemplo, las personas tienen derecho a contratar; pero si de ese derecho se pretendiera valer el padre para celebrar convenios con el hijo que está bajo su patria potestad, podría prestarse a abusos de su parte y haría nacer un conflicto de intereses contrario a la relación de familia que existe entre ambos. Entonces interviene la ley y prohíbe la realización de tales actos, creando una incapacidad de derecho.

456. ENUMERACIÓN DE INCAPACIDADES DE DERECHO.- A título ejemplificativo, enumeramos algunas incapacidades de derecho: los padres no pueden contratar con sus hijos que estén bajo su patria potestad (art. 279); ni ellos ni los tutores o curadores pueden adquirir bienes del incapaz (arts. 297 , 450 , 1361 , incs.1º y 2º); a los albaceas les está vedado adquirir bienes de la testamentaría que estuviese a su cargo (art. 1361 , inc. 3º); los mandatarios no pueden adquirir los bienes que están encargados de vender por cuenta de sus comitentes (art. 1361 , inc. 4º); los empleados públicos tienen prohibida la adquisición de los bienes del Estado de cuya administración o venta estuvieren encargados (art. 1361 , inc. 5º); los jueces, abogados, defensores de menores, procuradores, escribanos y tasadores, no pueden comprar los bienes que estuviesen en litigio ante el juzgado o tribunal ante el cual ejerciesen o hubiesen ejercido su respectivo ministerio (art. 1361 , inc. 6º); son incapaces de suceder y recibir legados: los confesores del testador en su última enfermedad; los parientes de ellos dentro del cuarto grado, si no fueren parientes del testador; las iglesias en que estuviesen empleados, con excepción de la iglesia parroquial del testador y las comunidades a que ellos perteneciesen (art. 3739), así como el ministro protestante que asiste al testador en su última enfermedad (art. 3740). Asimismo, tienen incapacidades de derecho los religiosos profesos y los comerciantes fallidos (art. 1160 ; véase núms. 603 y sigs.); y las personas por nacer (núms. 475 y sigs.).Los impedimentos para contraer matrimonio, establecidos en el artículo 166 , Código Civil, constituyen otras tantas incapacidades de derecho

457. CARACTERES DE LAS INCAPACIDADES DE DERECHO.- De la circunstancia de que la capacidad de derecho se vincula tan directamente con los derechos inherentes al hombre como tal, se desprenden los siguientes caracteres de estas incapacidades:

a) Son excepcionales. La regla no puede ser sino la capacidad; sólo por excepción la ley establece ciertas incapacidades de derecho, en forma de prohibiciones de realizar actos determinados. Esas prohibiciones suelen ser muy precisas y concretas; excepcionalmente tienen un carácter más o menos general (sin ser jamás absolutas) como ocurre en el caso de los religiosos profesos, los comerciantes fallidos y las personas por nacer.

b) Obedecen siempre a una causa grave. Sólo por un motivo muy serio puede privarse a las personas de su capacidad de derecho; es necesario que medie siempre un interés superior o una razón moral y buenas costumbres. De ahí que, en principio, las incapacidades de derecho sean de orden público; como consecuencia de ello, la realización de un acto por un incapaz de derecho generalmente da origen a una nulidad absoluta y, por lo tanto, no susceptible de confirmación. Pero ésta no es una regla absoluta, porque a veces dichas incapacidades obedecen a la protección de intereses puramente privados y, por consiguiente, la nulidad derivada del acto puede confirmarse (véase núm. 1254). Tal, por ejemplo, el caso del mandatario que compra bienes que su mandante le encargó vender; como esta incapacidad ha sido creada en protección del mandante, éste puede, si le interesa, confirmar el acto, pues la nulidad es simplemente relativa.

c) No pueden ser suplidas por representación. En tanto los incapaces de hecho pueden actuar por medio de sus representantes legales, los de derecho no pueden hacerlo ni por sí ni por apoderado.

B.- CAPACIDAD DE HECHO

458. CONCEPTO.- La capacidad de hecho es la aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones. Mientras la capacidad de derecho se refiere al goce, ésta se vincula con el ejercicio personal de los derechos.

Ocurre a veces que la ley priva al titular de un derecho, del poder o facultad de ejercerlo por sí mismo. Esta privación se funda en la insuficiencia mental de algunas personas para realizar ciertos actos (menores, dementes, sordomudos), o bien en la carencia de libertad que traba la libre y eficaz actuación (condenados); o, finalmente, en la necesidad de proteger al interesado y su familia del peligro de una dilapidación irrazonable de sus bienes (pródigo). En todos estos casos, los actos para los cuales la ley declara incapaz a una persona, sólo pueden ser realizados por intermedio de sus representantes legales. Esto da lugar a una diferencia fundamental con las incapacidades de derecho, puesto que en este caso el acto no se puede realizar ni por sí mismo, ni por intermedio de representante legal o convencional.

Es fácil advertir que estas incapacidades de hecho han sido establecidas en interés mismo del incapaz o de su familia; la ley ha procedido con un criterio tutelar. Las de derecho, en cambio, se inspiran por lo general en una razón de orden público, de moral, y buenas costumbres; sólo por excepción tienden únicamente a la protección de intereses privados.

459. LA CLASIFICACIÓN DE INCAPACIDADES ABSOLUTAS Y RELATIVAS.- Nuestro Código distinguía, en los artículos 54 y 55, dos categorías distintas de incapacidades de hecho: la absoluta y la relativa. Los incapaces absolutos serían aquellos que no pueden ejercer por sí ningún acto; relativos, los que solo son incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos (art. 55).

Esta distinción, que fue tomada de FREITAS (Esboço, arts. 41 y 42 y notas), es falsa y carece de todo significado en nuestro derecho.

En primer lugar, es falsa, porque no es exacto que los incapaces absolutos enumerados en el artículo 54 , losean para todos los actos de la vida civil. Los menores impúberes pueden tomar posesión de las cosas desde los 10 años; si son mujeres, pueden casarse aun antes de los 16 años, si mediare dispensa judicial que sólo puede otorgarse con carácter excepcional (art. 167 , Cód. Civ.); los dementes pueden testar en intervalos lúcidos; los sordomudos que no saben darse a entender por escrito pueden casarse. Además, todos esos incapaces realizan a diario "pequeños" contratos de la vida cotidiana: utilizan los medios de transporte y pagan el pasaje, adquieren entradas para los cinematógrafos y otros espectáculos públicos, compran mercaderías con dinero al contado. Y aunque cada uno de estos contratos es en sí poco valioso desde el punto de vista económico, en su conjunto son importantísimos. Ninguna ley autoriza a los incapaces absolutos a realizarlos, pero sí lo acepta una costumbre jurídica y lo imponen las necesidades de la vida; esos contratos son perfectamente válidos (ver nota 1). Sólo las personas por nacer, dentro de las enumeradas en el artículo 54 , son incapaces de hecho absolutos. Tampoco es exacto que los incapaces relativos lo sean sólo respecto de ciertos actos, como decía el artículo 55 , lo que parecería indicar que la regla es la capacidad. Por el contrario, los menores adultos sólo pueden realizar aquellos actos para los cuales estén expresamente autorizados, pues la regla es la incapacidad (arts. 126 y sigs., Cód. Civ.).

El "modo de ejercer" los actos a que aludía el artículo 55 , tampoco establece ninguna diferencia entre los incapaces absolutos y relativos, pues ese modo consiste, en ambos casos, en ejercerlos por medio de los representantes legales.

460.- Además de derogar el inciso 5º del artículo 54 (que enumeraba a los ausentes declarados tales en juicio entre los incapaces absolutos), la ley 17711 modificó totalmente el texto del artículo 55 . Para comprender el significado de la reforma, es preciso reproducir los dos textos.

El artículo 55 , en su forma originaria, disponía: Son incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos: 1) los menores adultos; 2) las mujeres casadas.

El nuevo artículo 55 dispone: Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar.

La reforma es plausible en cuanto: a) elimina a las mujeres casadas de la enumeración de los incapaces, puesto que hoy gozan en nuestro derecho de plena capacidad; b) dispone claramente que la regla respecto de los menores adultos es la incapacidad y que sólo pueden realizar los actos para los cuales sean expresamente autorizados por la ley. En cambio, es sensible que hayan mantenido siquiera sea teóricamente, la distinción entre incapaces absolutos y relativos. La mayoría de la Comisión apreció, a nuestro modo de ver injustificadamente, que no era prudente eliminar una distinción que tenía tradición en nuestro derecho y que no producía inconvenientes prácticos. Si bien ello es exacto, no lo es menos que la distinción es jurídicamente insostenible y que aunque no produce trastornos prácticos, confunde las ideas en materia tan importante.

Si como dice el nuevo texto legal, los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes los autoricen a otorgar ¿cuál es la diferencia con los menores impúberes o con otros incapaces absolutos, que también pueden otorgar ciertos actos en los casos en que las leyes los autorizan?

En suma, esta clasificación es intrascendente, puesto que no produce consecuencias en nuestro Derecho. Verdad es que algunos autores sostienen que los actos realizados por los incapaces absolutos adolecen de una nulidad absoluta, mientras que los realizados por los incapaces relativos sólo son relativamente nulos: Pero esta opinión, por desgracia bastante difundida, no tiene ningún asidero legal ni lógico, y ha nacido de una simple coincidencia de términos. Es evidente que nada tiene que ver el concepto de incapacidades absolutas y relativas con el de nulidades absolutas y relativas. Tratamos esta cuestión en el número 1255, al cual remitimos.

Digamos para concluir que esta clasificación en incapaces absolutos y relativos es extraña a la legislación y doctrina europea y ha sido suprimida en el Proyecto de Reformas de 1936 y en el de 1954.

461. ENUMERACIÓN LEGAL DE LOS INCAPACES DE HECHO.- En los artículos 54 y 55 (nueva redacción) se enumeran los siguientes incapaces de hecho: 1) las personas por nacer; 2) los menores impúberes; 3) los dementes; 4) los sordomudos que no saben darse a entender por escrito; 5) los menores adultos.

Según lo hemos dicho ya, en los nuevos textos legales han desaparecido los ausentes declarados tales en juicio, como incapaces absolutos, y las mujeres casadas, como incapaces relativos.

(nota 1) De acuerdo con nuestra crítica de esta clasificación: LLAMBÍAS, t. 1, nº 590 (quien, sin embargo, deja a salvo su opinión de que los dementes declarados tales no pueden testar en intervalos lúcidos).

C.- PROTECCIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LOS INCAPACES

1.- La representación legal de los incapaces

462. ORGANIZACIÓN LEGAL.- En los artículos 57 y siguientes, el Código Civil organiza la representación legal de los incapaces de hecho. El sistema de la ley se ha estructurado con un espíritu tuitivo, puesto que estas incapacidades tienen por objeto proteger a los interdictos.

En el artículo 57 (nueva redacción) se establecen quiénes son los representantes de los incapaces:

1) De las personas por nacer, sus padres y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre. La disposición originaria en lugar de los curadores que se les nombre, decía sus curadores. Era conveniente aclarar esta norma que en su forma originaria podía interpretarse en el sentido de que debían ser representantes legales de las personas por nacer los curadores de sus padres (si los había), lo que no es el espíritu de la ley. Ahora su significado no ofrece dudas: si el padre ha muerto o es desconocido, o ha sido declarado incapaz, la representación la ejerce la madre; si ésta es incapaz, la tiene el curador que se les nombre.

2) De los menores no emancipados, sus padres o tutores. La representación de los menores es ejercida en primer término por sus padres; sólo a falta o incapacidad de ellos es ejercida por el tutor que se les designe.

3) De los dementes o sordomudos, los curadores que se les nombre. La redacción de este inciso era también defectuosa, pues establecía que los representantes de los dementes, sordomudos y ausentes eran sus padres y a falta o incapacidad de éstos los curadores que se les nombre. Dejando de lado la referencia a los ausentes (que no son incapaces), el texto legal sugería que sólo en caso de falta o incapacidad de los padres cabía la designación de curador, cuando en verdad la sentencia que declara la insania forzosamente debe designar el curador que puede o no ser el padre y conforme al orden establecido en el propio Código (arts. 476 y sigs.).

4) Aunque el artículo 57 no lo enumera, hay que agregar que los representantes de los penados son sus curadores.

De la enumeración del artículo 57 , la ley 17711 suprimió las mujeres casadas que han dejado de ser incapaces en nuestra legislación actual.

463.- Podría ocurrir, sin embargo, que los intereses de los incapaces estuvieran en pugna con los de las personas que ejercen su representación. Para evitar que éstas puedan aprovecharse de su situación en desmedro de aquéllos, el Código dispone que, en tales casos, se les designe curador especial a ese solo efecto (art. 61 , Cód. Civ.).

464.- Pero la ley toma todavía una precaución más en defensa de los incapaces: además de la representación necesaria establecida en el artículo 57 , se dispone que los incapaces estarán 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 aquéllos demanden o sean demandados o en que se trate de personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y todo juicio que hubiere lugar sin su participación (art. 59).

465. ELIMINACIÓN DE BENEFICIOS Y PRIVILEGIOS ESPECIALES.- En el derecho romano los incapaces gozaban, además de la representación legal, de algunos privilegios especiales, el más importante de los cuales era la in integrum restitutio, que era un beneficio en virtud del cual los magistrados podían anular ciertos actos que resultaren perjudiciales para los menores, aunque ellos se hubiesen celebrado con la debida representación legal.

Esta institución pasó a la antigua legislación española y estuvo en vigencia en nuestro país hasta la sanción del Código Civil, con excepción de Córdoba, en donde había sido suprimida ya por una ley del 7 de octubre de 1857.

La supresión de este beneficio (art. 58) ha sido un gran acierto de VÉLEZ SARSFIELD. En efecto, una vez organizada adecuadamente la protección de los menores, con órganos familiares y estatales, no tiene explicación este privilegio que resulta injusto para quienes hubieren contratado con los incapaces y que están siempre expuestos a una nulidad; e inconveniente para los propios menores, pues ante este peligro, los terceros prefieren abstenerse de contratar con ellos, lo que da lugar a numerosas y serias dificultades.

Pero no obstante lo dispuesto por el artículo 58 en el sentido de que los incapaces no poseen ningún beneficio ni privilegio, el artículo 3966 les concedía el de la suspensión de la prescripción, disposición ésta que contraría el saludable principio de aquella norma y que fue objeto de duras y justas críticas. Así se explica que la ley 17711 reformara esta norma y estableciera que la prescripción corre para los incapaces que tienen representante legal; los que no lo tienen pueden prevalerse de lo dispuesto en el artículo 3980 , vale decir, el juez puede liberar al incapaz de las consecuencias de la prescripción, si hiciera valer sus derechos dentro de los tres meses de adquirida o recuperada la capacidad.

2.- El Ministerio de Menores (ver nota 1)

466. FUNCIONARIOS QUE LO INTEGRAN.- El Ministerio de Menores, a que alude el artículo 59 , Código Civil, está integrado, por el Asesor de Menores e Incapaces y por la Subsecretaría del Menor y la Familia (ley 20419).
Los asesores son letrados y sus funciones son esencialmente judiciales; sólo por excepción actúan extrajudicialmente (art. 137 , ley 1893). Por el contrario, la tarea de la Subsecretaría del Menor y la Familia es esencialmente extrajudicial, aunque excepcionalmente pueda actuar en juicio en cumplimiento de sus fines (art. 7º , inc. a, ley 20419). Por encima de ellos, el juez es el órgano máximo de protección de los incapaces; a él le toca resolver en definitiva en todos los asuntos que les interesen y que se lleven a sus estrados. En este caso, el juez no se limita a ser un órgano de aplicación de la ley, sino que debe tutelar y defender los justos intereses de los incapaces. Sus funciones han quedado notablemente ampliadas a partir de la sanción de la ley 10903 , sobre Patronato.

467. FUNCIONES JUDICIALES DEL MINISTERIO PÚBLICO.- En todos los juicios en que intervengan incapaces, es parte legítima y esencial el Asesor de Menores, bajo pena de nulidad de los procedimientos (arts. 59 , Cód. Civ. y 137 , ley 1893).
En este caso, la función del Asesor, más que de representación legal propiamente dicha -que es ejercida por el representante necesario- es de asistencia y contralor: vela por los intereses de los incapaces y controla la actuación de sus representantes legales. Debe pedir la designación de tutores o curadores cuando los incapaces carezcan de ellos (art. 491 , Cód. Civ.), así como su remoción en caso de descuido de los intereses o bienes a su cuidado (art.

493 , Cód. Civ.). En ciertos casos, y cuando ello es preciso, el Asesor asume también la representación del menor: puede deducir las acciones que competen a los tutores y curadores cuando éstos no lo hicieran (art. 493 , Cód. Civ.), puede interponer recursos contra las providencias que lesionen los intereses de los incapaces, puede demandar por alimentos a los parientes de aquéllos (art. 272 del Cód. Civ.), denunciar judicialmente una insania (art. 144 , inc. 3º, Cód. Civ.), o un embarazo, para que se nombre representante a la persona por nacer (art. 66 , inc. 3º). Pero, salvo estos casos excepcionales, fijados por la ley, el Asesor no puede asumir por sí solo la representación que compete a los representantes necesarios; en concordancia con este principio, se ha resuelto que es nulo el contrato celebrado sin intervención del padre, que no puede ser sustituido por el Asesor (ver nota 2); son nulas las actuaciones judiciales en que éste pidió un cambio de nombre, sin intervención del representante legal (ver nota 3).

La actuación del Asesor de Menores es necesaria en todo juicio, sea voluntario o contencioso. Y, por lo pronto, lo es en actos que importen disposición de los bienes del incapaz, que no pueden hacerse sin autorización judicial (ver nota 4).

68. CRITERIO DE ACTUACIÓN.- Si bien la intervención del Asesor tiene un propósito tuitivo, su actuación no debe ceñirse a una ciega defensa de los intereses del incapaz, e inclusive, puede dictaminar en contra de lo pretendido por el representante legal de aquél y de los que sean sus intereses económicos, si así resultara justo, según su recto criterio. Lo contrario, ha dicho con verdad el Dr. CASARES, sería contrariar el verdadero interés del incapaz, que no es su prosperidad patrimonial, sino su conformidad con la justicia (ver nota 5). Por ello mismo se ha resuelto que, en caso de que en un juicio existan dos menores con intereses contrapuestos, no corresponde la intervención de dos Asesores de Menores, sino que basta con uno solo (ver nota 6).

469. OMISIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL ASESOR.- La omisión de la intervención del Asesor de Menores, da lugar a la nulidad de las actuaciones judiciales (art. 59 , Cód. Civ.).

Sin embargo, esta nulidad puede ser subsanada por intervención posterior del Asesor en el juicio, y la ratificación expresa (ver nota 7) o tácita (ver nota 8) de lo actuado anteriormente; la ratificación tácita resulta de intervenir en el juicio sin plantear la nulidad de las actuaciones anteriores. Esta solución ha sido adoptada unánimemente por nuestra jurisprudencia con todo acierto. En efecto, si el Asesor comprueba, al dársele vista de las actuaciones, que su falta de intervención anterior en el juicio no le ha producido ningún perjuicio al incapaz, sería inútil, y más aún, contraproducente, pedir una nulidad que daría lugar a las demoras y gastos propios de toda dilación en la solución de los litigios, con lo que lejos de beneficiar al incapaz se le originarían perjuicios.

470. FUNCIONES EXTRAJUDICIALES.- La protección estatal de los incapaces no se reduce a los casos en que ellos estén en juicio, sino que se extiende a todos los actos de la vida civil (art. 59 , Cód. Civ.). Esta tutela extrajudicial es normalmente desempeñada por la Subsecretaría del Menor y la Familia. En casos excepcionales, el Estado sustituye totalmente la autoridad paterna en ejercicio del Patronato.

471.- De los términos de los artículos 59 y 494 podría deducirse que el Ministerio de Menores debe intervenir absolutamente en todos los actos de la vida civil de los incapaces. Pero esta intervención excesiva no daría lugar sino a inconvenientes para los propios incapaces; debe limitarse, por consiguiente, a todos aquellos actos que puedan implicar un perjuicio a su persona o intereses. Por ello se ha resuelto que no se requiere intervención del Ministerio de Menores cuando se trata de actos de mera administración de los bienes del incapaz (ver nota 9); en cambio, todo acto de disposición de bienes, debe ser hecho con autorización judicial y con intervención del Asesor (ver nota 10).

472. FUNCIONES DE LA SUBSECRETARÍA DEL MENOR Y LA FAMILIA.- Son atribuciones y deberes de la Subsecretaría: 1) proveer a la protección de menores que se encuentren en estado de abandono o depeligro material o moral, interviniendo si fuere necesario en la guarda o tutela del menor; 2) adoptar medidas necesarias para contribuir al afianzamiento de la familia, orientándola o apoyándola; 3) disponer el régimen educativo de los menores que se encuentran bajo su protección, de acuerdo con las características personales e intelectuales de ellos; 4) disponer la forma de asistencia y traslado de los menores protegidos al establecimiento más adecuado a la personalidad de cada uno de ellos; pero los que hubieran sido confiados por los jueces, no podrán ser internados ni egresados sin orden de ellos; 5) prestar apoyo a los menores egresados de sus institutos, procurando asistirlos en forma integral (arts. 2º y 3º, ley 20419).

Por su parte, la ley 10903 en su artículo 9º establece que los menores sobre cuya situación se haya dispuesto de acuerdo con la misma ley, quedarán bajo la vigilancia del defensor de menores (hoy Subsecretaría del Menor y la Familia).

473. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CASO DE HIJOS BAJO PATRIA POTESTAD (ver nota 11).- Se ha discutido si la representación promiscua del Ministerio de Menores, de que habla el artículo 59 , debe o no ejercerse en el caso de que se trate de menores bajo patria potestad. La opinión negativa se sostiene sobre todo en base a que el artículo 57 , inciso 2º no mencionaba a los padres; esa omisión tendría el significado de que el artículo 59 , que establece la representación promiscua del Ministerio de Menores, no debe aplicarse a los padres. El argumento no puede hacerse valer después que la ley 17711 incluyó a los padres en aquel inciso. Se agregaba que la acción del Ministerio Público, en este caso, podría ser perturbadora de la autoridad paterna y de la paz y el orden familiares (ver nota 12). Por nuestra parte, consideramos que estos argumentos carecen de solidez y que la intervención del Ministerio de Menores debe admitirse en todos los casos: a) En primer término, el artículo 59 que la establece alude a todos los incapaces, y el artículo siguiente hace la sola y expresa excepción de las mujeres casadas. Si el propósito del legislador hubiera sido exceptuar también al hijo bajo patria potestad, lo hubiera establecido expresamente. b) La protección de los incapaces por el Estado es un deber indeclinable, se encuentren o no bajo patria potestad, como lo ha sancionado de manera expresa la ley 10903 . c)La experiencia demuestra los daños irreparables que pueden resultar a los hijos del ejercicio incontrolado de los poderes paternos. Mientras el poder paterno se ejerza normalmente, como lo haría un buen padre de familia, el Ministerio Público no tiene razón para interferir, ni puede, por ende, originar ninguna perturbación; pero si lo hace abusivamente, el Ministerio Público debe ejercer su acción, bien correctora, bien preventiva de los perjuicios posibles. Esta es la opinión triunfante en la jurisprudencia (ver nota 13) y en la más reciente doctrina nacional (ver nota 14).

473 bis. EL PATRONATO.- Ordinariamente los órganos estatales deben limitar su acción al contralor de la autoridad paterna o tutelar; pero las circunstancias pueden hacer necesaria una sustitución completa de ella. Tal ocurre cuando el padre o tutor han descuidado gravemente sus deberes o, de una manera más general, cuando el menor se encuentra en peligro material o moral. No bastaría una actitud expectante o represiva; el Estado debe asumir la protección activa del menor, dirigir su formación. Es lo que se llama el Patronato, creado en nuestro país por la ley 10903 .

Cuando el padre haya incurrido en la privación de la patria potestad o de su ejercicio o haya sido suspendido en ella, los menores quedan bajo el Patronato del Estado nacional o provincial; lo mismo ocurre en cualquier caso en el que el menor se encuentre en peligro material o moral, sea por la conducta de sus padres o tutores, por la de él o por el ambiente en que vive; el hecho de haber cometido un delito o ser víctima de él, es un indicio especialmente importante del peligro que se cierne sobre el menor y autoriza al juez a disponer de él en miras a su protección o reeducación.

El Patronato es ejercido por el juez con la concurrencia del Ministerio Público (art. 4º , ley 10903). Naturalmente, el órgano máximo es el juez, a quien le toca en definitiva decidir sobre el futuro del menor. Las facultades que la ley le asigna son amplísimas y de naturaleza fluida, de tal modo que el juez pueda adoptar la solución que convenga en cada caso. Puede dejarlo en casa de sus padres, estrechando la vigilancia por intermedio de la Subsecretaría del Menor y la Familia; o bien entregarlo a una persona honesta, encargándole la tutela o la simple guarda; o internarlo en un establecimiento de beneficencia o en un reformatorio (arts. 14 y 15).

El estudio de esta institución corresponde al derecho de familia (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., núms. 945 y sigs.).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la señalada en la nota 696, véase: AYARRAGARAY, C. A., El Ministerio Público, Buenos Aires, 1938; JUSTO, Intervención judicial y extrajudicial de los Asesores de Menores, L.L., t. 96, p. 857; ARAYA, J. L., La función del Ministerio Pupilar, Rev. Col. Abogados de Rosario, t. 9, ps. 37 y s.; ALSINA, H., Tratado de Derecho Procesal, t. 1, ps. 514, y s.; GARRIGA, R., El Ministerio Público, Buenos Aires, 1926.
(nota 2) C. Fed. La Plata, 13/7/1911, cit. por BUSSO, t. 1, coment. art. 59, nº 38.

(nota 3) C. Apel. Tucumán, 11/11/1918, J.A., t. 3, p. 509.

(nota 4) C. Civiles en Pleno, Cap., 9/10/1933, J.A., t. 43, p. 1141.

(nota 5) Dictamen como Asesor de Menores, J.A., t. 44, p. 645; en el mismo sentido: C. Civil 1ª Cap., 17/6/1927, J.A., t. 25, p. 138; íd., 5/5/1933, J.A., t. 42, p. 111; íd., 22/12/1933, J.A., t. 44, p. 640; C. Civil 2ª Cap., 17/6/1936, G.F., t. 123, p. 332; C. Civil Cap., Sala D, 29/4/1952, L.L., t. 66, p. 643.

(nota 6) C. Civil 2ª Cap., 13/6/1921, J.A., t. 6, p. 639; C. Apel. Rosario, 23/12/1931, J. T. Santa Fe, t. 10, p. 359; BUSSO, t. 1, coment. art. 59, nº 91.

(nota 7) C.S.N., 27/9/1888, Fallos t. 34, p. 270; C. Civil 1ª Cap., 15/5/1940, J.A., t. 70, p. 849;C. Civil 2ª Cap., 10/3/1937, J.A., t. 57, p. 774; Sup. Corte Buenos Aires, 24/9/1940, L.L., t. 20, p. 433; Sup. Corte. Tucumán, 20/7/1936, Jur. Tuc., t. 2, p. 450; Sup. Trib. Santa Fe en pleno, 17/11/1939, L.L., t. 17, p. 839;C. Apel. Rosario, 9/3/1934, Jur. Trib. Santa Fe, t. 13, p. 72.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 27/4/1932, J.A., t. 37, p. 1370; C. Civil 2ª Cap., 23/6/1933, J.A., t. 42, p. 826;C. Fed. Cap., 4/11/1919, J.A., t. 3, p. 995.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 22/11/1927, J.A., t. 26, p. 567; de acuerdo, ALSINA, Tratado, t. 1, p. 520; BUSSO, t. 1, coment. art. 59, nº 82.

(nota 10) C. Civiles en Pleno Cap., 9/10/1933, J.A., t. 43, p. 1141.

(nota 11) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 745, véase: ARGAÑARAZ, M. J., La patria potestad y la representación promiscua del Ministerio pupilar, L.L., t. 47, ps. 752 y s.; FERNÁNDEZ, R. L., nota en J.A., t. 63, p. 446.

(nota 12) Sostienen esta opinión: SALVAT, Parte General, 6ª ed., p. 328, nº 715; ALSINA, Tratado de Derecho Procesal, t. 1, p. 519; FERNÁNDEZ, J.A., t. 63, p. 446. En igual sentido: C. Apel. Rosario, 7/7/1938, L.L., t. 11, p. 420; C. 1ª Apel. La Plata, 2/4/1940, J.A., t. 40, p. 122; C. 2ª Apel. La Plata, 21/3/1941, J.A., t. 74, p. 755; C. Fed. Bahía Blanca, 23/7/1942, J.A., 1942-IV, p. 208; Sup. Corte Mendoza, 12/5/1934, J.A., t. 46, p. 796.

(nota 13) C.S.N., 11/8/1888, Fallos, t. 34, p. 183; C. Civiles en Pleno de la Capital, 9/10/1933, J.A., t. 43, p. 1141; Sup. Corte Buenos Aires, 13/8/1947, L.L., t. 47, p. 752.

(nota 14) ORGAZ, Personas individuales, p. 202; SPOTA, t. 1, vol. 3.3, nº 664; LAFAILLE, Derecho de Familia, nº 606; ARGAÑARAZ, L.L., t. 47, p. 752; MACHADO, t. 1, p. 122, coment. art. 59; ARAUZ CASTEX, Parte General, t. 1, nº 519; LLAMBÍAS, t. 1, nº 626.

ACTOS JURÍDICOS / 08.- Modalidades / a) Condición - **Salas, Acdeel E.** - Depalma - CÓDIGO CIVIL ANOTADO
1999
1. Discernimiento y capacidad . — No debe confundirse el discernimiento con la capacidad. La capacidad es la aptitud del sujeto para ser titular de una relación jurídica (capacidad de derecho) o para ejercer por sí mismo sus propios derechos (capacidad de hecho). El discernimiento es la cualidad o facultad del sujeto por la cual conoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente ... "

HECHOS JURÍDICOS / 03.- Actos voluntarios / a) Generalidades - **Borda, Guillermo A.**
Abeledo-Perrot - TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL Año 1999
§ 2.— Hechos voluntarios

A.— CONDICIONES INTERNAS

816. CRÍTICA DEL CÓDIGO.— Según el artículo 897 del Código Civil, hechos voluntarios son aquellos realizados con discernimiento, intención y libertad. Y como consecuencia lógica de esta premisa, el artículo 900 dispone que los hechos ejecutados sin alguno de estos elementos internos, no producen por sí obligación alguna.
Esta disposición merece dos serias objeciones: por una parte, importa un concepto puramente doctrinal, impropio de un Código; por la otra, significa enrolarse en la concepción psicológica de los actos voluntarios, dominante en la época en que VÉLEZ redactó el Código, pero cuya insuficiencia y falsedad ha quedado demostrada por la doctrina moderna (ver nota 1).
Por de pronto, es evidente que los tres elementos internos del acto voluntario, enumerados en el artículo 897 , pueden reducirse a uno solo: la intención. En efecto, si falta el discernimiento, no puede hablarse de acto intencional, porque la intención presupone la aptitud de discernir; tampoco puede decirse que un acto es intencional si el agente ha obrado bajo violencia, lo que significa que la falta de libertad afecta también la intención (ver nota 2).

817.— Además, **es falso que los actos realizados sin discernimiento, intención y libertad no produzcan por sí obligación alguna**. El propio Código, no obstante que ello importa una contradicción palmaria, ha debido reconocer la plena validez de actos en los que faltan aquellos elementos. **Los actos válidos de personas que carecen (por lo menos legalmente) de discernimiento, son numerosísimos** (véase núm. 818). También lo son muchos actos en que falta la intención. Así, por ejemplo, en materia de error, el artículo 922 establece que se presumen practicados sin intención los actos realizados por error, lo que implica que tales actos deben reputarse involuntarios; no obstante ello, poco más adelante dispone que los actos realizados por error no excusable o no esencial (en los que, por adolecer de error, falta intención) son válidos (arts. 928 y 929). Del mismo modo, falta intención en el caso de dolo recíproco y en las declaraciones hechas bajo reserva mental (véase núm. 828); y falta libertad en la hipótesis de temor reverencial o de obligaciones contraídas en estado de necesidad, no obstante lo cual, todos estos actos son válidos (véase arts. 932 , inc. 4º, y 940 ; y nuestro número 1170).
Estas contradicciones son inevitables si se adopta la teoría psicológica de los actos voluntarios. Según ya lo hemos dicho, esa posición es hoy insostenible. **Lo que interesa al derecho no son los procesos íntimos, desarrollados en el fondo de la conciencia individual, sino la exteriorización de ellos.** El acto debe ser reputado voluntario siempre que haya una declaración de voluntad consciente emanada de una persona capaz (ver nota 3), salvo, naturalmente, el derecho del autor de esa declaración de impugnar su validez, cuando medie una causa legal para hacerlo (dolo, violencia, lesión, fraude, simulación, etc.). Sobre esta cuestión de fundamentalísima importancia, hemos de volver más adelante (véase núms. 828 y sigs.).

818. LA CUESTIÓN DEL DISCERNIMIENTO.— **Luego de disponer el artículo 900 que los actos celebrados sin discernimiento no producen obligación alguna, el artículo 921 establece: Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de 10 años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón.** Siendo el discernimiento un elemento inexcusable de los actos voluntarios y tratándose de algo tan sutil y variable según la edad y las personas, era inevitable señalar una regla general que zanjase la dificultad, de otra manera insalvable, de establecer cuándo existe o no discernimiento.
Pero al trazar una regla fija, de validez general, cualquiera sea el acto de que se trate, el Código se ha alejado intolerablemente de la realidad humana. Si discernimiento es una facultad elemental de valoración, es obvio que esa facultad no se tiene invariablemente a una misma edad para cualquier acto. Una criatura de 8 años puede discernir perfectamente si los útiles de colegio que compra en la librería son los que le ha pedido su maestra; si las golosinas que adquiere son las de su agrado; si el ómnibus que toma es el que la lleva a su casa. No tiene, en cambio, discernimiento para entender el significado de un contrato de sociedad o de constitución de hipoteca.
Este desacuerdo entre la norma legal (art. 921) y la realidad humana conduce a consecuencias paradójicas. Según nuestra ley, una menor que todavía no ha cumplido 14 años, puede, con autorización judicial, contraer matrimonio; en cambio, esa misma criatura no puede comprar una muñeca. Es decir, que para un acto tan trascendental como el matrimonio, se ha prescindido lisa y llanamente del régimen del discernimiento (ver nota 4); en cambio, se lo mantiene para actos baladíes. O mejor dicho, se lo pretende mantener; porque las reglas jurídicas que violan elementales necesidades de la vida social están inexorablemente destinadas a caer en desuso; es así como ha debido reconocerse la validez de numerosos actos, que nosotros hemos llamado pequeños contratos (véase núm. 489), a pesar de ser realizados por menores que todavía no han cumplido 14 años.
Todavía más contradicciones. Una mujer casada a los 12 ó 13 años tiene, a partir de ese momento, capacidad para realizar todos los actos de la vida civil, con muy pocas excepciones. Inclusive puede disponer de sus bienes (art. 135). ¿No era que carecía de discernimiento?
Igualmente, el acto celebrado por un demente es válido si quien contrató con él era de buena fe y adquirió el derecho a título oneroso (art. 473).
Sigamos adelante. Hemos visto que hay muy numerosos y a veces muy importantes actos jurídicos que pueden ser celebrados por personas que legalmente carecen de discernimiento. Pero hay más aún: no obstante haberse celebrado un acto con discernimiento, intención y libertad, puede ser nulo. Tal ocurre con los actos jurídicos celebrados por menores adultos o sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Se dirá que no basta que estén reunidas aquellas condiciones y que es necesaria, además, la capacidad. ¿Pero entonces de qué sirve la noción del discernimiento? Lo que hay que preguntarse, en relación a los actos jurídicos, no es si se tiene o no aquella aptitud psicológica, sino, simplemente, si se tiene o no capacidad; basta con esto para que el acto sea válido, porque este concepto involucra en sí el discernimiento. Y

si la ley no reconoce capacidad, el acto será nulo, sea porque se carece de discernimiento o porque se tiene un impedimento físico para ejercer los derechos (sordomudos) o por una imposibilidad práctica de ejercerlos (penados) o por otros motivos distintos (incapacidades de derecho).
Recapitulando: no obstante reunir las tres condiciones de discernimiento, intención y libertad, hay actos que son nulos; no obstante carecer el agente de discernimiento, puede realizar actos válidos. ¿En qué queda entonces la teoría de la voluntad psicológica? (ver nota 5).

818. bis.— Hasta aquí nos hemos ocupado del discernimiento en relación con los actos voluntarios lícitos. Veamos ahora el problema en cuanto a los actos ilícitos. Para el Código, los dementes, los menores de 10 años carecen de discernimiento (art. 921), y no son responsables de los daños que causaren (art. 1076). Es una solución muchas veces inicua, aunque sea una consecuencia lógica de la teoría de lo voluntad psicológica; y, por ello, la ley 17711 introdujo una importante limitación a esta exención de responsabilidad, agregando un nuevo párrafo al artículo 907 . Hemos tratado esta cuestión en otro lugar (núms. 550-551).
Cabe todavía señalar una contradicción más, dentro del sistema del Código. Los ebrios están privados momentáneamente de su discernimiento (art. 921) y, sin embargo, son responsables de sus actos, a menos que se probare que la embriaguez fue involuntaria (art. 1070). La solución es acertada, pero es preciso reconocer que resulta incoherente con el artículo 921 .
Ello significa que el Código se inclina por soluciones injustas cuando permanece fiel a su concepción psicológica de los actos voluntarios, y acierta cuando se aparta de ella.

(nota 1) Con razón dice BEKKER: “¡Dios nos libre de una escuela de civilistas psicólogos!”, cit. por FERRARA, La simulación de los negocios jurídicos, trad. esp. Madrid, 1926, p. 28.
(nota 2) De acuerdo con esta observación, AGUIAR, H., Hechos y actos jurídicos, Buenos Aires, 1950, t. I, ps. 73 y 91, quien, sin embargo, no suscribe nuestra crítica. En igual sentido, SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 1576; SPOTA, t. 8, nº 1777.
(nota 3) De acuerdo: SPOTA, t. 8, nº 1777, p. 64.
(nota 4) Y hay que añadir que esta solución se impone necesariamente, pues no es posible negar el derecho de casarse a la mujer que se encuentra embarazada. Lo que demuestra que el matrimonio no es solamente una cuestión de desarrollo mental, sino también de sexo y de desarrollo físico. Este acto tan importante pone a prueba la teoría psicológica de la voluntad; sobre el punto remitimos a nuestro estudio La teoría de los vicios del consentimiento y en particular el error, con relación al matrimonio, L.L., t. 74, p. 831.
(nota 5) Restaría, sin embargo, una hipótesis en que la exigencia del discernimiento parecería conservar su utilidad: nos referimos al caso de los actos celebrados por ebrios y sonámbulos, que tienen capacidad, pero que carecen de discernimiento y que por ello serían anulables. Pero es obvio que para explicar la nulidad de tales actos no es necesario recurrir a la teoría de la voluntad psicológica. Lo explica muy bien la de la declaración de la voluntad (véase núms. 830 y sigs.). Esta teoría ha remarcado muy especialmente la importancia de las circunstancias que rodean la manifestación, a los fines de su validez y efectos. Porque la declaración no consiste únicamente en las palabras dichas o escritas, sino en la conducta exterior de una persona que, según las circunstancias que la rodean y de acuerdo con la buena fe permitan inferir la existencia de una voluntad de obligarse. Va de suyo que los actos realizados en un estado onírico, hipnótico o de ebriedad, carecen de validez. Si ese estado fuere notorio, nadie podrá prevalerse de una declaración de voluntad hecha en tales condiciones, porque ello sería contrario a la buena fe; si no fuere notorio, el que pretende luego desligarse de sus compromisos alegando que dio su consentimiento en ese estado, no tendrá medio de probarlo y la declaración producirá todos sus efectos.

CAPACIDAD / 03.- Menores / a) Generalidades - **Alterini, Juan M**. (coord.) - LexisNexis - Abeledo-Perrot
INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO MODERNO - 2001
DISCERNIMIENTO Y MAYORÍA DE EDAD - JUAN FRANCISCO FREIRE AURICH

I. INTRODUCCIÓN

Ciertamente, no interesa establecer la capacidad para entender lo nocivo, el ser humano capta antes la noción de lo bueno y lo malo, que la apreciación de lo que puede ser conveniente o inconveniente a sus intereses; sobre esta premisa reposa la idea del discernimiento como cualidad del sujeto dotado de razón.

El Proyecto de Código Civil (ver nota 110) no modifica el standard jurídico tasado con relación a la aptitud y madurez de las personas para entender y querer el acto voluntario. Sin embargo, introduce una importante reforma al sistema rígido adoptado por Vélez flexibilizando la edad fijada para determinar si una persona tiene o no discernimiento para los actos lícitos, facultando al tribunal a ponderar la efectiva aptitud del sujeto menor de esa edad para comprender el acto que ha realizado.

También establece con precisión la edad en la que se adquiere el discernimiento, eliminando, en lo que atañe a los actos lícitos, la referencia a los menores impúberes, categoría que ha sido desechada al desaparecer la distinción entre menores impúberes y adultos.

Por otro lado, el Proyecto de Código Civil adopta como límite a la minoridad, la edad de 18 años, haciendo mérito de los distintos proyectos legislativos que proponen la reducción de la mayoría de edad. Es indudable que, en este punto, se ha seguido la tendencia casi universal de la legislación comparada, pero, principalmente, se ha buscado uniformar nuestro régimen con los de los países que integran el Mercosur, a fin de evitar los inconvenientes y obstáculos que la diversa capacidad en la razón de la edad origina, especialmente, en lo que refiere al establecimiento y libre circulación de las personas.

Sin embargo, no puede perderse de vista que las consecuencias jurídicas de la reforma del régimen de capacidad trascenderán sobre la realidad económica y social de una inmensa mayoría de jóvenes que gozan de los beneficios de la minoridad y que dependen, en gran medida, de la asistencia económica de sus padres.

Como se aprecia, el Proyecto trae numerosos cambios que en ciertos casos modificarán las reglas y pautas de convivencia, pero todo intento de reformar y cambiar las normas que rigen la vida comunitaria requiere un proceso de conocimiento y adaptación. La participación y el debate de ideas puede contribuir a lograr semejante objetivo.

1014/10620

II. EL DISCERNIMIENTO

El Proyecto mantiene, en lo sustancial, la norma prevista por el art. 897 Ver Texto del Código Civil al establecer cuándo un hecho es voluntario. A ese respecto el segundo párrafo del art. 247 Ver Texto dispone que, "se juzgan voluntarios los actos ejecutados con discernimiento, intención y libertad". Pero, en lo que aquí interesa, se ha separado el tema del discernimiento del de los vicios que afectarían los otros elementos internos de la voluntad, pues se ha limitado inicialmente la noción de actos involuntarios a los actos ejecutados sin discernimiento.

Es decir, se distingue la falta de discernimiento, y por ende la falta absoluta de voluntad, de los supuestos en los que la voluntad se encuentra viciada. De este modo, ha predominado el criterio de que los factores que suprimen el discernimiento son causales obstativas de la voluntad (ver nota 111).

En efecto, el art. 248 Ver Texto dispone:

"Actos involuntarios. Son involuntarios por falta de discernimiento los actos de los dementes interdictos y los de quienes, al momento de ejecutarlos, están privados de razón.

"Los menores tienen discernimiento para los actos ilícitos desde la edad de diez (10) años y para los actos lícitos desde la edad de catorce (14) años. Sin embargo, conforme a las circunstancias personales del sujeto, el tribunal puede considerar con discernimiento para los actos lícitos aun a quien tiene menos de catorce (14) años".

Al igual que el Código vigente, el Proyecto no define el discernimiento, sólo establece cuáles son las causales que lo suprimen. Empero, se advierte en los Fundamentos que lo acompañan que se lo ha entendido como la aptitud del sujeto para comprender el acto que ha realizado (ver nota 112).

El pleno discernimiento y el gobierno que cada uno tiene sobre sí mismo a consecuencia de ello es una aptitud que provee la naturaleza y la ley se limita a regir las situaciones excepcionales que suprimen tal aptitud (ver nota 113). Con ese entendimiento, creemos que los autores del Proyecto han hecho bien en mantener el standard jurídico tradicional vigente, en relación a las causales que ponderan la aptitud y madurez de las personas para entender y querer el acto voluntario.

La fuente en la materia es el art. 574 del Proyecto elaborado por la Comisión designada por el decreto 468/92 Ver Texto, el que había mantenido el criterio rígido del actual art. 921 Ver Texto del Código Civil, respecto de los dementes y de los que estuviesen accidentalmente privados de razón (ver nota 114). El precepto proyectado disponía: "Son considerados involuntarios por falta de discernimiento los actos de los dementes interdictos y de quienes, al momento de ejecutarlos, estuviesen privados de razón". En el segundo párrafo se establecía que: "Respecto de los menores de 14 años, la involuntariedad por falta de discernimiento deberá ser determinada por los jueces si fue invocada para eximirse de las consecuencias de sus actos".

Con mejorada técnica legislativa y con ciertas modificaciones, el Proyecto de Código Civil de 1998 establece un criterio similar en lo relativo a la enumeración de las causales obstativas del discernimiento, que comprende: 1) la insanidad, por padecimiento de demencia; 2) la privación de la razón por cualquier causa y 3) la inmadurez, por razones de edad; las que requieren particular consideración.

1014/10630

1. La demencia

El art. 921 Ver Texto del Código Civil establece que se reputan actos sin discernimiento los de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos. En doctrina, se discutió la extensión del concepto "demente" que utiliza la norma, concluyendo unánimemente que quedaban comprendidos tanto los dementes declarados tales en juicio (interdictos) como los no declarados, variando solamente el régimen probatorio (ver nota 115).

En cambio, el Proyecto sólo alude a los dementes interdictos y elimina toda referencia a los intervalos lúcidos por lo que, al parecer, se ha considerado que los actos de los dementes interdictos son siempre involuntarios. Sin embargo se afirmaba (ver nota 116) que no es posible aceptar que sus autores hayan querido atribuirle ese alcance, confundiendo las nociones de imputabilidad y capacidad.

DEñalaban Goldenberg y Tobías que la norma proyectada no alude a una situación de capacidad de la persona sino a su discernimiento, de modo que sólo puede razonablemente entenderse que el acto del demente interdicto será voluntario si al momento de ejecutarlo no estuviese privado de la razón (como cuando han cesado las causas de la interdicción y no se ha iniciado el trámite de rehabilitación o cuando existen síntomas acentuados de remisión de la enfermedad mental, suficientes para considerar que existe discernimiento) (ver nota 117).

En realidad, se trata de la presunción legal de que los actos han sido realizados sin discernimiento en virtud de la interdicción que pesa sobre el sujeto, al margen de la licitud o ilicitud de los mismos, ya que la presencia del discernimiento no hará válidos los actos jurídicos que ejecute —atento la falta de capacidad—, ni lo eximirá de responder por las consecuencias dañosas que produzcan sus actos ilícitos. De modo tal que la presunción sólo incide sobre la extensión de la reparación y sobre la concurrencia de la responsabilidad de los representantes legales.

Decimos esto porque el actual Proyecto de Código Civil difiere de su antecesor en cuanto descarta la irresponsabilidad como principio en materia de actos involuntarios, apartándose así, también, del régimen vigente. La presencia del discernimiento deja de ser determinante en lo que atañe al resarcimiento de los daños ocasionados por el demente interdicto. De esta forma, se establece con precisión que puede haber ilicitud en los actos involuntarios, aunque se asigne al tribunal facultades para atenuar la responsabilidad, por razones de equidad (ver nota

118).

En efecto, no sólo los actos voluntarios pueden ser lícitos o ilícitos, sino que también los involuntarios pueden reunir tales características. Por lo tanto, en materia de actos ilícitos ejecutados por dementes interdictos, la existencia o no del discernimiento será relevante a los efectos de determinar el alcance de la reparación: sea que se trate de la reparación plena (art. 1652 del Proyecto) o de la indemnización de equidad prevista por el art. 1641; pero siempre existirá plena imputabilidad por las consecuencias dañosas de sus actos y, por ende, habrá responsabilidad por actos involuntarios. Ello, claro está, sin perjuicio de la responsabilidad del representante legal.

La primera cuestión que se plantea es determinar si es más justo un modelo que tutela efectivamente a la víctima del daño ocasionado por una persona, aunque ésta se encuentre privada de razón, en menoscabo de la protección que merece la ausencia de discernimiento, que se traduce en la falta de culpa del agente. No cabe duda de que, entre estos dos intereses, la atención debe centrarse en la víctima, porque la antijuridicidad o ilicitud es contradicción de la acción humana con el ordenamiento jurídico, en sentido objetivo, sin entrar a considerar si esa conducta es o no moralmente reprochable al autor (ver nota 119). Es obvio que el sujeto privado de razón no actúa con dolo o culpa, pero en el hecho dañoso hay ilicitud objetiva. Admitir la apreciación in concreto, exigir culpabilidad es confundir punición con reparación.

En doctrina, se advertía la necesidad de una apreciación in abstracto de la culpa, de manera que también los sujetos sin discernimiento sean civilmente responsables en cuanto no se adecuen al standard del hombre razonable (nosotros diríamos prudente). De este modo, se superaría la concepción subjetiva de la culpa (ver nota 120). Así, los Mazeaud sostenían para el derecho francés, aun antes de la reforma introducida por ley 68-5/68 al Code Civil, que el loco y el "infans" pueden ser responsables civilmente (ver nota 121).

La doctrina francesa señala también algunas sentencias anteriores al Code en las que se condenó al demente a indemnizar daños y perjuicios, aunque se lo eximiese de responsabilidad penal (ver nota 122). Esto demuestra que la jurisprudencia francesa hace ya tiempo que entendió que la responsabilidad civil debe obedecer a criterios de justicia distributiva, y no a criterios de justicia retributiva. La ilicitud objetiva de los actos involuntarios cambia la atención hacia la víctima y se adecua a la idea de sanción resarcitoria antes que retributiva.

En los Fundamentos del Proyecto (266-XII) se expresa que, "en Francia son responsables los perturbados mentales (art. 489-2, Cód. Civ., según ley 68-5 del 3/1/1968), y los menores sin discernimiento". En efecto, en el sistema francés vigente, está obligado al resarcimiento incluso aquel que ha causado el daño en el momento en el cual se encontraba bajo el dominio de una alteración mental. El art. 489-2 del Code Civil dispone que "Aquel que ha causado un daño a otro cuando se encontraba bajo el dominio de un trastorno mental, no está menos obligado a la reparación". En concordancia con este dispositivo, también el incapaz es responsable por el daño ocasionado por las cosas (art. 1384-1) y de daños ocasionados por los animales, cuando el incapaz es el guardián (art. 1385) (ver nota 123).

La jurisprudencia considera que la responsabilidad del disminuido (ex-art. 489-2) no es una especie autónoma del art. 1382 (que regula el principio general de la responsabilidad civil) ni del art. 1383 (responsabilidad en los casos de negligencia o imprudencia) (ver nota 124). De modo tal que, frente a una doctrina minoritaria que defiende la interpretación restrictiva del art. 489-2 (ver nota 125), la jurisprudencia, en general, propugna una interpretación extensiva del citado artículo (ver nota 126).

Sobre la posibilidad de extender este tipo de responsabilidad también a los menores de edad, la Corte de Casación, en su Asamblea Plenaria del 9 de mayo de 1984, en la que debió tratar cinco decisiones en las cuales se encontraban implicados menores, resolvió que el menor incapaz de entender y querer (sin discernimiento) es responsable civilmente, equiparando su posición con la del enfermo de mente. Sin embargo, el fundamento doctrinario de esta decisión se encuentra en los arts. 1382 y 1384 y no en el art. 489-2 (ver nota 127).

Entre las fuentes también se cita la legislación penal española. El artículo 20 del viejo Código Penal español impuso la responsabilidad civil subsidiaria de los incapaces estableciendo que, no habiendo persona que tenga al loco o al menor bajo su potestad, o guarda legal, o siendo aquéllos insolventes, "responderán con sus bienes los mismos enajenados, menores o sordomudos". Al respecto el Tribunal Supremo (Sala II) ha interpretado que, "una primera aproximación o examen meramente periférico y fisonómico de la regla primera del susodicho art. 20, puede determinar la creencia de que, dicho precepto, en el caso de enajenación mental, establece una responsabilidad civil principal o de primer grado por hecho ajeno atribuida a los que tengan, al enajenado, bajo su potestad o guarda legal, y una responsabilidad subsidiaria o de segundo grado, por el hecho propio, que corresponde al enajenado, con sus bienes, cuando el padre, tutor o guardador legal sea insolvente o no conste que, por su parte, hubo culpa o negligencia; pero, profundizando más en la cuestión, y examinando el texto del párrafo segundo de la citada regla, se comprueba inmediatamente que, lo recién expuesto, no es siempre así, pues "no habiendo persona que" tenga al enajenado "bajo su potestad o guarda legal", se establece la responsabilidad principal y única, con sus bienes, del enajenado, dentro de los límites que para el embargo de bienes establecen las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal, es decir, que el citado enajenado sólo responde subsidiariamente, con sus bienes cuando esté sometido a potestad o guarda legal y, de ningún modo, cuando se halle en caso contrario, en cuyo supuesto responderá únicamente él mismo, con sus propios bienes, y sin que esa responsabilidad patrimonial se extienda o contagie a otras personas (sentencia del 8/3/1984) (ver nota 128).

La doctrina española, efectuando una interpretación finalista, extiende el precepto a los casos en que no puede atribuirse responsabilidad indirecta, cuando los guardadores actúan con la debida diligencia (ver nota 129).

En este contexto, es evidente que el precepto proyectado no tiene el alcance que la doctrina le asigna al art. 921, en consonancia con los artículos 900 Ver Texto y 1070 Ver Texto del Código Civil, habida cuenta de que la reforma postula que las consecuencias dañosas de los actos obrados sin discernimiento son imputables a su autor (ver nota 130).

Desde esta perspectiva, como se dijo, la presencia del discernimiento sólo es relevante a fin de precisar el alcance de la reparación. También resulta fundamental a los efectos de determinar la concurrencia de la responsabilidad de otros sujetos, puesto que, es claro, que si el acto fue voluntario, porque el sujeto interdicto al momento de ejecutarlo no estaba privado de razón, el representante legal no deberá responder.

Por otra parte, quien pretenda la reparación plena debe probar que el acto ilícito fue voluntario y, por ende, se invierte la carga de prueba. Si la víctima demuestra dicha circunstancia, el juez no podrá atenuar la responsabilidad por razones de equidad.

A nuestro juicio, cuando el art. 1641 habla de las atribuciones del tribunal para atenuar la responsabilidad, debe entenderse que, tratándose de

una regla de derecho, no tiene carácter facultativo: si el juez constata que está frente a un hecho involuntario “debe” atenuar la responsabilidad. Creemos que, en esta materia, el discrecionalismo judicial puede hacer que la regla pierda su razón de ser.

Finalmente, se justifica también que no se haga referencia a los dementes no interdictos, pues en ese caso, lo determinante será la privación de la razón al momento de ejecutar el acto, independientemente de su causa (ver nota 131). De ahí que la existencia de intervalos lúcidos, más o menos largos, no es obstáculo para considerar el acto involuntario, porque lo importante es establecer el estado mental al tiempo de otorgarlo.

1014/10640

2. La privación de la razón

El art. 921 Ver Texto del Código Civil dispone que se reputan actos sin discernimiento los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón. La doctrina ha denominado al supuesto como inconsciencia accidental o privación accidental de la razón, entendiendo que la norma alude a una situación accidental transitoria, que excluye la libre determinación de la voluntad. Se concluye que tanto los actos lícitos como los ilícitos practicados en ese estado son inimputables a su autor (ver nota 132).

La norma que propone el Proyecto también se refiere a todos los actos practicados por aquellos que, por cualquier causa, estuviesen sin uso de razón, comprendiendo incluso los actos ejecutados por los dementes no interdictos, los realizados por los que se encuentran sin conciencia por embriaguez, drogadicción y cualquier otra causa que prive de la facultad de comprender (sonambulismo, hipnotismo, etc.).

En consecuencia, cualquier anormalidad o alteración de las facultades del espíritu que prive o comprometa el uso de la razón encuadra en el supuesto y es suficiente para considerar que el acto es involuntario.

Sin embargo, el Proyecto elimina toda referencia al carácter accidental de la inconsciencia y tampoco exige que la privación de la razón sea involuntaria, lo que en el régimen vigente es una condición necesaria para que el acto ilícito sea considerado involuntario de acuerdo con lo normado por el art. 1070 Ver Texto del Código Civil. Es que en materia de actos involuntarios ilícitos, como ya se precisó, la reforma establece el principio de responsabilidad.

Por ese motivo, la circunstancia de que la embriaguez o la drogadicción —para fijar un caso— sea voluntaria o involuntaria no tiene incidencia sobre la imputación de las consecuencias dañosas, aunque el tribunal puede valorarla a fin de atenuar la responsabilidad. En otros términos, el acto es involuntario independientemente de que privación de la razón provenga de la negligencia culpable del sujeto que obra sin discernimiento.

Se atiende a la situación de hecho de la privación de la razón, sin importar su naturaleza, no siendo necesario tampoco que la falta de discernimiento se refleje en todos los actos. También resulta irrelevante, a nuestro juicio, que la perturbación sea permanente o transitoria, ya que la diferencia entre la inconsciencia y la falta de discernimiento responde a un criterio de temporalidad.

En este punto, el Proyecto coincide con la jurisprudencia en que lo importante es establecer el estado mental al tiempo de ejecutar los actos, o sea, al momento de otorgárselos, sin que baste probar la carencia de discernimiento en la época, pues ello no asegura que el acto no haya sido efectuado en un momento de lucidez (ver nota 133).

Ahora bien, cabe preguntarse cuándo el sujeto se encuentra privado de razón. Expresan Mazeaud y Tunc que la cuestión necesariamente será resuelta por jueces, quienes apreciarán soberanamente si el autor del daño está en su razón o no, si es susceptible de discernimiento o si no lo es. En consecuencia, las definiciones o clasificaciones que haya podido dar el legislador en otras esferas no deben ser tomadas en consideración aquí, como tampoco las presunciones que haya podido establecer (ver nota 134).

Por lo tanto, es claro, la que presunción que establece el primer párrafo del precepto proyectado respecto de los dementes interdictos no rige para los otros sujetos privados de razón. Concordantemente, quien invoca la falta de discernimiento debe probar que dicha circunstancia existía al momento de ejecutar el acto. De este modo, se obliga al autor del daño a demostrar no sólo la causa que lo privó del uso de la razón, sino además, que ésta existía en el momento mismo en que ha cometido el acto.

En lo que atañe a los actos lícitos, es evidente que un acto ejecutado en estas circunstancias, en principio, será válido, aunque pueda impugnarse por falta de discernimiento y, eventualmente, lograrse su declaración de ineficacia. Pero para obtener su invalidez debe acreditarse igualmente que al momento de ejecutarlo el sujeto estaba privado de razón.

1014/10650

3. La inmadurez por razones de edad

El sistema del Código se enrola en esta materia dentro de los criterios considerados “rígidos”, por oposición a los “flexibles”. Como expresa Cifuentes, Vélez se inspiró en Freitas y en el Derecho Romano, como lo demuestra su nota, apartándose del derecho francés en donde, sin el establecimiento de pautas rígidas, quedó sometida la cuestión a lo variable de las circunstancias particulares de hecho, especialmente en lo que se refiere a la edad del discernimiento (ver nota 135).

Con ese alcance, el art. 921 Ver Texto del Código Civil reputa hechos sin discernimiento los actos lícitos que fueran practicados por menores impúberes o actos lícitos por menores de diez años. Esta presunción es iure et de iure e impide la demostración de que el menor poseía un desarrollo intelectual suficiente para comprender el alcance de sus acciones a pesar de no haber alcanzado las edades mínimas o, a la inversa, que careciera de esa aptitud pese haber alcanzado esas edades (ver nota 136).

En cambio, el Proyecto de Código Civil de 1998 establece que los menores tienen discernimiento para los actos ilícitos desde la edad de diez (10) años y para los actos lícitos desde la edad de catorce (14) años. Sin embargo, conforme a las circunstancias personales del sujeto, el tribunal puede considerar con discernimiento para los actos lícitos aun a quien tiene menos de catorce (14) años".

En los Fundamentos del Proyecto se explica que, si bien se fija la edad del discernimiento para los actos lícitos en los 14 años, se autoriza al tribunal a ponderar la efectiva aptitud del sujeto menor de esa edad para comprender el acto que ha realizado (ver nota 137).

En esta materia, se sigue la solución propiciada por el Proyecto del Poder Ejecutivo nacional de 1993, sin embargo, se mantiene la distinción de las edades para adquirir el discernimiento tanto para los actos ilícitos como para los lícitos, proyectando la modificación del régimen sólo respecto de estos últimos. La norma formulada por el Proyecto del Poder Ejecutivo nacional de 1993 era más amplia en cuanto disponía que, respecto de los menores de 14 años, la involuntariedad por falta de discernimiento deberá ser determinada por los jueces si fuera invocada para eximirse de las consecuencias de sus actos.

Este último fijaba la edad del discernimiento a los 14 años sin distinguir entre actos lícitos e ilícitos, estableciendo una solución flexible que seguía las enseñanzas de los autores del Anteproyecto de 1954 que habían receptado las soluciones de los códigos francés, italiano y suizo (ver nota 138).

Los autores del mencionado Anteproyecto habían señalado la inconveniencia de adoptar un criterio uniforme para determinar la existencia del discernimiento en toda clase de actos lícitos, sin atender a la índole particular del acto. Explicaban que puede desde luego carecerse de discernimiento para comprar inmuebles o fondos de comercio, pero no para aceptar donaciones manuales o hacer pequeñas compras de bienes para consumo. De ahí que les parecía conveniente dejar de lado el criterio rígido y uniforme adoptado por el codificador, especialmente cuando se refiere a la existencia del discernimiento según la edad del agente, para seguir la línea más fluida de los códigos francés, italiano y suizo, que no imponen un patrón fijo, dejando la determinación del discernimiento librada a la apreciación judicial en cada caso particular, en función de la índole simple o compleja del acto de que se trate (ver nota 139).

En efecto, en estos sistemas, cada caso depende del examen judicial del sujeto para comprobar si ha obrado comprendiendo el alcance del acto. Así, en el derecho francés, la doctrina sostenía que pertenece a los jueces declarar en cada litigio si el niño tiene o no tiene el uso de razón; sin que estén obligados a respetar la creencia común que quiere que, a los 7 años, comprenda un niño el alcance de sus actos; todo dependerá del desarrollo físico e intelectual del niño, al mismo tiempo que de la naturaleza del acto que haya cometido (ver nota 140).

En la doctrina nacional, Borda, criticando la solución del art. 921 Ver Texto del Código Civil, afirma que al trazar una regla fija de validez general, cualquiera sea el acto de que se trate, el Código se ha alejado intolerablemente de la realidad humana. Si el discernimiento es una facultad elemental de valoración, es obvio que esa facultad no se tiene invariablemente a una misma edad para cualquier acto (ver nota 141).

Haciendo eco de estos antecedentes, el Proyecto del Poder Ejecutivo nacional de 1993 sentó una suerte de presunción de voluntariedad al exigir que el menor de 14 años invocara su falta de discernimiento a fin de eximirse de las consecuencias de sus actos y facultando a los jueces a determinar su involuntariedad. Sin embargo, el actual Proyecto de Código Civil ha modificado dicho criterio adaptándolo al principio de responsabilidad por actos involuntarios; limitando la flexibilidad del régimen en relación a la edad en la que se adquiere el discernimiento para los actos lícitos.

Es decir, el menor siempre responde por las consecuencias dañosas de sus actos, tenga o no discernimiento, pero la validez de los actos lícitos realizados por menores que no han alcanzado la edad de 14 años puede ser valorada por los jueces atendiendo a las circunstancias personales, ya que el tribunal tiene atribuciones para ponderar la efectiva aptitud del sujeto menor de esa edad para comprender el acto que ha realizado.

De este modo, el menor puede mantener la eficacia del acto que le resulte beneficioso, sin que pueda reprochársele la involuntariedad del acto y su carencia de efectos. Con ese fin, el Proyecto exige que los jueces tengan en cuenta las circunstancias personales del menor y, por ende, su desarrollo físico e intelectual, para determinar en función de la naturaleza del acto que ha realizado, si tiene discernimiento a pesar de no haber alcanzado la edad legalmente establecida.

Creemos que la reforma es muy importante pues concuerda con la capacidad de ejercicio reconocida genéricamente a los menores, quienes pueden concertar los actos usuales correspondientes a su edad y condición (art. 26 del Proyecto) (ver nota 142); además de los hechos y actos que pueden otorgar los menores que han cumplido 14 años en función de la enumeración establecida por el art. 25 del Proyecto, muchos de los cuales están dispersos en distintas disposiciones del Código vigente.

Ciertamente, hay numerosos actos jurídicos que pueden ser celebrados por menores que legalmente carecen de discernimiento. Empero, en el régimen vigente no interesa tanto si tiene o no aquella aptitud psicológica, sino simplemente, si tiene o no capacidad, por lo que la noción del discernimiento en lo que atañe a los actos lícitos carece virtualmente de utilidad. El Proyecto, atinadamente, modifica esta situación, estableciendo una concepción en la que la validez de los lícitos otorgados por el menor que no ha cumplido 14 años, involucra su efectiva aptitud para comprender el acto que ha realizado, de suerte que, la falta de capacidad no supone la carencia de discernimiento. Por lo tanto, la voluntariedad del acto y su validez será determinada por los jueces en función de las madurez intelectual del agente, siempre y cuando ésta no le resulte inconveniente o perjudicial.

Ahora bien, cabe preguntarse si el precepto formulado por el actual Proyecto de Código Civil también abre la posibilidad de impugnar el acto demostrando su carácter involuntario, pese a que el menor ha alcanzado la edad legalmente establecida; como lo preveía su antecesor. Nosotros pensamos que sí, porque no todos los menores alcanzan a esa edad el desarrollo intelectual suficiente para comprender el alcance de sus acciones, y es lógico que, si no tiene esa aptitud, sus actos deban considerarse involuntarios. Se trata, pues, de una situación inversa a la expresamente prevista y como tal, debe entenderse permitida dentro de su contexto.

En esa senda, teniendo en cuenta los antecedentes que constituyeron la fuente del precepto, no puede dudarse de que la presunción que consagra en el sentido de que a la edad de 14 años se tiene discernimiento para los actos lícitos, admite prueba en contrario. Otra interpretación tornaría inoperante la reforma, desde que no cumpliría cabalmente con su objetivo de flexibilizar el rígido sistema vigente (ver nota 143).

Por otra parte entendemos que la determinación genérica de la edad a la que se adquiere el discernimiento para los actos ilícitos no presenta objeciones, pues éstos siempre producirán efectos jurídicos dada la responsabilidad por actos involuntarios que recepta el Proyecto. Por tal razón, el establecimiento de una pauta fija y uniforme, sin que se prevean situaciones excepcionales, es coherente con el sistema de responsabilidad.

1014/10660

III. LA MAYORÍA DE EDAD

La reforma al régimen de capacidad es una de las cuestiones de mayor trascendencia que trae el Proyecto de Código Civil, especialmente en lo que se refiere a la mayoría de edad, no sólo por el debate previo habido entre los operadores jurídicos y políticos, sino también por las consecuencias jurídicas e implicancias económicas que trasunta.

El art. 20 del Proyecto establece: "Son menores las personas que no tienen la edad de dieciocho (18) años. Su incapacidad cesa el día en que cumplen esa edad". Entre los fundamentos que se esgrimen para abonar la reforma se invoca la necesidad de uniformar nuestro régimen con los de los países que integran el Mercosur, a fin de evitar los inconvenientes y obstáculos que la diversa capacidad en la razón de la edad origina, especialmente en lo que refiere al establecimiento y libre circulación de las personas.

Sin perjuicio de ello, es claro que la reducción de la mayoría de edad es una decisión de política legislativa, cuya oportunidad, mérito y conveniencia ha sido arduamente discutida por la doctrina nacional (ver nota 144), atendiendo, principalmente, a la realidad económica y social de un sin número de jóvenes que gozan de los beneficios de la minoridad y que dependen, en gran medida, de la asistencia económica de sus padres.

Nosotros no nos vamos a ocupar de los efectos perjudiciales que desaconsejan su adopción, sino de las razones jurídicas que hacen viable la reforma, a pesar de que compartimos plenamente la opinión de quienes destacan la inconveniencia de reducir la mayoría de edad en las circunstancias actuales, habida cuenta que la extinción de la patria potestad y, por ende, la conclusión de los deberes de asistencia paterna se produciría en un momento en el cual, la realidad de nuestra sociedad impide que muchos jóvenes se encuentren en condiciones de satisfacer adecuadamente sus necesidades, sobre todo por sus enormes dificultades de inserción laboral y el crónico desempleo que nos aqueja.

Al margen de ello, no se trata —como expresan algunos autores— de que el menor de 18 años no cuente aún con suficiente experiencia en la vida y particularmente en los negocios (ver nota 145) para adquirir la plena capacidad, pues los jóvenes que efectivamente trabajan o ejercen profesión tienen en el régimen vigente una amplia capacidad civil para administrar o disponer de lo producido con su trabajo. La reforma no resulta inesperada y traumática, atento a que no son pocos los actos que un sujeto de esa edad puede ejercitar.

En efecto, el menor que ha cumplido 18 años, conforme a nuestra legislación actual, no sólo puede trabajar sin necesidad de autorización de sus padres, sino que también puede administrar y disponer libremente de los bienes que adquiera con el producto de su trabajo o industria (art. 128 Ver Texto, Cód. Civ. y arts. 32 Ver Texto, 189 Ver Texto y concs. de la Ley de Contrato de Trabajo), puede celebrar todos los actos y contratos concernientes a su empleo, profesión o industria (art. 283 Ver Texto, Cód. Civ.), puede estar en juicios civil o penal referidos a dichos contratos (art. 128 Ver Texto, Cód. Civ.), puede ser acusado criminalmente y defenderse en juicio criminal (art. 286 Ver Texto); puede testar (arts. 286 Ver Texto y 3614 Ver Texto, Cód. Civ.), puede reconocer hijos (art. 286 Ver Texto, Cód. Civ.), puede ser mandatario (art. 1897 Ver Texto, Cód. Civ.). Además, puede obtener licencia para conducir (vehículo automotor, art. 58, ley 22934), solicitar la adición del apellido materno (art. 4º, ley 18248 Ver Texto), ser testigo (art. 426 Ver Texto, Cód. Proc.), puede contraer matrimonio con autorización de sus padres, entre otros actos que requieren autorización, todo ello sin perjuicio de la capacidad política que le otorga la ley 19945 .

Por ello, creemos que no puede sostenerse que la reducción de la mayoría de edad legal expone a los menores a otorgar actos perjudiciales a su persona, porque esto importaría afirmar que no tienen el suficiente desarrollo físico e intelectual o la madurez necesaria para distinguir lo que es conveniente o inconveniente a sus intereses; lo que a nuestro juicio, dado el actual estado de cosas, resulta verdaderamente discutible. Más aún, tampoco atenta contra los intereses del menor por cuanto la Convención Sobre los Derechos del Niño Ver Texto (ver nota 146) extiende su protección solamente hasta los 18 años.

Es cierto que algunos jóvenes tienden a prolongar su adolescencia conviviendo con sus padres y dependiendo de ellos (sea en materia de vivienda y aun económicamente), incluso más allá de los 21 años, en algunos casos por falta de trabajo y de oportunidades (ver nota 147), empero, la cuestión radica en precisar hasta dónde debe extenderse la protección legal de la minoridad, sin perjuicio de que los padres puedan contribuir a la educación o manutención de sus hijos, a pesar de que hayan alcanzado la mayoría de edad, lo que, de hecho sucede, en muchos casos.

En rigor, la incapacidad tiene carácter excepcional y es impuesta con el fin de proteger al sujeto que no ha logrado o alcanzado la madurez suficiente para desenvolverse por sí mismo en el tráfico jurídico. De ahí que el legislador no puede prescindir de un dato de la realidad, tan significativo, como es, que la legislación comparada, casi en forma unánime, considera que un menor que ha cumplido 18 años puede afrontar las ventajas y riesgos que implican la plena capacidad.

Que no se diga que se trata de países desarrollados y que nuestra realidad social es muy distinta porque, sin ir muy lejos, gran parte de los países latinoamericanos han fijado la mayoría de edad a los 18 años, y la problemática que presenta la salud, la educación y el desempleo, indudablemente, no es patrimonio nacional.

No se pretende desregular o disminuir las obligaciones paternas ni privar al menor de los beneficios de los que goza, sino eliminar las limitaciones a su capacidad y con ello solucionar los inconvenientes y obstáculos que la diversa capacidad en razón de la edad genera en el intercambio comercial regional y en el libre desplazamiento de las personas; lo que resulta indispensable para el desarrollo del actual proceso de integración con países del Mercosur.

Como sostiene Rivera, la adopción, en el futuro, del límite de la minoridad en los 18 años aparece casi como inexorable, dada la necesidad de uniformar nuestro régimen de capacidad con los de los países que integran el Mercosur (ver nota 148). No obstante ello, pensamos que deberían implementarse, por razones obvias, algunos mecanismos para paliar efectos indeseables.

(nota 110) Redactado por la Comisión designada por el dec. 685/95 Ver Texto.

(nota 111) Es que sólo el discernimiento se vincula con la existencia de la voluntad en sí misma. Sin embargo, para Cifuentes esta distinción no resulta aceptable desde la óptica del Código Civil vigente (Vid. BELLUSCIO, Augusto (dir.) - ZANNONI, Eduardo (coord.), Código Civil. Comentado. Anotado y Concordado, T. IV, doct. art. 921 Ver Texto, Astrea, Buenos Aires, 1982, ps. 142 y 143).

(nota 112) Concordantemente Cifuentes ha expresado que, el discernimiento es la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias (op. cit., en nota 2, doct. al art. 897 Ver Texto, p. 21). Con idéntico criterio la jurisprudencia tiene dicho que la falta de discernimiento es la ausencia de aptitud genérica y natural para valorar, comprender, sopesar el acto y sus efectos (art. 921 Ver Texto, Cód. Civ.) (CNCiv., Sala C, 14/5/1981, ED, 94-319).

(nota 113) En similar sentido, CNCiv., Sala D, 28/9/1979, ED, 86-783.

(nota 114) En la nota al art. 574 de dicho Proyecto se afirma que, si bien se mantiene el criterio rígido del actual art. 921 Ver Texto, Cód. Civ., respecto de los dementes interdictos, y —obviamente sujeto a prueba— la involuntariedad de quienes estuviesen accidentalmente privados de razón, en el segundo párrafo se abandona la rigidez respecto de los menores, prefiriendo una solución flexible (Reformas al Código Civil. Proyecto y Notas de la Comisión designada por el Decreto 468/92 Ver Texto, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 77).

(nota 115) Cfr. RIVERA, Julio C., Instituciones de Derecho Civil. Parte General, T. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 463.

(nota 116) Refiriéndose al Proyecto elaborado por la Comisión designada por el decreto 468/92 Ver Texto.

(nota 117) GOLDENBERG, Isidoro - TOBÍAS, José W., “Reformas al Código Civil”, en ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto M. (dirs.), Reformas al Código Civil. Parte General, vol. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 127; con relación al Proyecto elaborado por la Comisión designada por el dec. 468/92 Ver Texto.

(nota 118) Con esto no queremos minimizar la importancia del discernimiento como el elemento imprescindible de la voluntad jurídica, sino destacar que la noción de acción o autoría abarca tanto el obrar humano voluntario como involuntario desde que se trasunta como una emanación de la persona. De este modo, en materia de responsabilidad, la noción de autoría está ligada al comportamiento humano dañoso, por lo que aun cuando el acto sea obrado sin discernimiento puede ser calificado de ilícito. Por supuesto que para que dé lugar a la obligación de indemnizar, la conducta carente de discernimiento debe ser contraria al ordenamiento y debe haber causado un daño que guarde adecuada relación de causalidad con el hecho (Cfr. Bueres, Alberto, Boffi Boggero, Luis F., Rivera, Julio C., entre otros, en Reformas..., cit., ps. 457 y 503).

(nota 119) Ibidem.

(nota 120) ESPINOZA ESPINOZA, J., Estudios de Derecho de las Personas, 2ª ed., Huallaga, Lima, 1996, p. 367; con cita de TRAZEGNIES GRANDA, La Responsabilidad Extracontractual, T. I, PUCP, Lima, 1988, p. 417, quien en el derecho peruano promueve la necesidad de responsabilizar civilmente también a los incapaces sin discernimiento (ps. 408-409).

(nota 121) MAZEAUD, Henri y Leon - MAZEAUD, Jean, Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda, Vol. II, volumen dedicado a la “Responsabilidad civil y cuasicontratos”, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1969, p. 116. Allíse refieren a los elementos concretos de la apreciación in abstracto de la responsabilidad del demente y del niño, destacando que esta regla se halla establecida en numerosas legislaciones extranjeras. La mayoría, sin embargo (art. 829, Cód. Civ. alemán; art. 54, Cód. suizo de las Obligaciones; art. 1386 bis, Cód. Civ. belga; art. 918, Cód. griego) dejan al juez la facultad de admitir, o no, la responsabilidad del individuo privado de razón: el juez debe pronunciarse según la equidad.

(nota 122) Vid. LAFÓN, La Responsabilité Civile du Fait des Madades Mentaux, Paris, 1960, p. 200; y también MAZEAUD, Henri y León - TUNC, André, Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle, T. I, 5ª ed., Paris, 1957, p. 513, citados por GARCÍA - RIPOLL MONTIJANO, M., La Protección Civil del Enfermo Mental no Incapacitado, Bosch, Barcelona, 1992, p. 264.

(nota 123) Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, J., op. cit., p. 348.

(nota 124) CAS, 2ª, 4/5/1977, en VENCHIARUTTI, “La responsabilità civile degli infermi dei mente in Francia”, en Rev. Crit. Dir. Priv., 1986, 510, citado por ESPINOZA ESPINOZA, J., op. cit., p. 349, nota 77.

(nota 125) Con este entendimiento se resolvió que, cuando el menor sufre una enfermedad mental y ocasiona daños, no es aplicable el art. 489-2 (CAS, 1ª, 20/7/1976, en VENCHIARUTTI, op. cit.,, p. 516).

(nota 126) En ese sentido, PETRELLI, “La responsabilità civile dell’infermo di mente nell’ordinamento francese”, Rev. Dir. Civ., 1991, p. 85, citado también por ESPINOZA ESPINOZA, J., op. y loc. cit.

(nota 127) VENCHIARUTTI, op. cit., p. 515; PETRELLI, op. cit.,, p. 94.

(nota 128) Transcripta por GARCÍA - RIPOLL MONTIJANO, M., op. cit., p. 271.

(nota 129) En esta senda, DÍAZ ALABART, Silvia, “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, ADC, XL, 1987, p. 873.

(nota 130) El art. 1652 del Proyecto dispone: “Actos involuntarios. Son igualmente responsables, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1641: “a) Quien actúa sin discernimiento, quedando a salvo la responsabilidad del representante legal que en su caso corresponda...”.

(nota 131) En similar sentido se expresaban GOLDENBERG, I. - TOBÍAS, J., op. cit., p. 127.

(nota 132) Cfr. CIFUENTES, S., op. cit., doct. al art. 921 Ver Texto, p. 148.

(nota 133) SCTuc., 13/5/1954, LL, 78-308; CNCiv., Sala A, 13/9/1962, LL, 109-229; idem, Sala C, 15/10/1976, ED, 71-207, entre otros, citados por CIFUENTES, S., op. cit., p. 149, nota 33.

(nota 134) MAZEAUD, H. y L. - TUNC, A., Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, T. I, vol. II, 5ª ed., trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1969, numeral 450, p. 98.

(nota 135) CIFUENTES, S., op. cit., p. 143 y la doctrina francesa citada en la nota 4.

(nota 136) LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado de Derecho Civil. Parte General, T. II, p. 260; GOLDENBERG, I. - TOBÍAS, J., op. cit., p. 128 y doctrina citada en la nota 32.

(nota 137) Allí se expresa también que éste es un criterio que propiciaba la más autorizada doctrina argentina y que había tenido reflejo en el Proyecto elaborado por la Comisión designada por el decreto 468/92 Ver Texto.

(nota 138) Vid., op. cit., en nota 5.

(nota 139) Vid. la nota 142 del Anteproyecto de Código Civil de 1954, elaborado por el Ex-Instituto de Derecho Civil del Ministerio de Justicia de la Nación, bajo la dirección de Jorge Joaquín Llambías, Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de Derecho Civil y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Civil y Comparado, 1968, p. 112.

(nota 140) BEUDANT, Cours de Droit Civil Français, 1ª ed., “Los contratos y las obligaciones”, apéndice, nro. 1159, por CAPITANT, Henri, citado por MAZEAUD, H. y L. - TUNC, A., op. cit., en la nota (452) (1), p. 99.

(nota 141) BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Parte General, T. II Ver Texto, 11ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 68.

(nota 142) Borda ejemplificaba que, una criatura de 8 años puede discernir perfectamente si los útiles del colegio que compra en la librería son los que les ha pedido su maestra; si las golosinas que adquiere son las de su agrado; si el ómnibus que toma es el que la lleva a su casa. No tiene, en cambio, discernimiento para entender el significado de un contrato de sociedad o de constitución de hipoteca. Por ello sostiene que las reglas jurídicas que violan elementales necesidades de la vida social están inexorablemente destinadas a caer en desuso; es así como ha debido reconocerse la validez de numerosos actos, que nosotros hemos llamado pequeños contratos, a pesar de ser realizados por menores que todavía no han cumplido 14 años (op. cit., p. 69). La cuestión que ha sido receptada por los autores del Proyecto, quienes precisan en sus Fundamentos que se establece la aptitud de los menores para celebrar los negocios propios de su edad, fue reconocida siempre por la doctrina argentina.

(nota 143) Creemos que para evitar suspicacias y eventuales conflictos interpretativos, debería aclararse que el menor que tiene 14 años, no obstante la presunción que establece la norma, puede impugnar el acto por falta de discernimiento. A ese fin podría modificarse el último párrafo del precepto proyectado estableciendo que: “Sin embargo, conforme, a las circunstancias personales del sujeto, el tribunal puede considerar con discernimiento para los actos lícitos aun a quien tiene menos de catorce (14) años, o declarar la falta de discernimiento de los que han alcanzado dicha edad”.

(nota 144) Al respecto puede verse, MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Beneficia a los jóvenes que la mayoría de edad se fije en 18 años”, ED, 111-843; BOSSERT, Gustavo A. - GRAHAM, Marisa A., “Mayoría de edad a los 18 años”, LL, 1991-E-1028; BORDA, Guillermo A., “La mayoría de edad a los 18 años”, LL, 1992-D-1096; SZYLOWICKI, Susana - OPPENHEIM, Ricardo, “Análisis y consecuencias de la disminución de la mayoría de edad legal”, ED, 152-868, entre otros.

(nota 145) En ese sentido, BORDA, Guillermo A., “Algunas observaciones al Proyecto de Reformas”, ED, 154-985; GOLDENBERG, I. - TOBÍAS, J., op. cit., p. 93.

(nota 146) Aprobada por ley 23849 Ver Texto e incorporada por el art. 75 Ver Texto, inc. 22 a la Constitución Nacional.

(nota 147) SZYLOWICKI, Susana - OPPENHEIM, Ricardo, op. cit., p. 869. Por su parte, Borda sostiene que llama la atención esta tendencia que se observa en algunos países a disminuir los años de la mayoría de edad, siendo que la ciencia psicoanalítica ha comprobado que en la sociedad moderna, la adolescencia tiende a prolongarse. Así, por ejemplo, Peter Bros, un eminente psicólogo, dice “que en la actualidad existe una tendencia a prolongar la adolescencia debido a las complejidades de la vida moderna” (Psicoanálisis de la Adolescencia, Introducción, Cap. 1, Muñoz, México, cit. en la nota 35, pág 1097).

(nota 148) RIVERA, J. C., op. cit., T. I, p. 426.

CAPACIDAD - Borda, Guillermo A.- Abeledo-Perrot - TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL
1999 -

B.- EMANCIPACIÓN (ver nota 1) - Sistema del Código Civil y de la ley 17711

196. LA REFORMA.- En esta materia la ley 17711 ha introducido importantes reformas. Mientras el Código Civil sólo admitía la emancipación por matrimonio, la nueva ley admite también la dativa o por habilitación de edad.

Además, el artículo 135 relativo a la capacidad de los emancipados ha sido sustituido por un nuevo texto que no sólo mejora notablemente la técnica jurídica de la redacción, sino que también amplía considerablemente la capacidad de los emancipados.

Trataremos primero de la emancipación por matrimonio, luego de la habilitación de edad y finalmente de los efectos de ambas, que son comunes.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: MÉNDEZ COSTA, Situación jurídica de los emancipados por matrimonio y por habilitación de edad, J.A., Doctrina, 1969, p. 409; IBARLUCIA, Emancipación por matrimonio y por habilitación de edad, L.L., t. 130, p. 1141; BUSTAMANTE ALSINA, El nuevo régimen de incapacidades según la reciente reforma del Código Civil, L.L., t. 130, p. 1049; PORTAS, Las personas individuales en la ley 17711, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, t. X, p. 102; ORELLE, La capacidad del menor emancipado; TAU ANZOÁTEGUI, Algunas reflexiones sobre el instituto de la habilitación de edad, L.L., t. 137, p. 893;RAFFO BENEGAS y SASSOT, Los menores emancipados, J.A., Doctrina, 1969, p. 556; CLARIÁ (h.), Emancipación, E.D., t. 59, p. 741; RIVERA, Habilitación de edad del menor sin padres ni tutor, E.D., t. 54, p. 287.

3**.- Emancipación por habilitación de edad (ver nota 1)**

500. REQUISITOS PARA LA HABILITACIÓN DE EDAD.- Como veremos más adelante, la emancipación dativa o por habilitación de edad se admite en casi todas las legislaciones. Se justifica que así sea pues las circunstancias de la vida, la capacidad demostrada por el menor, hacen muchas veces aconsejable que asuma la administración de los bienes antes de la mayoría de edad.

La ley 17711 introdujo en nuestro derecho positivo esta institución que VÉLEZ había considerado inconveniente adoptar.

Veamos ahora los requisitos para esta emancipación:

a) En primer término es necesario que el menor haya cumplido 18 años (art. 131 Ver Texto). Antes de esa edad sería peligroso para sus propios intereses permitirle administrar y disponer de sus bienes.

b) En segundo lugar, es necesaria la autorización paterna o judicial. La habilitación de edad requiere el consentimiento de ambos padres, aun en el caso de que estuvieren separados o divorciados o se tratare de padres extramatrimoniales no convivientes (art. 264 quater Ver Texto , inc. 2º), no obstante que el ejercicio de la patria potestad corresponda a uno solo de ellos, es decir, al que tiene la tenencia del menor (art. 264 Ver Texto). De más está decir que si uno de los padres ha muerto o ha sido declarado incapaz o si uno solo de los padres hubiera reconocido al hijo extramatrimonial, basta la autorización del que ejerce la patria potestad. En el caso de que la habilitación deba contar con el consentimiento de ambos padres (que es el caso normal) y uno de ellos quisiera otorgarlo y el otro no, la cuestión debe ser resuelta por el juez (art. 264 quater Ver Texto).

Existiendo padres, basta la decisión de ellos; en cambio, si el menor está bajo tutela, la autorización debe darla el juez, ya sea a pedido del tutor, ya sea a solicitud del propio menor; en cualquier caso, el juez decidirá previa información sumaria sobre la aptitud del menor (art. 131 Ver Texto).

Es de advertir la notable diferencia entre ambos casos: si el menor se encuentra bajo patria potestad, basta la autorización paterna; pero si el padre o la madre que ejerce la patria potestad no la otorgara, el menor no puede

pedirla al juez. La ley respeta la autoridad paterna y evita en lo posible interferencias en las relaciones entre padres e hijos menores. En cambio, cuando el menor se halla bajo tutela, el juez es quien debe otorgar la autorización, sea a pedido del tutor o del menor. Es decir, el juez puede otorgarla aun contra la oposición del tutor; pero como debe hacerlo previa información sumaria, es de rigor que oiga al tutor, ya que nadie como él podrá informar y producir pruebas relativas a las aptitudes del menor.

También es indispensable el consentimiento del menor (art. 131 Ver Texto , ref. por ley 23264). No se concebiría una emancipación concedida en contra de su voluntad, ni se explicaría que los padres tuvieran en el artículo 131 Ver Texto un recurso para liberarse de los deberes que les impone la patria potestad.

c) Finalmente, existe un requisito formal. La autorización paterna debe otorgarse por instrumento público, que deberá inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La autorización judicial no exige la escritura, pues la sentencia es un instrumento público de valor equivalente, pero en cambio es indispensable la inscripción en el Registro (art. 131 Ver Texto).

Pensamos que el instrumento público y la sentencia asumen el carácter de formalidades solemnes sin las cuales la habilitación de edad carece de todo valor. En cambio, creemos que la inscripción en el Registro no asume igual carácter, ya que su fin no es otro que darle publicidad al acto, que hasta ese momento no puede ser opuesto a terceros de buena fe. Así, por ejemplo, si después de la escritura que otorgó la habilitación pero antes de su inscripción en el Registro, el padre celebra con terceros algún acto relativo a los bienes del menor, el acto es válido. Pero también son válidos los actos de los menores, y más aún, otorgado el instrumento público de habilitación, es indudable el derecho del menor a pedir su inscripción en el Registro, todo lo cual demuestra que esta formalidad no tiene carácter solemne.

501. REVOCACIÓN.- A diferencia de la emancipación por matrimonio, la que se obtiene por habilitación de edad es esencialmente revocable. Esta diferencia se justifica plenamente: el fundamento de la primera es el matrimonio, que es un hecho irreversible; el de la segunda, la aptitud presunta del menor para administrar sus bienes, de modo que probado que tal aptitud no existe, es razonable revocarla.

Dice el artículo 131 Ver Texto , último apartado, que: La habilitación podrá revocarse judicialmente cuando los actos del menor demuestren su inconveniencia, a pedido de los padres, de quien ejercía la tutela al tiempo de acordarla o del Ministerio Pupilar.

Deberá seguirse un procedimiento sumario con intervención del menor, los padres o tutor y, desde luego, el Asesor de Menores. Para revocar la habilitación basta probar que el menor ha hecho un uso inconveniente de ella; no es necesario, por consiguiente, una administración ruinosa de su patrimonio, siendo suficiente probar que ha sufrido perjuicios considerables a causa de su inexperiencia, ligereza o prodigalidad.

502.- Para que la revocación de la habilitación tenga efectos respecto de terceros, es indispensable su anotación en el Registro de Estado Civil. La ley no lo dice, seguramente porque se trata de una solución obvia. En efecto, es la inscripción en el Registro lo que da publicidad a la habilitación y le hace producir efectos respecto de terceros; y para que cesen esos efectos, es inevitable el asiento de la revocación. De lo contrario, se podría burlar los intereses de los terceros de buena fe. Por lo demás, ésta es la solución prevista para la emancipación comercial por el artículo 12 Ver Texto del Código de Comercio, disposición que juzgamos aplicable por analogía a la emancipación civil.

503. EMANCIPACIÓN COMERCIAL (ver nota 2).- También el Código de Comercio autoriza, en lo que atañe al ejercicio de actos mercantiles, la emancipación dativa o voluntaria (arts. 10 Ver Texto -12).

La emancipación comercial puede ser expresa o tácita. La primera requiere la autorización expresa del padre y de la madre; y si ellos no existieren, el juez; además, dicha autorización debe ser inscripta y hecha pública en el Registro de Comercio (art. 11 Ver Texto). La segunda resulta de la circunstancia de que el hijo sea asociado al comercio del padre (art. 12 Ver Texto). En ambos casos, se requiere una edad mínima de 18 años.

Llenados estos requisitos, el menor será reputado mayor para todos los actos y obligaciones comerciales (art. 11 Ver

Texto). Pero sólo tiene efectos en materia comercial, lo que implica que el menor conserva su incapacidad para todos sus actos propiamente civiles; en este terreno, la emancipación civil acarrea consecuencias más vastas, sobre todo en el derecho de familia.

Una vez otorgada la autorización, ésta no puede ser retirada sino por disposición judicial y a instancia de los representantes legales del menor. Para que el retiro de la autorización produzca efectos respecto de terceros, deberá ser inscripto y publicado en el Tribunal de Comercio respectivo (art. 12 Ver Texto).

504. LEGISLACIÓN COMPARADA.- Las legislaciones extranjeras admiten, a la par de la emancipación por matrimonio, la dativa o voluntaria, que por lo general requiere la autorización paterna o materna; y salvo que el menor fuere huérfano, en cuyo caso, oído el representante legal, la otorga el juez. Por excepción, los códigos italiano (art. 391) y mexicano (art. 642) reconocen el derecho de emancipación aun en caso de oposición de los padres; pero el primero dispone que el juez no podrá otorgarla en tal caso, sino cuando medien gravísimas razones.

En el derecho brasileño se admite también la emancipación por el ejercicio de un empleo público y por la colación en un grado científico de enseñanza superior (art. 9º, inc. 1º, aps. II y IV). En el peruano, por obtener un título oficial que autorice a ejercer una profesión de oficio (art. 46).

Generalmente, se exige la edad de 18 años para la emancipación voluntaria. Por excepción, el Código Civil francés permite la emancipación por el padre o la madre desde los 15 años (art. 477); pero si fuere huérfano, sólo podrá ser emancipado por el Consejo de Familia a los 18 años (art. 478).

En cuanto a los efectos de la emancipación, las legislaciones extranjeras se agrupan en dos sistemas: 1) En algunas, implica los mismos efectos del cumplimiento de la mayoría de edad: Código Civil alemán (arts. 3º y sigs.), suizo (art. 14), brasileño (art. 9º), portugués (arts. 305 y 310). 2) En otras, la capacidad de los emancipados está sujeta a algunas restricciones, sobre todo en materia de actos de disposición: Código Civil francés (arts. 314 y sigs.), español (art. 317), italiano (arts. 388 y sigs.), chileno (arts. 264 y sigs.), mexicano (arts. 641 y sigs.),venezolano (arts. 385 y sigs.), uruguayo (arts. 280 y sigs.).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: RIVERA, Habilitación de edad, Buenos Aires, 1978.

(nota 2) Véase BUSTAMANTE ALSINA, La capacidad de los menores emancipados para el ejercicio del comercio, J.A., 1957-IV, sec. doct., p. 92.

4.- Efectos

505. PRINCIPIO GENERAL.- En principio, la emancipación hace cesar la incapacidad propia del menor de edad (art. 128 Ver Texto , Cód. Civ.). Esta regla tiene amplia aplicación en materia extrapatrimonial, y sobre todo de familia. Desde ese momento cesa la patria potestad o la tutela, el cónyuge tiene todos los derechos y deberes de tal y si tiene hijos ejerce sobre ellos la patria potestad. Pero en materia patrimonial, la capacidad de los emancipados está sujeta a importantes restricciones.
Agreguemos que todo lo que se dirá en adelante es aplicable tanto a la emancipación por matrimonio como a la dativa. La ley fija los efectos sin distinguir entre una y otra.
1117/506
506. ACTOS ABSOLUTAMENTE PROHIBIDOS.- Ante todo, la ley enumera ciertos actos que los emancipados no pueden realizar de ninguna manera, ni aun con autorización judicial, lo que significa que existe respecto de ellos una verdadera incapacidad de derecho:
a) No pueden aprobar las cuentas de sus tutores ni darles finiquito (art. 134 Ver Texto , inc. 1º, Cód. Civ.). Por la trascendencia del acto, la ley ha querido que sólo puedan cumplirlo los mayores de edad. Pero, naturalmente, el tutor está facultado para pedir la aprobación judicial de las cuentas y el juez decidirá sobre ellas, con intervención del Ministerio de Menores (ver nota 1). Adviértase que en este caso no se trata de una aprobación pedida por el menor (que es lo que el art. 134 Ver Texto prohíbe), sino de la pedida por el propio tutor.
b) No pueden hacer donación de bienes, que hubiesen recibido a título gratuito (art. 134 Ver Texto , inc. 2º, Cód. Civ.). Sin embargo, quedan exceptuados de esta prohibición: 1) Las donaciones que el esposo hiciera a la esposa en las convenciones matrimoniales (arts. 1217 Ver Texto , inc. 3º, y 1222 Ver Texto). 2) Los presentes de uso (ver nota 2). En cambio, pueden donar libremente los bienes que hubieran adquirido por otro título que no sea herencia,

donación o legado (arts. 134 Ver Texto y 135).
c) No pueden ser fiadores (arts. 134 Ver Texto , inc. 3º, y 2011 Ver Texto , inc. 1º).

507. FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN- Conforme con el artículo 135 Ver Texto (redacción de la ley 17711 <>) los emancipados adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes, pero respecto de los adquiridos por título gratuito antes o después de la emancipación, sólo tendrán la administración.
Con relación al originario artículo 135 Ver Texto pueden señalarse algunas diferencias capitales: a) el anterior artículo 135 Ver Texto enumeraba los actos para los cuales debía pedirse autorización judicial; el nuevo establece reglas generales sobre la base de la distinción entre los bienes recibidos a título gratuito y oneroso y entre actos de administración y de disposición; b) las facultades de disposición son hoy mucho más extensas que en el régimen anterior; c) la autorización judicial, cuando es necesaria, puede ahora ser reemplazada por la conformidad del otro cónyuge, si éste es mayor de edad; en el régimen anterior, sólo el marido mayor de edad podía dar esa conformidad válidamente.

508.- Conforme con el nuevo texto legal hay que distinguir dos situaciones diferentes:

509. a) Bienes adquiridos por cualquier título legítimo que no sea gratuito.- Los emancipados tienen la libre disposición de ellos. A título de ejemplos, diremos que pueden donar estos bienes y con mayor razón venderlos o hipotecarlos, contraer deudas y recibir pagos, hacer transacciones o sujetar un negocio a juicio arbitral, estar en juicio civil o penal relativo a acreedores patrimoniales o extrapatrimoniales.
Hemos dicho que los emancipados pueden contraer deudas. Bien entendido, sin embargo, que con ellas no pueden comprometer los bienes que hayan recibido a título gratuito. En otras palabras, los acreedores pueden ejecutar todos los bienes del menor, menos los que hubiera recibido por herencia, donación o legado. Para comprometer estos bienes es necesario que la deuda se haya contraído con autorización judicial.
Es necesario recordar, finalmente, que el artículo 1440 Ver Texto establece que los menores emancipados no pueden, sin autorización judicial, ceder inscripciones de la deuda pública nacional o provincial, acciones de compañía de comercio o industria y créditos que pasen de 500 pesos. Después de la reforma introducida por la ley 17711 <>, que ha ampliado notablemente el campo de la capacidad de los emancipados, es obvio que esta prohibición sólo rige respecto de los títulos o acciones que el emancipado hubiera recibido a título gratuito. Ya se había sostenido esta opinión antes de la sanción de la aludida ley (ver nota 3), que por cierto ha disipado cualquier duda sobre la solución vigente al disponer expresamente que las únicas incapacidades que pesan sobre los emancipados son las establecidas en los artículos 134 Ver Texto y 135 (art. 133 Ver Texto).
Naturalmente que todo lo dicho en este párrafo es sin perjuicio de la necesaria conformidad del otro cónyuge (o la del juez en su defecto) en la hipótesis del artículo 1277 Ver Texto (nueva redacción).

510.- Supongamos ahora que los bienes no se han adquiridos a título gratuito pero son frutos de bienes adquiridos a ese título. Por ejemplo, el menor percibe los arrendamientos de un inmueble recibido en herencia. ¿Puede disponer libremente de ellos? Aunque el problema es dudoso, pensamos que es conveniente atenerse al texto legal y, por lo tanto, admitir que el emancipado tiene la libre disposición de esos frutos. Lo que en definitiva ha querido la ley, es custodiar el capital recibido gratuitamente por el emancipado y mantenerlo incólume; nada de ello se perjudica permitiéndole disponer de los frutos.
Cosa distinta sería tratándose de una subrogación real, es decir de bienes que han venido a sustituir otros bienes recibidos a título gratuito. Así, por ejemplo, un emancipado vende o permuta un inmueble recibido en herencia, con la consiguiente autorización judicial. El nuevo bien incorporado al patrimonio del menor (el precio o el otro inmueble) no ha sido recibido a título gratuito sino oneroso, pero evidentemente ocupa el lugar del heredado en el patrimonio del emancipado y, por consiguiente, se encuentra en su misma condición jurídica. La autorización judicial es indispensable para disponer de él.

511. b) Bienes adquiridos por título gratuito.- En este caso, los emancipados sólo tienen la administración. Para disponer de ellos deberán solicitar autorización judicial, salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de éstos fuere mayor de edad (art. 135 Ver Texto , in fine).
Adviértase que el artículo 135 Ver Texto no distingue entre bienes muebles e inmuebles; habiéndose recibido a título gratuito, el emancipado no puede disponer de ellos cualquiera sea su carácter. Claro está que será difícil evitar que el menor disponga de sus muebles no registrados, ya que el traspaso de la propiedad se hace por simple tradición; tanto más cuanto que la posesión de buena fe de una cosa mueble crea en favor del que la posee la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación si la cosa no fuera

robada o perdida (art. 2412 Ver Texto). De tal modo que el acto por el cual el emancipado enajenó una cosa mueble sólo podría ser atacado de nulidad si el adquirente sabía que aquél era menor, porque en tal caso no podría invocar buena fe.
Cabe preguntarse si los bienes adquiridos por título gratuito pueden resultar comprometidos por las obligaciones contraídas por el emancipado. Pensamos que no, porque los bienes adquiridos a este título forman un patrimonio separado no susceptible de ser ejecutado o embargado en razón de actos otorgados durante la minoridad. De lo contrario vendría a frustrarse el fin de la ley, que es poner esos bienes a resguardo de la inexperiencia del emancipado (ver nota 4).

512.- ¿Puede el menor estar en pleito civil relativo a los bienes recibidos a título gratuito, sin necesidad de autorización judicial? La duda surge de la circunstancia de que el pleito pueda prestarse a una disposición indirecta del bien, sea por allanarse a la demanda o por transacción o por no plantear a su tiempo las defensas o recursos.
Sin embargo, la regla es la capacidad y la sola excepción los actos de disposición de los bienes recibidos a título gratuito. Con ello queda dicho que los emancipados pueden estar en juicio, pero no podrán realizar en él actos de disposición, como allanarse a la demanda o transar, sin autorización judicial. En cuanto al peligro de que el menor deje vencer plazos y con ello disponga deliberadamente de sus derechos, la solución es darle la debida intervención al Asesor de Menores, quien tiene su representación promiscua (véase núm. 467) (ver nota 5).

513. ACEPTACIÓN Y REPUDIO DE HERENCIAS.- La nueva redacción del artículo 133 Ver Texto implica, ya lo hemos dicho, eliminar todas las restricciones a la capacidad de los emancipados, con excepción de las establecidas en los artículos 134 Ver Texto y 135. Y no figurando entre ellas la de aceptar o repudiar herencias, parecería que el emancipado tiene capacidad para hacerlo. Pensamos, empero, que no es así, El artículo 3333 Ver Texto exige para poder aceptar o repudiar herencias tener la libre administración (debe entenderse la libre disposición, véase Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 1, nº 187) de sus bienes. Y la restricción a la capacidad de los emancipados que resulta de esta regla no debe considerarse eliminada por la nueva redacción de los artículos 133 Ver Texto -135, pues es coincidente con ellos. El artículo 135 Ver Texto les prohíbe disponer de los bienes recibidos a título gratuito sin autorización judicial o del cónyuge mayor de edad. Repudiar una herencia es obviamente disponer de bienes recibidos a título gratuito. En ese caso la solución es clara. Y aceptarla libremente puede comprometer todo el patrimonio del menor, si la herencia fuere deficitaria. La solución del artículo 3333 Ver Texto , al excluir a los emancipados, es coincidente con el texto y el espíritu de los nuevos artículos 133 Ver Texto -135.
Ni siquiera la aceptación beneficiaria excluye peligros para el aceptante, pues éste puede perder el beneficio si incurre en cualquiera de los actos que traen aparejada esa consecuencia (véase Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 1, núm. 404).
Concluimos, pues, en que el artículo 3333 Ver Texto mantiene su vigor, y que, por lo tanto, los emancipados no pueden aceptar o repudiar herencia sin autorización del cónyuge mayor de edad o del juez.
Los emancipados son asimismo incapaces para intervenir personalmente en la partición de la herencia, en la que deben actuar por intermedio de un tutor especial (art. 3456 Ver Texto). Cabe agregar que habiendo emancipados, la partición debe siempre ser judicial (art. 3456 Ver Texto , inc. 1º).

514. CAPACIDAD PARA SER TUTOR, CURADOR, ALBACEA, TESTIGO DE TESTAMENTO. Los artículos 398 Ver Texto , inciso 1º y 475 Ver Texto , disponen que los menores no pueden ser tutores ni curadores. ¿Significa que tampoco pueden serlo los emancipados? Creemos indiscutible que sí pueden serlo, puesto que la emancipación implica eliminar todas las incapacidades que pesan sobre el menor, con excepción de las establecidas en los artículos 134 Ver Texto y 135 (art. 133 Ver Texto) (ver nota 6).
Por igual razón pensamos que pueden ser albaceas. El artículo 3846 Ver Texto les niega capacidad para serlo a las personas incapaces de obligarse al tiempo de ejercer el albaceazgo. Y evidentemente los emancipados pueden obligarse, por lo que es claro que no están excluidos por el artículo 3846 Ver Texto (ver nota 7).
Queda finalmente a considerar el problema de si los emancipados pueden ser testigos en los testamentos. Según el artículo 3705 Ver Texto sólo pueden serlo los varones mayores de edad. Esta disposición ¿excluye a los emancipados? Pensamos que no. En verdad, lo que el artículo 3705 Ver Texto dispone es una exclusión genérica de los menores; pero la disposición específica relativa a los emancipados es el artículo 133 Ver Texto , que les reconoce capacidad para todos los actos de la vida civil, con la sola excepción de las restricciones establecidas en los artículos 134 Ver Texto y 135. Sería, por otra parte, irrazonable que personas a quienes la ley reconoce una casi plena capacidad, no la tengan para el cumplimiento de una mera formalidad, como es el ser testigo de un testamento (ver nota 8).
514-1. CASOS EN QUE EL JUEZ PUEDE DAR LA AUTORIZACIÓN.- La autorización judicial, cuando fuere

requerida, no será dada sino en caso de absoluta necesidad o de ventaja evidente (art. 136 Ver Texto).
Queda librado al criterio judicial apreciar cuándo ha llegado el caso de absoluta necesidad o de ventaja evidente; pero una vez autorizado el acto, no podrá pretenderse su nulidad demostrando que ha sido inconveniente para el emancipado (ver nota 9).
514-2. CASO DE VENTA DE LOS BIENES.- Cuando el acto autorizado suponga la venta de bienes del emancipado, será necesaria la subasta pública (art. 136 Ver Texto). Se exceptúa de este requisito la hipótesis de que, a juicio del juez, la venta extrajudicial sea más ventajosa por alguna circunstancia extraordinaria, o porque en la plaza no se pueda alcanzar mayor precio, con tal que el ofrecido sea mayor que la tasación (art. 442 Ver Texto).
Este artículo se refiere a los menores bajo tutela y, por consiguiente, es aplicable con tanta mayor razón a los emancipados (ver nota 10).

514-3. CARÁCTER DE LA NULIDAD.- Los actos realizados por los emancipados sin la autorización judicial, en los casos en que ésta se exige, son nulos (art. 1042 Ver Texto); pero la nulidad es simplemente relativa, porque ha sido establecida en interés del emancipado y, por lo tanto, éste puede confirmar el acto una vez llegado a la mayoría de edad.

514-4. CASAMIENTO DEL HABILITADO.- Se disentía en nuestro derecho si el menor habilitado de edad podía contraer matrimonio sin autorización de sus padres (ver nota 11). La ley 23264 ha puesto fin a la cuestión decidiendo que esa autorización es indispensable (art. 11 <>).

(nota 1) ORGAZ, Personas individuales, p. 308; SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 763; BUSSO, t. 1, coment. art. 134. nº 6.
(nota 2) ORGAZ, Personas individuales, p. 309; SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 765; BUSSO, t. 1, coment. art. 134, nº 10; SPOTA, t. 1, vol. 3.2, nº 787; LLAMBÍAS, t. 1, nº 668.
(nota 3) Así lo habíamos sostenido en nuestras ediciones anteriores, a la ley 17711 <>(t. 1, núm. 500) concordando con la opinión de SPOTA, t. 1, vol. 3.2, nº 791.
(nota 4) De acuerdo: RIVERA, Habilitación de edad, nº 131; ARAUZ CASTEX, Parte general, La reforma, p. 61. En contra: MÉNDEZ COSTA, J.A., Doctrina 1969, p. 418; LLAMBÍAS, J.A., 1968-V, p. 689; CLARIÁ, E.D., t. 59, p. 741, nº 48.
(nota 5) De acuerdo: RIVERA, Habilitación de edad, nº 132. En el sistema del Código se discutía si la autorización judicial en los casos en que procedía debía limitarse a una simple autorización o si, por el contrario, había que nombrar curador ad litem que representara al menor en todo el juicio. Concluyó predominando la opinión de que no era necesario el nombramiento del curador y de que el emancipado podía actuar por sí.
(nota 6) De acuerdo: LLAMBÍAS, t. 1, nº 669; RIVERA, Habilitación de edad, nº 121.
(nota 7) De acuerdo: RIVERA, Habilitación de edad, nº 121. En nuestras primeras ediciones sostuvimos la opinión contraria, lo que se explica porque en el régimen del Código Civil, los emancipados sólo podían contraer deudas por valor de 500 pesos. Mal podría decirse que ellos tenían la capacidad de obligarse que exige el artículo 3846 Ver Texto . Pero después de la sanción de la ley 17711 <>, los emancipados tienen una capacidad casi ilimitada para obligarse (lo único que no pueden comprometer son los bienes recibidos a título gratuito), por lo que el artículo 3846 Ver Texto deja de ser un obstáculo para que los emancipados sean albaceas.
(nota 8) En contra: LAFAILLE, Sucesiones, t. 2, nº 420; DE GÁSPERI, Sucesiones, t. 3, p. 468; LLERENA, t. 10, art. 3705, nº 1.
(nota 9) BUSSO, t. 1, coment. art. 136, nº 7; SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 776; MACHADO, t. 1, p. 283; ORGAZ, Personas individuales, p. 325.
(nota 10) BUSSO, t. 1, coment. art. 136, nº 12; ORGAZ, Personas individuales, p. 328; SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 777.
(nota 11) En sentido de que la venia no era necesaria: LLAMBÍAS, Parte General, Apéndice, p. 33; MÉNDEZ COSTA, J.A., Doctrina, 1969, p. 409-IV; BUTELER, El Código Civil y la reforma, p. 20; CLARIÁ, E.D., t. 59, p. 741, nº 41; RIVERA, E.D., t. 54, p. 290; fue también la opinión que nosotros sostuvimos en nuestras ediciones anteriores. En contra: IBARLUCÍA, nota en L.L., t. 130, p. 1141, III; PORTAS, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año X, t. 21, p. 95; BUSTAMANTE ALSINA, en L.L., t. 130, p. 1052, X; MADRAZO,El porvenir de la emancipación dativa, L.L., 1976-D, p. 769; SPOTA, Sobre las reformas al Código Civil, p. 31; BELLUSCIO, Derecho de familia, t. 1, nº 212.

Título: El Error -
Autor: Díaz, Silvia A.
Publicado en: LA LEY 2005-A, 931

SUMARIO: I. Introducción. Los vicios de la voluntad. - II. El error y la Ignorancia. - III. El error de hecho y el error de derecho. - IV. Conclusión.

I. Introducción. Los vicios de la voluntad

De hecho, la teoría de los vicios del consentimiento siempre ha merecido críticas. Para muchos autores (1), no puede hablarse de la afectación del consentimiento -que tiene efectos jurídicos cuando se realiza con discernimiento, intención y libertad (art. 900, Cód. Civil)-, pues es la voluntad la que se encuentra afectada. BORDA señala que en tanto el error y el dolo afectan la intención; la violencia afecta la libertad (2). Lo que ocurre es que los vicios son "defectos" que existen en la etapa de elaboración de la voluntad que se dice viciada, dándose contemporáneamente con la celebración del acto.

En el derecho romano se clasificaban a los vicios de la voluntad en conscientes (también llamados intencionados) e inconscientes (o inintencionados). Los primeros se referían a la simulación, sea ésta absoluta o relativa, los segundos, al error, el dolo y la ignorancia.

Bien señala Mosset Iturraspe, citando a Messineo, que los vicios "no pueden actuar sino sobre voluntades singulares", por lo que sólo puede defenderse contra ese vicio a la parte que lo ha sufrido y no a la otra parte, "lo que ratifica que no es el consentimiento sino una voluntad, la viciada" (3).

Enseña López de Zavalía que este tema importa penetrar en el lado interno de la voluntad -voluntad de contenido- por oposición a la voluntad externa o voluntad de la manifestación. Tratándose de negocios bilaterales, ya no basta comparar la voluntad aparente y la real de cada contratante. Es necesario un cotejo entre las voluntades de ambas partes, dándose distintas posibilidades: a) cuando las voluntades reales y las voluntades aparentes de ambas partes coinciden, hay acuerdo constitutivo del consentimiento. Si las de ambas divergen: desacuerdo; b) cuando coinciden las voluntades aparentes y no así las reales, hay un acuerdo aparente y un disenso real; c) cuando en fin, coinciden las voluntades reales y no así las aparentes, hay un acuerdo real y un disenso aparente en cuyo caso no hay contrato (4) (5).

La teoría general referente a los vicios de los actos voluntarios puede tomarse generalmente afectando tanto a los elementos típicos de la voluntad, la intención y la libertad, como también los que pudieran originarse en una ausencia de la buena fe. Modernamente se concibe una diferencia que limita como vicios propios de la voluntad el error, la ignorancia, el dolo y la violencia; en tanto que se vincula con la buena fe a la simulación y al fraude (6).

De todos modos y más allá de las clasificaciones que efectúan los juristas sobre los vicios, lo cierto es que si se demuestra haber incurrido en ellos -prueba que está a cargo de quien lo invoca- corresponde la anulabilidad del acto (bien entendido que para ello debe acreditarse que el vicio excluyó la voluntad en la realización del negocio), lo que refrenda más aun el hecho que es la voluntad la que aparece viciada y no el consentimiento. Por supuesto, que en el caso del dolo, la intimidación o la violencia la invocación corresponde a aquéllos que no lo hayan causado (arts. 1158 y 1049, 2a parte del Código Civil); en tanto en el fraude y la simulación pueden ser alegados por quien éstos perjudiquen.

En las primeras épocas del derecho romano no se admitía la anulación del vínculo que se establecía entre las partes en un negocio jurídico. Es que en Roma (ya sea en la época antigua como en la clásica), el negocio valía de por sí si se respetaba el rito; los contratos eran verbales y aún cuando las partes acordaran que el negocio valiera, el acuerdo tenía validez.

El ius civile no admitió en un comienzo al dolo y los actos celebrados aun con ese vicio resultaban válidos. En épocas de Cicerón, el pretor Aquilio Galo creó esta acción penal -actio doli- por la cual el perjudicado víctima de engaño o fraude podía pedir el importe del daño sufrido (7).

Se trataba de una acción penal que debía ejercerse dentro del año (extendiéndose en épocas de Constantino a dos años), de carácter infamante y noxal. Justiniano la incluye entre las acciones arbitrarias (8).

En virtud de que la sanción que acarrean los vicios es en nuestra legislación la anulabilidad, se requiere una investigación para determinar la existencia del vicio que afecta el acto, dependiendo entonces de un juzgamiento previo a partir del cual se producirá la nulidad debiendo las partes serán repuestas al estado anterior al acto (9). Hasta el momento de la sentencia que lo invalida, el acto anulable "vive una existencia innegable" (10).

II. El error y la ignorancia:

Explica Savigny -cuyos conceptos han sido transcriptos por Vélez en la nota al art. 923 del Código Civil- que en ocasiones no poseemos la noción exacta de una cosa, sea porque carecemos de toda idea acerca de la misma o

porque la que poseemos es equivocada. Así distingue la ignorancia -que se da en el primer supuesto- del error -que se advierte en la segunda proposición-. Sostiene el prestigioso jurista que el error se presenta más frecuentemente que la simple ignorancia (11). En síntesis, la ignorancia es el no saber; el error consiste en saber mal, saber equivocadamente.
Para Barbero, el error "es una falsa representación intelectual de la realidad", que difiere de la ignorancia "que es falta de conocimiento". Quien está en error, afirma, "Ve mal, ve falso, diferente de lo verdadero; pero ve. Quien ignora no ve". Distingue entre la ignorancia como causa de error y la ignorancia como hecho autónomo; este último supuesto no puede equipararse al error, "son diferentes los presupuestos y las consecuencias" (12).
Más allá de la diferencia que en la terminología significan ambos conceptos, en la práctica se acoge al error, "ya que tratándose de los elementos del acto o de las circunstancias de su realización, o del régimen legal que le es aplicable, nadie por ignorante que sea puede dejar de tener alguna idea al respecto, aun cuando ella resulte enteramente disconforme con la realidad. Esto explica que la ley trate unitariamente el error o ignorancia, como vicios de la voluntad que producen idénticas consecuencias jurídicas" (13).

III. El error de hecho y el error de derecho:
Se distingue entre el error de hecho (error facti) y el de derecho (error iuris). Di Pietro define al error de hecho como el "falso conocimiento que la parte o las partes tienen sobre el acto o negocio llevado a cabo o sobre un aspecto esencial de él" (14). En cambio, el error de derecho o ignorantia iuris -como prefiere llamarlo el autor citado- ocurre cuando se alega desconocimiento del derecho a aplicarse.
Savigny los distingue de este modo: "El error de derecho se refiere a una regla jurídica; es decir, al derecho objetivo, el error de hecho a las condiciones materiales que se exigen para la aplicación de una regla de derecho" (15).
Freitas en su Esbozo define la ignorancia de hecho como la carencia absoluta de conocimiento de lo que existía o no existía o de lo que podía suceder, relativamente al hecho que ha sido causa principal de la determinación de la voluntad; y el error de hecho, cuando el agente ha presumido verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, también relativamente a aquel hecho. El error de derecho (art. 453, Esbozo) se produce cuando el agente no hubiere conocido la prohibición o determinación de la ley por un falso juicio de lo que en ella se dispone, mientras que la ignorancia de derecho responde a una falta absoluta de conocimiento de la prohibición o determinación de la ley, sobre el hecho o caso de que se tratare (16).
Es decir, el error de hecho consiste en un juicio equivocado de un evento o de una circunstancia de él; el error de derecho tiende a un conocimiento desacertado del derecho aplicable. En cuanto a sus efectos, la diferencia fundamental radica que en tanto el error de derecho como principio general no resulta excusable (17) (art. 923, Cód. Civil), el error de hecho puede serlo.

A. Error de hecho.
El error para que tenga existencia jurídica debe comprometer la esencia de la voluntad (18). Debe tratarse de un error esencial e invencible, decisivo e inculpable, es decir, excusable. Sólo cuando contenga esos requisitos, estaremos ante un error que puede dar lugar a la nulidad de negocio jurídico.
Ya en el antiguo derecho romano de procedimiento existían actos que, por su sola forma, tenían efectos rigurosamente determinados, ocasionándosele un perjuicio a aquél que los hubiera realizado imprudentemente. Contra este perjuicio sólo existía una garantía basada en los principios generales del error: a) que se probara el error; b) que no se tratara de un error de derecho -por ser éste inexcusable-; c) que no fuese un error de hecho que hubiese sido fácil de evitar -dado que en caso de gran negligencia el error de hecho no tenía el carácter de excusable-. Esta garantía consistía en la restitución, forma que era la más conveniente estando las partes ante el pretor, por lo que no se anulaba el acto pese al error, sino que se otorgaba el derecho al reintegro de lo que por ese error se hubiese dado.

A.1. Error obstáculo y error vicio
En tanto el art. 1109 del Cód. Civil francés recoge al error como vicio de la voluntad, el art. 1110 solamente consigna al error que recae sobre las cualidades sustanciales de la cosa objeto del contrato y al error en la persona como vicios de la voluntad que determinarían la anulabilidad del acto.
Al no estar incluidos en esta norma otras clases de error, la doctrina francesa distingue el llamado error vicio -que Planiol llama error esencial- del error obstáculo (comprensible del error sobre la naturaleza del acto y el error sobre el objeto) -que el mencionado jurista llama error radical-. En tanto el primero es concebido como un vicio cuyo efecto principal es la anulabilidad del acto, el segundo impide que se forme el contrato por carecer de consentimiento. Por lo tanto el acto es nulo, de nulidad absoluta o

bien inexistente para aquéllos que comparten esta teoría.
Señala Mazeaud que en el error obstáculo la nulidad es absoluta puesto que el art. 1108 del Código francés determina los requisitos del contrato (consentimiento, objeto y causa). Por tal motivo, si los redactores del Code no han hecho alusión alguna al llamado "error obstáculo" cuando trataron el error, es porque precisamente falta uno de los elementos del contrato, con lo cual el acto no llega a formarse. Al respecto del error obstáculo dicen: "... impide el acuerdo de voluntades; este acuerdo supone dos voluntades concordantes, complementarias; por tanto, los dos contratantes no se han comprendido; cada uno se ha equivocado, no sobre lo que él quería, sino sobre lo que quería su co-contratante; el error obstáculo, agregan, es un "diálogo entre sordos". Por tanto y en el sistema francés es necesario ver en él más que un vicio del consentimiento: él impide el consentimiento, el acuerdo de las voluntades; hay en realidad, ausencia de consentimiento que comporta la nulidad absoluta del contrato" (19).
En realidad, el error obstáculo ocurre cuando se da sobre la naturaleza del acto o sobre la identidad del objeto (error in corpore). Aluden a ellos los arts. 924 y 927 de nuestro Cód. Civil.
Enseña Spota que el error obstáculo es un error en la declaración que no influye en la formación de la voluntad, puesto que únicamente origina una disociación entre la voluntad y la declaración, o sea, que obsta a la formación del negocio jurídico (20). En cambio, el error vicio afecta la voluntad de contenido, pues se trata de un error en los motivos que han determinado la celebración del negocio. "... la voluntad en su formación interna ha sufrido un desencuentro con la realidad, de modo que la representación de los datos de hecho o de derecho es errónea y, por esa causa, que radica en un desconocimiento o falso conocimiento intelectual de las cosas, el sujeto que realiza el acto se dice que ha incurrido en error propio, vicio o nulidad; error en los motivos".
Sostiene López de Zavalía que el error obstáculo se da en la hipótesis del lapsus (error sobre la materialidad de la conducta) "como si escribiendo a máquina en lugar de apretar la tecla del signo $ se apretara la de otro signo y en los casos de error sobre la significación ("Cayo viendo a Ticio, le llama Sempronio, en la errónea creencia de que éste es su nombre"). El error vicio ocurre cuando la voluntad está sana en el último momento pero tenía un defecto que estaba antes. Da este ejemplo "Cayo viendo a Ticio, por error lo toma por Sempronio y le llama Sempronio. Quiso decir Sempronio y Sempronio ha dicho; saber que Sempronio es el nombre de Sempronio y en esa inteligencia lo ha usado. Su voluntad de contenido está correctamente exteriorizada. Pero está mal formada, por el vicio inicial que ha hecho que tome a Ticio por Sempronio" (21).
Pese a estas distinciones y a que esta clasificación ha sido motivo de estudio por parte de los doctrinarios, lo concreto es que nuestro sistema legal solamente legisla al error esencial y al accidental. Y asiste razón a Arauz Castex que afirma que nuestro Código Civil no legisla para vicios del consentimiento aplicables sólo a los contratos, sino a todos los actos jurídicos -bilaterales o unilaterales- donde no puede hablarse de consentimiento no formado. Señala asimismo que la sanción es la anulabilidad -lo que se observa del propio articulado- por lo que se descarta el de la inexistencia que es al que conduce la doctrina que critica (22).

A.2. Clasificación en nuestro Código Civil: error esencial y error accidental

Vélez no trae una definición de error esencial en las normas del Código. Se limita a enumerar los casos: error sobre la naturaleza del acto que contempla el art. 924 del Código Civil; error sobre la persona establecido en el art. 925; error sobre la causa principal del acto y error sobre las cualidades esenciales de la cosa -art. 926- y el error sobre el objeto de acto que se encuentra regulado en el art. 927.
El error esencial es aquél que recae sobre un elemento del acto, elemento que resulta importante; tanto, que el acto no se habría celebrado si se hubiera conocido la verdadera situación (23). Constituye, pues, un presupuesto para la anulabilidad del acto.
El error es, en cambio, accidental cuando "recae sobre circunstancias secundarias o accidentales" no siendo suficiente para provocar la invalidez (24). Está contemplado en el art. 928 del Cód. Civil.
Es importante enumerar algunos casos jurisprudenciales donde se ha determinado que el error en el acto era accidental. Así con respecto al matrimonio se ha establecido que es error accidental cuando recae sobre un aspecto secundario de la personalidad, ya que la naturaleza de las relaciones del noviazgo legitima la tendencia de los integrantes a disimular defectos y a aparentar méritos y virtudes, siendo por tanto muy peligroso para la estabilidad del matrimonio atribuirle efectos sobre su validez a ese tipo de simulaciones y engaños (25). También se ha dicho en materia societaria: "Dado que lo concerniente al contralor externo societario es función administrativa, de modo que las prescripciones

de la respectiva autoridad son insusceptibles de producir, salvo expresa disposición legal, efectos de derecho común; un eventual error al respecto por parte de los socios votantes en la Asamblea, reviste carácter accidental, inconducente en orden a viciar la voluntad deliberativa y, por ende, a invalidar el acto" (26).

¿Qué criterio determina si el error es esencial o accidental? Se trata de un criterio objetivo, es decir, que no importa si para quien celebra el negocio el error tiene un carácter u otro sino si, materialmente considerado, cae en una u otra categoría.

Dice el art. 928 del Cód. Civil: "El error que versare sobre alguna calidad accidental de la cosa o sobre algún accesorio de ella, no invalida el acto, aunque haya sido el motivo determinante para hacerlo, a no ser que la calidad, erróneamente atribuida a la cosa hubiese sido expresamente garantizada por la otra parte o que el error proviniese de dolo de la parte o de un tercero, siempre que por las circunstancias del caso se demuestre que sin el error el acto no se habría celebrado, o cuando la calidad de la cosa, lo accesorio de ella, o cualquiera otra circunstancia tuviesen el carácter expreso de una condición".

A.3. Error excusable e inexcusable

Tomando Vélez al Esbozo de Freitas establece en el art. 929:

"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".

El mismo principio era establecido en el derecho romano, señalándose como requisito que el error no hubiese sido fácil de evitar.

Es entonces que el presupuesto de la excusabilidad está legalmente definido por el concepto de la culpa (27), de modo tal que si el error pudo evitarse empleando la diligencia necesaria y no ha habido razón para errar, el que ha incurrido en él debe soportar sus consecuencias (28).

Expresa Llambías que en el derecho francés no se hace cuestión acerca de la excusabilidad del error esencial, "... de manera que aun el error inexcusable puede ser alegado para anular el acto. La moderación de los principios viene por la vía de la responsabilidad resultante del art. 1382 (nuestro art. 1109). En consecuencia, si bien la víctima del error, excusable o no, puede alegarlo para desentenderse del acto obrado, también debe indemnizar a la contraparte, sin que sea necesario acreditar su culpa con tal que el damnificado haya actuado de buena fe (29).

Planiol y Ripert entienden que el que incurre en culpa debe sufrir sus consecuencias y que los tribunales franceses toman en consideración el carácter excusable o inexcusable del error, disponiendo la nulidad en el primer supuesto (30).

Como bien señala Llambías, es muy difícil saber cuándo debe entenderse si un error es excusable, lo que dependerá de las circunstancias para saber si "ha habido razón para errar". El importante jurista sostiene que es útil conocer el pensamiento de Giorgi que puede suministrar una directiva adecuada acerca de este punto.

"Para Giorgi, dos son las situaciones posibles: en la primera, el error incurrido proviene del hecho propio de la persona equivocada o de circunstancias casuales, extrañas o comunes a ambos contratantes; en la segunda el error deriva de hechos de la parte contraria o de circunstancias concernientes a ella".

"Si se trata de la primera situación el error debe tenerse como inexcusable. En cambio en el segundo caso, "el error de una de las partes aparece siempre excusable cuando depende de un hecho de la otra. Verdaderamente, el que usa un lenguaje que puede tomarse en más de un sentido; el que ignorante de la lengua o de los usos comerciales, se expone a negociaciones imprudentes, debe culparse a sí mismo, y no a la parte contraria, si ésta interpreta sus palabras en el sentido más favorable para ella, o según el modo usual de hablar o las costumbres del comercio" (31).

Un fallo muy interesante dice: "No basta la ignorancia del idioma para admitir que la voluntad de un instrumento resultó viciada, sea que no lo dominara, como que no lo supiera hablar. Es que, tratándose de un hombre de negocios, propietario de un importante establecimiento, no resulta verosímil que firmara documentación sin cerciorarse de las consecuencias que acarrearía. Es que, frente a la ignorancia del idioma utilizado, un mínimo de prudencia exigía el requerimiento de traducción, de donde, al no haber adoptado ese proceder, el error que podría haber existido, no resulta excusable" (32).

El requisito de la excusabilidad, en materia de contratos, ha sido sustituido en la doctrina moderna por el de reconocibilidad del error. "El error es reconocible, por la otra parte contratante, cuanto atendidos el contenido o las circunstancias del negocio o la calidad de las partes, una persona de normal

diligencia lo hubiese podido advertir, aunque de hecho no lo haya advertido. La reconocibilidad del error tiene en cuenta, a diferencia de la excusabilidad, el principio fundamental en los contratos de la tutela de la confianza en la declaración exteriorizada. Se compagina con la teoría de la declaración" (33).

A.4. Enumeración y tratamiento de los errores esenciales en nuestro Código

Pasaremos ahora al análisis de las diferentes clases de errores esenciales tratados en el Código Civil.

a) Error in negotio (error en la naturaleza del acto)

Dispone el art. 924 del Cód. Civil: "El error sobre la naturaleza del acto jurídico anula todo lo contenido en él".

En el caso se da una divergencia -no consciente- entre la declaración o comportamiento de una de las partes y la representación subjetiva que ésta tiene con relación a la naturaleza misma de lo declarado (34).

El ejemplo dado por Ulpiano en el derecho romano era el caso en que una persona entregaba a otra una cantidad en concepto de donación y la otra parte entendía que le había sido dada en préstamo. Aquí entonces el error era esencial y no existía ni donación, ni préstamo (D,12,1,18).

Di Pietro dice que Ulpiano agrega en este mismo texto que si el que creyó recibir en mutuo hubiere consumido el dinero, el que se lo entregó tendría a su favor la actio certae creditae pecuniae para reclamarlo.

La actio certae creditae pecuniae es una acción que tutelaba el mutuo consistente en exigir al acreedor la misma cantidad de cosa prestada cuando se trataba de una suma de dinero. Es una acción abstracta porque no se menciona la causa de la obligación (35).

En ese caso, el pretor le concedía a quien consumió el dinero la exceptio doli mali porque el dinero se había consumido conforme a la voluntad del que lo daba. Pero si alguien daba una cosa en depósito y la otra la recibía como si fuera un mutuo, no había ni depósito ni mutuo. Tampoco si me hubieras dado dinero en mutuo y yo lo he recibido en comodato para mostrarlo. En ambos casos, consumido el dinero, había acción de recupero, pero no se concedía la exceptio doli mali. Es que en el primer caso, no había existido voluntad para que el otro lo consumiera y en el segundo, el que lo recibía tampoco estaba en la inteligencia de que lo podía gastar (Ulp., D.12.1.18.1) (36).

Pothier sienta el principio -ya recogido en el derecho romano- de que el error sobre el objeto convenido, hace que no exista consentimiento en el acto (37).

Trae Pothier el ejemplo ya dado en el derecho romano: "... si alguien entiende venderme una cosa y yo creo recibirla a título de préstamo o por donación, en este caso no hay venta, ni préstamo, ni donación". En la misma forma, entiende que no hay venta si el error ha recaído sobre el precio: "Si alguien entiende venderme una cosa por cierto precio y yo entiendo comprarla por un precio menor, no hay venta; puesto que no hay consentimiento" (38).

Similar es el ejemplo que trae Vélez en la nota al art. 924: "Si yo prometo a alguno prestarle una cosa y él entiende que se la dono, yo no estoy en manera alguno obligado".

La sanción es la anulabilidad del acto que debe ser invocada a solicitud de la parte, tratándose de una nulidad relativa.

El error en la denominación del acto, no puede ser causa de invalidación, como así tampoco el error sobre las consecuencias del acto. "Se ha prestado una cosa que se quería prestar para tal o cual uso, cuando en realidad era para otro; o bien por un tiempo determinado, cuando el dueño intentaba prestarla basta su decisión de demandarla. No hay error sobre la naturaleza del acto y el juez, según las circunstancias alegadas, debe interpretar la voluntad conforme a los principios especiales sobre préstamo" (39).

b) Error in persona (error en la persona)

Dispone el art. 925 del Cód. Civil: "Es también error esencial y anula el acto jurídico el relativo a la persona, con la cual se forma la relación de derecho".

El error en la persona puede recaer sobre la identidad de la persona con la que con- cretamente se quiere realizar el negocio o bien sobre las cualidades de la otra parte. Siempre debe tratarse de un error esencial, o sea que no resulte intrascendente(co-mo sería el caso de un error de nombre que no invalida el acto). Por ello, ya sea la identidad como las cualidades deben ser determinantes para la celebración del negocio. Este último caso integran los contratos llamados "intuitu personae", tales como la sociedad, el mandato, la locación de obra -por ejemplo en la realización de un opus por un artista donde se tiene especialmente en cuenta sus cualidades-.

Advierte Di Pietro que en los textos romanos hay pocas referencias a esta clase de error. Se encuentra

en Celso el siguiente ejemplo: A mí y a Ticio nos has pedido dinero en mutuo. Yo mandé que te lo entregara un deudor mío, y tú estipulaste con él, pero creyendo que era deudor de Ticio. La cuestión es si pese a ese error, quedas obligado hacia mí. Celso contesta que si bien en principio no hiciste negocio conmigo, el error no tendría importancia porque de todos modos mi dinero fue a tu poder (D.12.1.32).
También consigna el autor que en los testamentos este error es de gran importancia. Al respecto, recoge el siguiente ejemplo: Si el testador yerra en cuanto a la designación del heredero y dice: "que sea heredero mi hermano", habiendo querido decir "que sea heredero mi patrono", la institución es nula, ya que no es heredero el instituido, demostrándose que no fue ésa la voluntad del testador, y tampoco aquél a quien quiso instituir, porque no se escribió así (Ulp., D.48.5.9 pr.). En cambio, cuando la institución se ha hecho con certeza, pero incurriendo en alguna falsedad, la institución es válida (Marciano, D,48,5,48,3). También en el error sobre la condición de legatario: "Lego a Sticho a Ticio, porque él ha cuidado mis bienes en mi ausencia", aunque esto último sea erróneo, el legado es válido (Inst. 22.20.31) (40).
Savigny -quien es citado como fuente por Vélez en la nota del art. 925 de nuestro Código- señala que si bien los esclavos no pueden figurar como testigos en un testamento, si entre los testigos se halla un esclavo que era considerado generalmente como hombre libre, el testamento es válido (41).
En el derecho romano, los efectos de este error en tanto no existía consentimiento -pues no podía ser tal cuando no se realizaba el negocio con quien era voluntad hacerlo- era la nulidad.
Establece el art. 1110 del Cód. Civil francés que el error en la persona no es causa de nulidad, "... salvo que la consideración de esa persona sea la causa principal del contrato". Como surge de esta norma, la consideración a la persona debe ser la causa principal para la realización del acto. Pothier, en cambio, sostiene que no resulta necesario que la persona sea "causa determinante" del contrato como lo establece el Código Civil, sino que por cualquier motivo se la tenga en consideración. Basta entonces que alguna consideración de la persona fuere suficientemente importante, aún cuando no llegara a ser la causa principal, para que pueda invalidar el acto (42).
En el derecho francés, este error no invalida, cuando al contratar no se tiene en mira la persona sino a su resultado. "A un librero que vende un libro al contado, poco le importa que sea Pedro o Pablo el comprador. Sólo por excepción ello no ocurre en los contratos que son hechos principalmente en consideración a la persona, y ésta, por lo tanto, ha sido su causa determinante" (43).
Llambías señala que en cuanto al contenido de este artículo existen tres opiniones. Llerena estima que como la norma no distingue casos, cualquier equivocación sobre la otra parte da la anulación del contrato. Machado y Lafaille sostienen que debe interpretarse en sentido concordante con la doctrina francesa, o sea no admitiendo la anulación sino sólo cuando la persona ha sido el motivo principal y determinante de la acción (matrimonio, actos a título gratuito o contratos intuitu personae). Salvat sostiene una opinión intermedia. Señala que se aplica a todos los casos en que la consideración de la persona influye en la realización del acto jurídico (44).
El error sobre el nombre no es error esencial. Así lo disponía el Esbozo de Freitas que establecía que no era tal "el que versare sobre el nombre o apellido de la persona con quien se contrató, si esa persona fuere la misma con quien se quería contratar" (45).
Señala Bustamante Alsina que "el simple error sobre la identidad de la persona es inoperante, salvo el caso en que el error sobre la identificación, constituyese un verdadero error en la determinación causal (causa fin), como en aquellos actos en que la determinación de la persona haya podido influir en la realización del acto: 1°) Institución errónea de heredero; 2°) Matrimonio con una persona que por error se confunde con otra; 3°) Donación a una persona en vez de otra. En otras hipótesis ya no cuenta la identidad de la persona sino sus cualidades, pero siempre que tales cualidades hayan sido principalmente tenidas en mira al contratar: 1° Contratos que importan obligaciones de hacer (intuitu personae) como encargar un cuadro a un pintor famoso; 2° en ciertos tipos de contratos o condiciones en que se realiza, en que puede interesar decisivamente cierta cualidad de la persona que se refiere a su solvencia, cualidad moral, hábitos, etc., como en la compraventa de un inmueble para hacer efectiva la responsabilidad del mutuario; en el contrato de locación, la persona del locatario puede ser decisiva en cuanto al uso que se dé a la cosa locada" (46).
Borda sostiene, con criterio que compartimos, que en la práctica no puede producirse el error sobre la identidad del contrayente en el caso del matrimonio, pues las formalidades con las que el acto se celebra -expresión del consentimiento ante un funcionario público, prueba de la identidad, firma del acta- hace que no pueda ser invocado tal error. En cambio, es más dificultoso el caso del error sobre las cualidades personales del contrayente. Así plantea el caso de una mujer que contrae matrimonio con un hombre que ha sufrido una condena infamante. Si la novia le ha preguntado y el esposo le ha

ocultado tales antecedentes, la mujer podrá solicitar la anulación del matrimonio pero invocando el dolo, no el error. Si en cambio, nada le ha preguntado, es que ella no se ha preocupado y no puede, más tarde, decir que fueron los supuestos antecedentes honorables los que la impulsaron al casamiento. El error, si existe, no es excusable. Con ello Borda señala que en ningún caso es posible anular un matrimonio por error (47).

En sentido similar a lo expuesto por Borda, se expide la jurisprudencia atribuyéndosele negligencia a quien no se ha preocupado en las calidades de quien sería su cónyuge. Así se ha dicho: "El conocimiento de la existencia de hijos de la persona con la que se va a contraer matrimonio refiere, por lo menos, un estado de duda no sólo de la legitimidad sino, fundamentalmente, de la existencia de un matrimonio anterior. El comportamiento exigido en tales circunstancias es la investigación necesaria para la realización de un acto no sujeto a nulidad porque ante la importancia del acto matrimonial es cuando más relevancia adquiere la regla de que cuanto mayor sea la exigencia es el deber de obrar con prudencia y mayores serán las consecuencias que se pongan a cargo del agente (art. 902, Cód. Civil) (48). Así también el matrimonio puede ser anulado pero por causa de dolo, no del error en sí (49).

Reseñan Belluscio y Zannoni otros casos en que no cabe invocar el error en la persona: la gestión de negocios, pues el error en la persona no desnaturaliza el acto (art. 2289); el caso de beneficiarios indeterminados en un testamento -legado a los pobres o al alma del testador- (art. 3722) y negocios con título al portador (como la entrada a un espectáculo) o algunos contratos de adhesión modernos (prestación de servicios eléctricos) (50).

Baudry Lacantinerie y Barde dicen que "el error sobre la persona de aquél con quien se contrata no vicia el consentimiento, porque la mayor parte de las veces se contrata en vista a un resultado y no de una persona" (51). Se ha sostenido que: "El impugnante de un acto jurídico obrado mediante error en la persona, no tiene necesidad de probar sino esa falla de la voluntad: es a quien sostiene la validez del acto al que le incumbe probar, para que no prospere la anulación, que la consideración de la persona ha sido indiferente y que igualmente aquél habría celebrado el acto de haber sabido la verdadera identidad o cualidad de ella" (52).

c) Error in substantia (error sobre la cualidad sustancial)

Está regulado en el art. 926 del Cód. Civil que establece que "el error... sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, vicia la manifestación de la voluntad, y deja sin efecto lo que en el acto se hubiere dispuesto".

En el derecho romano, era el que recaía sobre una cualidad esencial de la cosa, atendiendo a "la función económico social que tiene la misma en la vida común" (53). Se daba este error al comprar vinagre por vino, plomo por oro, esclavo por esclava (54). En estos casos la venta es nula pero debe señalarse la distinción que Ulpiano hace al respecto: si se vendió vino y en realidad era vinagre, la venta es nula; mas si se vendió vino y éste se agrió luego, la venta es válida.

Di Pietro analiza el caso en que exista una mezcla en los elementos, como es, por ejemplo, cuando se quiere vender una mesa de plata y en realidad es enchapada en plata. En ese caso Juliano (D.18.1.41.1.) entendió que no había compraventa por error in substantia, solución con la que coinciden Paulo y Marciano. En cambio, Marcelo se encuentra en la posición contraria porque entiende que el error para invalidar el negocio debía ser in corpore pero no in substantia (Marcelo-Ulp., D. 18.1.9.2.)55.

Borda señala que en los ejemplos dados por el Corpus Juris, la venta era nula en favor del comprador pero expresa la inexistencia de texto que establezca el mismo beneficio para el vendedor. Sin embargo, coincide con SAVIGNY en cuanto a que la solución debe ser la misma dado que se trata de una situación análoga (56).

Planiol y Ripert entienden que en este caso cada una de las partes contratantes incurre en error, pudiendo ambas alegar la nulidad. Sostienen que en este caso no es necesario hablar de inexistencia del acto.

La jurisprudencia francesa ha tenido que resolver en distintas ocasiones el caso de un asegurado que contrata con una Compañía de seguros mutuos creyendo tratar con una a prima fija y ha estimado, según el caso, la existencia de error en la substancia de la cosa o error en la naturaleza del contrato, excluyentes de todo consentimiento y resultantes del art. 1109 y, por ende, error vicio del consentimiento (57).

Establece el art. 1110 del Cód. Civil francés: "El error no será causa de nulidad de un contrato, sino cuando recaiga en la substancia misma de la cosa que constituya su objeto".

Diversas interpretaciones se han dado al término "sustancia" utilizado en la norma. Pothier, partidario

de la tesis subjetivista, entiende por tal la cualidad de la cosa tenida principalmente en cuenta por los contratantes y que constituye su sustancia (58). Este criterio es compartido por la jurisprudencia francesa, que entiende por sustancia toda cualidad, cuya consideración haya sido causa determinante del contrato, aun cuando para cualquiera otra persona no mereciere esa importancia (59). La sanción es la nulidad del convenio.

En cambio, Marcadé dice que es "cualidad sustancial de la cosa, toda cualidad que no siendo susceptible de más o menos, coloca al objeto en tal especie o tal otra, según que esta calidad existe o no existe" (60). Da así el ejemplo de quien quiso adquirir un cuadro de Rafael y se le dio sólo una copia del mismo. Comparte así Marcadé la tesis objetivista que en nuestro país es receptada por Borda (61).

Este no ha sido el criterio que sustenta Vélez en la norma transcripta, donde expresamente ha aludido a la "cualidad de la cosa que se ha tenido en mira" por lo que acoge la teoría subjetivista. Sin embargo, bien señala Bustamante Alsina (62) que en la nota al artículo Vélez señala ejemplos que muestran el criterio objetivo, incluso definiendo a las cualidades sustanciales de la cosa como "toda cualidad que no siendo susceptible de más o de menos, coloca al objeto en tal especie o en tal otra especie según que esta calidad existe o no existe". Por eso concluye este autor que, haciendo "una lógica interpretación de estas disposiciones no podemos afirmar simplemente que puede ser causa de nulidad del acto cualquier error sobre: a) la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira; b) sobre la cualidad objetivamente considerada esencial. En efecto, el error para ser causa de nulidad del acto debe recaer sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, pero esa cualidad de la cosa debe ser objetivamente considerada esencial o sustancial. El error en este supuesto debe reunir ambas condiciones: debe recaer sobre la cualidad objetivamente considerada sustancial y debe ser esa cualidad la causa principal del acto" (63).

Es dable subrayar el caso del depósito. Con acierto se ha establecido que "el error en cuanto a la sustancia o calidad de la cosa depositada no incide en la validez del contrato siempre que sea posible restituir al depositante, con efecto liberatorio de pago, la misma cosa que entregó. Esta regla se contradice con la teoría del error admitida en el Código, que en el depósito siguió una solución más practica que se justifica dado que el objeto del contrato, no es lo que el uno o el otro ha entendido dar o recibir, sino lo que efectivamente han dado o recibido (nota de Vélez). Por ello no puede admitirse en el depósito la existencia de un error esencial. Tal solución no aparece aplicable en los depósitos colectivos de cosas fungibles que se confunden o pierden individualidades en la mezcla (v.gr. depósitos de productos o frutos naturales como los granos, que pierden identidad al ingresar a un elevador -art. 57, dec.-ley 6698/63, Adla, XXIIIB, 1017-). Pero en los depósitos de los títulos se establece legalmente atendiendo a la igualdad de los derechos que confieren, al solo efecto de consentir la restitución por identidad de especie, clase y cantidad (art. 39, ley 20.643 -Adla, XXXIV-A, 140-), sin que ello implique la pérdida de la individualidad; por lo que si bien el depositario se libera dando el equivalente, no existe óbice para que también alcance el mismo efecto liberatorio restituyendo el ídem corpus. Ello torna perfectamente aplicable el art. 2184 del Cód. Civil habida cuenta de que al efectuar el depósito colectivo, los depositantes deben adjuntar con los títulos una lista indicando cantidad, especie, clase, emisor y numeración, y los datos de los comitentes (arts. 9 y 13, dec. 659/74 -Adla, XXXIV-C, 2221- y 24, reglamento operativo) (64).

Esta cualidad sustancial tenida en mira se opone a la cualidad accidental de la que trata el art. 928, ya comentado.

d) Error en la causa

Dice el art. 926 "El error sobre la causa principal del acto... vicia la manifestación de la voluntad y deja sin efecto lo que en el acto se hubiera dispuesto".

Llambías, citando a Gásperi, señala que la interpretación del art. 926 da lugar a dos criterios: el primero es el que distingue dos supuestos diversos el referente a la causa principal y el relativo a la cualidad sustancial; el segundo identifica ambas situaciones explicando la una por la otra, es decir, reputando cualidad sustancial la que ha sido causa principal o móvil determinante del acto (65).

Se trata aquí de la causa fin que se busca en la realización del negocio jurídico, entendiéndose en este caso por causa al conjunto de razones determinantes particulares a cada contratante en su origen, y hechas comunes en el acto, bien por declaración expresa, bien mediante aceptación tácita (66). Avalan la postura expuesta lo dispuesto por el art. 461 del Esbozo de Freitas: "Tratándose de actos lícitos, la ignorancia o error de hecho no los hará viciosos sino cuando fuere esencial, es decir, cuando se probare que haya versado sobre la causa principal del acto o disposición".

Así también lo ha entendido la jurisprudencia al decir "... aunque en principio debe imperar un criterio objetivo en la apreciación del error sobre la causa, no puede dejarse de atender al elemento intencional causal y final de la voluntad, sobre el elemento simplemente material, objetivo y sustancial, que llevaría a ignorar que el interés en la operación está claramente especificado por la naturaleza de la misma y de su propio objeto" (67). También el caso en que alguien realice una compraventa de un inmueble sin saber la existencia de un decreto de expropiación anterior a la celebración de la voluntad, lo que vicia la voluntad, produciendo la lógica consecuencia de dejar sin efecto el acto, conforme lo dispone el art. 926 del Cód. Civil, pues quien adquiere por boleto una unidad de vivienda no ha de ser para correr el riesgo de verse privado de ella por causa de una expropiación, ya dispuesta o su seria amenaza. "He aquí un error de hecho que al no haber sido disipado por la advertencia en tiempo del vendedor, revela que el vicio con que fue expresada la voluntad del adquirente es de bastante entidad para anular la operación. Ha de tenerse siempre en cuenta que en esta materia lo concerniente a la buena fe, es predominante" (68).

Deben eliminarse como causa de nulidad los simples motivos presupuestos cuando no es el motivo fin determinante de la realización del acto. Por ejemplo, si Pablo compra un caballo por creer que el suyo se le he dado muerto y después resulta que no es así, Pablo no podrá invocar su error para dejar sin efecto la compra realizada. También queda fuera del concepto de causa fin los motivos particulares que hayan llevado a cada contratante a celebrar el acto (69).

Para el derecho romano no importaban los motivos verdaderos o falsos que determinaron la realización del negocio jurídico, sino la voluntad de las partes en la concreción del acto. Por lo tanto, si el error se refería a causas o motivaciones, el error no podía ser objeto de impugnación del acto.

Savigny en su obra da ejemplos que confirman el principio consignado. Tal el caso de la donación hecha para recompensar servicios que no han sido prestados. Pese a ese error, el donante no puede tomar de nuevo la cosa donada. Asimismo, si se compran objetos al peso y un tercero facilita, sabiéndolo, balanzas falsas, la parte engañada puede reclamar según la regla la ejecución leal del trato y reparar de este modo el daño que ha sufrido. Pero si los pesos han sido designados especialmente en el contrato, la parte damnificada sólo tiene como recurso la actio doli contra el autor del fraude. Se observa entonces que, pese al error, el contrato en sí resulta válido, ya que la actio doli sólo se admite en caso de inexistencia de otro recurso para reparar el daño, ya sea como acción o como excepción dirigidas contra el autor del fraude o contra un tercero.

El ius civile -como decíamos- no admitió en un comienzo al dolo. El pretor Aquilio Galo creó esta acción penal -actio doli- por la cual el perjudicado víctima de engaño o fraude podía pedir el importe del daño sufrido (70), entonces se trataba, de una acción penal que debía ejercerse dentro del año, siendo Justiniano quien la incluye entre las acciones arbitrarias (71).

Similar efecto ocurre cuando el acreedor por fraude de su deudor, consiente una aceptilación. Aquél tiene contra el deudor la actio doli. Entonces y a pesar de su error, la aceptilación es válida porque de otro modo la actio doli sería superflua y por tanto inadmisible (72).

El adstipulator es un acreedor accesorio que goza de la confianza del acreedor principal y del cual éste se sirve para cobrar el crédito.

Sin embargo, al principio señalado en cuanto a que el error no ejerce influencia en la validez de los contratos admite excepciones. Esto ocurre cuando alguien adquiere una cosa que tiene fallas ocultas: el comprador puede a su elección o pedir la rescisión de la venta o la disminución del precio en virtud de su error y aunque el vicio de la cosa fuera o no ignorado por el vendedor. Pero las acciones edilicias cesan en caso de una gran negligencia, donde el error no excusa (73), confirmándose otra vez la regla enunciada.

e) Error in corpore

Hay error in corpore cuando declaro comprar el fundo Corneliano, siendo que el que quiero comprar es el fundo de Semproniano (74).

En el derecho romano constituye error in corpore si en un testamento, si se hubiera querido deja una bandeja y erróneamente se dejara un vestido, probado el error, no se deberá ni una cosa ni la otra 75. Si en cambio no hay duda sobre la cosa legada, aún cuando existiera una referencia falsa, el legado resultaba válido. Así, por ejemplo: "Lego a Sticho, nacido de mi esclava" y ocurriera que no nació de mi esclava pero era mío por otra cosa, por ejemplo, por haberlo comprado" (76).

Savigny trae un ejemplo interesante: si en un contrato de venta del esclavo Sticus, el vendedor posee dos con este nombre y se fija en uno, mientras que el comprador en el otro, ninguna de las partes se engaña, pues cada una de ellas tiene una voluntad justa y bien determinada. Pero falta el acuerdo de

las voluntades, entonces es ahí donde ambos se engañan. En este caso "no existe, pues, un contrato verdadero, es nulo por causa de error, y no hay tal obligación; del mismo modo que no hay contrato entre dos personas cuando la una hace una proposición que rechaza la otra, y toma el primero falsamente esta protesta por aceptación" (77). En estos casos se entiende que falta el consentimiento para la realización del acto.
Del mismo modo que Savigny, muchos autores sostienen que se da una inexistencia del contrato porque excluye a la voluntad. Para acreditarlo es necesario que exista "una prueba bien cabal sobre la existencia del error y, desde luego, la falta de torpeza de cualquiera de las partes" (78).

f) Error sobre la especie
El art. 927 del Cód. Civil dispone que "Anula también el acto, el error... sobre una cosa de diversa especie".
Vélez da como ejemplo en la nota al mencionado artículo "en una venta de granos, el vendedor ha entendido que se trata de cebada y el comprador de trigo".
Esta clase de error exime de comentarios, pues se trata de un caso que tiene los mismos efectos y es asimilable al error in corpore.

g) Error in quantitate (error sobre la cantidad)
Dice el art. 927 del Código Civil: "Anula también el acto, el error... sobre una diversa cantidad, extensión o suma...".
Es el error que recae sobre la cuantía de la cosa, objeto del negocio.
En el derecho romano tenía lugar en la stipulatio donde se exigía una exacta correspondencia entre la pregunta y la respuesta.
La stipulatio era una promesa que se efectuaba mediante una pregunta y su respuesta estando ambas partes presentes (unidad del acto). Si el rito era cumplido habiendo congruencia entre lo preguntado y lo respondido, por ejemplo: - ¿Prometes devolverme cien sestercios?; - Sí, prometo, entonces el negocio se habría celebrado y esa forma verbal consagraba la obligación. Esta situación ritual rigió en Roma hasta el siglo I a.C.
En la época de Gayo, debía existir una total correspondencia entre lo preguntado y lo contestado. Por ello si la pregunta se formulaba por una cantidad, la respuesta debía ser dada por esa suma. Si así no era, la stipulatio se consideraba nula, pues cada suma representaba un objeto distinto.
Más tarde, Ulpiano y Paulo entendieron que las sumas eran cantidades por lo que, como la suma menor está siempre comprendida en la mayor, la stipulatio era válida hasta la suma menor (79). Así también lo entendió el Derecho justinianeo.
En los negocios no formales como el arrendamiento, si el arrendatario daba consentimiento por una cantidad que era mayor a la que le había pedido el arrendador, ello no acarreaba nulidad. Así lo explica el autor citado: "... en una locación, A cree arrendar una cosa por 5 y B entiende haber arrendado por 10, la locación es válida por 5. En cambio, si A lo arrienda por 10 y B entiende que lo arrienda por 5, el negocio es inválido (Pomp., D.19.2.52). En el primer caso, hay consentimiento, por cuanto el locatario acepta el precio del alquiler por una suma mayor (en los 10 están comprendidos los 5). En cambio, en el segundo, la voluntad del locador de alquilar por 20 no encuentra consenso en la del locatario" (80).
"En los testamentos, el error in quanti- tate se puede referir a la cuota asignada a un heredero. Si el testador dictó a quien escribía el testamento: "Que Ticio sea heredero por la mitad", y se consignó que lo fuera por un cuarto, si se probare el error la cuota de Ticio será por la mitad, dando validez a lo realmente querido sobre lo escrito (Celso-Ulp., D.29.5.9.2.). Si el testador ha escrito una cuota mayor pero realmente había querido dejarle al heredero una menor, esta última es la válida, ya que está comprendida en la mayor. Si el testador hubiese destruido la herencia de tal modo que se sobrepasa el total de ella, o dejara instituido un heredero sin parte asignada, se trataba de interpretar la voluntad del testador. La costumbre romana era considerar el todo de la herencia como un as, que a su vez se dividía en 12 porciones iguales. Si testador decía "Que Ticio, Mevio y Seyo sean herederos. Ticio por 8 unciae y Mevio por 4 unciae". Se agotó el as. Se interpretaba que el testador había querido separar su herencia en 2 ases, compuesto cada uno por 12 unciae, lo que hará un total de 24 unciae. De este modo, las primeras 12 partes serán distribuidas 8 a Ticio y 4 a Mevio. Las 12 restantes, o sea, el segundo as le corresponderá por entero a Seyo (Ulp., D.28.5.17.3; Paulo, D.íd.18; D.íd. 20.1)" (81).
En Francia, el error en el valor sólo da lugar a la nulidad si la lesión es consecuencia del error en el objeto.
La Corte de Casación ha declarado que "... ni el error sobre el valor de la cosa ni el error sobre los

motivos del contrato hacen a éste anulable si ellos no recaen sobre la sustancia de la convención" (82).
Este error es remediable cuando ha sido consecuencia de dolo, cuando no se hubiesen dado a conocer a la otra parte los datos que la ley prescribe como obligatorios, cuando el orden público tiene interés en que no se pague un precio demasiado elevado, o cuando el precio esté sujeto a una tarifa imperativa (83).
Enneccerus y Niperdey analizan el caso de que la voluntad se dirigiera a más o a menos que la declaración. Expresan que como a veces, en el querer o el declarar la mayor cantidad, va implícito también el querer o el declarar la menor, resulta: a) el negocio unilateral es válido con referencia a la cantidad menor, pues ésta ha sido querida y declarada; b) vale también un contrato referido a la cantidad menor (declarada), si en el querer la mayor va implícito también el querer la menor, por ejemplo, tratándose de donaciones y de contratos onerosos, si el que recibe quiere la cantidad menor. Por el contrario, si el que recibe quiere la cantidad mayor, el contrato es impugnable (84).
Se ha dicho que es necesario distinguir el error en la cantidad del mero error de cálculo. En tanto la cantidad "constituya un momento de individualización del objeto del negocio, el error en la cantidad se convierte en error en la identidad y a él debe equipararse" (85).

B. Error de derecho
En el Capítulo I del Título I de la Sección Segunda sobre el error en los hechos jurídicos -que es el que estamos examinando-, se encuentra el art. 923 que establece: "La ignorancia de las leyes, o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos". Pero también encontramos una disposición muy categórica dentro de los Títulos Preliminares del Código Civil -Título I "De las leyes"- donde el artículo 20 señala: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente prevista por la ley".
Es claro entonces el principio general: el error de derecho no excusa, ni aún en el caso que ese error haya sido determinante para la realización del acto (86). Todo ello tiene su fundamento en última instancia en la seguridad jurídica, pues debe partirse de la premisa "el derecho se reputa conocido por todos".
Si el hombre para vivir organizadamente en una comunidad necesita de normas de carácter obligatorio -que permiten, prohíben o mandan-, lógico es que el desconocimiento de la ley no pueda invocarse como causa que determine la nulidad del acto. De otro modo, la incertidumbre sobre la realización de un negocio sería tal que prácticamente nada tendría certeza bajo el temor de un vicio que podría invocarse casi diría permanentemente, so pena de "hacer temblar" la propia base del negocio construido.

B.1. El error de derecho en Roma.
En el derecho romano tampoco el error de derecho excusaba. Sin embargo, existían excepciones al principio, concediéndose la excusa en ciertos casos para los menores de veinticinco años, las mujeres, los militares y los rustici (personas sin educación).
Además de los casos que en particular serán analizados, las cuatro categorías tienen en común la posibilidad de alegar ignorancia del derecho en el caso que no aporten las piezas justificativas junto con la demanda que incoan, pudiendo hacerlo luego.
La ignorancia consistía en este caso en no saber cuál era la sanción para el caso de incumplimiento de este requisito. La sanción consistía precisamente en que no podía servirse la parte de esos documentos en adelante.

a) Menores
Con el fin de proteger a los menores por actos que pudieran ocasionarles perjuicio, se les concede el derecho de restitución como consecuencia del acto celebrado durante la minoridad. Sin embargo, la exención no alcanza los casos de dolo, ni es aplicable a los delitos.
Recordemos que son menores en el derecho romano quienes no hayan alcanzado la edad de veinticinco años.

b) Mujeres
Según la legislación justinianea, las mujeres pueden invocar ignorancia del derecho cuando aceptan una caución judicial cualquiera, que no sea válida. Igual facultad le es acordada a los menores.
En el caso que la mujer actúe garantizando en forma personal o real una deuda, o sustituyendo a un deudor -intercessio- el pretor de oficio introduce la exceptio Senatus Consultus Valleani.

La intercessio era considerado un negocio viril. Por ello en el siglo I d.C. se sancionó en senatus consultum Vellaeanum que prohibió los actos jurídicos por medio de los cuales las mujeres se hacían responsables de deudas ajenas. Esto se refería a dos casos: que la mujer pudiera prestar una fianza garantizando la deuda de otro o que el préstamo de dinero se hubiera hecho a una mujer que ésta transfería inmediatamente a otra persona.
La mujer no gozaba de la exceptio cuando la deuda era propia y perdía la exceptio si el acreedor probaba que, a sabiendas, había actuado dolosamente haciéndole creer que el acto era en su beneficio.
Justiniano entendió que la mujer podía renunciar a la excepción en forma independiente al pago; así, aceptando el juicio en su contra por ser fiadora, dando caución de que no hará uso de la exceptio (87).
Las mujeres y los menores tenían el derecho de restitución aunque supieran que el que prestó la caución era esclavo.
La exceptio señalada era una excepción a la regla general que no admite para la condictio indebiti el error de derecho (88).
La mujer embarazada que, después de la disolución del matrimonio, no llena las formalidades exigidas en la previsión del alumbramiento, no es castigada si obraba con ignorancia (89).

c) Militares
Savigny enseña que son dos los motivos que justificaban que se rodease a los soldados de la excepción a la regla de la inexcusabilidad en la ignorancia del derecho: su género de vida que les impedía tener un conocimiento necesario del derecho y quería acordárseles privilegios a los que seguían esa profesión. Explica que, no obstante, no les fue concedido una restitución general como a los menores (90).
Estos privilegios consisten en que los militares pueden efectuar testamento que resultaba válido aunque no cumpliese con las formalidades legales. También pueden aceptar obligaciones emanadas de una sucesión onerosa -ignorando sus obligaciones- acordándoseles el derecho de restitución.
Justiniano hizo inútil esta restitución, estableciendo que todo heredero que hiciera inventario no fuera obligado por las deudas en más de lo que importaba la sucesión. En verdad, el inventario debía hacerse en un plazo muy corto pero los soldados estaban dispensados de dicho plazo (91).
Asimismo si escriben un testamento que le es dictado y el acto contiene disposiciones que le favorecen, el testamento es igual válido.

d) Rustici (personas sin educación).
Podían invocar la ignorancia de derecho si han dejado pasar el plazo de la bonorum possesio, en cuyo caso, al igual que los militares -que también tienen este privilegio- les es acordado la restitución.
La bonorum possessio era un modo de adquirir el patrimonio o una cuota parte del difunto. Su objeto consistía en la universalidad de cosas y de derechos del "de cujus" y la concedía el pretor. De no surgir nadie que tuviera mejor título que el bonorum possesor, con el transcurso del tiempo llegaba a usucapir las cosas (usucapio hereditatis) y con el ejercicio de acciones útiles a realizar los derechos personales. Es decir, "a conseguir una titularidad de acuerdo al ius civile de todos los derechos reales y personales que había investido el de cujus".
Savigny comenta que además de los casos señalados, la ignorancia de derecho podía ser alegada en el derecho romano en el caso en que sea invocado por cualquier persona si era excusable, difícil de evitar, digno de piedad. Tal el caso en que existieran reglas de derecho que eran difíciles de conocerlas exactamente, lo que sucedía en cuestiones controvertidas y en el derecho en particular, ya que entonces los jurisconsultos mismos no siempre daban decisiones, por lo que ello bastaba para hacer excusable el error de derecho. Este sería el caso del legatum per damnationem hecho bajo una condición imposible, o cuando el comprador daba un precio que, según el contrato, debía ser fijado por un tercero. En ambos casos -sostiene Savigny- la validez de la obligación era antes de Justiniano un asunto controvertido, y el error de derecho, de cualquier modo que surgiere, no podía ser considerado como fácil de evitar, y por tanto como inexcusable (92).
El legatum per damnationem era una forma de legado de condena (damnatio) por medio de la cual el heredero que aceptó la herencia se obligaba a realizar una prestación a favor del legatario. Se la determinaba de este modo: "Que mi heredero sea constreñido a dar mi esclavo Sticho a Ticio". Representaba el legado más amplio, ya que las cosas pueden ser del testador, del propio heredero o, incluso, de un tercero. Acá el heredero quedaba obligado a adquirirle del tercero y si esto no es posible a pagar el valor de ella (93).
El legatario no era directamente, entonces, el titular de la cosa legada. Al contrario, la tiene que reclamar al heredero, por medio de la actio ex testamento (94).

Borda se muestra contrario a la opinión del jurista alemán. Así dice: "Consideramos que no es posible sostener tal teoría. Los textos romanos condenan reiterada y firmemente el error de derecho; y el fundamento de tal severidad no debe buscarse tan sólo en la negligencia que supone esta ignorancia, sino también en razones de orden público, el que está comprometido en que no se puedan eludir ni las obligaciones ni las sanciones legales, so pretexto de ignorancia de la ley. Ante postura tan definida, no cabe aceptar otras excepciones que las expresamente previstas" (95).

B.2. El error de derecho en la legislación española de la Edad Media

Se seguía el principio general del derecho romano: la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley. Eso surge de lo establecido en el Libro II, tít.1, ley 3 del Fuero Juzgo; Lib. I, tít. 6, ley 4 del Fuero Real, Libro I, tít.4, ley 3 de las Ordenanzas Reales de Castilla y ley 20, tít. 1, Partida 1ª (96).

Pero también había excepciones muy análogas al derecho romano: los menores (de catorce años para los varones y doce para las mujeres); los militares cuando estaban en guerra; los labradores y pastores (por su falta de educación, lo que resulta bastante similar al caso de los rustici en Roma) siempre que vivieren en lugares no poblados y las mujeres que habitaran en dichos sitios. Pero si tanto los militares, como los labradores, pastores y mujeres cometían hechos de aquéllos que por su naturaleza se sabía que eran contrarios a la ley -como la traición- entonces el error de derecho no excusaba (97).

En el Espéculo de las Leyes también se establecía el mismo principio de inexcusabilidad en la ignorantia iuris. Expresaba que aquél que no pudiese saber las leyes debía procurar saberlas por medio de aquéllos que tuvieran conocimiento de ellas (98). También establecía el cuerpo legislativo las mismas excepciones que las Partidas, con la salvedad de que eran considerados menores -al igual que en Roma- las personas que no alcanzaren la edad de veinticinco años. Sin embargo, si cualquiera de los exceptuados cometiere un delito de aquéllos que por su naturaleza debían ser sabidos como contrarios a la ley -tales como el hurto, robo, homicidio, traición- el error de derecho no los excusaba (99).

B.3. El error de derecho en el Código de Napoleón

El Código Civil francés parece admitir el error de derecho. Para la "condictio indebiti" puede invocarse toda suerte de error según el criterio de Savigny (100).

Domat señala: "Si la ignorancia o error de derecho es tal que ella sea la única causa de la convención, en la que obligue a una cosa que no se deba y que no ha tenido otra causa para fundar la obligación, su causa, siendo falsa, será nula" (101). Claro que en tal caso la nulidad no se da por error, sino por falta de causa.

Como se advierte, en Domat aparece una suerte de equiparación entre el error de derecho y el de hecho (102).

Pochannet dice: "El error de derecho no puede ser invocado sino en el caso de que tenga por resultado excluir uno de los elementos necesarios del acto jurídico atacado por el error. El que alega un error no dice: "yo reconozco que en derecho riguroso estoy obligado, pero solicito ser desligado de una obligación que no he suscrito sino por error de derecho". No, su lenguaje es otro; él debe decir: "el contrato en virtud del cual yo parezco ligado, no tiene más que una apariencia de validez, porque como consecuencia de un error de derecho, que ofrezco probar, carece de una de las condiciones indispensables para su existencia legal (103). En cambio, Pothier lo niega. "Afirma que el error de hecho no puede admitirse cuando el que lo sufrió hubiera podido informarse fácilmente de la verdad; por esta misma razón, el error de derecho no puede alegarse, ni dar fundamento a un pedido de restitución formulado por mayores de edad, porque ellos han podido consultar y hacerse informar de su derecho" (104).

Hay disposiciones especiales en el Código Civil francés que impiden la anulación de los actos como consecuencia del error de derecho. Tales los casos de transacción y de la confesión (arts. 2052 y 2356, respectivamente). Se señala con respecto a la transacción que la voluntad de quienes van a transigir es la de llegar a un acuerdo sin amoldarse al derecho estricto en la forma en que pueden entenderlo los tribunales. En cuanto a la confesión, se señala que el error de derecho en ella no impide la subsistencia del reconocimiento de los hechos confesados (105).

B.4. Nuestro Código

Ya han sido transcriptas las normas que nuestro Código Civil trae al respecto del error de derecho. Bibiloni, autor del consabido Anteproyecto, tiene una interpretación diversa sobre las normas expuestas. Sostiene que el art. 923 -que elimina de los vicios de la voluntad al error de derecho- se refiere sólo a los actos lícitos que están constituidos regularmente. Admite que el error tanto sea de

derecho como de hecho pueden anular el acto dado que no advierte razón para darle distinto efecto a uno y otro. Sin duda, Bibiloni no ha tenido en cuenta lo dispuesto en el artículo 20 (106).

Señalan la mayoría de los juristas que se legislan excepciones en nuestro Código al principio de la inexcusabilidad del error de derecho. Una de ellas es la establecida por el art. 3428 que dice en su primera parte: "El poseedor de la herencia es de buena fe cuando por error de hecho o de derecho se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tiene". Otra excepción la constituye el art. 784 que dice: "El que por un error de hecho o de derecho, se creyere deudor, y entregase alguna cosa o cantidad de pago, tiene derecho a repetirla del que la recibió".

Al respecto de esta última norma, Vélez en la nota al artículo invoca a Marcadé que expresa que existe un principio que no permite enriquecerse con lo ajeno y que un supuesto acreedor se quede con una suma o con una cosa que no se le debía, o que no se la debía el que la entrega. "Cuando a él nada se le debe, es indudable que no puede apoyarse en el error ajeno; cuando es verdadero acreedor, y otro, por un error de derecho, le hace el pago, la repetición no le priva de cobrar lo que le daba el verdadero deudor. Un legatario, por ejemplo, que errando en el derecho cree que debe pagar una deuda del testador, y la paga en efecto, no le priva al acreedor, por la repetición que ejerza, cobrar lo que le debe al verdadero deudor".

Mas si se observa estos casos se advierte que no hay nulidad de actos, es decir que el error de derecho no es un vicio de la voluntad, sino que en el caso del art. 784 autoriza a repetir lo pagado (107) y en el art. 3428 dicho error ocasiona ciertos efectos que otorgan la buena fe -como puede ser en el caso de frutos-.

El art. 858 del Código también alude al error de derecho. Dispone la norma "La transacción es rescindible cuando ha tenido por objeto la ejecución de un título nulo, o de reglar los efectos de derechos que no tenían otro principio que el título nulo que los había constituido, hayan o no las partes conocido la nulidad del título, o lo hayan supuesto válido por error de hecho o por error de derecho. En tal caso la transacción podrá sólo ser mantenida, cuando expresamente se hubiese tratado de la nulidad del título". Señala al respecto Llambías que "... es indudable que este error no desempeña función alguna, pues con o sin él se admite lo que el codificador llama rescisión en la transacción, en base a la nulidad el título considerado. Es un efecto de esta nulidad y de ningún modo del error en que se hubiese incurrido" (108). Sostengo que otra vez el error de derecho no constituye vicio del acto, la nulidad es la del título, no la que deriva del error.

Señalan Belluscio y Zannoni (109) que "otros autores agregan casos a los expuestos, no obstante que falte en las normas expresión literal. Así Arauz Castex se refiere al de la aceptación tácita de la herencia cuando por error de hecho o de derecho el aceptante ha creído que realizaba actos sobre los bienes a otro título, no el de heredero, del art. 3320 (110); López Olaciregui incluye el de la obligación putativa, contraída por error (art. 796) y el de la liberación putativa (art. 797) (111); Cordeiro Alvarez, sostiene que hay hipótesis dentro del art. 790, en que el pago se repite porque ha sido hecho por error, como el del inc. 4° sobre obligación alternativa" (112).

En cuanto a los actos ilícitos, en modo alguno puede sostenerse excepción alguna en este tipo de actos del error de derecho. Sería un instrumento para eximirse de la responsabilidad en los ilícitos civiles, sin perjuicio de la materia penal, lo que resulta insostenible.

IV. Conclusión

Se ha tratado de conocer, en conclusión, cómo funciona en nuestra legislación el error como vicio de la voluntad, haciendo uso de la clásica distinción entre el error de hecho y el de derecho, mencionando las fuentes de nuestras normas como así también la importante opinión de doctrinarios franceses y el conocimiento del instituto en el derecho romano, a fin de advertir el influjo que han tenido sus concepciones en nuestro Código Civil. Asimismo, la interpretación de juristas argentinos y la importancia de la discrepancia en varios puntos sobre este vicio arroja luz para el conocimiento del error y de los notables efectos que él tiene sobre la validez de los negocios jurídicos.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", p. 143, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1978; SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho Civil. Contratos", v. I, p. 328, Ed. Depalma, 1984; BORDA, Guillermo A, "Tratado de Derecho Civil", Parte General; t. II, p. 278, 11ª ed. actualizada, Ed. Perrot, 1996.

(2) BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil", Parte General, t. II, p. 278, 11ª ed. actualizada, parr. 1126, Ed. Perrot, 1996.

(3) MOSSET ITURRASPE, J., op. cit., p. 143.

(4) LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., "Teoría de los contratos", t. 1, p. 166, Parte General, Ed.Zavalía, 1995.

(5) Como pauta interpretativa de los negocios jurídicos, conformados por una expresa declaración de voluntad y

con la utilización de la escritura, predomina la regla según la cual la función del intérprete consiste en tomar principalmente en cuenta la voluntad real de los intervinientes traducida en el acuerdo. Naturalmente que dicha regla no es absoluta; no debe ser "libremente conjeturada, sino solamente deducida de la declaración misma y de las circunstancias del caso", o sea, sin dar a la tesis objetiva un predominio absorbente. Han de extraerse los verdaderos propósitos internos que se puedan comprobar a la vista del documento y que se corresponda en un todo con el sentido de las palabras, según la experiencia de la vida y las circunstancias particulares del caso (CNEsp. Civ. y Com., sala IV, ED, 71-371).
(6) CNCiv., sala D, abril 25, 1978, ED, 82-649.
(7) DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A., "Manual de Derecho Romano", p. 162, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.
(8) DI PIETRO, Alfredo, "Derecho Privado Romano", p. 172, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.
(9) Conf. CNCiv., sala A, mayo 4, 1967, ED, 19-767.
(10) CNCiv., sala A, julio 20, 1961, ED, 1-562.
(11) SAVIGNY, "Sistema del Derecho Romano actual", Apéndice VIII, "Del error y de la ignorancia", I, p. 388/389, Ed. F. Góngora y Cía., Madrid, 1879.
(12) Citado por MOSSET ITURRASPE, J.; op. cit., nota al pie N° 6 de p. 144.
(13) LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Parte General, t. II, p. 470, 16ª ed., par. 1716, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1995.
(14) DI PIETRO, A.; op. cit., p. 169, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.
(15) SAVIGNY, op. cit., Ap. VIII, I, p. 389.
(16) Citado por BELLUSCIO, A. y ZANNONI, E., "Código Civil y leyes complementarias", To. VI, comentario al art. 923, p.s. 154/155; Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988.
(17) PAULO, D.22.6.9.pr., citado por DI PIETRO, op.cit., p. 169.
(18) Conf. CNCiv., sala E, mayo 14, 1974, E.D., sum. 60583.
(19) MAZEAUD, H.L. y J., "Lecons de droit civil", t. II, p. 142, Editions Monchrestien, Paris, 1956, citado por BUSTAMANTE ALSINA, J., op.cit., nota al pie N° 9, p. 753.
(20) SPOTA, A., op.cit., par 221. II, p. 329.
(21) LOPEZ DE ZAVALIA, F., op. cit., p. 168.
(22) Citado por BELLUSCIO, A. y ZANNONI, E.; op. cit., comentario al art. 923, p. 157, citando a Arauz Castex, II, N° 1523, ps. 309-310 en nota al pie N° 20.
(23) conf. CNCiv., sala A, setiembre 12, 1961, D, 1-864.
(24) BORDA, G.; op. cit., par 1128, p. 281.
(25) C.NCiv., sala G, agosto 19, 1983, ED, 109-426.
(26) Del voto en disidencia del doctor Butty, CNCom., sala B, mayo 19-1995, ED, 168-471.
(27) Conf. CNCiv., sala B, diciembre 19, 1972, ED, 48-315.
(28) SCBuenos Aires, septiembre 19, 1972, ED, 45-584.
(29) LLAMBIAS, J., op. cit., par. 1736, p. 469 (con cita al pie conf. Aubry y Rau, t. IV, par 343 bis, 1°, "in fine", p. 298; Demolombe, t. XXIV, N° 103, p. 102; Mercadé, IV, p. 369, N° 409; Baudry Lacantinerie et Barde, "Obligations", II, N° 68, 1995.
(30) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", t. VI, "Las obligaciones", par. 180, p. 245; Traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz, Ed. Cultural S.A., Habana, 1946.
(31) GIORGI, J., "Obligaciones", t. III, N°269, p. 273, Comp. Orgaz A., su nota en LA LEY, 71-1, citado por LLAMBIAS, J., op. cit., par. 1737, p. 470.
(32) CNCiv., sala C, "Oca Rodríguez, José Gumersindo c. Hsueh ting MA s/cobro de honorarios", 27/5/97 (LA LEY, 1997-E, 891).
(33) MOSSET ITURRASPE, J.; op. cit., p.. 146.
(34) BUSTAMENTE ALSINA, Jorge, "La esencialidad del error como presupuesto de nulidad", LA LEY, 95-752.
(35) DI PIETRO, A., op.cit., p.. 208.
(36) Id.
(37) POTHIER, "Obligaciones", t. 1, p. 20, N° 17, trad. de S.M.S., Barcelona citado por BORDA, G. en "Error de hecho y de derecho", op. cit., p. 26.
(38) Id.
(39) BELLUSCIO, A y ZANNONI, E., op. cit., p. 177.
(40) DI PIETRO, A., op. cit., p. 170.
(41) SAVIGNY, op. cit., XII, p. 410.
(42) BELLUSCIO A. y ZANNONI, E., op. cit., comentario al art. 925, p. 179.
(43) Id, citando a Baudry-Lacantinerie y Barde, "Des obligations", I, N° 62; Salvat-López Olaciregui, II, nª 2310 b,

p. 541 y Llambías, Parte General, II, N° 1723, en nota al pie N° 4, p. 485.
(44) LLAMBIAS, J., "Tratado de Derecho Civil. Parte General", 3ª edición actualizada, t. II, p. 456, parr. 1723, nota al pie N° 7; Ed. Perrot, 1967, citando a Llerena, III, p. 439, art. 925, N° 1; Machado, III, p. 142, notaal art. 925; Lafaille, "Apuntes de Derecho Civil, primer curso, t. II, p. 202; Salvat, Parte General, nos. 2311 y 1812.
(45) Art. 1860, inc. 4°, citado por BELLUSCIO, A. y ZANNONI, E.; op. cit., comentario al art. 924, p. 183.
(46) BUSTAMANTE ALSINA, J.; op. cit., p.. 759.
(47) BORDA, Guillermo, "Error de hecho y de derecho. Su influencia en la anulación de los hechos jurídicos", parr. 93 y 94, ps. 84/85, Ed. Emilio Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 1950.
(48) CNCiv., sala G, marzo 18, 1983; ED, 105-573.
(49) Conf. CNCiv., sala A, marzo 12, 1985; ED, 113-515.
(50) BELLUSCIO, A. y ZANNONI, E., op. cit., con cita de De Gásperi, Morello, I, N° 196, p. 412 y CORDEIRO ALVARZ, Parte General, Obligaciones, p. 167.
(51) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, "Obligations", t. I, N° 62, citado por Llambías, op. cit., Ed. Perrot, 1967, par 1723, p. 457.
(52) CNCiv., sala A, setiembre 12, 1961, ED, 1-864.
(53) IGLESIAS, J., "Derecho Romano. Historia e Instituciones", p. 164, Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1997.
(54) Señala BORDA, G. (op. cit., p. 13) citando a Savigny que el destino era sustancialmente diferente en caso de esclavos que de esclavas. Los hombres servían para los trabajos pesados; en cambio, las mujeras eran destinadas al servicio interior de la casa y a los trabajos de aguja; eran algo así como dos mercaderías distintas.
(55)(55)DI PIETRO, A.; op. cit., p.. 171.
(56) BORDA, G.; "Error de hecho y de derecho", op. cit., p. 13.
(57) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, op. cit., par. 176, p.. 239 y notas al pie 1 y 2.
(58) POTHIER, "Obligations", núms. 18, citado por Planiol y Ripert, op. cit., en nota al pie de página N° 3, par. 183, p.. 249.
(59) PLANIOL, J. y RIPERT, J.; íd., p. 250.
(60) Nota al art. 926 de nuestro Código Civil.
(61) BORDA, G.; "Tratado...", op. cit., parr. 1134, ps. 286 y 287.
(62) BUSTAMANTE ALSINA; op. cit., p. 760.
(63) Id., p. 761.
(64) Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, octubre 13-1989; ED, 136-220.
(65) LLAMBIAS, J., op. cit., parr. 1730, p. 481, Ed. Perrot, 1995.
(66) BUSSO, E., III, comentario al art. 500, N° 356, p. 259.
(67) CNCiv., sala B, abril 15, 1975, ED, 64-308.
(68) CNCiv., sala B, septiembre 16, 1970; ED, 37-534.
(69) BUSTAMANTE ALSINA, J., op. cit., p. 756.
(70) DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A., op. cit., p. 162.
(71) DI PIETRO, A., op. cit., p. 172.
(72) SAVIGNY; op. cit., Ap. VIII, IX, p. 404.
(73) Id., XI, p. 406.
(74) D. 18,1,9, citado por Iglesias, Juan; op. cit., p. 164.
(75)(75)DI PIETRO, A., op. cit., p. 170, citando a Ulpiano D.28.5.9.1.
(76) Id., p. 170.
(77) SAVIGNY, op. cit., Ap. VIII, XXXIV, p. 450.
(78) CNCiv. y Com. Fed., sala I, julio 24-1981; ED, 97-662.
(79) DI PIETRO, A., op. cit., p. 171.
(80) Id., p. 171.
(81) íd., p.. 171.
(82) Civ., 16 mai 1939, S 1939-1-250, citado por Mazeaud H.L. et J., op. cit., p. 135, en BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., op. cit., p. 756.
(83) PLANIOL, J. y RIPERT, J.; op.cit., parr. 186, p. 255.
(84) ENNECCERUS, L. y NIPPERDEY, H., "Derecho Civil. Parte General", p. 192, t. I, Traducción de Blas Pérez González y José Alguer; Barcelona, 1935.
(85) MESSINEO, II, par. 42, N°3, p. 435; citado por BELLUSCIO, A. y Zanoni, E.; comentario al art. 927, p.. 199.

(86) "Quien compra un inmueble no puede ignorar las normas que en materia edilicia rigen en la zona; por lo tanto, no puede adoptarse el criterio según el cual el error de derecho determinante de la voluntad puede ser invocado para invalidar el acto, pues ello significaría invocar el error sobre las consecuencias legales respecto del acto que ha

ralizado, en abierta oposición al preciso texto del art. 923 del Código Civil", (CNCiv., sala D, junio 15, 1982; ED, 102-256.
(87) DI PIETRO, A., op.cit., p. 232.
(88) SAVIGNY; op. cit., XXXI, nota al pie e), p. 445.
(89) Id., XXIX, p. 441.
(90) Id., XXIII, p. 446/447.
(91) Id.
(92) SAVIGNY, op. cit., XXXV, p. 452.
(93) DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A., op. cit., p. 437.
(94) Id., op. cit., p. 397/398.
(95) BORDA, G., "Error de hecho y de derecho", op. cit., p. 19/20.
(96) Citado por BORDA, G., op. cit., notas al pie 57, 58 y 59, parr. 14, p. 22.
(97) Ley 20, tít. 1, Partida 1ª.
(98) Lib. I, tít.1, ley 11, conf. lo citado por BORDA, G., op.cit. en nota al pie N° 60, parr. 16, p. 24.
(99) Ley 12, Libro I, tít. 1, citado por BORDA, G.; op. cit., par. 16, p. 24.
(100) SAVIGNY, op. cit., Apéndice VIII, XLI, p. 463.
(101) DOMAT, 1ª parte, Lib. I, tít. 18, Sect. I, p. 138, N° 14, citado por BORDA, G. en "Error de hecho y de derecho", op. cit., nota al pie 69, op.cit., p. 26.
(102) BELLUSCIO, A. y ZANNONI, E., op. cit., comentario al art. 923, p. 164/165.
(103) POCHANNET, E., "De l erreur de droit", t. 8, p. 177, Revue Critique, 1856, citado por BORDA, G., "Tratado de Derecho Civil", Parte General, t. II, p. 293, parr. 1141, 11ª ed. actualizada, Ed. Perrot, Buenos Aires.
(104) POTHIER, "Oeuvres", t. 10, p. 353, N° 738, citado por BORDA, G. en "Error de hecho y de derecho", op. cit., par. 22, p. 27.
(105) PLANIOL, M. y RIPERT, J.; op. cit., par. 181, p. 246.
(106) Conf. LLAMBIAS, J.; "Tratado...", parr. 1743, p. 492.
(107) Se ha expresado que: "El error como vicio de la voluntad y el error como fuente de la repetición de un pago indebido contemplan situaciones distintas y responden a fundamentos diversos que justifican un régimen legal también distinto, a punto de no exigirse la excusabilidad en el error para que el pago pueda repetirse; e idéntica argumentación puede hacerse cuando se trata de una liberación o recibo dado por error, pues no puede admitirse que el descuido o la imprudencia del acreedor eximan al deudor de solventar una deuda impaga" (CNCiv., sala C, mayo 7, 1974, ED, 56-277).
(108) LLAMBÍAS, J.; "Tratado...", op. cit., p. 491, 1995.
(109) BELLUSCIO, A. y ZANNONI, E., op. cit., p. 171.
(110) Id., citando a Arauz Castex, II, p. 323, N° 1556 y a Busso, I, comentario al art. 20, N° 18.
(111) Id., citando a López Olaciregui, en SALVAT-LOPEZ OLACIREGUI, II, N° 2348-B, p. 564; AGUILAR, "Hechos y actos jurídicos", I, p. 253, N° 54-C; ORGAZ, "La culpa", p. 85, par 5, N° 32.
(112) Id., citando a CORDEIRO ALVAREZ, "Parte General. Obligaciones", p. 166.

HECHOS JURÍDICOS - Borda, Guillermo A. Abeledo-Perrot - TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL
1999

§ 2.- Hechos voluntarios

A.- CONDICIONES INTERNAS

816. CRÍTICA DEL CÓDIGO.- Según el artículo 897 del Código Civil, hechos voluntarios son aquellos realizados con discernimiento, intención y libertad. Y como consecuencia lógica de esta premisa, el artículo 900 dispone que los hechos ejecutados sin alguno de estos elementos internos, no producen por sí obligación alguna.

Esta disposición merece dos serias objeciones: por una parte, importa un concepto puramente doctrinal, impropio de un Código; por la otra, significa enrolarse en la concepción psicológica de los actos voluntarios, dominante en la época en que VÉLEZ redactó el Código, pero cuya insuficiencia y falsedad ha quedado demostrada por la doctrina moderna (ver nota 1).

Por de pronto, es evidente que los tres elementos internos del acto voluntario, enumerados en el artículo 897 , pueden reducirse a uno solo: la intención. En efecto, si falta el discernimiento, no puede hablarse de acto intencional, porque la intención presupone la aptitud de discernir; tampoco puede decirse que un acto es intencional si el agente ha obrado bajo violencia, lo que significa que la falta de libertad afecta también la intención (ver nota 2).

817.- Además, es falso que los actos realizados sin discernimiento, intención y libertad no produzcan por sí obligación alguna. El propio Código, no obstante que ello importa una contradicción palmaria, ha debido reconocer la plena validez de actos en los que faltan aquellos elementos. Los actos válidos de personas que carecen (por lo menos legalmente) de discernimiento, son numerosísimos (véase núm. 818). También lo son muchos actos en que falta la intención. Así, por ejemplo, en materia de error, el artículo 922 establece que se presumen practicados sin intención los actos realizados por error, lo que implica que tales actos deben reputarse involuntarios; no obstante ello, poco más adelante dispone que los actos realizados por error no excusable o no esencial (en los que, por adolecer de error, falta intención) son válidos (arts. 928 y 929). Del mismo modo, falta intención en el caso de dolo recíproco y en las declaraciones hechas bajo reserva mental (véase núm. 828); y falta libertad en la hipótesis de temor reverencial o de obligaciones contraídas en estado de necesidad, no obstante lo cual, todos estos actos son válidos (véase arts. 932 , inc. 4º, y 940 ; y nuestro número 1170).

Estas contradicciones son inevitables si se adopta la teoría psicológica de los actos voluntarios. Según ya lo hemos dicho, esa posición es hoy insostenible. Lo que interesa al derecho no son los procesos íntimos, desarrollados en el fondo de la conciencia individual, sino la exteriorización de ellos. El acto debe ser reputado voluntario siempre que haya una declaración de voluntad consciente emanada de una persona capaz (ver nota 3), salvo, naturalmente, el derecho del autor de esa declaración de impugnar su validez, cuando medie una causa legal para hacerlo (dolo, violencia, lesión, fraude, simulación, etc.). Sobre esta cuestión de fundamentalísima importancia, hemos de volver más adelante (véase núms. 828 y sigs.).

818. LA CUESTIÓN DEL DISCERNIMIENTO.- Luego de disponer el artículo 900 que los actos celebrados sin discernimiento no producen obligación alguna, el artículo 921 establece: Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de 10 años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón. Siendo el discernimiento un elemento inexcusable de los actos voluntarios y tratándose de algo tan sutil y variable según la edad y las personas, era inevitable señalar una regla general que zanjase la dificultad, de otra manera insalvable, de establecer cuándo existe o no discernimiento.

Pero al trazar una regla fija, de validez general, cualquiera sea el acto de que se trate, el Código se ha alejado intolerablemente de la realidad humana. Si discernimiento es una facultad elemental de valoración, es obvio que esa facultad no se tiene invariablemente a una misma edad para cualquier acto. Una criatura de 8 años puede

discernir perfectamente si los útiles de colegio que compra en la librería son los que le ha pedido su maestra; si las golosinas que adquiere son las de su agrado; si el ómnibus que toma es el que la lleva a su casa. No tiene, en cambio, discernimiento para entender el significado de un contrato de sociedad o de constitución de hipoteca.

Este desacuerdo entre la norma legal (art. 921) y la realidad humana conduce a consecuencias paradójicas. Según nuestra ley, una menor que todavía no ha cumplido 14 años, puede, con autorización judicial, contraer matrimonio; en cambio, esa misma criatura no puede comprar una muñeca. Es decir, que para un acto tan trascendental como el matrimonio, se ha prescindido lisa y llanamente del régimen del discernimiento (ver nota 4); en cambio, se lo mantiene para actos baladíes. O mejor dicho, se lo pretende mantener; porque las reglas jurídicas que violan elementales necesidades de la vida social están inexorablemente destinadas a caer en desuso; es así como ha debido reconocerse la validez de numerosos actos, que nosotros hemos llamado pequeños contratos (véase núm. 489), a pesar de ser realizados por menores que todavía no han cumplido 14 años.

Todavía más contradicciones. Una mujer casada a los 12 ó 13 años tiene, a partir de ese momento, capacidad para realizar todos los actos de la vida civil, con muy pocas excepciones. Inclusive puede disponer de sus bienes (art. 135). ¿No era que carecía de discernimiento?

Igualmente, el acto celebrado por un demente es válido si quien contrató con él era de buena fe y adquirió el derecho a título oneroso (art. 473).

Sigamos adelante. Hemos visto que hay muy numerosos y a veces muy importantes actos jurídicos que pueden ser celebrados por personas que legalmente carecen de discernimiento. Pero hay más aún: no obstante haberse celebrado un acto con discernimiento, intención y libertad, puede ser nulo. Tal ocurre con los actos jurídicos celebrados por menores adultos o sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Se dirá que no basta que estén reunidas aquellas condiciones y que es necesaria, además, la capacidad. ¿Pero entonces de qué sirve la noción del discernimiento? Lo que hay que preguntarse, en relación a los actos jurídicos, no es si se tiene o no aquella aptitud psicológica, sino, simplemente, si se tiene o no capacidad; basta con esto para que el acto sea válido, porque este concepto involucra en sí el discernimiento. Y si la ley no reconoce capacidad, el acto será nulo, sea porque se carece de discernimiento o porque se tiene un impedimento físico para ejercer los derechos (sordomudos) o por una imposibilidad práctica de ejercerlos (penados) o por otros motivos distintos (incapacidades de derecho).

Recapitulando: no obstante reunir las tres condiciones de discernimiento, intención y libertad, hay actos que son nulos; no obstante carecer el agente de discernimiento, puede realizar actos válidos. ¿En qué queda entonces la teoría de la voluntad psicológica? (ver nota 5).

818. bis.- Hasta aquí nos hemos ocupado del discernimiento en relación con los actos voluntarios lícitos. Veamos ahora el problema en cuanto a los actos ilícitos. Para el Código, los dementes, los menores de 10 años carecen de discernimiento (art. 921), y no son responsables de los daños que causaren (art. 1076). Es una solución muchas veces inicua, aunque sea una consecuencia lógica de la teoría de lo voluntad psicológica; y, por ello, la ley 17711 introdujo una importante limitación a esta exención de responsabilidad, agregando un nuevo párrafo al artículo 907 . Hemos tratado esta cuestión en otro lugar (núms. 550-551).

Cabe todavía señalar una contradicción más, dentro del sistema del Código. Los ebrios están privados momentáneamente de su discernimiento (art. 921) y, sin embargo, son responsables de sus actos, a menos que se probare que la embriaguez fue involuntaria (art. 1070). La solución es acertada, pero es preciso reconocer que resulta incoherente con el artículo 921 .

Ello significa que el Código se inclina por soluciones injustas cuando permanece fiel a su concepción psicológica de los actos voluntarios, y acierta cuando se aparta de ella.

(nota 1) Con razón dice BEKKER: "¡Dios nos libre de una escuela de civilistas psicólogos!", cit. por FERRARA,

La simulación de los negocios jurídicos, trad. esp. Madrid, 1926, p. 28.

(nota 2) De acuerdo con esta observación, AGUIAR, H., Hechos y actos jurídicos, Buenos Aires, 1950, t. I, ps. 73 y 91, quien, sin embargo, no suscribe nuestra crítica. En igual sentido, SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 1576; SPOTA, t. 8, nº 1777.

(nota 3) De acuerdo: SPOTA, t. 8, nº 1777, p. 64.

(nota 4) Y hay que añadir que esta solución se impone necesariamente, pues no es posible negar el derecho de casarse a la mujer que se encuentra embarazada. Lo que demuestra que el matrimonio no es solamente una cuestión de desarrollo mental, sino también de sexo y de desarrollo físico. Este acto tan importante pone a prueba la teoría psicológica de la voluntad; sobre el punto remitimos a nuestro estudio La teoría de los vicios del consentimiento y en particular el error, con relación al matrimonio, L.L., t. 74, p. 831.

(nota 5) Restaría, sin embargo, una hipótesis en que la exigencia del discernimiento parecería conservar su utilidad: nos referimos al caso de los actos celebrados por ebrios y sonámbulos, que tienen capacidad, pero que carecen de discernimiento y que por ello serían anulables. Pero es obvio que para explicar la nulidad de tales actos no es necesario recurrir a la teoría de la voluntad psicológica. Lo explica muy bien la de la declaración de la voluntad (véase núms. 830 y sigs.). Esta teoría ha remarcado muy especialmente la importancia de las circunstancias que rodean la manifestación, a los fines de su validez y efectos. Porque la declaración no consiste únicamente en las palabras dichas o escritas, sino en la conducta exterior de una persona que, según las circunstancias que la rodean y de acuerdo con la buena fe permitan inferir la existencia de una voluntad de obligarse. Va de suyo que los actos realizados en un estado onírico, hipnótico o de ebriedad, carecen de validez. Si ese estado fuere notorio, nadie podrá prevalerse de una declaración de voluntad hecha en tales condiciones, porque ello sería contrario a la buena fe; si no fuere notorio, el que pretende luego desligarse de sus compromisos alegando que dio su consentimiento en ese estado, no tendrá medio de probarlo y la declaración producirá todos sus efectos.

VI. INHABILITADOS - Borda, Guillermo A. - Abeledo-Perrot - TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL 1999

VI. INHABILITADOS (ver nota 1)

589. FUNDAMENTO.- La ley 17711 ha introducido en nuestro derecho una institución ya incorporada a varias legislaciones extranjeras (Cód. Civ. italiano, arts. 415 y 427; suizo, arts. 370 y 395; portugués, arts. 409 a 412; peruano, art. 555; paraguayo, art. 89; venezolano, arts. 409 y 411) que permite contemplar con soluciones adecuadas el vasto mundo de la semialienación, y de otros trastornos de análoga gravedad.

En el sistema de nuestro Código Civil no había más que locos y sanos. Pero ese esquema no se adecua a la realidad humana. En el campo de la patología psíquica existe una infinita gama de trastornos, desde la perfecta salud hasta la más franca y completa alteración de las facultades mentales. Simples trastornos de la afectividad y la volición, la debilidad de espíritu, las manías parciales, constituyen muchas veces estados fronterizos o intermedios, que no justifican una interdicción total del enfermo, pero que lo colocan en una situación de inferioridad ante sus semejantes, que hacen aconsejable una protección legal. En igual situación están algunas personas que aun conservando intacta su mente, se encuentran en una situación de enfermedad física grave. La parálisis, la mutilación, la ceguera, la sordera (excluyendo el caso de los sordomudos que el Código trata expresamente), sobre todo cuando sobrevienen simultáneamente, suelen determinar verdaderas incapacidades naturales y colocar al enfermo en una situación de inferioridad y de dependencia respecto de terceros.

En parecida situación se encuentran los seniles, los ebrios consuetudinarios, los toxicómanos, los pródigos.

Era pues necesario arbitrar un sistema que protegiera a todas estas personas, pero sin colocarlas en la misma situación de incapacidad que los dementes, lo que sería excesivo e injusto. A ello responde la institución de la inhabilitación. La idea general, que luego precisaremos, es que el inhabilitado puede administrar sus bienes pero no disponer por sí solo de ellos, para lo cual requiere la conformidad del curador que debe nombrársele.

§ 1.- Quiénes pueden ser inhabilitados

590. ENUMERACIÓN LEGAL DE LOS INHABILITADOS.- Conforme al artículo 152 bis , podrá inhabilitarse judicialmente a los ebrios habituales y toxicómanos, a los disminuidos en sus facultades y a los pródigos. Estudiaremos por separado cada una de estas hipótesis.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: TOBÍAS, La inhabilitación en el derecho civil, 2ª ed., 1992; LLAMBÍAS, La reforma, ps. 48 y s.; ARAUZ CASTEX, Apéndice al Tratado de Derecho Civil, ps. 47 y s.; PORTAS, Las personas individuales en la ley 17711, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Año X, nº 21, p. 105; BUSTAMANTE ALSINA, El nuevo régimen de las incapacidades según la reciente reforma del Código Civil, L.L., t. 130, p. 1046; RODRÍGUEZ PÉREZ, La inhabilitación del pródigo a través de la ley 17711, J.A., 1968-V, p. 839; LAGOMARSINO, Los pródigos en la reforma del Código Civil, E.D., t. 25, p. 869; FANTONI, Los semialienados en la legislación civil argentina, J.A., 1968-V, p. 834; TAU ANZOÁTEGUI, La prodigalidad en la ley 17711, L.L., t. 138, p. 1261; RAFFO BENEGAS y SASSOT, Régimen procesal de la inhabilitación, J.A., Doctrina, 1969, p. 552; MALFUSSI, El régimen de la prodigalidad en la legislación civil argentina, L.L., t. 142, p. 996;MOISSET DE ESPANÉS, Personas que pueden solicitar la inhabilitación, J.A., t. 12, 1971, p. 206; MAZZINGHI (h.), Dementes, sordomudos, incapaces, inhabilitados y enfermos internables, E.D., t. 59, p. 759.

A.- EBRIOS CONSUETUDINARIOS Y TOXICÓMANOS

591. RÉGIMEN LEGAL.- Según el artículo 152 bis , inciso 1º, puede inhabilitarse judicialmente a quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio.

Lo que los médicos -y en última instancia el juez- deben apreciar, es si el alcoholismo o la toxicomanía tienen una gravedad tales como para colocar a los enfermos en peligro de otorgar actos jurídicos que les sean perjudiciales. En estos casos, no suele ser la razón, sino la voluntad, la que está afectada. Y por ello, el enfermo, aun lúcido, puede ser víctima de su falta de voluntad.

Es necesario agregar, empero, que tanto la embriaguez habitual como la toxicomanía pueden llegar a provocar un

verdadero derrumbe de las facultades mentales; en ese caso, lo que cuadra no es inhabilitarlo, sino declararlo demente. Pues no interesan las causas de la demencia si ésta existe.

TOBÍAS ha hecho notar que siendo tan frecuente la drogadicción o la ebriedad habitual, llama la atención que la aplicación de esta norma por los jueces sea casi inexistente, fenómeno que se advierte también en otros países (ver nota 1); lo que realmente es lamentable.

(nota 1) TOBÍAS, La inhabilitación en el derecho civil, nº 32.

B.- PERSONAS DISMINUIDAS EN SUS FACULTADES

592. DISPOSICIÓN LEGAL.- También puede inhabilitarse a los disminuidos en sus facultades, cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio (art. 152 bis , inc. 2º).

Adviértase que la ley dice a los disminuidos en sus facultades, sin hacer ninguna distinción entre facultades psíquicas y físicas (ver nota 1). Es lo razonable. Si bien no cabe duda de que las hipótesis más frecuente de aplicación de esta norma serán los trastornos psíquicos (semialienados, seniles, débiles mentales), también puede ocurrir que la falencia de las facultades físicas coloque a los enfermos en una situación de grave inferioridad; el juez puede inhabilitarlos. Nuestra jurisprudencia anterior a la ley 17711 registra un interesante fallo. Se trataba de una mujer que a su avanzada edad unía una ceguera casi completa y una absoluta falta de instrucción. Los médicos estaban de acuerdo en que no era, de modo alguno, una demente; pero lo estaban asimismo en que su estado la privaba de toda posibilidad de cuidar sus bienes e intereses. El juez doctor Chute, en fallo que fue confirmado por la Cámara, resolvió no hacer lugar a la declaración de insania, pero a pesar de ello la dotó de un curador para administrar sus bienes (ver nota 2).

Fue una verdadera creación jurisprudencial, ya que la ley sólo permitía nombrar curador a los dementes (ver nota 3); hoy el caso tiene su adecuada solución por vía de la inhabilitación.

Agreguemos que la ley requiere para que esta inhabilitación pueda decretarse, que el juez estime que del ejercicio de la plena capacidad pueda presumiblemente resultar al enfermo un daño a su persona o sus intereses. Lo que es determinante para la decisión judicial es la protección del disminuido psíquica o físicamente. Siempre que el juez considere que su estado lo inhabilita para el manejo libre de sus bienes, debe protegerlo nombrándole un curador. No será extraño a la decisión, el ambiente que rodea al enfermo, al anciano cuyas facultades psíquicas y físicas empiezan a claudicar. Si está rodeado de hijos honorables, si nada hace temer por sus bienes, la inhabilitación puede no justificarse; si, en cambio, está rodeado de parientes o domésticos sospechosos, y particularmente si dispone sin razón aparente de alguno de sus bienes (aunque no esté conformada la prodigalidad), el juez se sentirá inclinado por protegerlo inhabilitándolo.

(nota 1) 1ª Inst. Cap. (juez DÍAZ DE VIVAR), 9/4/1977, E.D., t. 81, p. 387. De acuerdo: TESCORNIA, nota en E.D. t. 81, p. 387; MAZZINGHI (h.), Dementes, E.D. t. 59, p. 759, nº 24, quien cita la opinión concordante de la doctrina y la jurisprudencia francesa en relación a un texto legal análogo. En contra, sosteniendo que la ley alude sólo a la disminución de las facultades mentales, RAFFO BENEGAS y SASSOT, J.A., Doctrina 1959, p. 551. TOBÍAS, La inhabilitación en el derecho civil, nº 54.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 27/11/1942, L.L., t. 29, p. 72.

(nota 3) Por ello, la mayor parte de la doctrina fue adversa al fallo: MOLINAS, Incapacidad civil de los insanos mentales, t. 1, ps. 38 y s.; BUSSO, t. 2, coment. arts. 368 y 369, nº 39 y s.; ORGAZ, Personas individuales, p. 333, nota 13; ACUÑA ANZORENA, La declaración judicial de interdicción como presupuesto necesario de la designación de curador, L.L., t. 29, p. 729. Por nuestra parte, en las primeras ediciones habíamos aprobado la doctrina del fallo, porque el deber sustancial del juez era no dejar indefensa y librada a su propia suerte a una persona que tenía las mínimas condiciones para defender sus intereses.

C.- PRÓDIGOS

593-1. SISTEMA DEL CÓDIGO Y SU CRÍTICA.- VÉLEZ SARSFIELD rechazó decididamente la interdicción del pródigo. En la nota al artículo 54 explica por qué se ha apartado en esta materia de la tradición romana y de la legislación comparada, siguiendo el ejemplo del Código de Luisiana, único que en aquella época reconocía

capacidad a los pródigos.

Sostiene VÉLEZ SARSFIELD que la interdicción no se justifica en este caso por las siguientes razones: 1) la prodigalidad no altera las facultades mentales; 2) la libertad individual no debe ser restringida sino en los casos de interés público, inmediato y evidente; 3) en la diferente manera de hacer gastos inútiles que concluyan una fortuna, no hay medio de distinguir con certeza el pródigo del que no lo es y todo sería arbitrario en los jueces, poniendo en interdicción a algunos, mientras quedarían innumerables disipadores sin ninguna incapacidad; 4) puesto que no es posible poner un máximo a cada hombre en sus gastos, el que se llamase pródigo sólo habría usado o abusado de su propiedad, sin quebrantar ley alguna.

Los argumentos de nuestro codificador no carecen de fuerza dentro de una concepción individualista del Derecho, pero están muy lejos de ser satisfactorios para la conciencia jurídica actual. Ya no es posible hablar del derecho a abusar de la propiedad. Tampoco es cierto que la capacidad individual (VÉLEZ habla de libertad individual, pero es evidente que el trastrueque de palabras sólo tiene por fin darle mayor eficacia al argumento) únicamente puede ser restringida en casos de interés público, inmediato y evidente; todas las incapacidades de hecho tienen en vista, ante todo, la protección del propio interdicto, y en algunos casos, como en el de los penados, también la de la familia. En nuestro caso se trataría principalmente de la protección de la familia.

El argumento fundado en el peligro de la arbitrariedad judicial es igualmente inconsistente. Jamás ha de temerse, por parte de los jueces, un ataque a los derechos o a las libertades humanas, puesto que ellos, por su educación y su cultura jurídica, por tener vida dedicada al Derecho, son siempre respetuosos de aquellos bienes del hombre. En caso de duda, se inclinarán siempre por mantener la capacidad, sin ninguna cortapisa; la prueba la suministran los países que admiten la interdicción del pródigo, pues en ellos la institución ha funcionado sin inconveniente alguno.

Menos importancia aún tiene la observación de que la prodigalidad no altera las facultades mentales. No es ésta la única causa de interdicción. Ni interesa tampoco la demencia, desde el punto de vista jurídico, porque altere las facultades mentales, sino porque la enfermedad lo inhabilita para cuidar de su persona y atender sus negocios. Y es precisamente esto lo que ocurre con el pródigo. Se trata de personas que malgastan irrazonablemente su fortuna, en una medida que las expone a perderla. Muchas veces, en el fondo de esta conducta imprudente, hay una verdadera perturbación mental, bien que no alcance los caracteres de una demencia; pero aunque así no fuere, lo cierto es que el pródigo revela una falta de aptitud para administrar sus bienes. Es lógico, por lo tanto, que el Estado intervenga para protegerlo a él y a su familia, tanto más cuanto que con frecuencia estos débiles de espíritu o de carácter suelen ser víctimas de personas que aprovechan de su modalidad para despojarlos de su patrimonio.

Pero quizás el mejor argumento en pro de la admisión de la prodigalidad como causal de interdicción, lo suministre la experiencia extranjera. Prácticamente todos los países la tienen establecida, con beneficio y beneplácito general.

Es evidente, sin embargo, que la incapacidad de los pródigos no puede juzgarse con la misma vara que la de los dementes; la intervención del Estado tiene en este caso, como único fin, evitar la dilapidación de su fortuna y a ello debe limitarse. Por consiguiente, no parece justo someter al pródigo a una verdadera interdicción; para lograr aquel resultado, basta con declararlo incapaz para celebrar actos de disposición de sus bienes sin la asistencia y aprobación previa de un curador. Para los restantes actos de la vida civil, tales como los que fueran de mera administración, testar, y sobre todo lo relativos al derecho de familia, debe conservar su capacidad legal. Esta es precisamente la idea de la reforma de la ley 17711 , que estudiaremos en el párrafo siguiente.

593-2. QUIÉNES PUEDEN SER INHABILITADOS POR PRODIGALIDAD.- El artículo 152 bis , inciso 3º, autoriza a inhabilitar a quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio.

Para que la inhabilitación pueda decretarse, es necesario:

a) Que haya prodigalidad en los actos de disposición de bienes. Debe tratarse de gastos superfluos, innecesarios o irrazonables. Por ejemplo, hipotecar la casa en que se vive para jugar a las carreras, importa prodigalidad; pero no si lo mismo se hace para pagar los gastos de una enfermedad propia o de los hijos o padres. No cabe formular distinciones entre actos gratuitos u onerosos, pues también éstos pueden ser irrazonables; pero naturalmente, las donaciones excesivas configuran más típicamente la prodigalidad.

b) Que el pródigo hubiera dilapidado una parte importante de su patrimonio (art. 152 bis , inc. 3). En efecto, una persona de gran fortuna puede hacer muchos e importantes gastos inútiles sin consumir más que las rentas, o en todo caso consumiendo una parte no sustancial de su patrimonio. Mientras ello ocurra así, no hay por qué intervenir en la administración de su patrimonio. Por otra parte, los mismos gastos pueden permitir o no la inhabilitación según sea la fortuna del que los hace.

Así, por ejemplo, un hombre de fortuna puede hacer todos los años un viaje a Europa a gran tren sin que ello pueda calificarse de dilapidación de su patrimonio; pero si para hacer el viaje anual hipoteca la casa en que vive la familia o el campo que es su fuente de rentas, hay prodigalidad.

c) Que el pródigo tenga cónyuge, ascendientes o descendientes (art. 152 bis , inc. 3º). Nuestra legislación se enrola así en la tendencia que admite la prodigalidad en defensa de la familia y no del mismo pródigo. Si éste es soltero, si no tiene ni esposa, ni hijos ni padres o abuelos, entonces la ley no interviene. Puesto que no se trata de un loco, que haga de sus bienes lo que se le ocurra. Pero si tiene familia, hay que protegerlo.

593-3. QUIÉNES TIENEN LA ACCIÓN.- El inciso 3º, artículo 152 , in fine, concede la acción únicamente al cónyuge, a los ascendientes y descendientes. Esta disposición es coherente con la idea esencial de proteger la familia.

Respecto del cónyuge, la ley no formula la limitación del artículo 144 , que sólo concede la acción al no divorciado. Es lógico que así sea. Mientras la declaración de demencia obedece esencialmente al propósito de proteger al demente (aunque la familia pueda indirectamente beneficiarse con una interdicción que evite una disposición irrazonable de bienes), la declaración de inhabilitación por prodigalidad obedece esencialmente a la protección de la familia (aunque indirectamente favorezca al propio pródigo). Por lo tanto, el cónyuge aun separado o divorciado, puede pedir la inhabilitación si conserva la vocación sucesoria o recibe alimentos del pródigo. Si, en cambio, carece de estos derechos, no puede accionar por sí, aunque podría hacerlo en representación de sus hijos menores.

La Cámara Civil de la Capital ha decidido que una vez puesto en marcha el aparato jurisdiccional por quien tiene derecho a hacerlo, si el denunciante desiste de su acción, corresponde que sea el Ministerio de Menores quien urja los trámites tendientes al dictado de una declaración de inhabilitación, porque la Justicia no puede permanecer indiferente frente a los conflictos familiares o de intereses (ver nota 1). No podemos compartir la doctrina del Tribunal. Si la ley sólo confiere la acción a determinadas personas, es claro que ellas no pueden ser sustituidas por el Ministerio de Menores.

Una situación singular se presenta cuando ambos padres son pródigos, o cuando ha muerto el padre o la madre que podrían accionar por los menores o cuando éstos, siendo hijos extramatrimoniales, sólo han sido reconocidos por el pródigo. En ese caso, quien tiene la acción es el Asesor de Menores, que puede accionar como consecuencia de la denuncia de cualquier persona, pariente o no, o aun del propio menor. Igual solución cabe en el supuesto de que el pródigo sea el curador de su padre o madre. En todos estos casos, el Asesor de Menores actúa como representante promiscuo de los incapaces.

593-4. LEGISLACIÓN COMPARADA.- El sometimiento del pródigo a un régimen de amparo ha sido admitido en casi todas las legislaciones. Como excepción, deben citarse los Códigos de Luisiana (art. 413), de México, de Uruguay y de Bolivia, y el derecho anglosajón.

Aun cuando cada país tiene su peculiaridades, los regímenes legislativos pueden clasificarse en dos grupos.

De acuerdo con un primer sistema, que ha tenido como modelo al Código Napoleón (art. 513), el pródigo no está sometido a interdicción; pero ciertos actos importantes, como litigar, transigir, tomar en préstamo, recibir un capital y dar recibo, enajenar o gravar sus bienes con hipotecas, deben ser realizados con la asistencia de un consejero judicial, sin cuya intervención son nulos. Para todos los demás actos y particularmente los inherentes al derecho de familia, no se requiere la intervención del consejero judicial. En el Código Civil italiano, el pródigo puede ser inhabilitado (art. 415) y se encuentra en la condición del menor emancipado (art. 424); para todos los actos que excedan de la simple administración requiere el consentimiento del curador, y, a veces, de la autoridad judicial (art. 394). Semejante es el régimen del Código venezolano (art. 409).

Según un segundo sistema, el pródigo está sometido a una verdadera interdicción; el curador actúa como representante legal y no como asistente. Tal ocurre en el Código Civil alemán (art. 114), en el que el pródigo

queda sujeto al mismo régimen de los menores de edad, mayores de 7 años; en el Código Civil español, cuyo artículo 221 dispone que el Tribunal ha de fijar cuáles son los actos que quedan prohibidos al pródigo y que el autor puede realizar en representación suya; en el Código austríaco (art. 273); en el suizo (art. 370); en el brasileño (arts. 459 y sigs.), que deja subsistente la capacidad para los meros actos de administración; en el colombiano (arts. 432 y 531); en el chileno (arts. 342 y 442); en el peruano (art. 591), que le permite realizar actos de administración.

El Código Civil portugués ha seguido una solución flexible: el juez puede graduar la incapacidad del pródigo, privándolo totalmente de ella o bien inhibiéndolo para ciertos actos, cuando no fueren precedidos por la aprobación del curador (art. 344). Como puede apreciarse, en algunos casos queda sujeto a interdicción, y en otros, a una simple asistencia de su curador.

En numerosas legislaciones, la prodigalidad está legislada como en nuestro país, con un sentido definidamente protector de la familia; sólo puede ser pedida la interdicción por los herederos forzosos y no procedeen caso de que no los haya: tal el sistema del Código Civil brasileño (arts. 460 y 461); español (art. 222), portugués (arts. 340 y sigs.).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 26/4/1979, E.D., fallo nº 32.193.

§ 2.- Régimen legal de la inhabilitación

593-5. PROCEDIMIENTOS.- Según el artículo 152 bis , se aplicarán en lo pertinente las reglas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Esta remisión se refiere particularmente a las reglas de procedimiento, pues las reglas de fondo, es decir, las consecuencias de la sentencia son distintas y están reguladas en los últimos dos apartados del mismo artículo.

En consecuencia se aplicarán a la inhabilitación los artículos 140 a 150, Código Civil y artículos 624 y siguientes, Código Procesal, en lo pertinente, según dice con acierto el artículo 152 bis , porque algunas de aquellas reglas no se ajustan a la naturaleza del juicio de inhabilitación y, por tanto, no le son aplicables. Veamos cuáles no lo son:

a) En primer lugar, la exigencia del certificado médico o en su defecto la opinión de dos médicos forenses (arts. 624 y 625, Cód. Proc.) es aplicable a los casos de los dos primeros incisos del artículo 152 bis , pero no al supuesto de prodigalidad, pues ésta es independiente de la alteración de las facultades psíquicas. Pero no hay que olvidar que la exigencia de los artículos 624 y 625 tiende a evitar que las personas puedan ser molestadas con denuncias irresponsables; se exige así un recaudo que asegure prima facie la seriedad de la denuncia. Por esta misma razón y ya que no cabe exigir el certificado médico, los jueces deberían requerir alguna prueba objetiva que acredite la dilapidación o el peligro para el patrimonio del denunciado (ver nota 1). La práctica ha puesto de manifiesto con qué ligereza se ha echado mano de la supuesta prodigalidad de una persona para llevarlo ante los tribunales, obligándolo a seguir un molesto juicio.

Por eso mismo, la ley 22434 ha introducido en el Código Procesal Civil y Comercial el artículo 637 bis, que dispone que el juicio de inhabilitación por prodigalidad debe tramitar por juicio sumario, lo que significa que de la demanda debe correrse traslado al presunto pródigo.

b) No corresponde la designación de curador ad litem en el juicio de inhabilitación. Este defensor del presunto insano ha sido previsto por la ley precisamente porque se presume que no está en condiciones de defenderse por sí solo. El juez tiene a su vista los certificados médicos de los que resulta prima facie esa insania. Siendo así, es lógico que la ley asegure su defensa mediante un funcionario designado por el juez. Nada de esto ocurre en el proceso de inhabilitación. Aun decretada ésta, el inhabilitado tiene plena capacidad para estar en juicio por sí solo. No se justifica, por tanto, que en el proceso para la declaración de esa inhabilitación se le nombre defensor. Claro está que si del examen médico resultara que el denunciado no es solamente un débil mental sino un demente, a partir de entonces se le debe designar curador ad litem, pues está claro que el dictamen médico ha transformado virtualmente el juicio de inhabilitación en juicio de insania.

En cambio, pensamos que es procedente la designación de un curador provisional a los bienes, si se dan las circunstancias del artículo 148 , pero no ya para administrar los bienes, sino sólo para que el presunto inhabilitado no pueda disponer de ellos sin el consentimiento del curador.

c) Tampoco es aplicable al caso de prodigalidad lo dispuesto por el artículo 144 , Código Civil, pues sólo están

autorizados para iniciar el proceso los ascendientes, descendientes y cónyuge (art. 152 bis , inc. 3º). Sorprende un fallo de la Cámara Civil de la Capital que decidió que esta limitación debe aplicarse a todos los supuestos de inhabilitación (ver nota 2) cuando es evidente que sólo alude al pródigo y que en los demás supuestos del artículo 152 bis es de aplicación lo dispuesto por el artículo 144 .
Declarada la inhabilitación son de aplicación las reglas sobre la insania para la designación de curador definitivo (arts. 476-480).

Suele ocurrir en la práctica que pedida la inhabilitación, el dictamen médico demuestra que el demandado es insano o que demandada la declaración de demencia, el dictamen prueba que sólo se trata de un débil mental. Los tribunales no vacilan en ajustar su decisión al verdadero estado mental del causante, aunque la declaración de inhabilitación o de demencia no se ajuste exactamente a lo pedido (ver nota 3).

La Cámara Civil de la Capital ha resuelto que las costas del juicio de inhabilitación deben imponerse al denunciado en cuyo interés debe suponerse que se acciona y si la denuncia es rechazada debe distinguirse si hubo buena fe en el denunciante o, por el contrario, malicia o error inexcusable, para imponerlas en este caso al denunciante. Ello por aplicación del artículo 152 bis . que manda aplicar "en lo pertinente, las normas del juicio de insania (ver nota 4).

(nota 1) De acuerdo: RAFFO BENEGAS y SASSOT, J.A., Doctrina, 1969, p. 553.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala F. 15/12/1970, J.A., t. 10, 1971, p. 335. De acuerdo con nosotros en que salvo el caso de prodigalidad pueden entablar la acción por inhabilitación todas las personas indicadas en el art. 144 : MOISSET DE ESPANÉS, J.A., t. 12, 1971, p. 206.

(nota 3) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala E, J.A., t. 20-1973, p. 273; MOISSET DE ESPANÉS, J.A., t. 12, 1971, p. 208.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala C, 4/12/1980, J.A., 1981-I, p. 515.

593-6. CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS INHABILITADOS (ver nota 1).- Mientras en la demencia la incapacidad es la regla y abarca todos los campos jurídicos, en la inhabilitación la regla es la capacidad.

La idea general es que el inhabilitado pueda realizar por sí mismo todos los actos de administración, pero no los que puedan comprometer sus bienes. Por ello, no puede otorgar por sí solo los actos de disposición, para los cuales necesita la conformidad del curador (art. 152 bis , 3er. párr.); más aún, la sentencia puede inhabilitarlo para realizar ciertos actos de administración teniendo en cuenta las circunstancias del caso (art. 152 bis , in fine). En efecto, puede ocurrir que la debilidad mental sea grave y que la administración de los bienes sea compleja; por ejemplo, la administración de un establecimiento fabril o agropecuario. El juez puede extender la inhabilitación también a esos actos.

Pensamos, sin embargo, que esta facultad judicial no puede ser ejercida en caso de prodigalidad. En este supuesto, lo único que interesa es evitar que dilapide su patrimonio; para eso basta con impedirle disponer por sí solo de sus bienes.

La inhabilidad para disponer sólo comprende los actos entre vivos, lo que significa que el inhabilitado puede testar. Debemos precisar este concepto: la inhabilitación no crea por sí una incapacidad para testar; pero si el juez llega a la conclusión de que la debilidad mental, sin llegar a la demencia, priva al enfermo de la plena razón para testar, debe invalidarse el testamento (véase Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 2, núm. 1076).

El inhabilitado puede ser excluido por sus socios de las sociedades de responsabilidad limitada, colectivas, en comandita simple, de capital e industria, en participación y en comandita por acciones, si es socio comanditario (art. 91 , ley 19550).

El inhabilitado necesita la conformidad del curador para aceptar herencias, pues el artículo 3333 requiere capacidad para la libre administración de los bienes; esta expresión significa libertad para administrar y disponer, y el

inhabilitado no la tiene. Es la buena solución, pues las sucesiones suelen ser complejas y hasta tener deudas que sobrepasen los bienes. Con tanta mayor razón se necesitará la conformidad del curador para renunciar una herencia.

Para la partición privada de los bienes de una sucesión o de la sociedad conyugal debe requerirse el asentimiento del curador, dado que en ella puede comprometerse bienes que legalmente corresponden al inhabilitado, es decir, que importa o puede importar la disposición de bienes (ver nota 2).

Cabe preguntarse si en algunos casos estará el juez autorizado a disponer que el inhabilitado no será sólo asistido, sino que inclusive puede ser representado por el curador, desplazándolo de la administración de sus bienes. Supongamos la administración de un establecimiento de campo. La asistencia se hace muy difícil si el inhábil no la acepta de buen grado; ¿y cómo impedir una enajenación de hacienda u otros muebles no registrables? Creemos que en estos casos de excepción el curador puede sustituir totalmente al inhábil cuando la conducta de éste revele su total incapacidad para administrar, y el peligro para sus bienes (ver nota 3).

Otro supuesto en el que hay que reconocer al curador del inhabilitado la atribución de actuar a nombre y en representación de éste, es cuando ejerce la acción de nulidad de acto otorgado irregularmente por el inhabilitado, pues de otra manera se haría ilusoria la protección otorgada por la ley (ver nota 4).

¿Puede el interdicto contraer deudas por sí, vinculadas con la administración normal de su patrimonio, como puede ser el crédito para gastos de siembra y cosecha? Pensamos que no; contraer una deuda debe siempre considerarse acto de disposición a los efectos del régimen de la inhabilitación (ver nota 5).

La ley 24522, sobre concursos, establece que el pedido de concurso o quiebra debe ser hecho por el representante legal del inhabilitado (art. 7º), quien lo sustituye en el trámite ulterior (art. 109). Es un evidente error de concepto. Los inhabilitados no tienen representante legal. Las disposiciones aludidas deben entenderse en el sentido de que el inhabilitado debe actuar asistido por su curador.

Por las razones que damos en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 2, núm. 1632), pensamos que los inhabilitados no pueden ser albaceas.

593-7.- Con relación a los actos extrapatrimoniales, el inhabilitado no tiene, en principio, ninguna limitación. En consecuencia, puede contraer matrimonio, divorciarse, reconocer hijos extramatrimoniales, etcétera.

Pero si la inhabilitación se decreta por alguna de las causales previstas en los incisos 1º y 2º, del artículo 152 bis , el inhabilitado queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad hasta que sea rehabilitado (art. 309 , ref. por ley 23264). Aunque la ley no lo prevé expresamente, pensamos que por evidente analogía, quedan también impedidos de ejercer la tutela y la curatela.

Puede también estar en pleito civil o criminal, con la salvedad de que si el pleito civil se refiere a sus bienes, debe actuar asistido -no patrocinado, porque la elección de patrocinante es derecho del inhabilitado- por su curador, para evitar un acto indirecto de disposición por vía de transacción, renuncia a la defensa, vencimiento de plazos, etcétera.

Pero se ha declarado que como la inhabilitación procura tutelar a los disminuidos en sus facultades, ebrios habituales y toxicómanos, tanto en su persona como en su patrimonio, cuando la naturaleza y características propias de la enfermedad hagan presumible su agravación, debe munirse al curador de atribuciones específicas, tendientes a prevenir perjuicios personales y aun de tercero (ver nota 6).

593-8. ACTUACIÓN DEL CURADOR.- El curador del inhabilitado, a diferencia de los curadores de otros incapaces, no representa al inhabilitado ni puede actuar a su nombre. Su función es la de asistirlo, integrando con su conformidad la manifestación de voluntad del propio inhabilitado.

Esa conformidad basta para convalidar el acto, sin necesidad de que previamente se requiera autorización judicial. Es, además, un curador a los bienes, no a la persona, cuyo cuidado no le compete.

Adviértase que este curador tiene poderes, a veces más restringidos, a veces más extensos, que los del demente. Más restringidos porque no puede actuar en representación del inhabilitado ni administrar sus bienes, ni le

corresponde actuar en el terreno extrapatrimonial; más extensos porque no necesita requerir autorización judicial para dar su conformidad con un acto de disposición.

La aplicación del sistema legal no ofrece dificultades prácticas cuando se trata de bienes registrables; basta con anotar la sentencia en el Registro para que el inhabilitado no pueda disponer de esos bienes sin el consentimiento del curador. En cambio la cuestión se complica cuando se trata de bienes no registrables y particularmente si la sentencia extiende la inhabilitación a ciertos actos de administración. ¿Cómo impedir que el inhabilitado los lleve a cabo? La solución dependerá de las circunstancias del caso; el curador deberá gestionar el libramientos de oficio para impedir que el inhabilitado opere por sí solo en el manejo de sus créditos o cuentas bancarias, para evitar que venda el producto de sus cosechas o sus haciendas, etcétera.

Excepcionalmente, el curador puede asumir la administración de los bienes del inhabilitado (véase núm. 593-6).

Cabe preguntarse qué ocurre si el curador niega irrazonablemente o infundadamente su asentimiento. Es indudable que el inhabilitado puede recurrir ante el juez para lograr la autorización (ver nota 7): la cuestión se resolverá por el trámite de los incidentes y con intervención del Asesor de Menores e Incapaces (art. 637 quinto, Cód. Proc.).

593-9.- En cuanto a sus honorarios, consideramos que no es aplicable el criterio de la décima, justo cuando el curador administra, pero no en este caso, en que no lo hace. Por consiguiente, ellos deben ser fijados prudencialmente por el juez.

593-10. NULIDAD DE LOS ACTOS OTORGADOS SIN CONFORMIDAD DEL CURADOR.- Los actos de disposición (y los de administración que la sentencia hubiera determinado) celebrados sin la conformidad del curador son nulos, de nulidad relativa (ver nota 8).

El concepto de notoriedad no se aviene pues con esta institución, sin perjuicio, claro está, de que si se prueba que en el momento de la celebración del acto el enfermo había perdido su conciencia por ebriedad o por el uso de drogas, habrá nulidad conforme con el artículo 921.

Por lo demás, en este caso será imposible que el tercero contratante aduzca buena fe. Tampoco la habrá en el supuesto de que alguien se aproveche de la debilidad o inexperiencia del inhabilitado para imponerle condiciones injustas (hipótesis de lesión), pues el aprovechamiento indica mala fe.

Pero como regla, aun después de la sentencia judicial de inhabilitación, el tercero de buena fe y a título oneroso estará protegido contra la acción de nulidad del acto otorgado por el inhabilitado sin consentimiento del curador. Esto hace indispensable que dictada la sentencia de inhabilitación, se adopten de inmediato las medidas previstas en el artículo 629 , Código Procesal, para el supuesto de demencia (y, por tanto aplicable a nuestro caso por disposición del art. 152 bis), es decir, la inhibición general de bienes y las providencias que fueran indispensables para asegurar la indisponibilidad de los bienes muebles y los valores.

Cabe preguntarse qué ocurre si, anotada la inhibición general de bienes, el inhabilitado firma un boleto de compraventa con un tercero de buena fe. La escritura, desde luego, no se podrá otorgar, puesto que para ello será indispensable el asentimiento del curador; pero el boleto es, en principio, válido, ¿Puede el tercero demandar el pago de daños y perjuicios por el incumplimiento? Pensamos que el problema debe resolverse sobre una base de equidad: debe indemnizarse el daño emergente, pero no el lucro cesante. En efecto, si bien es justo que el tercero de buena fe no sufra daño con motivo de la anulación del acto, es igualmente justo que no pretenda hacerle pagar a quien contrató en inferioridad de condiciones lo que hubiera podido ganar en el contrato. Además, consideramos que la apreciación de los daños debe hacerse con criterio restrictivo.

593-11.- Antes de la inhabilitación no hay ninguna restricción legal al derecho de disposición, de tal modo que no se podrá, como en el caso de demencia, pretender la nulidad del acto so pretexto de que la deficiencia o la prodigalidad eran notorias. La diferencia con el supuesto de demencia se explica muy naturalmente: la demencia genera una incapacidad, en tanto que la ebriedad, la toxicomanía, la disminución de las facultades, la prodigalidad, no; sólo permiten adoptar una medida tuitiva que en tanto no se adopte deja a la persona en el uso pleno de su capacidad. Sin perjuicio, claro está, de que si el tercero contratante ha aprovechado de la inferioridad psíquica o física de la otra parte para inducirlo a aceptar un contrato gravemente injusto, puede pedirse la nulidad por causa de lesión (art. 954).

(nota 1) Véase, ORÍA, La curatela y el régimen de validez de los actos del inhabilitado, L.L., 1976-A, p. 688.

(nota 2) De acuerdo: VERA OCAMPO, Inhabilitación judicial por embriaguez o uso de estupefacientes, L.L., 1988-B, p. 1011.

(nota 3) En contra: ORÍA, L.L., 1976-A, p. 688.

(nota 4) De acuerdo: ORÍA, loc. cit. en nota anterior.

(nota 5) En contra TOBÍAS, La inhabilitación, quien sostiene que si razonablemente el interdicto sólo compromete sus rentas futuras, el acto es válido.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala C. 7/4/1988, E.D., t. 127, p. 463.

(nota 7) De acuerdo: MAZZINGUI (h.), Dementes, E.D., t. 59, p. 759, nº 32; IV Congreso Nacional de Derecho Civil, Actas, t. 1, p. 247.

(nota 8) De acuerdo: LLAMBÍAS, La reforma, p. 53; ARAUZ CASTEX, Parte General, La reforma de 1958, p. 47. Inexplicablemente, LAGOMARSINO sostiene que es una nulidad absoluta por hallarse comprometido el orden público (Los pródigos en la reforma del Código Civil, E.D., t. 25, p. 903). No se ve motivo alguno para anular un acto que se demuestra conveniente para el inhabilitado. Supongamos que ha comprado la casa donde vive y lo ha hecho a un precio razonable. ¿Habrá que anular el acto de oficio y dejar en la calle al inhabilitado?. Pero ya hemos dicho anteriormente que la nulidad de los actos otorgados por un demente no puede ser opuesta a los terceros de buena fe y a título oneroso, cuando la demencia no es notoria (véase núms. 543 y sigs.). Con tanta mayor razón esta solución es aplicable a los inhabilitados, con la siguiente importante salvedad: que aquí no se plantea el problema de la notoriedad. La ebriedad, la toxicomanía, la debilidad de espíritu, la prodigalidad tienen grados sutiles y, salvo casos excepcionales, no puede hablarse de notoriedad. Por lo demás, aun siendo notoria no inhabilita de por sí al enfermo pródigo, pues sólo la sentencia judicial le crea una limitación.

593-13. REHABILITACIÓN DEL INHABILITADO.- También en lo que atañe a la rehabilitación, el artículo 152 bis remite a las normas relativas a la demencia. Vale decir, será necesario un nuevo examen médico del cual resulte que ha desaparecido la debilidad de las facultades intelectuales y volitivas que en su momento dio motivo a la declaración de inhabilidad.
Pero respecto de los pródigos se presenta un problema delicado. No se trata de un supuesto de enfermedad mental, por lo que no cabe el examen médico. Tampoco es posible exigirle al pródigo que demuestre que la prodigalidad se ha extinguido, toda vez que la realización de los actos de disposición le está prohibida (ver nota 1).
La rehabilitación del pródigo surgirá, desde luego, del fallecimiento del cónyuge y de todos sus ascendientes o descendientes; igualmente deberá decretarse si todos ellos la piden, puesto que si sólo ellos tienen la acción y el ejercicio de ésta es facultativo, es obvio que debe reconocérseles el derecho a renunciar a la protección legal. Pensamos también que la rehabilitación puede decretarse si se demuestra que se ha producido una transformación del contorno social que lo inducía a la prodigalidad (ver nota 2). Así, por ejemplo, un hombre joven, de vida desarreglada, rodeado de malos amigos y de mujeres que lo inducen a hacer una vida dispendiosa, puede haberse alejado de ellos, casado y regularizado su vida. El juez tendrá en cuenta estos hechos, consultará con los parientes del pródigo y se formará juicio respecto de la conveniencia de rehabilitarlo. Y puede contribuir también a formar esa convicción el informe de psicólogos que estudien al pródigo (ver nota 3). Igualmente debe bastar que el pródigo haya hecho después una fortuna importante.

La rehabilitación puede ser pedida por todas las personas que pueden pedir la inhabilitación y aun por el propio inhabilitado (art. 635 , Cód. Proc.).

(nota 1) LAGOMARSINO, Los pródigos en la reforma del Código Civil, E.D., t. 25, p. 869.

(nota 2) TOBÍAS, La inhabilitación, nº 250; TAU ANZOÁTEGUI, nota en L.L., t. 138, p. 1282; GOLDENBERG, Enciclopedia Omeba, Apéndice, t. 1, p. 200.

(nota 3) Esta es una sugerencia de LAGOMARSINO, op. cit., en nota anterior. Nosotros pensamos que por sí solo, este elemento de juicio es endeble, pero unido a otro, puede ser importante.

DERECHO / 04.- Modos de contar los intervalos en el derecho

- Borda, Guillermo A. LexisNexis - Abeledo-Perrot

TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL 1999

3.- Del modo de contar los (305)

183. EL CALENDARIO GREGORIANO.- El segundo Título Preliminar del Código Civil, artículos 23 a 29, trata del modo de contar los **intervalos del derecho.** La primera regla sentada en esta materia, es que los días, meses y años se contarán por el *calendario gregoriano* , como se llama al sistema puesto en vigencia por el Papa Gregorio XIII en 1582. Hasta esa fecha regía el *calendario juliano* , implantado por Julio César, conforme al cual el año se dividía en doce meses y contaba con 365 días, debiendo intercalarse un día más cada cuatro años. De acuerdo con este cálculo, el año venía a tener una duración efectiva de 365 días y 6 horas. Pero en verdad la duración exacta del año solar, es decir, el tiempo transcurrido entre dos pasos consecutivos del sol por el equinoccio de primavera, es de 365 días, 5 horas, 48 minutos, 50 segundos. Esta diferencia entre el año del calendario juliano y el año solar, había alcanzado a diez días en la época de Gregorio XIII y se hacía necesario corregirla. El Papa resolvió eliminar esa diferencia llamando 15 de octubre al día 5 de aquel mes y año y, en lo sucesivo, se implantó esta reforma: los años seculares no son bisiestos; salvo que el siglo fuera divisible por cuatro (1600 sería bisiesto, 1700, 1800, 1900, no lo serían). Suprimidos estos tres días, la diferencia entre el calendario y el año solar equivalía a 1 día cada 3323 años. Para enjugar esa diferencia se dispuso que el año 4000 no sería bisiesto.

Este es el sistema adoptado por casi todo el mundo civilizado. En Rusia, sin embargo, se ha mantenido el calendario juliano (306) .

184. PLAZOS DE DÍAS Y HORAS.- El artículo 24 dispone que *el día es el intervalo entero que corre de medianoche a medianoche; y los plazos de días no se contarán de momento a momento, ni por horas, sino desde la medianoche en que termina el día de su fecha.*

Sin embargo, la ley o las mismas partes (art. 29 , Cód. Civ.) pueden resolver que el plazo se compute por horas, en cuyo caso se contará de hora a hora. Queda la duda de si el plazo fijado en 24 o 48 horas debe entenderse en el sentido de uno o dos días, lo cual significa que vence recién a medianoche o si, por el contrario, debe contarse de hora en hora. Creemos que se trata de una cuestión de interpretación y que el juez debe resolverla de acuerdo a las circunstancias del caso (307) .

Así, por ejemplo, en materia procesal, la Corte Suprema ha resuelto que los plazos de horas comienzan a contarse a partir de aquella en que se ha realizado la notificación y se computan hora a hora (308) . En cambio la Justicia de Paz Letrada de la Capital resolvió que el plazo de 48 horas fijado en la ley 11924, artículo 38, se cuenta a partir del día hábil siguiente al que se realizó la notificación (309) .

185. PLAZOS DE SEMANAS (310) .- El Código Civil no prevé el caso de los plazos por semana, a diferencia del alemán (art. 188) y el suizo de las obligaciones (art. 77, inc. 2º). Significa siete días completos, contándose éstos de acuerdo a las reglas sentadas en el párrafo anterior, y a partir del día en que se celebró el acto (311) .

Alguna dificultad se presenta con respecto al plazo de ocho días. VON TUHR estima que esa expresión comúnmente se refiere a la semana y que debe interpretársela en ese sentido (312) . En cambio ENNECCERUS cree que es una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes, que variará según los casos (313) . El Código Civil alemán, por su parte, establece que, en caso de duda, se presume que son ocho días enteros. Entendemos que ésta es la solución justa, porque es menos rigurosa para el deudor.

La Cámara Comercial de la Capital resolvió que si en un contrato se estipula afianzar por *una o varias semanas* de flete, la obligación del fiador no se extiende más allá de un mes, porque, de lo contrario, el plazo se hubiera estipulado en estos períodos (314) .

186. PLAZOS DE MESES O AÑOS.- Los artículos **25 y 26** disponen la manera de contar los períodos de meses

y años. El primero establece que *los plazos de mes o meses, de año o años, terminarán el día que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha. Así, un plazo que principie el 15 de un mes, terminará el 15 del mes correspondiente, cualquiera que sea el número de días que tengan los meses o el año.* El **artículo 26** prevé un caso especial: *Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses o años, constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo, y si el plazo corriese desde alguno de los días en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes* . Así, por ejemplo, si se estipula un plazo de un mes a partir del 31 de enero, aquél vence el 28 de febrero, o el 29 si el año fuera bisiesto.

187. FORMA DE COMPUTAR LOS PLAZOS.- *Todos los plazos serán continuos y completos* , dispone el **artículo 27,** *debiendo terminar siempre en la medianoche del último día; y así, los actos que deben ejecutarse en o dentro de cierto plazo, valen si se ejecutan antes de la medianoche en que termina el último día del plazo.* Agrega el artículo siguiente que *en los plazos que señalasen las leyes o los tribunales, o los decretos del gobierno, se comprenderán los días feriados, a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así.*

Una excepción muy importante al principio general sentado en estos artículos, es la contenida en el Código Procesal, según el cual los plazos procesales no corren en días inhábiles (art. 156).

Pero el plazo fijado para el cumplimiento de una sentencia, comprende los días inhábiles, porque no es un plazo procesal, sino judicial, regido por el artículo 28 , Código Civil (315) .

188. CARÁCTER DE LAS NORMAS DE ESTE TÍTULO.- Las normas sobre la manera de computar los períodos de tiempo, contenidas en el segundo Título Preliminar del Código, **son de carácter *meramente supletorio*** (**art. 29)**. En consecuencia, las partes pueden convenir en sus contratos que el plazo se computará de una manera distinta. Del mismo modo, las leyes provinciales, los decretos nacionales y provinciales, y las ordenanzas municipales, pueden apartarse de estas normas, que sólo se aplican en caso de silencio de las leyes especiales o locales y de las partes en los contratos.

(305) *BIBLIOGRAFÍA* : BUSSO, E., *Código Civil Anotado* , t. 1, coment. a los arts. 23 a 29; SAVIGNY, C.F., *Sistema de derecho romano actual* , t. 3, ps. 199 y s., nº 177 y s.; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 2, ps. 450 y s.
(306) BUSSO, E., *op. cit.* , t. 1, coment. al art. 23, nº 59; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Parte General* , t. 2, p. 452.
(307) De acuerdo: ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 2, p. 452, nota 2.
(308) C.S.N., 3/8/1938, J.A., t. 63, p. 352; 3/8/1899, *Fallos* , t. 80, p. 167.
(309) C. Paz. Let. Cap., 26/5/1937, J.A., t. 58, p. 655.
(310) BOFILL SOLER, M., *Plazos de semana* , Boletín Inst. de Ens. Práct. de Buenos Aires, mar.-abr., 1939, sec. doct., p. 11; BUSSO, t. 1, comentario arts. 25 y 26, nº 12 y s.
(311) C. Com. Cap., 9/3/1939, L.L., t. 14, p. 172; J.A., t. 65, p. 844.
(312) VON TUHR, *Obligaciones* , t. 2, p. 47.
(313) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 2, p. 452.
(314) C. Com. Cap, 9/5/1938, G.F., t. 134, p. 179.
(315) C. Civil Cap., Sala G, 11/4/1984, E.D., t. 110, p. 419; LLAMBÍAS,*Código Civil Anotado* , t. 1, p. 62; BELLUSCIO-ZANNONI, *Código Civil Anotado* , t. I., p. 120.

DERECHO / 04.- Modos de contar los intervalos en el derecho

- Salas, Acdeel E. - Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J. LexisNexis - Depalma

CÓDIGO CIVIL ANOTADO 1999

TÍTULO II - **DEL MODO DE CONTAR LOS INTERVALOS DEL DERECHO**

Art. 24.

2. Cómputo de plazos: forma. - Para contar los intervalos de derecho no hay que tomar las fracciones del día, no se las cuenta de momento a momento, ni por horas, sino desde la medianoche en que termina el día de su fecha (194) .

3. Dificultades que ha engendrado la norma. - La aplicación estricta de esta norma originó un debate jurisprudencial insoluble durante décadas acerca de si la demanda promovida dentro de las dos primeras horas del horario judicial del día siguiente al del vencimiento del plazo de prescripción de la obligación tenía o no eficacia para interrumpir la prescripción. Existía un período del día entre la hora del cierre de los tribunales y la medianoche en que no se podía gestionar ningún derecho, por lo que se presentaron algunas demandas ante escribanos de registro o secretarios judiciales, con cargo de presentarlas al juzgado al día siguiente, intentándose luego hacer valer el cargo de presentación dentro de las dos primeras horas del día siguiente al del vencimiento del término prescriptivo. El criterio tradicional se pronunciaba en contra de esta posibilidad, considerando que tal demanda era extemporánea y no se la debía considerar interruptiva del plazo de decadencia (195) ; esta postura sostenía que el art. 124, CPCC, debido a su ámbito, únicamente podía servir para prolongar plazos procesales, pero no los fijados en las leyes de fondo, que debían ser computados conforme a los arts. 23 y ss. del Cód. Civil; se consideró que la ley local no podía alterar lo dispuesto en el Código Civil sin afectar los arts. 31 y 104 de la Constitución (196) . La posición contraria, más moderna, sostuvo que la presentación del escrito de demanda efectuado al día siguiente del vencimiento del término liberatorio, dentro de las dos primeras horas del despacho, resultaba eficaz para enervar la prescripción conforme a lo establecido por el art. 124del Cód. Procesal, pues ello no importa hacer prevalecer normas procesales de carácter local sobre la legislación de fondo -ni ampliar indebidamente el plazo de la prescripción fijado por la norma sustantiva- (197) . En la actualidad se puede considerar definitivamente zanjada la disputa, orientándose casi unánimemente la jurisprudencia en el sentido de que la demanda presentada dentro del plazo de "gracia" establecido por el art. 124 del Código Procesal Civil y Comercial constituye un acto eficaz para interrumpir la prescripción de la acción de que se trate (198) .

4. Supletoriedad de la norma. - La manera de contar los **intervalos del derecho** , por el carácter general de las normas que la regulan, se aplica a todos los actos jurídicos, aunque en forma supletoria, pues tanto las partes como el legislador pueden dejarlas a un lado computando el plazo de otro modo: tal es lo que ocurre con las actuaciones y diligencias judiciales, respecto de las cuales las leyes procesales sólo computan los hábiles, salvo disposición expresa, como los plazos para la caducidad de la instancia en que el legislador quiso que sean corridos (199) .

5. Derecho laboral: plazos. - El derecho civil es de aplicación supletoria o subsidiaria para el derecho del trabajo, ya que su eventual aplicación se halla supeditada a que no contraríe los principios que le son propios y a la inexistencia de una norma laboral que contemple el supuesto sometido a juzgamiento; consecuentemente, al no contener el derecho del trabajo precepto alguno que contemple el "modo de contar los intervalos en derecho", devienen aplicables los principios contenidos en los arts. 24 y 27 del Cód. Civil (200) .

Art. 25.

2. Plazos de meses o años. - Según las normas del derecho civil sobre el modo de contar los intervalos del derecho, especialmente el art. 25 del Cód. Civil, "los plazos de mes o meses, o de año o años, terminarán el día en que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha; así, un plazo que principie el 15 de un mes terminará el 15 del mes correspondiente, cualquiera que sea el número de días que tengan los meses o el año" (201) .

Art. 28.

1. Plazos procesales. - El Código Civil en su segundo título preliminar ("del modo de contar los **intervalos del derecho** ") establece que "todos los plazos son continuos" (art. 27), especificando el art. 28 que "en los plazos que señalen las leyes o los tribunales, o los decretos del gobierno, se comprenderán los días feriados, a menos que el plazo señalado sea de días útiles expresándose así" (202) . Los plazos que señalan las leyes, los tribunales o las partes, en principio, comprenden los días inhábiles, porque la regla es la continuidad (arts. 27 a 29, Cód. Civ.); la manera de contar los **intervalos del derecho** , por el carácter general de las normas que la regulan, se aplica a todos los actos jurídicos, si bien las partes o el legislador pueden arbitrar otro modo de contar el tiempo, como ocurre respecto de las actuaciones y diligencias procesales, a cuyo efecto sólo se computan los días hábiles. Los plazos pueden ser procesales cuando se refieren al ejercicio de una facultad de esa naturaleza o civiles(203) . El plazo para pagar los honorarios regulados en calidad de costas debe computárselo en forma corrida, pues se refiere al cumplimiento de una obligación de dar, cuya naturaleza es ajena al derecho procesal, lo que hace inaplicable las

normas contenidas en el Código de esta materia (204) .

(194) TS Córd., 15/6/84, *LLC* 984-1141.
(195) SCBA, 12/9/95, *Juba7* B84163.
(196) CF Córd., 27/10/80, *JA* 981-IV-190; SCBA, 13/7/82, *ED* 103-264 y *DJBA* 123-266; CF Córd., 25/7/80, *LL* 1980-D-605.
(197) CSN, 11/9/84, *LL* 1985-C-518 (voto en minoría del Dr. Belluscio).
(198) CSN, 12/10/76, *ED* 70-274; íd., 22/3/83, *ED* 103-705; CNCom.D, 14/3/80, *ED* 88-387; CNF CC I, 10/3/86, *LL* 1986-E-336; CNCiv.G, 7/6/88, *LL* 1989-A-271.
(199) SCBA, 30/8/83, *LL* 1984-D-73 y *ED* 109-343; íd., 15/4/86, *LL* 1986-D-619; íd., 14/11/89, *AS* 1989-IV-163; CNF CC I, 10/3/86, *LL* 1986-E-336.
(200) CNCiv.E, 22/6/79, *LL* 1979-D-163.
(201) TTr.2 LZam., 27/4/83, *LL* 1984-A-330 y *ED* 108-107.
(202) CNCom.C, 5/4/90, *ED* 140-124.
(203) CNCiv.B, 22/5/79, *ED* 83-517.
(204) CNCiv.D, 31/10/80, *ED* 92-150.

Código Civil

Art. 23. Los días, meses y años se contarán para todos los efectos legales por el Calendario Gregoriano.

Art. 24. El día es el intervalo entero que corre de media noche a media noche; y los plazos de días no se contarán de momento a momento, ni por horas, sino desde la media noche en que termina el día de su fecha.

Art. 25. Los plazos de mes o meses, de año o años, terminarán el día que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha. Así, un plazo que principie el quince de un mes, terminará el quince del mes correspondiente, cualquiera que sea el número de días que tengan los meses o el año.

Art. 26. Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses o años, constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo, y si el plazo corriese desde alguno de los días en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes.

Art. 27. Todos los plazos serán continuos y completos, debiendo siempre terminar en la media noche del último día; y así, los actos que deben ejecutarse en o dentro de cierto plazo, valen si se ejecutan antes de la media noche, en que termina el último día del plazo.

Art. 28. En los plazos que señalasen las leyes o los tribunales, o los decretos del Gobierno, se comprenderán los días feriados, a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así.

Art. 29. Las disposiciones de los artículos anteriores, serán aplicables a todos los plazos señalados por las leyes, por los jueces, o por las partes en los actos jurídicos, siempre que en las leyes o en esos actos no se disponga de otro modo.

Borda, Guillermo A. Abeledo-Perrot - TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL - 1999 -

Hay 2 trabajos en 1 - luego de las notas al presente Ver : C.- INTENTOS DOCTRINARIOS POR FORMULAR UN DERECHO TRANSITORIO O INTERTEMPORAL

§ 2.- El principio de la irretroactividad de las leyes (ver nota 1)

138. UBICACIÓN DEL PROBLEMA.- El principio de que las leyes disponen para el futuro, a partir de la fecha de su publicación, parece obvio, pues no se ve cómo podrían ser obligatorias antes de hallarse en vigencia. No obstante, las leyes pueden en algunos casos (no siempre) retroobrar, modificando hechos y actos, o efectos de ellos, producidos con anterioridad a su sanción. A manera de ejemplo, podemos citar el caso de una ley que grave con impuestos actos realizados con anterioridad a su vigencia. Las leyes de este tipo afectan la seguridad individual; de ahí que casi todos los códigos civiles, e inclusive algunas constituciones extranjeras, hayan inscripto entre su preceptos el principio de la irretroactividad de la ley.
Pero si por un lado la aplicación retroactiva de la ley afecta, sin duda, la seguridad individual, por otro es evidente que la sociedad está interesada en que la nueva ley tenga el mayor ámbito de aplicación posible; porque siendo la última, debe presumírsela más justa que la anterior. Si no lo hubiere considerado así el Poder Legislativo, no la hubiese dictado.
Resulta de este modo, una colisión entre la seguridad individual, interesada en el respeto de las situaciones y derechos nacidos al amparo de la vieja ley, y la mayor justicia resultante de la nueva. La solución del problema es ardua, como hemos de verlo en los párrafos siguientes. En primer lugar, veremos cuál fue el sistema seguido por el Código Civil y las críticas a que se hizo acreedor; luego estudiaremos la reforma introducida por la ley 17711 ; y finalmente, veremos los ensayos doctrinarios por formular un derecho transitorio o intertemporal.

A.- EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL

139. EL ANTIGUO ARTÍCULO 3º; CONCEPTO DE DERECHOS ADQUIRIDOS.- Interesa analizar el sistema -hoy derogado- del Código Civil, porque ello nos permite profundizar el estudio de este tema y particularmente del famoso concepto de derechos adquiridos, tan frecuentemente utilizado en nuestra vieja doctrina y jurisprudencia. El artículo 3º establecía que las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo ni pueden alterar los derechos ya adquiridos. El principio de la irretroactividad aparecía confundido con el respeto de los derechos adquiridos. Las leyes eran retroactivas cuando afectaban derechos adquiridos, al amparo de una legislación anterior; en cambio, si sólo afectaban meras expectativas no había propiamente retroactividad y la nueva ley debía ser aplicada (art. 4044 , hoy derogado por la ley 17711).

Era fundamental, por consiguiente, precisar el concepto de derechos adquiridos, lo que, de primera impresión, parece simple. Cuando se dice: He adquirido un derecho o tengo un derecho adquirido, se sabe muy bien lo que se quiere expresar: se trata de un derecho que me pertenece, del cual soy titular; que está incorporado a mi patrimonio, si es de índole económica. La expresión derechos adquiridos será, quizá, viciosa o redundante (ver nota 2); pero, de todas maneras, el concepto es claro hasta para los profanos. E inclusive, podría afirmarse que lo es más para los profanos que para los juristas, que tienen ya deformada su noción con el conocimiento de la controversia sobre el punto.

140.- Las dificultades comienzan cuando se pretende vincular el concepto de derechos adquiridos con el sistema de la irretroactividad de la ley. Es muy difícil, en verdad, que una ley nueva modifique otra anterior sin afectar de una manera u otra los derechos adquiridos al amparo de aquélla. Con razón ha podido decirse que si se consideran retroactivas las leyes que afectan derechos nacidos o adquiridos bajo la legislación anterior, todas las leyes, de cualquier clase, serían retroactivas (ver nota 3).

En vista, pues, de que hay una contradicción lógica irreductible entre el deseo de proteger todos los derechos adquiridos y la necesidad de hacer posible el progreso jurídico mediante la reforma legislativa -puesto que toda reforma implica afectar derechos adquiridos-, los autores se empeñaron, no ya en precisar lo que es un derecho adquirido, pues eso es muy sencillo y todo el mundo lo sabe, sino cuáles son los derechos adquiridos que las leyes nuevas no pueden afectar. Es claro que, de este modo, resulta posible toda una gama de soluciones entre los dos extremos dados por la protección absoluta de todos los derechos adquiridos y el imperio sin limitaciones de la nueva ley. Dentro de este vasto campo, cada uno de los autores que se ha ocupado del tema ha dado su propia solución; pero es bien claro que, ni su preocupación ni su propósito, han sido definir lo que es un derecho

adquirido, sino simplemente, cuáles son, a su criterio, los derechos que las leyes nuevas deben respetar. De ahí que, dependiendo todo de opiniones personalísimas, el acuerdo haya sido imposible. Por ello, HOFFMANN ha podido decir: "¡Basta de ilusiones, no nos equivoquemos por más tiempo! Nosotros podremos dar vueltas y más vueltas a esta proposición en virtud de la cual los derechos adquiridos deben ser respetados por el legislador, pero nada obtendremos de ella. Es simplemente una palabra: porque bajo este término de derechos adquiridos, entendemos justamente los derechos que deben ser respetados por el legislador; es, pues, idem per idem. Es necesario saber qué derechos deben ser respetados y sabremos entonces qué es un derecho adquirido" (ver nota 4).

Todos los grandes juristas modernos coinciden unánimemente con este punto de vista y están de acuerdo en que la doctrina de los derechos adquiridos no puede dar solución alguna al problema de los efectos de la ley con relación al tiempo (ver nota 5). Debe señalarse, sin embargo, la relativa excepción de GÈNY y JOSSERAND, quienes consideran que, si bien el concepto de derechos adquiridos no es susceptibles de precisarse por medio del razonamiento, en cambio se siente (ver nota 6). Nos parece ésta una discreta manera de confesar el fracaso. Porque no nos encontramos aquí en el terreno de los sentimientos, sino de las ideas y del pensamiento jurídico. Si no se puede precisar en el campo intelectual qué cosa es ese concepto tan esquivo de derechos adquiridos, de nada servirá hablar de él y ningún papel puede desempeñar en la ciencia del derecho.

141. LEYES RETROACTIVAS Y LEYES QUE AFECTAN DERECHOS ADQUIRIDOS.- Por lo demás, a poco que se profundice el estudio de este problema, se advertirá que es de todo punto de vista imposible identificar las leyes retroactivas con las que afectan derechos adquiridos. Dos ejemplos bastan para demostrarlo. Si se dictara una ley que dispusiera: "A partir de la publicación de la presente ley queda abolida la propiedad privada sobre la tierra", podrá decirse que la ley es injusta, ruinosa para el país, contraria a nuestro estilo de vida, pero no podrá decirse que tiene efectos retroactivos, puesto que dispone sólo para lo futuro. Y, sin embargo, ha afectado radicalmente los derechos adquiridos de los propietarios. Si se dicta otra disponiendo la rebaja de las locaciones a partir de la fecha de su promulgación, podrá decirse que atenta contra los derechos de los propietarios, que debilita la confianza en la palabra empeñada, etcétera; pero no que tiene efectos retroactivos, puesto que sólo se ocupa del porvenir. Retroactiva sería si hubiere dispuesto la rebaja de los alquileres con anterioridad a su vigencia y ordenara la devolución de lo ya percibido. En cambio, es indiscutible que ha afectado los derechos del locador (ver nota 7).

142. EL ARTÍCULO 4º: LEYES INTERPRETATIVAS.- El artículo 4º disponía que las leyes que tengan por objeto aclarar o interpretar otras leyes, no tienen efecto respecto de los casos ya juzgados. La disposición jugaba así como una excepción al artículo 3º : salvo lo casos en los que hubiera sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, estas leyes debían aplicarse retroactivamente, aunque se afectaran derechos adquiridos.

Ahora bien: ¿es jurídicamente correcto hablar de leyes interpretativas? La expresión tiene dos significados distintos: a) se llaman así en primer término, las leyes supletorias de la voluntad de las partes inexpresada en los contratos (sobre este significado, véase núm. 44, b); b) se denominan también en esa forma aquellas que se dictan para interpretar o aclarar el sentido de otras anteriores. Son éstas las aludidas en el artículo 4º del Código Civil, y es con respecto a ellas que nos planteamos el interrogante de si existen o no.

Consideramos que hablar de leyes interpretativas o de interpretación legislativa auténtica, aludiendo a la que de sus propias leyes hace el Poder Legislativo, es un verdadero contrasentido jurídico (ver nota 8).

La interpretación es una operación lógico-valorativa, mediante la cual se determina el recto sentido de una norma jurídica, en su relación con un caso dado. Es una tarea eminentemente judicial. El juez, que no tiene imperium para dictar la ley, es quien debe fijar su significado. En cambio, el legislador nunca interpreta. El tiene imperium para legislar; si no le satisface la solución de la ley vigente, la modifica por otra nueva. Hablar de interpretación legislativa o auténtica es, pues, una evidente impropiedad. Si se insiste en ello es porque toda esta materia ha estado rodeada hasta el presente de la confusión imperante sobre la irretroactividad de la ley y los derechos adquiridos. Veamos cómo se vinculan estas cuestiones.

El ejemplo típico y, puede decirse, casi el único que se da en la práctica de leyes interpretativas o aclaratorias, es el de las impositivas. El caso es el siguiente. Cuando se crea un nuevo gravamen, el Poder Ejecutivo, que es el responsable de la administración y tiene sobre sus espaldas el problema siempre arduo de equilibrar el presupuesto, se inclina invariablemente por la interpretación más favorable al Fisco; por el contrario, los jueces, que no tienen aquella responsabilidad y, son más o menos indiferentes a las inquietudes del Poder Ejecutivo por equilibrar sus gastos, suelen interpretar las leyes fiscales con un criterio generoso para el que paga los impuestos, que es siempre el término más simpático de la relación Fisco-contribuyente. De esta dualidad de criterio, que es frecuente, se

originan demandas por repetición de impuestos que los tribunales han declarado ilegales; esos juicios son a veces numerosísimos y suelen poner en aprietos las finanzas públicas. Para salvar esta situación el Poder Legislativo sale en auxilio del Ejecutivo y dicta las llamadas leyes aclaratorias, cuyo resultado es que todos los juicios pendientes por repetición de impuestos deben fallarse de acuerdo con la nueva ley.

El expediente de las leyes aclaratorias ha permitido acallar los escrúpulos de quienes defienden la inviolabilidad del principio de la irretroactividad de la ley y de los derechos adquiridos. Se afirma, en efecto, que en este caso no hay retroactividad, porque como la ley nueva interpreta la anterior, estrictamente, forma parte de ésta, la integra, ya que no hace sino declarar cuál es su recto significado; de modo que la nueva ley debe aplicarse desde el momento en que entró en vigencia la anterior, sin que ello pueda considerarse retroactividad (ver nota 9). La falacia del argumento es evidente. El recto significado de la ley anterior ya lo han fijado los jueces, que son los órganos naturales y constitucionales de interpretación y aplicación de la ley. La ley es lo que los jueces dicen que es (ver nota 10). Y toda ley que obligue a los jueces a fallar de modo distinto al que lo estaban haciendo hasta ese momento importa una verdadera reforma de la anterior. La retroactividad es evidente, porque la nueva ley se aplica a partir de la sanción de la que se pretende aclarar (ver nota 11).

143.- Por lo demás, toda esta armazón teórica construida sobre el concepto de leyes interpretativas, resulta inútil. Si se admite que el legislador puede apartarse del principio de la irretroactividad y dictar leyes con efectos retroactivos cuando lo estime necesario, basta que se les atribuya esos efectos para lograr el resultado apetecido, es decir, que los jueces fallen los casos pendientes o futuros de acuerdo a la nueva ley, aunque se refieran a hechos (en nuestro ejemplo impuestos) anteriores a ella (ver nota 12).

144. FACULTAD DE LOS JUECES PARA JUZGAR DEL CARÁCTER INTERPRETATIVO DE LA LEY.- La Corte Suprema de la Nación ha decidido que, cuando una ley dice que aclara o interpreta otra anterior, los jueces deben acatar esta manifestación de un poder soberano, sin discutir la pureza o precisión del lenguaje empleado (ver nota 13)

No es ésta, sin embargo, la opinión predominante, que reconoce a los jueces la facultad de investigar si realmente la ley es interpretativa o aclaratoria y el poder de resolver que no lo es, aun en el caso de que ella lo dijera expresamente. La misma Corte Suprema ha sostenido este punto de vista, con anterioridad a la jurisprudencia citada (ver nota 14); y cuando modificó su doctrina en el sentido de que debía respetarse la calificación hecha por el legislador se creyó, no obstante ello, en la necesidad de demostrar que efectivamente la nueva ley había aclarado la anterior (ver nota 15); además, dos miembros del tribunal votaron en disidencia, sosteniendo que no porque la ley diga que es aclaratoria debe admitirse que tenga ese carácter, "porque ni el legislador ni el juez tienen autoridad para atribuir a las palabras empleadas en el estatuto, un sentido contrario al que gramaticalmente les corresponde". Es éste el punto de vista predominante en la jurisprudencia y en la doctrina (ver nota 16).

145.- Tal opinión resulta contradictoria con el concepto mismo de leyes interpretativas, porque si se reconoce al Poder Legislativo el poder de interpretar sus propias leyes, es evidente que los jueces no pueden luego discutirle si la nueva ley ha sido o no una interpretación de la anterior. Pero se ha temido que, so color de leyes interpretativas, se abra una amplia brecha por donde el poder legislador pueda hacer pasar toda suerte de leyes retroactivas.

Lo que se olvida es que el Poder Legislativo tiene facultad de dictar leyes de esta clase, sean o no interpretativas, de modo que aunque se reconozca al Poder Judicial la facultad de juzgar si la ley es efectivamente retroactiva, no se previene ningún peligro, ni se limitan de modo alguno las posibilidades del legislador, desde que los jueces, aun juzgando retroactiva y no aclaratoria la ley, deben aplicarla de todos modos (ver nota 17).

146.- Consecuentes con nuestra idea de que es falso hablar de interpretación legislativa, entendemos que este problema, tiene muy sencilla solución. En presencia de una norma que dice Aclárase o interprétase la ley nº ... la única conducta sensata para el juez que debe fallar el caso, es pensar que la voluntad del legislador ha sido disponer que la nueva ley tenga efectos retroactivos hasta la fecha de vigencia de la anterior; y como el Poder Legislativo tiene potestad para ello, debe aplicarla retroactivamente, sin ocuparse del problema insoluble de si la ley nueva es o no realmente interpretativa (ver nota 18).

Por idénticas razones, resulta igualmente insostenible la opinión de que toda ley interpretativa requiere como presupuesto, una ley anterior oscura (ver nota 19). A los errores de concepto que he puesto de manifiesto en los párrafos anteriores se agrega aquí uno más: el de oponer leyes claras a las oscuras. La experiencia indica que la ley

en apariencia más clara ha sido motivo de interpretaciones diametralmente opuestas por los tribunales. Es decir que lo que ha parecido indiscutible a los jueces de antes es para los de ahora todo lo contrario. ¿Por qué lo que resulta evidente a los jueces no ha de parecer lo contrario al legislador? Reconocida a éste la facultad de dictar leyes aclaratorias, no es posible discutir si la ley anterior era o no oscura. Es el concepto mismo de leyes interpretativas lo que no se aviene con la lógica jurídica.

147. EL ANTIGUO ARTÍCULO 5º: LEYES DE ORDEN PÚBLICO.-El artículo 5º del Código Civil, disponía que: Ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público. Bien entendido que esta disposición no significaba que todas las leyes de orden público debían tener efectos retroactivos, pues lo natural es que también ellas rijan solamente para el futuro (ver nota 20). Sólo que el legislador consideraba legítimo que este tipo de leyes dispusiera, si fuera necesario, su aplicación retroactiva.

Sin embargo, la Corte Suprema, fiel a su principio de que las leyes no pueden afectar derechos adquiridos de orden patrimonial, ha declarado que ni siquiera las leyes de orden público pueden lesionarlos (ver nota 21), pues es de toda evidencia que una disposición simplemente legal, como es el artículo 5º del Código Civil, no podía prevalecer sobre una garantía constitucional. Por lo demás, es necesario tener presente que también la cláusula constitucional que protege la propiedad es una ley de orden público y, sin duda, es una jerarquía superior a cualquier ley del mismo carácter, precisamente por estar inscripta en la Carta Magna. Si, por lo tanto, se considera, como lo estima la Corte, que la afectación de los derechos adquiridos importa una violación de esa garantía constitucional, ninguna ley que los afecte, cualquiera que sea su carácter, puede tener validez.

Así planteada la cuestión, resultaba evidente que las leyes de orden público no jugaban ningún papel en el problema de la retroactividad en nuestro derecho positivo. Porque siendo el principio de la irretroactividad meramente legislativo, el Congreso podía dictar leyes retroactivas, fueran o no de orden jurídico; salvo que esas leyes afectaran derechos adquiridos de orden patrimonial, en cuyo caso, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, no podían tener efectos retroactivos, fueran o no de orden público (ver nota 22).

148.- SÍNTESIS CRÍTICA DEL SISTEMA DEL CÓDIGO.- De las páginas precedentes resultan las graves críticas a que se hacía pasible el sistema del Código Civil:
a) En primer lugar, confundió las leyes retroactivas con las leyes que afectan derechos adquiridos e hizo de esta idea confusa de los derechos adquiridos la base del sistema legal.
b) En segundo lugar, introdujo falsa y erróneamente el concepto de leyes interpretativas, que no juega ningún papel cierto en este problema.
c) Por último, el artículo 5º era una disposición inocua, sin contenido ni aplicación posible.
Era pues de toda evidencia la necesidad de reformar el sistema legal y de aclarar ideas en torno al problema de la retroactividad. Fue lo que hizo la ley 17711 .

B.- LA REFORMA DE LA LEY 17711 (ver nota 23)

1.- La regla legal

149. EL NUEVO ARTÍCULO 3º.- Es su nueva redacción, el artículo 3º establece: 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.

Analizaremos sucesivamente el significado y alcance de los distintos párrafos de esta norma.

150.- El primer párrafo sienta el principio de que, a partir de su entrada en vigencia, las leyes deben aplicarse con la máxima extensión. No sólo ya a los hechos y relaciones futuros, sino también a los que hayan nacido al amparo de la ley anterior y se encuentren en plana vigencia al dictarse la nueva ley.
Dos hipótesis principales son aludidas y quedan cubiertas por esta norma:
a) En primer lugar, las llamadas situaciones jurídicas generales, es decir, aquellos derechos que son regulados por la ley (y no por la voluntad de las partes) y que son uniformes para todos. Como ejemplos más importantes podemos citar los derechos reales, los derecho de familia, las leyes administrativas. En su contenido, el derecho de propiedad, el derecho de patria potestad, los derechos conyugales, son iguales para todos. La nueva ley se aplica a todos esos derechos y a todos los modifica desde su entrada en vigencia.

b) En segundo lugar, las relaciones particulares derivadas de los contratos (para mayores desarrollos de la idea de situaciones jurídicas generales y situaciones o relaciones particulares, véase núm. 167). La regla general, sentada en el primer párrafo del artículo 3º , es que también los contratos caen bajo el imperio de la nueva ley, desde su entrada en vigencia. Pero esta regla es sólo aplicable a las leyes imperativas; si, por el contrario, la ley es supletoria, sólo se aplica a los contratos acordados con posterioridad a la vigencia de la ley, pero no los que se encuentran en curso de ejecución (último párrafo, art. 3º).

Es razonable que así sea: las leyes supletorias tienen la misión de suplir la voluntad de las partes, cuando éstas no la han manifestado; pero los contratantes pueden apartarse de sus disposiciones, modificarlas y derogarlas. En caso de que los contratantes callen es cuando estas normas tienen vigencia. Es evidente, por tanto, que ellas forman parte del contrato; que las partes han callado porque la ley preveía lo que ellas querían estipular y porque acordarlo en el contrato, hubiera sido una estipulación sobreabundante e inútil. Por consiguiente, si una reforma legislativa altera los preceptos supletorios de un contrato dado, los contratos en curso deben ser juzgados por la vieja ley, que forma parte de ellos; en realidad, lo que se respeta no es la vieja ley, sino la voluntad de las partes (ver nota 24).

Es claro que si la nueva ley da carácter imperativo a las normas que sustituyen los viejos preceptos supletorios, debe aplicarse de inmediato a los contratos en ejecución, porque en tal caso la nueva ley no permite el libre juego de la autonomía de la voluntad, allí donde la anterior lo permitía. Es dentro del campo en el que la nueva ley sigue respetando la voluntad de las partes y precisamente por eso, por integrar el acuerdo de voluntades, que la ley supletoria anterior sigue en pie.

150 bis.- Es necesario puntualizar, empero, que el último apartado del artículo 3º se aplica sólo a las leyes supletorias propiamente dichas, pero no a las dispositivas, es decir, a aquellas que no obstante ser derogables por las partes, se dictan teniendo principalmente en mira los intereses generales (véase núm. 44). Por no haber formulado esta distinción con el debido rigor, algunos tribunales han caído en el error de aplicar la vieja ley en materia de mora (ver nota 25) o de pacto comisorio (ver nota 26) que son casos típicos de leyes dispositivas que se dictan teniendo en mira el interés general y deben por tanto aplicarse de inmediato.

151.- El segundo párrafo del artículo 3º deja sentado el principio general de que las leyes no tienenefectos retroactivos, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario.

Dos aspectos de esta norma interesa destacar:
a) En primer lugar, ha quedado explicitado de modo categórico, que el principio de que las leyes no tienen efecto retroactivo se aplica sólo en caso de que la ley no disponga lo contrario. En otras palabras: esta regla tiene sólo aplicación en el supuesto de que el legislador, al dictar la ley, no disponga expresamente que ésta se aplique retroactivamente. Con la restricción de que hablaremos más adelante, el legislador puede, por tanto, disponer la aplicación retroactiva de cualquier ley.
Es necesario decir que éste era el sistema admitido bajo la vigencia del anterior artículo 3º , no obstante que éste se limitaba a establecer el principio de la retroactividad, sin salvedad alguna. Y la razón era muy simple. Estando establecido el principio de la irretroactividad en una ley del Congreso (que eso es el Código Civil), era claro que otra ley del Congreso posterior podía dejar sin efecto el principio, ya fuera con carácter especial y referido a una determinada ley.

Pero si la cuestión era clara respecto de las leyes nacionales, no lo era tanto respecto de las provinciales, de los decretos nacionales y provinciales y de las ordenanzas municipales. El artículo 3º , que establecía sin salvedad alguna el principio de la retroactividad, ¿impedía darle efectos retroactivos a aquellas normas jurídicas? Dada la preeminencia de las leyes nacionales establecida por el artículo 31 de la Constitución Nacional, de manera alguna era ilógico sostener que los decretos nacionales y leyes y decretos provinciales y las ordenanzas municipales en ningún caso podían ser retroactivos. En efecto, así fue resuelto el problema en Francia (ver nota 27) y Uruguay (ver nota 28). Pero nuestra Corte Suprema lo resolvió con mayor prudencia y acierto. Declaró que el artículo 3º se refería a las leyes de derecho privado y, sobre todo, a las materias que el Congreso, como una de las ramas del Gobierno Federal, puede legislar en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Nacional (ver nota 29). En consecuencia, declaró que podían tener efectos retroactivos las leyes administrativas e impositivas que se den las provincias o se establezcan por ordenanzas municipales (ver nota 30).

Con la nueva redacción del artículo 3º , esa solución ha quedado expresamente consagrada con toda generalidad: el principio es que cualquier ley (sea ley, decreto u ordenanza) puede disponer su aplicación retroactiva. Las únicas leyes en las cuales la irretroactividad ha sido expresamente consagrada por la Constitución, son las leyes penales: el

Congreso no puede dictar leyes que permitan juzgar a un habitante de la Nación por un hecho anterior a su sanción, ni sacarlo de los jueces designados por las leyes antes del hecho de la causa (art. 18 , Const. Nac.). Cuando lo que está de por medio es la libertad del hombre, esta garantía deviene esencial.

b) El segundo aspecto de esta norma que interesa destacar es que el principio de la irretroactividad se aplica a cualquier ley, sea o no de orden público. En otras palabras: no por ser de orden público, una ley es retroactiva. Era ya la solución admitida por la jurisprudencia bajo el régimen anterior (ver nota 31), si bien la cuestión había suscitado algunas dudas originadas en el desafortunado artículo 5º , hoy derogado.

152.- El tercer párrafo del artículo 3º dispone que la retroactividad establecida por ley, en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Este principios se vincula con la jurisprudencia de la Corte Suprema, según la cual las nuevas leyes no pueden afectar derechos adquiridos de orden patrimonial. La nueva disposición acoge en lo sustancial la jurisprudencia de la Corte, pero le introduce dos variantes importantes: prescinde del concepto equívoco y erróneo de derechos adquiridos y extiende el alcance de la excepción a todo derecho amparado por garantías constitucionales.

Advirtamos que el artículo 3º se limita a establecer que no podrá afectarse retroactivamente un derecho amparado por la Constitución. En verdad, el concepto es más amplio. Un derecho protegido por la Constitución no puede ser afectado ni por leyes retroactivas ni por leyes que dispongan para lo futuro. Ello no significa que tales derechos deban mantenerse impolutos y que la ley no pueda modificarlos. Los puede modificar siempre que no los desnaturalice, que mantenga su esencia, que es lo que interesa conservar. Volvemos sobre este punto más adelante (núm. 182).

Por la importancia que tiene la jurisprudencia de la Corte en esta materia y, sobre todo, teniendo en cuenta que ella se funda en la Constitución Nacional -por lo que mantiene su vigencia no obstante la reforma del Código- la consideraremos cuidadosamente más adelante (núms. 157 y sigs.).

153. CUÁNDO SON RETROACTIVAS LAS LEYES (ver nota 32).

- Eliminado definitivamente por la reforma del artículo 3º el criterio de los derechos adquiridos para determinar cuándo una ley es retroactiva, tiene la mayor importancia fijar pautas claras para precisar si una ley debe considerarse retroactiva o no.

Por lo general, las relaciones y situaciones jurídicas no se realizan en un solo instante; se desarrollan en un cierto tiempo, de modo que la ley nueva puede intervenir en un momento de ese desenvolvimiento: si esa ley afecta a las partes anteriores, tiene efectos retroactivos; si, por el contrario, sólo se refiere a las partes posteriores, tiene efectos futuros. En otras palabras, las leyes son retroactivas en estas cinco hipótesis.

a) Cuando vuelven sobre la constitución de una relación o situación jurídica anteriormente constituida; como, por ejemplo, si se exigiera para acreditar el dominio de los actuales propietarios, medios distintos de los que el Código determina.

b) Cuando vuelven sobre la extinción de una relación jurídica anteriormente extinguida; como, por ejemplo, si se dispusiera que todas las remisiones de deudas hechas con anterioridad a la ley y no formalizadas en escritura pública, son nulas.

c) Cuando se refieren a los efectos de una relación jurídica producidos antes de que las leyes se hallen en vigencia; por ejemplo, si una ley que limitara los intereses de los préstamos en dinero ordenase que todo el excedente de una nueva tasa que hubiera sido percibido con anterioridad a la sanción de la ley debe ser reintegrado al deudor.

d) Cuando atribuyen efectos que antes no tenían a ciertos hechos o actos jurídicos, si esos efectos se atribuyen por la vinculación del hecho o acto con un período de tiempo anterior a la vigencia de la ley; así, por ejemplo, es retroactiva una ley que grave con impuestos las actividades de una sociedad anónima ya constituida, si el impuesto se aplica a un período anterior a la publicación de la ley; en cambio, no será retroactiva si sólo grava las actividades posteriores de esa misma sociedad.

e) Cuando se refiere en sus condiciones de validez y en sus efectos que ya han producido, a los elementos anteriores de una relación o situación jurídica que se encuentra en curso de constitución o de extinción en el momento de la entrada en vigencia de la ley, siempre que estos elementos tengan un valor jurídico propio; tal, por

ejemplo, la interrupción de una prescripción en curso; si una nueva ley, puesta en vigor después que la interrupción se produjo, la dejara sin efecto, sería retroactiva.

154.- Es muy útil señalar la distinción entre los efectos retroactivos y los que algunos autores (ver nota 33) llaman los efectos inmediatos de la ley, porque ambos han sido confundidos en la doctrina de los derechos adquiridos.

Hay efectos inmediatos y no retroactivos:

a) Cuando la ley anula o modifica, acrece o disminuye los efectos en curso de las relaciones o situaciones jurídicas, es decir, los que se producen después de su entrada en vigor, pero que resultan de relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de la ley antigua; por ejemplo, si una ley ordena la reducción del interés de los préstamos en dinero a una tasa del 5%, reducción que se hará efectiva a partir de la publicación de aquélla, en todos los contratos nacidos bajo la ley antigua y que todavía se hallen en curso de ejecución; o si modifica el contenido, y aun la naturaleza de los derechos reales, por ejemplo, la propiedad; o si altera el régimen matrimonial.

b) Cuando vuelve sin retroactividad, es decir, respetando los elementos anteriores que tienen un valor jurídico propio, sobre la constitución o extinción en curso de una relación jurídica; por ejemplo, cuando se modifica el plazo de una prescripción aún no cumplida.

155. LA LEGISLACIÓN PROPIAMENTE RETROACTIVA ES ESCASA Y POCO PELIGROSA.- Así precisado el sentido propio de lo que son efectos retroactivos de la ley, es evidente que la legislación retroactiva es escasa y poco peligrosa. Al legislador, aun al más revolucionario, no le interesa el pasado, le importa sólo el porvenir. ¿A qué dictar leyes retroactivas? Por lo demás, la posibilidad de influir sobre el pasado es muy reducida; muchas veces, por más que el legislador intenta hacer sentir retroactivamente el efecto de la ley no podrá conseguirlo; él tiene en sus manos el presente y, en cierta medida, el futuro, pero el pasado, no. Ello explica por qué las leyes propiamente retroactivas son contadísimas y, cuando lo son, se fija la retroactividad en un corto lapso.

Buen ejemplo de lo que afirmamos es la famosa ley francesa sobre la transmisión gratuita de los bienes del 17 Nivoso, año II, que dispuso la reapertura de todas las sucesiones abiertas desde el 14 de julio de 1789 y la redistribución de los bienes, de acuerdo al nuevo régimen sucesorio. Aun limitada en esa forma la retroactividad a un tiempo breve, la ley sólo pudo cumplirse parcialmente, porque en muchos casos los bienes ya se habían transmitidos a terceros o se habían gravado con derechos reales, lo que dio lugar a tal confusión e hizo nacer tales inconvenientes, que tuvo que ser dejada sin efecto, en cuanto disponía la retroactividad, por otra ley del 27 de agosto de 1795.

Los ataques más peligrosos contra la seguridad jurídica no deben temerse, por consiguiente, de estas leyes, sino de las que modifican los derechos para el porvenir, que es el que en definitiva interesa.

156. SUPRESIÓN DE LOS ARTÍCULOS 4º Y 5º DEL CÓDIGO CIVIL.- La ley 17711 derogó los artículos 4º y 5º del Código Civil, que según se desprende de la crítica que les formuláramos, eran disposiciones que no tenían justificación. No está de más agregar que tanto la reforma del artículo 3º , como la derogación de los artículos 4º y 5º, contó con la adhesión del III Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba en 1961.

2.- Jurisprudencia de la Corte Suprema

157. DERECHOS ADQUIRIDOS DE ORDEN PATRIMONIAL.-Dijimos ya que la Corte Suprema ha declarado que el Congreso no puede dictar leyes que afecten derechos adquiridos de orden patrimonial, porque, en tal caso, se vería afectada la garantía constitucional de la propiedad (ver nota 34). Se trata, como se ve, de una importantísima limitación a las atribuciones del Poder Legislativo, ya que le está vedado legislar retroactivamente en un vasto sector jurídico, como es el patrimonial.

Esta jurisprudencia se presta a serios reparos; aplicada rigurosamente hubiera trabado totalmente el progreso y la evolución del derecho en materia patrimonial, puesto que, según lo hemos dicho, toda ley nueva afecta derechos nacidos o adquiridos al amparo de la anterior. Por eso se ha dado la curiosa situación de que, mientras la Corte insiste constantemente en su declaración de que las leyes no pueden afectar derechos adquiridos patrimoniales, ha debido reconocer la constitucionalidad de numerosas leyes, no obstante la circunstancia de que los afectaban claramente.

158.- La Corte no ha precisado qué entiende por derecho adquirido y, en verdad, no hubiera podido hacerlo (véase

núm. 140). No obstante, en algunos fallos ha resuelto que debe considerarse que hay derecho adquirido siempre que esté reconocido en un contrato o en una sentencia firme (ver nota 35). Pese a tan enfática declaración, el Alto Tribunal hubo de reconocer la constitucionalidad de leyes que afectaban derechos nacidos de un contrato y aun de una sentencia firme. Veamos los principales casos:

a) Por lo pronto, ha resuelto que las leyes de emergencia pueden afectar derechos adquiridos patrimoniales (ver nota 36). Leyes de emergencia serían aquellas dictadas en circunstancias económicas o sociales excepcionales, que hicieran necesaria la adopción de medidas extraordinarias. Creemos que esta teoría, tomada de los tribunales norteamericanos (ver nota 37), es fundamentalmente errónea. Si la Corte considera que una determinada ley viola una norma constitucional, como es la garantía de la propiedad, debe declararla inválida, no obstante cualesquiera sean las circunstancias económicas o sociales. Nuestra Corte Suprema, con toda su autoridad de intérprete final de los textos constitucionales, evidentemente no tiene el poder de declarar por sí y ante sí, que están suspendidas tales o cuales garantías constitucionales. La Constitución no prevé otra hipótesis de suspensión de esas garantías que el estado de sitio. Pero si éste no está en vigencia, si aun estándolo no queda suspendida nunca la garantía de la propiedad, no se ve cómo el Tribunal puede declararla suspendida. Esta consideración no pasó inadvertida a sus miembros, puesto que la formuló expresamente el doctor REPETTO, que votó en disidencia (ver nota 38). Lo que ocurrió fue que la Corte se vio en la necesidad de convalidar leyes evidentemente necesarias, pero no quiso abandonar su vieja jurisprudencia en favor de los derechos adquiridos.

b) Pero este expediente de la leyes de emergencia resultó bien pronto un molde demasiado estrecho, y la Corte Suprema debió declarar la constitucionalidad de leyes que afectaban derechos adquiridos contractualmente y que no tenían aquel carácter. Por lo pronto, era difícil calificar a la legislación sobre arrendamientos agrícolas como de emergencia, pues no había tal estado de emergencia, sino la prórroga lisa y llana de los contratos por motivos sociales que el legislador reputó suficientes. Y no obstante que afectaba los derechos de los propietarios, adquiridos contractualmente, la Corte la declaró válida (ver nota 39). Lo mismo ha ocurrido con importantísimas y muy numerosas leyes obreras. Toda nueva ley obrera, aplicada a los contratos de trabajo en curso de ejecución en el momento en que aquélla se pone en vigencia, afecta evidentemente los derechos adquiridos de los patrones o de los obreros, al modificar las condiciones del contrato en sentido más gravoso para ellos. Y, sin embargo, como no podía ser de otra manera, se las ha declarado constitucionales. Finalmente, la Corte declaró válida la ley de alquileres que autorizó la suspensión del lanzamiento aun después que exista sentencia definitiva de desalojo (ver nota 40), lo que implica afectar radicalmente un derecho patrimonial adquirido por sentencia firme. Pero salvo este caso excepcional, prevalece en la jurisprudencia de la Corte el criterio de que sólo cuando no haysentencia definitiva puede aplicarse una nueva ley al caso, sin vulnerar la garantía constitucional de la propiedad (ver nota 41).

c) También se ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que modifican las jubilaciones -siempre que la alteración no se refiera a las mensualidades ya percibidas (ver nota 42)- no obstante que la jubilación, una vez otorgada, es un caso típico de derecho adquirido.

159.- Finalmente, cabe señalar otro error de concepto en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Según ya lo hemos dicho, el Tribunal ha expresado que cuando se afectan derechos adquiridos patrimoniales, el principio de la no retroactividad de la ley deja de ser legal para confundirse con la norma constitucional de la garantía de la propiedad (ver nota 43). Es fácil advertir que el principio de la irretroactividad no puede jamás fundarse en la protección constitucional de la propiedad o de cualquier otro derecho. Porque si la nueva ley afecta la garantía constitucional, será inválida, tanto si dispone para el pasado, como si lo hace tan sólo para el futuro. En otras palabras: la protección constitucional de un derecho tiene carácter permanente: si una ley lo afecta será nula, tenga efectos retroactivos o no los tenga.

160.- Además, no se ve la razón por la cual la Corte declara inconstitucionales las leyes que afectan derechos adquiridos de orden patrimonial y no las que lesionan otros derechos adquiridos, como los de familia, los personalísimos, etcétera. Si el fundamento de aquella jurisprudencia es la protección constitucional de la propiedad, también la familia, el ser humano, están amparados por la Constitución. Entendemos que esta diferencia de tratamiento respecto de unos y otros derechos importa una inconsecuencia que no tiene justificación alguna.

Felizmente, este error conceptual ha sido enmendado en la nueva redacción del artículo 3º , según el cual la retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Vale decir, no sólo la propiedad está a cubierto, sino también cualquier otro derecho, sea o no patrimonial, que esté amparado por la Constitución.

Es de esperar que la modificación del artículo 3º , induzca a la Corte a eliminar también de su terminología la expresión viciosa y equívoca de "derechos adquiridos", puesto que es indudable que la adoptó bajo la influencia del anterior artículo 3º .

161. LEYES ADMINISTRATIVAS.- Consecuente con el principio de que la regla de la irretroactividad tiene carácter legal y no constitucional, salvo cuando afecta derechos adquiridos patrimoniales, la Corte ha declarado que las leyes administrativas pueden tener efectos retroactivos (ver nota 44).

162. LEYES IMPOSITIVAS.- Por idéntica razón la Corte ha declarado la constitucionalidad de las leyes impositivas que tienen efectos retroactivos (ver nota 45). Sin embargo, en un caso resolvió que la ley que crea un impuesto de patente a los prestamistas no es aplicable a quien hizo operaciones de préstamos en épocas en que éstas no estaban gravadas con impuesto especial y cesó de efectuarlas en presencia de la patente creada por la ley (ver nota 46). En otro caso en que la Municipalidad dispuso una repavimentación antes de que se cumplieran los 30 años del afirmado anterior, y pretendió cobrarla a los frentistas, la Corte declaró que éstos tenían un derecho adquirido a no pagar nuevas tasas hasta la expiración del plazo de 30 años (ver nota 47).

163. LEYES DE JUBILACIONES.- Las leyes de jubilaciones pueden alterar los beneficios y disminuirlos, siempre que no se refieran a lo ya percibido o lo que se dejó de percibir por retardo voluntario o involuntario de quien estaba obligado a pagar las jubilaciones ya devengadas (ver nota 48).

La Corte ha establecido correctamente en este caso la distinción entre efectos retroactivos e inmediatos o futuros de la ley, pero evidentemente se ha apartado una vez más de su jurisprudencia de que las leyes no pueden afectar derechos adquiridos patrimoniales.

164. LEYES DE PROCEDIMIENTOS.- En principio estas leyes tienen efectos inmediatos y se aplican, por lo tanto, a las causas pendientes; pero esta solución está supeditada a la circunstancia de que dicha aplicación no comporte un alteración de actos ya concluidos, o sea, que se deje sin efecto lo actuado de conformidad con leyes anteriores (ver nota 49). Tampoco se aplica la nueva ley a los trámites, plazos y diligencias que hayan tenido principio de ejecución o comenzado su curso (ver nota 50).

164 bis. ARANCEL DE ABOGADOS.- Puede aplicarse retroactivamente, es decir, a trabajos realizados antes de la sanción de la ley, mientras no haya regulación definitiva (ver nota 51).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: BORDA, G.A., Retroactividad de la ley y derechos adquiridos, Buenos Aires, 1951; ARECO, J.S., La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos, Buenos Aires, 1948; RAYCES, A., Los derechos adquiridos en contratos sucesivos, Buenos Aires, 1943; LEÓN, P., La retroactividad de la ley , en Bol. Ins. Der. Civil, Córdoba, enero-marzo 1940, ps. 3 y s.; CARNELLI, L., Los derechos adquiridos, L.L., t. 11, sec. doct., p. 1; BUSSO, E., Código Civil anotado, t. 1, coment. a los arts. 3º, 4º y 5º; CAMBIASSO, A., El principio de la irretroactividad, Curso de investigación de Derecho Civil comparado, dirigido por el prof. H. LAFAILLE, Buenos Aires, 1936; ROUBIER, P., Les conflits des lois dans le temps, París, 1929; íd., Le droit transitoire, París, 1960; VAREILLES-SOMMIERES, Une nouvelle théorie sur la retroactivité des lois, París, 1893; DUGUIT, L., Traité de Droit Constitutionel, 3ª ed., t. 2, § 21, t. 5, § 26; JÉREZ, G., Les principes généraux de droit administratif, 2ª ed.; íd., Cours de droit public, 1924, ps. 157 y s.; SZASZY, E., Les conflits des lois dans le temps, en Recueil des Cours de l'Academie de Droit International, 1934, t. 47; POPOVILIEV, Le droit civil transitoire ou intertemporal, Revue Trimestrielle, 1908, t. 7; GABBA, C.E., Teoria della retroattività delle leggi, Torino, 1891; PACE, G., Il diritto transitorio, Milano, 1944; FIORE, De la irretroactividad y de la interpretación de las leyes, trad. esp., Madrid, 1927; COVIELLO, N., Doctrina general del Derecho Civil, ed. México, ps. 107 y s.; LASALLE, F., Théorie systemathique des droits adquis, trad. fr., París, 1904; BRYANT SMITH, Retroactive laws and Vested Rights, en Selected Essays on Constitutional Law, t. 2, ps. 267 y s.; CAMPBELL BLACK, H., An essays on the constitutional prohibition against legislation impairing the obligation of contract and ex post factor law, Boston, 1887; BEVILACQUA, C., Análisis de la naturaleza de los derechos adquiridos, G.F., t. 111, p. 271.

(nota 2) Así lo ha sostenido DUGUIT, L., Conferencia pronunciada en la Universidad de Egipto, cit. por TOBON en el informe previo a la tesis de JULIO GONZÁLEZ VELÁZQUEZ, Nociones sobre derechos adquiridos.

(nota 3) SMITH BRYANT, Retroactive laws and vested rights, en Selected Essays on Constitutional Law, t. 2, p. 268.

(nota 4) HOFFMANN y PFAFF, Excurse uber osterreichissches allgemeins bürgerliches Rech, Viena, 1878, t. 1, p. 131; cit. por ROUBIER, P., Les conflits des lois dans le temps, t. 1, p. 324.

(nota 5) ROUBIER, P., op. cit., t. 1, ps. 222 y s.; SZASZY, E., Les conflits des lois dans le temps, en Recueil des Cours de l'Academie de Droit International, 1934, t. 47, p. 197; ARMINJON, Recueil des Cours, cit., 1938, vol. 2, p. 103; DUGUIT, L., loc. cit. en nota 249, etc.

(nota 6) GÈNY, F., Méthode d'intepretation, París, 1919, t. 2, p. 111, nº 163; JOSSERAND, L., Derecho Civil, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 1, nº 78.

(nota 7) De acuerdo: ROUBIER, P., Les conflits des lois dans le temps, t. 1, ps. 379 y s.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 1, nº 226 y s.; SZASZY, E., op. cit., Recueil de l'Academie de Droit International, 1934, t. 37, p. 2212. Comp.: ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, ps. 232 y s.

(nota 8) La existencia de esa llamada interpretación auténtica es admitida por toda la doctrina, con muy escasas excepciones. Sólo hemos encontrado acuerdo con nuestro punto de vista en ARAUZ CASTEX, Derecho Civil, t. 1, nº 303; SILVEIRA, A., Interpretação das leis com face dos varios regimes politicos, p. 22; y JÈZE, G., Les lois interpretatives, Revue de Droit Public, 1924, ps. 179 y s. Véase también, opinión del senador SÁNCHEZ SORONDO, Diario de Sesiones del Senado Nacional, 28/9/1939, ps. 1177 y 1178.

(nota 9) SALVAT, Parte General, 6ª ed., p. 157, nº 302; LAURENT, Principes, t. 1, p. 268; GABBA, Teoria della retroattività delle leggi, t. 1, p. 25; CHIRONI y ABELLO, Trattato, t. 1, p. 93; PACE, G., Il diritto transitorio, p. 321, nº 103; HUC, TH., t. 1, ps. 55 y s.; BAUDRY LACANTINERIE, Personne, t.1, p. 255; es también la opinión de WEBER, BERMANN, BOHLAN, KIERNIFF, autores alemanes citados por CAMMEO, Giur. Ital, 1907, Parte IV, p. 218, nota 27; en el mismo sentido: voto en disidencia de los doctores REPETTO y NAZAR ANCHORENA, en fallo de la C.S.N., 5/8/1940, J.A., t. 71, p. 881.

(nota 10) La Constitución es lo que los jueces dicen que es, Chief Justice Hughes, cit. por CORWIN, La Constitución norteamericana y su actual significado, trad. esp., Buenos Aires, 1942, p. XXX.

(nota 11) De acuerdo: FERNÁNDEZ GIANOTTI, Normas legales interpretativas, L.L., t. 26, p. 975; ROUBIER, P., Les conflits des lois dans le temps, t. 1, p. 471; COLIN CAPITANT-JULLIOT DE LA MONRANDIÈRE, t. 1, p. 54, nº 55; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, p. 203; CAMMEO, Giur. Ital, 1907, Parte IV, p. 318.

(nota 12) ARAUZ CASTEX ha adherido a nuestro punto de vista: Derecho Civil, Parte General, t. 1, nº 303.

(nota 13) C.S.N., 5/8/1940, L.L., t. 19, p. 574, J.A., t. 71, p. 881; 9/4/1945, L.L., t. 39, p. 464; en el mismo sentido: C. Fed. Cap., 13/8/1940, G.F., t. 148, p. 107.

(nota 14) C.S.N., 16/10/1939, L.L., t. 16, p. 497.

(nota 15) C.S.N., 5/8/1940, L.L., t. 19, p. 574.

(nota 16) Trib. Sup. Santa Fe, 19/11/1946, L.L., t. 45, p. 29; C. Fed. Bahía Blanca, 14/7/1948, L.L., t. 25, p. 552; SALVAT, Parte General, 6ª ed., p. 158, nº 303; SIBURU, Comentario al Código de Comercio, t. 2, p. 12; FERNÁNDEZ GIANOTTI, Normas legales interpretativas, L.L., t. 26, p. 968; PASMANN, E., nota en J.A., t. 71, p. 881; ROUBIER, P., Les conflits des lois dans le temps, t. 1, P. 224; BONNECASE, suplemento a la obra de BAUDRY LACANTINERIE, t. 2, p. 32, nº 30.

(nota 17) Es de advertir que esta solución era clara ya en el Código Civil; nadie discutía, en efecto, que no obstante lo dispuesto en el art. 3º , el Congreso podía dictar leyes retroactivas. La cuestión ha quedado definitivamente aclarada con la nueva redacción del art. 3º .

(nota 18) Para un desarrollo más amplio de esta tesis, véase nuestra obra Retroactividad de la ley y derechos adquiridos, ps. 61 y s., nº 36 y s.

(nota 19) Es la opinión sostenida por la minoría de la Corte Suprema en el caso "Escorihuela c/ Impuesto a los Réditos", 5/8/1940, L.L., t. 19, p. 574. En el mismo sentido: ZORRAQUÍN, Efectos retroactivos de las tituladas leyes aclaratorias, J.A., t. 71, sec. doct., p. 42; CAMMEO, Giur. Ital., 1907, Parte IV, p. 310.

(nota 20) De acuerdo: MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. 1, nº 150.

(nota 21) C.S.N., 21/8/1922, J.A., t. 9, p. 194; 4/12/1922, Fallos, t. 133, p. 294; 26/8/1925, Fallos, t. 144, p. 219; 31/8/1925, J.A., t. 17, p. 20; 11/2/1938, L.L., t. 9, p. 506; 10/9/1936, Fallos, t. 176, p. 22.

(nota 22) De acuerdo: 1ª Instancia Cap. (DR. CICHERO), 25/3/1953, J.A., 1953-IV, p. 95. ARAUZCASTEX ha adherido también a esta opinión: Derecho Civil, Parte General, t. 1, nº 325 y 326.

(nota 23) BIBLIOGRAFÍA: Con especial referencia a la reforma introducida en el sistema de derecho transitorio por la ley 17711 , véase: BORDA, Efectos de la ley con relación al tiempo, E.D., t. 28, p. 807;LÓPEZ OLACIREGUI, Efectos de la ley con relación al tiempo, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Año X, nº 21, ps. 71 y s.; MORELLO, Eficacia de la nueva ley en el tiempo, J.A., 1969-III, p. 109; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Irretroactividad de las leyes, L.L., t. 135, p. 1485; PARDO, El art. 3º del Código Civil según la ley 17711 , L.L., t. 135, p. 1354; CLARIÁ y CLARIÁ, Ámbito de aplicación temporal de la ley, E.D., t. 56, p. 785.

(nota 24) De acuerdo: ROUBIER, Les conflits des lois dans le temps, t. 1, p. 608.

(nota 25) C. Civil Cap., Sala A, 23/7/1968, L.L., t. 132, p. 44; Sala B, 6/8/1968, E.D., t. 23, p. 609; Sala E, 30/9/1969, E.D., t. 30, p. 204. En contra, y por lo tanto de acuerdo con nuestra tesis aunque por distintos fundamentos, C. Civil Cap., Sala D, 14/4/1970, E.D., t. 36, fallo nº 17.892; CAZEAUX, La mora, lecciones y ensayos, p. 120.

(nota 26) C. Apel. Rosario, 21/5/1969, J.A., 1969-III, p. 776. En contra, y de acuerdo con nuestra tesis, FARINA, nota J.A., Doctrina, 1971, p. 254.

(nota 27) Véase jurisprudencia citada por ROUBIER, P., Les conflits des lois dans le temps, t. 1, ps. 20 y 377;y Dalloz, fasc. 34-35, 28/10/1948, sec. jurisp., p. 438, con nota de WALINE.

(nota 28) Trib. Apel. Montevideo, L.L., t. 11, sec. jurisp. ext., p. 1; mismo tribunal, L.J.U., t. 4, p. 266.

(nota 29) C.S.N., 27/4/1928, J.A., t. 27, p. 434 y fallos allí citados: Fallos, t. 10, p. 427; t. 31, p. 32; t. 108, p. 389; t. 117, p. 222.

(nota 30) C.S.N., 27/4/1928, J.A., t. 27, p. 434; íd., 6/9/1929, J.A., t. 31, p. 397; íd., 25/9/1939, L.L., t. 16, p. 205; íd., 27/12/1943, Fallos, t. 197, p. 569 ; íd., 31/6/1940, L.L., t. 19, p. 403; íd., 1/6/1938, L.L., t. 19, p. 1054.

(nota 31) C. Civil Cap., Sala D, 15/6/1961, Doct. Jud. del 13/7/1961; C. Fed. Cap., 20/8/1957, L.L., t. 92, p. 616; C. Apel. Trab. Cap., 9/12/1955, J.A., 1956-I, p. 323; Sup. Corte Buenos Aires, 5/4/1960, L.L., t. 100, p. 469; Sup. Corte Mendoza, 31/8/1961, L.L., t. 108, p. 397.

(nota 32) Para este punto véase: ROUBIER, P., op. cit., t. 1, ps. 376 y s.; SZASZY, E., op. cit., Recueil des Cours de l'Academie de Droit International, 1934, t. 47, ps. 211 y s.; y también ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, ps. 232 y s.

(nota 33) Esta es la terminología empleada por ROUBIER y SZASZY, op. cit. y loc. cit., en notas anteriores, así como PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1, ps. 109 y s., nº 233, y porCOLIN CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 11ª ed., t. 1, nº 59.

(nota 34) C.S.N., 27/4/1928, J.A., t. 27, p. 435; 24/7/1931, J.A., t. 36, p. 24; 31/8/1925, J.A., t. 17, p. 18; 6/9/1929, J.A., t. 31, p. 7; 28/11/1932, J.A., t. 40, p. 46; 7/12/1931, J.A., t. 37, p. 8; 18/9/1934, J.A., t. 47, p. 758; 28/12/1937, J.A., t. 60, p. 749; 10/11/1936, J.A., t. 55, p. 720; 22/9/1937, J.A., t. 59, p. 757; 18/9/1939, J.A., t. 67, p. 724; 3/10/1938, J.A., t. 64, p. 13; 11/2/1938, J.A., t. 61, p. 379; 11/2/1938, L.L., t. 9, p. 507;25/9/1939, L.L., t. 16, p. 205; 30/6/1940, L.L., t. 19, p. 794; 15/12/1944, L.L., t. 37, p. 401; etc. La reforma constitucional de 1949 (luego derogada) no alteró esta jurisprudencia, lo que resulta lógico, puesto que no por atribuirle una función social a la propiedad, deja de protegerla; véase C.S.N, 23/6/1949, Fallos, t. 214, p. 123. En el mismo sentido: MARTÍNEZ RUIZ, R., Amparo constitucional del efecto liberativo del pago, nota en L.L., t. 55, p. 186, nº 4.

(nota 35) C.S.N., 21/8/1922, J.A., t. 9, p. 194; 3/8/1925, J.A., t. 17, p. 18; 24/6/1931, J.A., t. 35, p. 1146; 28/8/1944, L.L., t. 35, p. 787, etc.

(nota 36) C.S.N, 28/4/1922, J.A., t. 8, p. 263 (referente a la primera ley de alquileres de 1921); 7/12/1934, J.A., t. 48, p. 679 (ley sobre moratoria hipotecaria); 28/8/1944, L.L., t. 35, p. 787 (leyes de arrendamientos agrícolas); 22/3/1946, Fallos, t. 204, p. 359; 26/4/1946, Fallos, t. 206, p. 158 ; 9/6/1947, Fallos, t. 208, p. 22; 27/3/1946, Fallos, t. 204, p. 369; 19/6/1947, Fallos, t. 208, p. 25; 9/8/1948, Fallos, t. 211, p. 1099; Fallos, t. 215, p. 155; etc. (sobre las nuevas leyes de locaciones urbanas).

(nota 37) Sup. Corte EE.UU., 256, U.S., 135. Sobre esta jurisprudencia norteamericana véase el curioso e ilustrativo episodio referido en BORDA, G.A., Retroactividad de la ley y derechos adquiridos, ps. 72 y s., nº 44 y 45.

(nota 38) Caso "Avico c/ de la Pesa", 7/12/1934 , J.A., t. 48, p. 698. Digamos que de este argumento sacaba el doctor REPETTO conclusiones que nosotros estamos lejos de compartir, pues estimamos que la ley era constitucional. Lo que es falso es el principio que la Corte quería defender. Véase nuestro libro Retroactividad de la ley y derechos adquiridos, ps. 72 y s, nº 44 y s.

(nota 39) C.S.N., 7/3/1949, Fallos, t. 213, p. 239 .

(nota 40) C.S.N, 3/11/1947, Fallos, t. 209, p. 405 .

(nota 41) C.S.N., 13/4/1966, L.L., t. 123, p. 317.

(nota 42) C.S.N., 27/12/1937, L.L., t. 9, p. 304; 28/12/1937, L.L., t. 9, p. 317; 27/4/1938, L.L., t. 10, p. 439; 28/4/1938, L.L., t. 10, p. 513; 1/7/1938, G.F., t. 135, p. 127; 18/11/1938, L.L., t. 12, p. 831; 18/9/1939, L.L., t. 16, p. 553.

(nota 43) Véanse los casos citados en nota 258 y particularmente el fallo del 27/4/1938, J.A., t. 27, p. 434.

(nota 44) C.S.N., 27/4/1928, J.A., t. 27, p. 434; 27/12/1920, J.A., t. 5, p. 596; 24/9/1928, J.A., t. 28, p. 288; 11/3/1931, J.A., t. 35, p. 204; 23/10/1929, J.A., t. 31, p. 379; 15/11/1939, L.L., t. 16, p. 372; 25/9/1939, L.L., t. 16, p. 205; 26/6/1940, J.A., t. 73, p. 125; 15/3/1944, J.A., 1944-I, p. 810; etc.

(nota 45) C.S.N., 7/12/1925, J.A., t. 18, p.808; 27/4/1928, J.A., t. 27, p. 434; 24/9/1928, J.A., t. 28, p. 288; 2/6/1930, J.A., t. 33, p. 374; 24/6/1931, J.A., t. 35, p. 1146; 15/9/1939, J.A., t. 68, p. 549; 31/6/1940, L.L., t. 19, p. 703; 15/3/1944, L.L., t. 34, p. 882; 6/5/1962, J.A., 1962-III, p. 550; etc.

(nota 46) C.S.N., 6/9/1929, J.A., t. 31, p. 8.

(nota 47) C.S.N., 25/9/1939, J.A., t. 69, p. 315; en el mismo sentido, Fallos, t. 184, p. 620.

(nota 48) C.S.N., 18/9/1939, L.L., t. 16, p. 553; véase, además, los fallos citados en la nota 267.

(nota 49) C.S.N., 8/10/1944, J.A., 1944-IV, p. 546; 22/8/1938, L.L., t. 11, p. 829; 8/11/1944, L.L., t. 36, p. 558 y J.A., 1944-IV, p. 545; 10/11/1944, L.L., t. 36, p. 559 (cit. en nota); 26/12/1949, L.L., t. 58, p. 175; 21/7/1952, L.L., t. 68, p. 202.

(nota 50) Sup. Corte Buenos Aires, 19/8/1969, J.A., t. 4, 1969, p. 590.

(nota 51) C.S.N., 7/12/1953, L.L., t. 73, p. 640; íd., 24/6/1954, L.L., t. 76, p. 84.

C.- INTENTOS DOCTRINARIOS POR FORMULAR UN DERECHO TRANSITORIO O INTERTEMPORAL

165. EL PROBLEMA.- El fracaso de la teoría de los derechos adquiridos ha hecho nacer la inquietud por encontrar un sistema que permita resolver los llamados conflictos de las leyes en el tiempo, o sea, de los problemas que presenta el pasaje de una legislación a otra. El propósito perseguido es que las personas puedan saber de antemano que en el caso de una reforma legislativa, tales derechos les serán respetados, no debiendo contar, en cambio, con tales otros. Estas normas de derecho transitorio harían posible una previsión, nos permitirían saber de antemano a qué debemos atenernos, y serían, de tal modo, un factor indiscutible de seguridad.

A ello se deben los esfuerzos hechos por la doctrina universal para enunciar un derecho transitorio o intertemporal, que regirá los derechos subjetivos en caso de una reforma legislativa. Vamos a exponer enseguida las principales doctrinas (ver nota 1), y hemos de ver que estos esfuerzos no han sido, en definitiva, más felices que la teoría de

los derechos adquiridos, para resolver el problema.

Digamos desde ya, que la cuestión más debatida en esta materia es la que atañe a la aplicación de la ley nueva a los derechos reales y a los contratos sucesivos. En lo que se refiere al primer problema, puede considerárselo superado, por lo menos en el terreno de la doctrina; ya no se discute que la ley nueva puede afectar el contenido de los derechos reales y que debe aplicársela aunque hayan sido adquiridos bajo el imperio de la ley anterior, que les fijaba un contenido distinto. En cambio, la controversia se mantiene en pie con respecto a los contratos sucesivos. La dificultad consiste en determinar si un contrato de tracto sucesivo, como, por ejemplo, el de locación, de préstamo, de trabajo, debe regirse siempre por la ley imperante en el momento en que se celebró; o si, por el contrario, una ley dictada mientras ese contrato se halla en curso de ejecución debe aplicársele de inmediato.

66. TEORÍA DEL HECHO CUMPLIDO (ver nota 2).- Esta teoría tuvo su origen en Alemania, como reacción contra la legislación napoleónica y logró inmediata repercusión en Francia e Italia. Sostiene que los hechos cumplidos durante la vigencia de la vieja ley, están regidos por ella; los cumplidos después de la sanción de la nueva, por ésta. De tal modo que los contratos sucesivos, nacidos bajo el imperio de la ley anterior, se rigen siempre por ella.

COVIELLO ha formulado un desarrollo muy interesante de esta teoría. Sostiene este autor que la ley tiene efectos retroactivos no sólo cuando desconoce las consecuencias ya realizadas del hecho cumplido, es decir, cuando destruye las ventajas ya nacidas, sino también cuando impide una consecuencia futura de un hecho ya consumado, por una razón relativa a este hecho solamente, de modo que la privación de la futura ventaja se muestra como un efecto de la realización de aquel hecho determinante. Cuando, por el contrario, la nueva ley regula también las consecuencias de un hecho pasado, que se realizarán bajo su imperio, consideradas en sí mismas y no porrazón relativa a aquel hecho, que queda así intocado, no hay retroactividad, sino aplicación inmediata de la ley. En otros términos, la ley nueva no es aplicable a consecuencias de hechos pasados, aun efectuadas bajo su imperio, cuando su aplicación tenga como presupuesto necesario el hecho pasado, ya sea porque no fue conforme a la ley nueva, o por constituir el elemento de hecho del que surgen consecuencias jurídicas que no habrían nacido para la antigua (ver nota 3).

Pese al esfuerzo de COVIELLO por precisar su pensamiento, no ha logrado hacerlo cabalmente. Queda la duda de los contratos en curso de ejecución; a pesar del minucioso desarrollo de su teoría y del cuidado que ha puesto en mostrar su aplicación práctica a numerosos problemas jurídicos, algunos sin mayor trascendencia, ha omitido referirse precisamente a los contratos sucesivos que, según dijimos, son el problema más importante y el más debatido en esta materia. Pero como nuestro autor afirma que, salvo aspectos secundarios, su teoría es la de VAREILLES-SOMMIERES, es necesario concluir que también él estima que los contratos sucesivos se rigen siempre por la ley imperante en el momento en que el contrato se celebró.

Basta esta conclusión para desestimar la teoría del hecho cumplido (véase núm. 177).

167. TEORÍA DE DUGUIT Y JÈZE (ver nota 4).- DUGUIT ha creído encontrar la solución del problema, formulando una distinción entre situaciones jurídicas objetivas y subjetivas. Las primeras son aquellas que derivan directamente de la ley, aunque nazcan de un acto de voluntad, que no es otra cosa que la condición legal para su nacimiento o constitución; tienen carácter permanente y siguen todas las transformaciones de la ley; por consiguiente, una nueva ley puede modificar la situación legal nacida al amparo de la anterior, sin que por ello tenga efectos retroactivos. Buen ejemplo de estas situaciones jurídicas objetivas es el derecho de propiedad o cualquiera de los derechos reales.

Por el contrario, las situaciones subjetivas, resultan de manifestaciones de voluntad individual, que les dan nacimiento e imprimen su carácter peculiar, fijando sus condiciones, cláusulas, etcétera. Ejemplo típico, los contratos. Tales situaciones no pueden ser afectadas por una ley posterior, sin retroactividad. Agreguemos que DUGUIT sostiene, en disidencia con el resto de la doctrina francesa, que el legislador no puede en ningún caso dictar leyes con efectos retroactivos, porque en ese caso "violaría ciertamente el derecho, haría una ley contraria al derecho, una ley que teóricamente sería sin valor, como toda ley contraria al derecho".

Por su parte, JÈZE ha procurado precisar los caracteres distintivos entre las situaciones jurídicas objetivas y subjetivas:

a) La situación individual es particular, la objetiva es general. Ejemplo de la primera, un contrato de compraventa;

de la segunda, la situación del esposo, del propietario.

b) La situación objetiva es permanente; el poder que de ella deriva es susceptible de ejercerse indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder. Por el contrario, la individual es temporaria: la relación jurídica desaparece con el ejercicio del derecho y el cumplimiento de la obligación.

c) La situación objetiva es esencialmente variable y modificable por la ley, porque es ella la que la organiza; por el contrario las situaciones jurídicas individuales no pueden ser modificadas por la ley, porque ésta procede siempre por fórmulas abstractas y generales y aquí se trata de un contenido concreto e individual.

d) Finalmente, la situación legal u objetiva no es susceptible de renuncia general y absoluta; no se puede renunciar a ser propietario o marido; en cambio, la individual puede renunciarse.

La distinción formulado por DUGUIT y JÈZE, es más atrayente que sólida y no resiste el análisis crítico. No es exacto, por lo pronto, que las situaciones individuales o subjetivas sean momentáneas y las legales permanentes. La situación del heredero ab-intestato no tiene una duración mayor que la del legatario; sin embargo la primera es legal u objetiva y la segunda individual.

Tampoco es exacta la distinción fundada en la renuncia, que está mal planteada: a la posibilidad de renunciar a ser propietario o marido, habría que oponer la posibilidad de una renuncia general a ser acreedor o deudor. Lo que se puede renunciar es un determinado crédito, pero también se puede hacer lo propio con un derecho real, un usufructo, una servidumbre.

Finalmente, la teoría que estamos glosando significa sostener que los contratos sucesivos deben regirse siempre por la ley vigente en el momento de su celebración, lo cual es inadmisible.

168. TEORÍA DE ROUBIER (ver nota 5).- Esto sentado, se pregunta ROUBIER si el principio de la irretroactividad, así delimitado, debe considerarse, como lo hace DUGUIT, esencial al orden jurídico y debe estimarse que toda ley retroactiva es contraria al derecho y no debe, en conciencia, ser obedecida. El maestro francés piensa, por su parte, que si bien el principio de la irretroactividad de la ley es bienhechor en el más alto grado, no puede aceptarse el planteo riguroso de DUGUIT sin algunas salvedades, como, por ejemplo, las leyes que se llaman de dispensa, dictadas en circunstancias anormales, o sea las que nuestra Corte ha llamado de emergencia; las que tienden a sancionar actos cometidos en fraude de la ley, etcétera.

Fuera de estos casos excepcionales, las leyes no deben tener efectos retroactivos; en cambio, deben tener, en principio, efectos inmediatos, porque de lo contrario, resultaría inevitable que situaciones jurídicas de la misma naturaleza fueran regidas por leyes diferentes en forma concurrente, en el interior de un mismo país. Tomemos como ejemplo el usufructo: admitiendo que los derechos de usufructo existentes en el momento del cambio de legislación conservan el contenido que les fija la ley precedente, a poco que haya en la materia varias leyes sucesivas, se llegaría bien pronto a un concurso de legislación que se aplica a situaciones de la misma naturaleza y de nombre idéntico, lo que provocaría una enorme confusión en las relaciones jurídicas.

Pero este principio de la aplicación inmediata de la ley debe reconocer una importantísima excepción: los contratos sucesivos. ROUBIER considera que el contrato es el instrumento de la diferenciación de los individuos; por eso está caracterizado por la diversidad. No hay más que un casamiento, un derecho de propiedad, un usufructo; pero hay un número indefinido de contratos y de combinaciones de estipulaciones posibles. Además, el contrato por el cual las partes hacen esa elección, constituye un acto de previsión; los contratantes saben lo que ellos pueden esperar del juego de las cláusulas expresas del acto y aun de la ley. Es evidente que esta elección sería inútil, si una nueva ley, modificando las disposiciones del régimen en vigor el día en que el contrato se celebró, viene a traer una destrucción de sus previsiones.

Los argumentos de ROUBIER no nos parecen convincentes. Es verdad que el contrato es un instrumentode diferenciación del individuo. Pero es que hay casos en que el legislador estima que no es deseable esa diferenciación individual. La mayor parte de las leyes obreras, tienden precisamente a establecer una igualdad de trato para todos los trabajadores. En esos casos, el contrato deja de ser un instrumento de diferenciación, porque así lo cree indispensable el legislador.

No tiene mayor validez el argumento derivado del acto de previsión que importa todo contrato. Toda actividad jurídica o económica, supone un acto de previsión. Cuando compro una propiedad, especulo sin duda con el placer

que ella me deparará, o con las rentas que ha de procurarme. Y sin embargo, ROUBIER admite que este derecho de propiedad puede ser modificado en su contenido y aun suprimido radicalmente; pero tan respetable es mi previsión al contratar una renta vitalicia como al comprar una propiedad.

Pero por encima de todas estas consideraciones, que no se refieren sino a aspectos parciales de la cuestión, está la gran objeción al planteo de ROUBIER: es inútil buscar argumentos ingeniosos y sutiles para demostrar que los contratos en curso de ejecución no pueden ser tocados por las nuevas leyes; quizá podemos de momento sentirnos atraídos por ellos en el terreno de la especulación abstracta. Pero la realidad jurídica impone otra solución. Todas las leyes obreras afectan los contratos en curso. ¿Se pretenderá convencernos de que está mal, de que no debe ser así? Mal sendero éste de apartarse de la realidad jurídica viva; se puede llegar por él a cualquier resultado. Esto no significa justificar cualquier ley o cualquier tendencia legislativa por el hecho de que esté sancionada o se halle de moda. Pero es que, en este caso, la realidad se halla apoyada en una razón de justicia. Si una ley ha reemplazado a otra anterior, es porque se la presume mejor y más justa; de ahí que deba aplicársela con la mayor amplitud posible y hacerle producir sus efectos de modo inmediato.

D.- IMPOSIBILIDAD DE FORMULAR UN DERECHO TRANSITORIO

169. RAZONES QUE SE OPONEN A LA FORMACIÓN DE UN DERECHO TRANSITORIO.- En los párrafos precedentes hemos puesto de manifiesto el fracaso de la teoría de los derechos adquiridos; pero hemos podido también apreciar que no han sido más felices los esfuerzos posteriores por formular un derecho transitorio.

Ya la impotencia de los juristas para formular reglas fijas que han de regir los llamados conflictos de las leyes en el tiempo, parece estar indicando que existe algo insalvable en este intento. Y, efectivamente, es así. No se puede reducir a normas rígidas, a principios inflexibles, lo que está sujeto a las infinitas variaciones y matices de la política legislativa.

En presencia de un cambio de legislación, se enfrentan dos principios que en abstracto, son muy dignos de respeto: por un lado, la seguridad jurídica, interesada en conferir a la vieja ley el máximo de vigencia posible; por el otro, la justicia y el progreso, interesados en atribuir a la nueva ley el mayor campo de aplicación. Es imposible pronunciarse de antemano en un sentido u otro. Es imposible hacer prevalecer siempre la seguridad, porque ello implicaría la paralización del derecho; es igualmente imposible llevar todo por delante en nombre de la justicia y el progreso, porque éstos están condicionados por la idea de seguridad, y porque sin ésta, no puede concebirse un orden justo, que por ser orden, la implica. Habrá casos en que el progreso que signifique la nueva ley no sea tanto que justifique arrasar de cuajo con los viejos derechos, y en que la sobrevivencia de éstos sea útil inclusive para prestar apoyo a los nuevos. Porque aquí se produce esta consecuencia aparentemente paradójica: muchas veces, el respeto de los derechos nacidos al amparo de la legislación anterior, en vez de retacear o disminuir los nuevos derechos, les da una mayor fuerza y, sobre todo, una mayor perdurabilidad, porque se establece una continuidad jurídica que impondrá respeto al futuro legislador, del mismo modo que el actual ha respetado lo que fue. Habrá, en cambio, casos en que la injusticia resultante de la vieja ley sea tan chocante a la nueva conciencia jurídica, que sea necesario procurar que desaparezca todo vestigio del viejo régimen. Es éste un problema esencialmente legislativo. Sólo el legislador, representante directo del pueblo y en contacto inmediato con él, con sus problemas sociales y económicos, puede decidir en qué medida es conveniente la sobrevivencia de la vieja ley. Es un problema de política y de prudencia legislativas. Por eso las constituciones no deben contener ningún precepto de derecho transitorio, porque ello implica atar al legislador a soluciones rígidas, que no consultan las necesidades de la vida del derecho. La mejor solución puede ser fundamentalmente distinta si varían los casos y las circunstancias: si en algunos será utilísimo y aun necesario darle retroactividad a la ley, en otros, por el contrario, será preferible postergar sus efectos en relación con tal o cual hipótesis.

La prueba de este aserto es que allí en donde constituyentes demasiado previsores quisieron fijar en la Carta Magna el principio de la irretroactividad, no se ha tardado en buscar el camino para eludirlo, porque así lo han impuesto las circunstancias (véase nuestro núm. 180). Lo mismo ha ocurrido en nuestro país, cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema confirió rango constitucional a la protección de los derechos adquiridos patrimoniales; el mismo tribunal debió buscar caminos para eludir las consecuencias de su propia jurisprudencia (véase núms. 158 y sigs.).

170. ¿EXISTEN CONFLICTOS DE LEYES EN EL TIEMPO?.-Con frecuencia se habla de conflictos de las leyes en el tiempo. Nos parece ésta una expresión errónea. Cuando una ley modifica o deroga otra anterior, no hay conflicto alguno: la única ley vigente es la última. Desde que ésta se sancionó, la anterior dejó de regir, no es más que una norma jurídica, pertenece a la historia del derecho. El juez no puede juzgar sino conforme a las reglas de

derecho obligatorias; y sólo tienen fuerza obligatoria aquellas reglas vivas que están en vigor en el momento en que el juez dicta su sentencia. La vieja ley no puede ser tomada en consideración a menos que la ley nueva, por una razón cualquiera y bajo ciertas condiciones, preste su fuerza a la vieja ley. En el fondo, aun en esta hipótesis, es la nueva ley la que estatuye, la que ordena, porque es ella la que le está dando vida a la anterior (ver nota 6).

171.- En el único caso en que podría hablarse con propiedad de conflicto de leyes en el tiempo es en aquel en que la Constitución estableciera normas de derecho transitorio, porque en tal hipótesis la ley anterior no podría ser derogada sino en la medida en que lo permitiera el texto constitucional, que le estaría prestando vigor, no obstante haber sido sustituida por una ley nueva. Pero éste no es el caso de nuestra legislación, ni el de la gran mayoría de los países extranjeros (véase núm. 180).

E.- REGLAS INTERPRETATIVAS ADMISIBLES

172.- Si no se puede formular un derecho transitorio rígido, que obligue al legislador, en cambio es posible y aun conveniente, enunciar algunas normas que, como las del Código Civil (art. 3º), se dirijan únicamente a los jueces, pero que permitan al Poder Legislativo apartarse de ellas cada vez que lo crea apropiado. Estas reglas, pues, sólo deben aplicarse en el supuesto de que la ley nada haya dispuesto sobre el particular.

173.- En primer término, es indiscutible la conveniencia de sentar el principio de que las leyes no deben aplicarse con efectos retroactivos salvo que así los dispongan claramente. Bien entendido que, al hablar de retroactividad, lo hacemos en el sentido propio de la palabra (véase núm. 154).

En segundo lugar, y salvo disposición en contrario, las leyes deben aplicarse desde el momento de su vigencia, con la mayor amplitud posible y producir todos sus efectos inmediatos. Ello implica su aplicación a lo que DUGUIT llama situaciones legales u objetivas (derechos reales, estado, etc.) y también a los contratos en curso de ejecución, tema éste del que nos ocuparemos con más detenimiento.

174.- La aplicación inmediata de la nueva ley se justifica por diversas razones: a) desde que ella significa un progreso sobre el estado de derecho anterior, debe asegurársele el mayor ámbito de vigencia posible; b) el legislador no nos garantiza el ejercicio indefinido para el futuro de nuestros derechos actuales; esos derechos no existen y no duran sino tanto como la ley que los rige y los permite; ellos deben seguir el efecto de todo cambio de legislación (ver nota 7); c) pero, sobre todo, nos parece decisiva la consideración que ya hemos formulado anteriormente: la nueva ley debe aplicarse en forma inmediata, porque es la única vigente, la única ley, ya que la anterior ha dejado de regir, no es más una norma jurídica.

175.- De esta aplicación inmediata sólo debe excluirse a las leyes supletorias, por las razones que hemos expresado en otro lugar (núm. 150). Todos estos principios han tenido recepción en el nuevo artículo 3º .

176. SITUACIONES JURÍDICAS OBJETIVAS.- De acuerdo con los conceptos sentados en los párrafos precedentes, la nueva ley debe aplicarse de inmediato a las situaciones jurídicas objetivas, o sea a aquellos derechos que tienen los caracteres de generalidad y uniformidad y que están así reglados por la ley. Ejemplo: los reales y, en particular, la propiedad; los de esposo, padre, etcétera. Sobre estos derechos, que la teoría de los derechos adquiridos defendió con denuedo tan estéril, existe hoy completa uniformidad doctrinaria en el sentido de que pueden ser afectados por las leyes nuevas (ver nota 8), solución de todo punto de vista indiscutible porque, de lo contrario, quedaría paralizado el progreso del derecho. Sin embargo, sobre la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema en materia de derechos adquiridos patrimoniales, véase números 157 y siguientes.

177. CONTRATOS EN CURSO DE EJECUCIÓN.- No obstante que la tendencia de la doctrina moderna se inclina evidentemente a ampliar el campo de aplicación de la ley nueva, se advierte todavía una general resistencia a admitir que ella pueda afectar los contratos en curso de ejecución. La mayor parte de los autores, aun reconociendo que en este caso no puede hablarse con propiedad de retroactividad, sostienen que los contratos sucesivos deben regirse siempre por la ley vigente en el momento de su celebración; una ley posterior no podría afectarlos.

En apoyo de este punto de vista se afirma que en el respeto de los contratos se halla en juego el principio de la autonomía de la voluntad y con él, el respeto de la libertad y la personalidad humana. Hay en todo ello una exageración evidente. Sin duda el principio de la autonomía de la voluntad se halla afectado, pues si una ley nueva

modifica un contrato en curso de ejecución, es porque ya no reconoce a las partes el derecho de estipular condiciones, que antes les eran permitidas. Pero eso no significa necesariamente atacar la libertad ni la personalidad del hombre. Por el contrario, la legislación obrera ha triunfado en nombre de ellas, porque es la dignificación y la liberación del trabajador lo que se ha perseguido con esas leyes, que afectan siempre los contratos en curso.

Cada vez que un nuevo concepto jurídico social, moral o religioso, estima inaceptable la solución de la vieja ley, será necesario quitarle toda vigencia. No es posible concebir, por ejemplo, que se rebaje el interés en los préstamos de dinero, porque se considera inmoral cobrar más de lo fijado en la nueva ley y se dejen subsistentes las tasas fijadas en los contratos en curso. ¿Qué lógica tiene esto de permitir la sobrevivencia de algo que hoy se reputa inmoral?

Por lo demás, es evidente que el individuo no puede, por un contrato u otro acto cualquiera, asegurarse derechos sino en cuanto lo permitan las leyes y en la medida que ellas lo hagan. Como bien lo dice LASALLE, el pensamiento debe agregar a todo contrato, una cláusula según la cual el derecho estipulado en aquél no será válido sino durante el tiempo que la legislación lo estima admisible. Adquirir un derecho y querer conservarlo para un tiempo en que la conciencia general no considera más ese derecho como admisible y lícito, es afirmar y negar, invocar y excluir, al mismo tiempo, el título jurídico en virtud del cual se adquiere, que es la conformidad con la ley (ver nota 9).

178-179.- Por último, es necesario reconocer que la aplicación de la nueva ley a los contratos en curso de ejecución es, digámoslo así, un hecho consumado. La legislación obrera se aplica a todos los contratos en curso de ejecución; lo mismo ocurre con la copiosa legislación sobre locaciones urbanas y rurales. Y no se puede decir que éstos sean casos excepcionales, porque no cabe duda que los dos contratos sucesivos más importantes son precisamente el de trabajo y el de locación. De nada vale seguir sosteniendo que la nueva ley no debe aplicarse a los contratos en curso, cuando la realidad jurídica está indicando lo contrario.

Este punto de vista ha sido expresamente acogido por la nueva redacción del artículo 3º , cuyo primer párrafo dispone que las nuevas leyes se aplican aun a las relaciones y situaciones jurídicas existentes al dictarse la ley.

F.- EL PROBLEMA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

180. INCONVENIENCIA DE QUE EL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TENGA CARÁCTER CONSTITUCIONAL.- Hemos demostrado anteriormente (núm. 169) la inconveniencia de que el principio de la irretroactividad de la ley figure inserto en la Constitución Nacional, sobre todo si se lo vincula con el respeto de los derechos adquiridos, como lo hacía nuestro Código. Este principio tiene así una rigidez que no se aviene con las necesidades jurídicas, políticas y económicas de una sociedad. Por ello los pueblos de sólida tradición jurídica y de orden constitucional estable, han considerado con razón que el principio de la irretroactividad no debe estar asentado en la Carta Magna. Sólo algunos países latinoamericanos (Bolivia, art. 31; Costa Rica, art. 26; Cuba, arts. 22 y 23; Honduras, art. 54; México, art. 14; Nicaragua, art. 43; Paraguay, art. 26, y Perú, art. 25) y entre los europeos únicamente Noruega (art. 97) lo han establecido en su Constitución. Pero en estos mismos países, la vida del derecho ha demostrado que una regla rígida sobre este punto trae aparejados tan graves inconvenientes, que el legislador no ha podido menos que desconocerla y los jueces se ven obligados a admitir excepciones, abriendo una brecha por la que bien pronto pasa todo género de leyes retroactivas.

Es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en México, cuya Constitución prescribe en el artículo 14 que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. No obstante el carácter bien expreso de la prescripción, los tribunales concluyeron declarando que ese precepto se dirige a los jueces, pero no al legislador (ver nota 10). Es lo que ha pasado también en los Estados Unidos (ver nota 11). Las provincias argentinas brindan asimismo ejemplos interesantes. El principio de la irretroactividad en materia civil, ha sido acogido por varias constituciones locales. Pero los tribunales provinciales han debido reconocer bien pronto distintas excepciones y han declarado la validez de las leyes retroactivas (ver nota 12).

Es también lo que ha ocurrido con la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, según la cual el principio de que las leyes no pueden tener efectos retroactivos si alteran derechos adquiridos de orden patrimonial tienen fundamento constitucional; no obstante ello ha debido reconocer la constitucionalidad de numerosas leyes que los afectan (véase núms. 157 y sigs.).

181. INOPERANCIA DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD.- Si, por consiguiente, el principio de la irretroactividad no obliga al legislador, que puede dictar leyes de ese carácter cuando lo estime conveniente; si sólo obliga al juez, en el caso de que la ley nueva nada disponga sobre el punto, es evidente que su papel en el afianzamiento de la seguridad jurídica es muy modesto.

En efecto: los ataques contra la seguridad individual y los derechos personales, no han de temerse nunca de los jueces, que por razón de su inamovilidad, su educación jurídica, por tener su vida dedicada al derecho, son naturalmente conservadores y respetuosos de los derechos que las leyes reconocen. La inseguridad en el goce de los bienes, el desconocimiento de los derechos, nunca han provenido de ellos. Es al legislador al que hay que temerle. Los diputados surgen del pueblo, son intérpretes de sus aspiraciones, participan de sus pasiones, pulsan sus angustias y descontentos; muchas veces responden a intereses de grupos o de partido, quizá circunstanciales. No es extraño, pues, que impulsados por aquellos sentimientos, y puestos quizá en trance de tener que halagar su clientela política para mantener su caudal electoral, los legisladores dicten leyes injustamente retroactivas; que con gran precipitación y no mucho tino, sancionen leyes de las que tal vez mañana se arrepientan, pero que, entretanto, ya han producido perjuicios irreparables. Y resulta que contra este peligro, el único verdadero contra la seguridad jurídica, el principio de la irretroactividad no ofrece remedio alguno.

182. LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA DE LA SEGURIDAD INDIVIDUAL.- Entendemos que la solución del problema de la seguridad individual no está, pues, en la protección constitucional de todos los derechos adquiridos, lo que resulta jurídicamente imposible, sino en el amparo constitucional de aquellos derechos que se estiman fundamentales para el individuo y la sociedad. Si se cree que el derecho de propiedad, de profesar libremente su culto, de libertad individual, de asociación, son esenciales para una sociedad determinada, es necesario inscribirlos en la Constitución. De esta manera la protección de los derechos no sólo está por encima de la ley, sino que es completísima. No los ampara tan sólo porque la ley los afecta con carácter retroactivo, sino que los ampara en todo caso, para el pasado y para el futuro, sobre todo para éste, que es el que en definitiva interesa.

Es claro que no se protegen así, todos los derechos actuales, como lo haría la protección indiscriminada e imposible de los derechos adquiridos. Pero ésta es justamente una de las ventajas del sistema. ¿Quién podría sostener, con una mano en el corazón, que todos los derechos actualmente reconocidos por las leyes son justos, que es deseable que todos ellos se mantengan inmutables en el porvenir? Por el contrario, tenemos la conciencia clara de que hay mucho que modificar y perfeccionar. Sería absurdo proteger toda la malla legal vigente contra cualquier cambio.

La misma jurisprudencia de la Corte Suprema demuestra el acierto de estas conclusiones. Cuando ha querido proteger un derecho dado, o una determinada situación jurídica, no ha acudido al artículo 3º del Código Civil, sino a la protección constitucional de la propiedad, lo que demuestra que aquél era insuficiente para dar seguridad y continuidad a los derechos. Es claro que la jurisprudencia que comentamos se ha resentido por la admisión de la teoría de los derechos adquiridos, que ningún texto constitucional ha protegido y que ha obligado al Alto Tribunal a incurrir en las contradicciones y vacilaciones que hemos destacado (véase núms. 157 y sigs).

Es indudable que el derecho de propiedad que la Constitución protege, no se ve lesionado porque cualquier derecho adquirido al amparo de la legislación anterior sea afectado por la nueva. Al garantizar la propiedad, sin duda no ha sido el propósito cristalizarla, momificarla, conservarla indiferente a todo cambio y toda evolución. Lo que se ha querido es proteger ese derecho frente a toda ley que lo afecte sustancialmente, lo desnaturalice. Y los jueces deben estar atentos contra estos ataques, pues son ellos los custodios de ese derecho -como de todos los otros garantizados por la Constitución- que es uno de los pilares de nuestra organización social y política. Cuando la propiedad se vea realmente afectada, la Corte debe declarar inconstitucional la ley, sin preocuparse de que tenga efectos retroactivos o disponga sólo para el futuro.

No era, por consiguiente, necesario que la Corte Suprema recurriera a la vieja teoría de los derechos adquiridos para proteger la propiedad; bastaba con atenerse a la garantía constitucional, para mantener en su integridad aquel derecho.

(nota 1) Según lo indicamos en el texto, sólo expondremos las teorías que reputamos más importantes y que mayor eco han tenido. Para una síntesis muy completa de las distintas opiniones sostenidas hasta el presente, véase ROUBIER, P., Les conflits des lois dans le temps, t. 1, y PACE, G., Il diritto transitorio, nº 50 y s.

(nota 2) Véase principalmente: VAREILLES-SOMMIERES, Une nouvelle théorie sur la retroactivité des lois, París, 1933, ps. 24 y s., nº 44 y s.; CHIRONI y ABELLO, Trattato de diritto civile, 1904, t. 1, p. 83; COVIELLO,

N., Doctrina general del Derecho Civil, ed. México, ps. 118 y s.

(nota 3) COVIELLO, N., Doctrina general del Derecho Civil, ed. México, p. 119.

(nota 4) DUGUIT, L., Traité de Droit Constitutionel, 3ª ed., t. 2, § 21, t. 6, § 26; JÈZE, O., Les principes généraux de droit administratif, 2ª ed., ps. 9 y s.; íd., Cours de droit public, ps. 109 y s.; íd., Revue de droit public, 1924, ps. 157 y s.

(nota 5) ROUBIER, P., Les conflits des lois dans le temps, t. 1, ps. 379 y s. El mérito principal de ROUBIER consiste en haber precisado con toda claridad cuáles son los efectos retroactivos de la ley, terminando con una confusión de conceptos muy frecuente, que consistía en considerar retroactivos efectos de la ley que nuestro autor llama inmediatos. Ante todo pone de manifiesto que las relaciones jurídicas o, como él prefiere llamarlas, las situaciones jurídicas, se desarrollan a lo largo de cierto tiempo, de modo que la nueva ley puede intervenir en un momento dado de ese desenvolvimiento; si esta ley afecta o se refiere a las partes anteriores, tiene efectos retroactivos; si por el contrario, sólo se refiere a las partes posteriores, tiene efectos inmediatos.

(nota 6) SZASZY, E., Recueil de Cours de l'Academie de Droit International, 1934, t. 47, p. 206.

(nota 7) De acuerdo: PLANIOL, Traité élémentaire, t. 1, p. 99, nº 256; RAYCES, Los derechos adquiridos en los contratos sucesivos, Buenos Aires, 1943, ps. 29 y s.; LASALLE, F., Théorie systematique des droits adquis, trad. francesa, t. 1, ps. 211 y s.

(nota 8) DUGUIT, Traité de droit constitutionel, 3ª ed., t. 2, § 21; t. 6, § 26; JÈZE, Les principes généraux de droit administratif, 2ª ed., ps. 9 y s.; íd., Cours de droit public, 1913, ps. 109 y s.; ROUBIER, Les conflits des lois dans le temps, t. 1, ps. 564 y s.; SZASZY, E., Recueil de Cours de l'Academie de Droit International, 1934, t. 47; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 4ª ed., t. 1, nº 249 y s.; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 11ª ed., t. 1, nº 57 y s.; COVIELLO, Doctrina general del Derecho Civil, ed. México, ps. 121 y s.

(nota 9) LASALLE, F., Théorie systematique des droits adquis, trad. fr., t. 1, ps. 211 y s.

(nota 10) ANDRADE, M., Nuevo Código Civil Anotado, México, 1948, nota al art. 5º y jurisprudencia allí citada.

(nota 11) Sobre el problema de la retroactividad de la ley en la Constitución y jurisprudencia norteamericana, véase nuestro libro: Retroactividad de la ley y derechos adquiridos, p. 26, nº 12; BRYANT SMITH, Retroactive law and vested rights, Selected essays on constitutional law, 1938, t. 2; CAMPBELL BLACK, H., An essay on the constitutional prohibition against legislations impairing the obligations of contract, Boston, 1987; y CORWIN, E., La Constitución norteamericana y su actual significado, trad. esp., Buenos Aires, 1942, ps. 85 y s.

(nota 12) Sup. Trib. Córdoba, 23/6/1944, J.A., 1944-III, p. 89; mismo Tribunal, 6/9/1930, J.C., t. 3, p. 564, Rep. L.L., t. VII, p. 1134. No ha faltado quien pretendiera poner el principio de la irretroactividad más allá de los poderes de los propios constituyentes, dándole categoría de derecho natural. Ya MIRABEAU lo sostuvo en la Asamblea francesa de 1790, con ese tono grandilocuente de la época: Ninguna potencia humana o sobrenatural puede legitimar un efecto retroactivo; he pedido la palabra para hacer esta profesión de fe. Similar es la postura de DUGUIT (Traité de droit constitutionel, t. 3, § 98, p. 661). La idea de que el principio es de derecho natural, estaba muy difundida en la época de la Revolución Francesa, que como toda revolución profunda dictó numerosas leyes retroactivas; las desviaciones al principio de la irretroactividad se explicaron también por una razón profunda en el derecho natural. Todas les leyes que no hacían, dentro del concepto revolucionario, sino aplicar principios superiores de justicia y de equidad, debían aplicarse por ello mismo, por ser declaratorias de esos grandes principios preexistentes, hacia el pasado y respecto a una legislación juzgada viciosa. Este es un ejemplo bien ilustrativo de cómo, aun juzgando que nuestro principio es de derecho natural, se encuentra siempre la forma de eludirlo, invocando para ello también el derecho natural.

La lesión en la ley 17.711 - Crónica de la disertación del Dr. Jorge Sago (ED, 180-1494)
Información del Documento **ACTOS Y HECHOS JURIDICOS CODIGOS DERECHO CIVIL**

Se refirió primero a la entrada en vigencia, en 1871 del Código Civil, fruto de la capacidad de un cordobés, don DALMACIO VELEZ SARSFIELD, orgullo para nuestro país, destacando que de aquel acontecimiento pasaron 130 años y tenemos aún vigente el Código de VéLEZ.
EXPRESO: Sabemos también que no es nada fácil que un código, un conjunto de normas reunidas, puedan subsistir a los embates lógicos y naturales del tiempo, y sin embargo, hoy en 1998, a 130 años de aquel acontecimiento, que llenó de orgullo al país y a los argentinos que vivían entonces, y a pesar de los cambios experimentados por la ciencia, la técnica, la sociedad, en un mundo cerca de lograr llegar al 3er. milenio, el Código de VELEZ sigue vigente. Es decir, debe tener virtudes evidentes para poder subsistir. Si nosotros valoramos ello, tenemos que valorar que a través de este largo tiempo nuestro código haya sufrido transformaciones lógicas, adecuadas para aquellas instituciones nuevas que surgían y que entraban en transformación en una sociedad también en permanente transformación. Y debemos reconocer tal vez aquí, que de las reformas sufridas por el código tuvo una singular importancia, por ser la más extensa, la que tuvo una razón de ser trascendente en la incorporación al viejo texto, de nuevos institutos, que no lo deformasen, no lo transformasen, que se adaptase al nuevo código y que permitiera la subsistencia del mismo, modificado, es decir, el movimiento se demuestra andando, y así de 1968 a la fecha, la virtual reforma que propuso la 17.711, se pudo advertir a través de los organismos y la importante interpretación jurisprudencial, que supo adaptarla en su contenido y en su esencia a la marcha de nuestro país. Fue así, que a fines del año 1966, la Secretaría del Estado de Justicia, designó una comisión que estuvo integrada por inminentes juristas, doctores: José F. Bidau, Abel Fleitas, Roberto Martínez Ruiz, José María López Olaciregui, Alberto S. Spota, Dalmiro Alsina Atienza y Guillermo Borda. Conforme lo aclara Guillermo Borda, (BORDA GUILLERMO, La Reforma de 1968 al Código Civil, Perrot, Bs. As. 1971, pág. 9), el primer problema que hubo de resolverse fue el de si la reforma del Código Civil debía ser total o parcial. La comisión se pronunció por mayoría por la reforma parcial, con la sola disidencia de los doctores Spota y Fleitas que entendían que la misma debía ser total. El poder Ejecutivo adhirió al criterio de la mayoría y el secretario de Estado de Justicia dio instrucciones a la Comisión para que procediese en consecuencia. Con posterioridad el Dr. Guillermo Borda resultó designado para ocupar el cargo de Ministro del Interior, por lo que transitoriamente se apartó de la comisión para realizar una suerte de lista de inventario de las reformas, más necesarias y urgentes, para examinarlas, estudiarlas y finalmente proponer aquellas modificaciones que correspondiesen. Con posterioridad renunció el Dr. López Olaciregui, habiéndose reincorporado el Dr. Borda al seno de la Comisión. Luego también renunció el Dr. Alsina Atienza y finalmente ya concluida la tarea cuando aún faltaba el trabajo de revisión de los textos, renunció el Dr. Spota. Por último elevado el Proyecto a la consideración del Poder Ejecutivo, éste lo sancionó con fuerza de ley bajo el Nro. 17.711 [ED, 21-961] el 22 de abril de 1968, pudiendo considerarse, en un balance aproximativo, que la reforma que era necesaria resultó positiva y que la labor de nuestros tribunales por medio de la jurisprudencia supo adaptarla a las necesidades premiosas de nuestra época, que por cierto diferían de las existentes en el momento de la sanción de nuestro Código Civil. En la presentación de este acto se enunciaron algunos de los tópicos tratados por la reforma y que significaron un verdadero adelanto y un aggiornamento de nuestras normas del derecho civil, se habló de imprevisión, se habló del principio de buena fe corporizado en el texto del 1198, se habló también del tema central de esta charla, de la LESION, la reforma trajo otras importantes modificaciones.
Yo me referiré por razones de temario a la **TEORIA DE LA LESION**, que significó para nuestro país un verdadero progreso jurídico que independizó el artículo 953 sancionado con el nro. 954 que introducía con absoluta independencia el nuevo instituto, el instituto de la lesión. Sabemos que el codificador había expresado en la larga nota del 943, en la nota del 58 y a través de su postura doctrinaria el rechazo del instituto y sabemos también que la efectividad del mismo, ha prestado, ha probado con creces, la utilidad que significó la reforma. Cabe aclarar, en alguna medida que un primer apoyo doctrinario a la postura de VéLEZ SáRSFIELD, las connotaciones sociales, naturales de la época fueron modificando el sentido y alcance de la doctrina, evidenciando también la labor de nuestros jueces. El instituto rechazado en su origen por los conceptos vertidos por VéLEZ, si bien no eran notas, las notas no son obligatorias, se creían que eran de la idea del codificador, fue abriéndose camino en una jurisprudencia que nos enaltece por la valentía que tuvieron nuestros tribunales en avalar un tema que no estaba regulado como ley. Pero que se imponía como una necesidad social en nuestro país. Respecto de este instituto podemos reconocer que ya en Grecia, advertía la utilidad del mismo la postura de ARISTóTELES. Que también en Roma el Código Dioclesiano y Maximiliano en la compraventa cuando el precio significaba menos de la mitad del importe que correspondía, podía apelarse al recurso de la lesión, como lesión objetiva vinculada directamente en esta enormidad de diferencia en las prestaciones. También sabemos que en la Edad Media, los pueblos bárbaros la rechazan. Retomado por el Derecho Canónico, con una base ética, también recepcionada por la Patrística y la

filosofía tomista donde los presupuestos de necesidad e inequivalencia son enjuiciados severamente, desde el ángulo de la caridad. No aparece en los 3 primeros proyectos del Código Francés. Sólo se lo admite en el 4º siguiendo la postura de Napoleón con relación a la compraventa, cuando la desproporción supera las 7/12 partes del precio. Que fue el Código Alemán de 1896, que entra en vigencia en 1900, el que primero atacó a las cuestiones que hacían a la situación disvaliosa de una de las partes y el aprovechamiento de la otra. Que el Código Suizo recepcionó el instituto, pero en vez de actos nulos, habló de actos anulables. Que hasta el Código Ruso recepcionó el instituto. Que también el Código Mejicano en su art. 17: cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado o lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación. El derecho concedido en este artículo dura un año. El Código paraguayo de 1987 -en su art. 671-lo recepcionó siguiendo las herramientas de nuestra reforma. Y que las anteriores reformas a la ley 17.711 encontraron posturas disímiles, diferentes ya que: Bibiloni rechazó el instituto por cuanto sostuvo que una interpretación inteligente del 953, que él mantenía, era suficiente para combatir la usura o la explotación de la necesidad de otro. El proyecto de 1936, por el contrario, en su art. 156, dispuso: Se juzgará especialmente contrario a las buenas costumbres, el acto jurídico por el cual alguien explotando la necesidad, la ligereza, o la inexperiencia ajena, se hiciere prometer u otorgar para sí o para un tercero, a cambio de una prestación ventajas de orden patrimonial evidentemente desproporcionadas. En el proyecto de 1954 art. 159- se habló de la lesión subjetiva: desgracia, ligereza o inexperiencia. De lesión objetiva: desproporción evidente, inequivalencia de la prestación que excediera la mitad del valor prometido.

Y que el Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba 1961 -recomendación nro. 14- Podrá demandarse la nulidad o la modificación de todo acto jurídico bilateral oneroso, en el cual alguien aprovechando la necesidad, penuria o inexperiencia extremas de otro, se hiciera prometer u otorgar para sí o para un tercero, ventajas patrimoniales en evidente desproporción a su prestación. La lesión deberá subsistir al momento de deducirse la acción, cuyo plazo de caducidad será de un año, contando desde la fecha en que deba ser cumplida la prestación a cargo del lesionado. La acción será irrenunciable al momento de la celebración del acto. La parte contra la cual se pida la nulidad, podrá evitarla si ofrece modificar el acto de modo tal que el juez considere equitativo por haber desaparecido la notoria desproporción entre las prestaciones. Se imponía la posibilidad concreta de demandar la nulidad. Reiteramos conceptos que recién vertimos: Nuestra jurisprudencia haciendo alarde de ineditada reflexión admitió ya antes de la Reforma la aplicación del instituto. Yo creo como el fallo más apropiado en esa época, anterior a la reforma el fallo de la sala A en diciembre de 1964, publicado en ED, 15-442, en autos: Peralta, Josefa del Carmen c. Trepal, Lorenzo, donde el voto del Dr. Borda resulta síntesis acertada de la doctrina existente en la época que ya recepcionaba a la lesión con absoluta independencia. Y que reflexionar sobre la diferencia sustancial propia del mismo con la posibilidad de aplicación del art. 953 que era una especie de remedio externo que se tomaba para alcanzar el resultado cuando nuestros jueces entendían que estábamos frente a un caso de injusticia. Es este fallo el que en realidad podemos considerar, resume y apoya esa postura jurisprudencial que hace a la independencia del instituto de la lesión, como también de la necesidad de su incorporación como ley vigente, para permitir que nuestros jueces, nuestros tribunales no deban recurrir a un artículo ponderable como era el 953 y encuentre la razón autónoma, en la disposición concreta que prevé el instituto.

La ley 17.711 incorporó en el art. 954 el instituto de la lesión y modificó en principio el 1er. párrafo del artículo y cambió lo que antes era el acto nulo, se convertiese, **podrán anularse**. Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación (separadamente introdujo el instituto de la lesión, y dijo:) 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 (agregó). Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones (y fijó momentos o el tiempo para establecer). Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. (Estableció también que) 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 esta fuere ofrecida por el demandado al contestar la demanda - El primer planteamiento que nos hacemos, es establecer: ¿Cuál resulta ser la naturaleza jurídica de la lesión? - CARRANZA dice: vicio de la causa final en sentido objetivo del acto jurídico bilateral, conmutativo, oneroso, porque al producirse la inequivalencia de las prestaciones queda sin causa eficiente la restante contraprestación afectándose el equilibrio contractual que es de la esencia de aquel linaje de convenciones. Para ZANNONI, en la lesión el vicio tiene su origen en circunstancias subjetivas concomitantes con el nacimiento del negocio -la lesión se infiere a una de las partes inicialmente por encontrarse en situación de inferioridad respecto a la parte que aprovecha o explota esa situación de inferioridad-. Ese fundamento es la

preservación y tutela de la buena fe negocial que reconoció el art. 1198 en su nueva redacción por la ley 17.711: los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión... Para MOLINA en la concepción subjetiva de la teoría de la lesión, ésta constituye un vicio del consentimiento. Postura con la que compartimos, ya que hemos admitido que participamos del criterio de que se trata de un vicio del consentimiento, aunque lo diferenciamos de los tradicionales provenientes de error, dolo, violencia, intimidación y simulación. Marcamos que estos están contenidos en el párrrafo 1ro. del 954 y con independencia de ello y a partir del párrrafo 2do., los legisladores de la ley 17.711 han separado acertadamente el vicio derivado de la lesión de los enunciados en el comienzo del artículo. - Cuáles son los caracteres y cuáles son los elementos: Reconocemos que la reforma en el 954 ha incorporado al código la llamada lesión subjetiva-objetiva, con preponderancia del aspecto subjetivo, por cuanto sin el aprovechamiento y la situación disvaliosa del lesionado no jugaría la institución a pesar de la existencia de una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada. Tenemos en consecuencia: a) Un sujeto que aprovecha porque conoce una situación disvaliosa. b) Un sujeto que no está en condiciones normales para discernir las consecuencias disvaliosas del acto, el sujeto lesionado, y tenemos finalmente. c) La relación o negocio jurídico es causa, por las razones subjetivas indicadas, de que una de las partes, obtenga una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Ello hace a los elementos estructurales básicos que permitirán la anulación o el reconocimiento del negocio jurídico. a) El 1er. presupuesto subjetivo: La explotación o el aprovechamiento que hace al lesionado, tiene que ver, no con una actitud que él realice, que puede interferir en el consentimiento que ha prestado el lesionado, a él le basta saber, conocer del déficit del lesionado para aprovechar las circunstancias y llegar al resultado de obtener un beneficio deseado. b) 2do. presupuesto subjetivo: que es explotación de la: necesidad, ligereza o inexperiencia. Necesidad: entendemos que es la situación apremiante que tiene el lesionado y que puede ser de carácter moral o material, es una circunstancia que puede alcanzar ribetes de presión moral como también de situaciones fácticas. Ligereza: es un término que ha confundido a la doctrina, pero que a través de la incorporación de los inhabilitados del 152 de la ley 17.711, la mayoría considera, que sin ser un alienado, sin ser demente, sin estar incluido en la disposición del 149 de nuestro código, el lesionado no alcanza a comprender el enorme perjuicio que puede derivarse del acto. No es un demente, no es un alienado, es una persona que no alcanza a tener un razonamiento perfecto que le permita discernir sobre las consecuencias nocivas del acto. La inexperiencia tiene que ver con el desconocimiento que tiene referido al negocio jurídico que está realizando; personas expertas con experiencia, pueden no conocer el contrato que quieren celebrar y pueden ser inexpertas en la negociación y recibir perjuicios de su aceptación en cuanto al negocio que celebra. c) 3° Presupuesto objetivo: que es ventaja evidentemente desproporcionada sin justificativo alguno. En cuanto al presupuesto objetivo, la ley habla de ventaja evidentemente desproporcionada. Por un lado, no necesitamos probarla, surge a la vista, la tenemos con total independencia de cálculos, de intenciones, de pericias, etc. Además esta ventaja, este despropósito de equivalencia de prestaciones no tiene justificación alguna, porque puede ser que el lesionado por razones afectivas, por razones personales, emotivas que podrían tener un andamiaje jurídico, puede realizar un acto que le resulte disvalioso. Si bien, el 954 está en la sección II del libro II referido a los actos jurídicos, en el 2do. párrafo se habla de reajuste equitativo del convenio, con lo cual podemos pensar que el instituto funciona en los presupuestos contractuales. El párrafo 3ro. trae una presunción, respecto de ella, respetuosamente me permito disentir con el maestro, con el Dr. BORDA; al considerar que no es necesaria la prueba del aprovechamiento de la situación de inferioridad de una de las partes contratantes para admitir la nulidad del acto. Cuando hay una grosera desproporción entre las prestaciones recíprocas, esta desproporción no puede tener otro origen que ese, a menos que se trate de una liberalidad. No corresponde, por tanto exigir una prueba, que a veces será inútil, resulta difícil de producir, cuando las mismas cláusulas del contrato están demostrando lo que se desea probar. El lesionado nada tiene que probar. Acciones a que da lugar: Carácter de nulidad: La lesión provoca la anulabilidad del acto lesivo (conforme art. 1046) pero tratándose de una nulidad relativa, prescriptible, convalidable, restringida en cuanto a los titulares de la acción, etc. Plazo de prescripción y titulares de la acción: Párrafo 4to. sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los 5 años. Irrenunciabilidad del Derecho. El Dr. SAGO nos ha permitido conocer y aprender mucho más, respecto de este instituto.

NOTAS NOTA DE REDACCIóN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: El vicio de la lesión. Evolución en el derecho civil argentino, por JUAN CARLOS GARIBOTTO, ED, 130-783; Diversos enfoques sobre la lesión subjetiva, por JORGE PALMIERI, ED, 163-592; La Lesión. A treinta años de la ley 17.711 y de cara a las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, por ALEJANDRO BORDA, ED, 179-1067.

El Derecho - ACTOS Y HECHOS JURIDICOS La lesión. A treinta años de la ley 17.711 y de cara a las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (ED, 179-1067)

Autor: Alejandro Borda

Sumario ---

1.INTRODUCCIóN.
2. BREVES ANTECEDENTES HISTóRICOS. 3. NATURALEZA JURíDICA.
4. OBJETO.
5. LOS ELEMENTOS DE LA LESIóN.
* a) PRIMER SUBELEMENTO SUBJETIVO: SITUACIóN DE INFERIORIDAD .
* b) SEGUNDO SUBELEMENTO SUBJETIVO: APROVECHAMIENTO DE LA INFERIORIDAD.
* c) EL ELEMENTO OBJETIVO: LA VENTAJA PATRIMONIAL EVIDENTEMENTE DESPROPORCIONADA.
6. ALCANCES DE LA DISTINCIóN DE LOS ELEMENTOS Y LA PRESUNCIóN DE EXPLOTACIóN.
7. ACCIONES, LEGITIMIDAD, CARáCTER DE LA NULIDAD, PRESCRIPCIóN E IRRENUNCIABILIDAD DEL DERECHO.
8. LA SITUACIóN DE LAS PERSONAS JURíDICAS Y LOS COMERCIANTES.

---------- Doctrina----------

1 Introducción A treinta años de la reforma al Código Civil introducida por la ley 17.711 [ED, 21-961], me parece conveniente echar una mirada a la lesión. Ante todo porque es una de las figuras claves de dicha reforma, constituyendo -junto con el abuso del derecho y la teoría de la imprevisión- el trípode del cambio sustancial producido en materia de actos jurídicos. Pero, además, porque sigue ofreciendo variantes interpretativas que han motivado no sólo comentarios diversos sino también interpretaciones jurisprudenciales opuestas. La lesión es un capítulo abierto en el debate jurídico. Prueba de ello es que los proyectos de reforma al Código Civil vuelven a tratarla y que será tema de debate en las próximas Jornadas Nacionales de Derecho Civil a celebrarse el año entrante en la Universidad Nacional del Litoral.

2 Breves antecedentes históricos: La lesión ha sido definida por OSSIPOW como el perjuicio económico experimentado por una de las partes, en el momento de la conclusión del contrato, consistente en la desproporción evidente entre las prestaciones intercambiadas, determinada por la explotación de su miseria, ligereza o inexperiencia(1) CARRANZA nos recuerda que una de las primeras enseñanzas de la doctrina de la lesión se encuentra en la obra de ARISTóTELES (Moral a Nicómaco) en donde la explicaba con el ejemplo del joven espartano que adquirió un fundo a vil precio y fue por ello multado por el Estado, corrigiéndose así un acto ofensivo a la justicia conmutativa(2). Por su parte, los emperadores Diocleciano y Maximiliano otorgaron a quien hubiera vendido por un valor inferior a la mitad del precio real, la posibilidad de rescindir la venta o bien, a elección del comprador, de percibir el precio justo(3). La primera recepción legal de la lesión fue el Código de Justiniano. Allí sólo se regulaba la denominada lesión objetiva, pues exclusivamente se atendía a la desproporción enorme de las prestaciones y siempre que se tratara de una compraventa(4). El Derecho Canónico, por su parte, mantuvo la aplicación de esta figura vinculándola con la noción del justo precio. Se seguía así la postura de la Iglesia Católica frente a las convenciones, las que consideraba válidas sólo si se basaban en la equidad. Los presupuestos de necesidad e inequivalencia eran enjuiciados severamente desde el ángulo de la caridad, que no es sino el grado piadoso de la solidaridad(5). Los juristas franceses, por su parte, oscilaron entre su rechazo y su sanción legislativa. El Código Napoleón dispuso la aplicación de la lesión para la compraventa de inmuebles, facultando exclusivamente al vendedor a invocarla, exigiendo sólo determinada desproporción de las prestaciones (7/12 partes) y sin que tuviera la menor importancia que el vendedor hubiese renunciado a invocarla en el momento de celebrar el contrato (art. 1674)(6). Los códigos siguientes (alemán(7), italiano(8), boliviano(9), portugués(10), suizo(11), mexicano(12), paraguayo(13), peruano(14), entre otros) comenzaron a introducir el elemento subjetivo, esto es el aprovechamiento de la situación deficitaria que padece la víctima, entre los presupuestos de admisibilidad de la lesión. El análisis en la Argentina debe comenzar con la nota de VéLEZ SáRSFIELD al art. 943 del cód. civil. Allí el Codificador luego de repasar la situación en las leyes romanas, españolas y en los códigos de la época, termina expresando que 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 solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocable los contratos. De esta manera funda su rechazo a regular la lesión enorme (en donde la desproporción de las prestaciones debe ser acreditada) o enormísima (en la que la desproporción surge evidente) las que, a su entender, no deben viciar los actos. Esta es la línea seguida por la legislación española(15) y uruguaya(16). A pesar de tal contundencia, la jurisprudencia aplicó veladamente la lesión, aprovechando el art. 953 del cód. civil. En efecto, amplió el contenido del concepto de los actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres, y llegó a resolver que la extraordinaria desproporción entre

las prestaciones era contraria a tales principios. Incluso BIBILONI, en la nota al art. 299 de su Anteproyecto, sostuvo que no era necesario legislar sobre la lesión pues consideraba que era suficiente la citada norma para combatir la usura o la explotación de la necesidad de otro. Es interesante recordar algunos fallos en este sentido. Así, el 18 de septiembre de 1952, en Pérez c. Colombo (sucesión), la Cámara Civil de la Capital Federal, sala B, resolvió que los honorarios convenidos para el pago del administrador judicial debían reducirse a sus justos límites si su monto resultaba a todas luces desproporcionado con la tarea desempeñada(17). También, el 27 de noviembre de 1953, en Daniele de Longoni c. Ackerman de Manus, la Cámara Nacional de Paz, sala II, declaró la nulidad de un contrato de compraventa por ser contrario a la moral y a las buenas costumbres. La operación impugnada importaba reconocer eficacia a un contrato usurario. En el caso se trató de la venta de un terreno en la suma de $ 800 que al año siguiente se tasó en $ 18.000(18). Sin embargo, antes de la reforma de 1968, se dictó un fallo que debe ser destacado. La sala A de la Cámara Civil de la Capital Federal en los autos Peralta c. Trepat, en el año 1964, con voto de Guillermo A. Borda, aplicó expresamente la teoría de la lesión a pesar de la admonición del Codificador(19). Se trataba de una larga historia: la actora era dueña de un campo de unas 1100 ha en la Provincia de Buenos Aires y conoció al demandado a raíz de una consulta médica en 1927. A partir de allí se trabó un vínculo de absoluta confianza de la actora hacia el demandado, entregándole la administración de ese campo mientras ella se fue a vivir a Italia. Como el dinero que el Dr. Trepat le giraba periódicamente dejó de alcanzarle, en 1950 regresó a la Argentina y ese año le vendió la nuda propiedad del campo, que estaba arrendado, a la mitad de su valor real, y seis años después le cedió el usufructo a cambio de una renta vitalicia de $ 36.000 anuales. Enseguida, Trepat consiguió mejorar el contrato de locación y llevar el precio a $80.000 anuales. Claramente se advierte la desproporción de las prestaciones las que, en el caso, se veían robustecidas por una evidente ligereza mental y la situación de pobreza por la que pasaba la Srta. Peralta. Este fallo seguía las huellas tanto del proyecto de 1936(20) como del anteproyecto de 1954(21), que incorporaron la lesión. En ambos supuestos, con algunas diferencias entre sí, la lesión fue legislada desde una óptica subjetiva-objetiva; esto es, teniendo en cuenta la desproporción de las prestaciones pero también la situación de inferioridad del lesionado. En el mismo sentido se expidió el III Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961(22) y más recientemente los proyectos de la comisión creada por el decreto 468/92(23) y el denominado proyecto federal(24).

Con la reforma de la ley 17.711 se incorporó el nuevo art. 954 que recepta la lesión. Según un criterio, que puede considerarse mayoritario, la reforma ha consagrado la lesión subjetiva-objetiva pues ha considerado no sólo la disparidad de las prestaciones sino también la situación de inferioridad del lesionado.

3 Naturaleza jurídica: El análisis de la naturaleza jurídica de la lesión ha dado origen a un profundo debate. Se ha sostenido que es una institución fundada en la equidad, la justicia conmutativa y la moral(25); que es un verdadero abuso del derecho en donde se pretende hacer valer una obligación que importa un notable exceso frente a la propia, lo que ofende a la regla moral(26); que constituye un acto ilícito(27); que es un vicio en la causa final, pues al verificarse la lesión queda sin causa la contraprestación recibida en exceso, afectándose así el equilibrio de las prestaciones(28); o un vicio propio de los actos jurídicos fundado en un defecto de la buena fe de lealtad(29); o un vicio de la voluntad por falta de libertad(30); que es, finalmente, la suma de una voluntad viciada de parte del lesionado y el aprovechamiento de esa situación por la parte contraria(31). La cuestión de la naturaleza jurídica interesa, particularmente, para distinguir la lesión del dolo. Como dice ZANNONI si la situación de la víctima fuera provocada por la otra parte, el aprovechamiento quedaría subsumido en una acción dolosa que conduciría a la nulidad del negocio por tal razón(32). En la lesión, en cambio, la situación de inferioridad de la víctima no ha sido provocada por la otra parte, sino que ésta la aprovecha para obtener una ventaja desproporcionada. En síntesis, el dolo no juega en la lesión.

4 Objeto: La lesión no queda acotada a los casos de compraventa como ocurrió en lo que podemos denominar el derecho histórico comparado. El art. 954 del cód. civil hace referencia a los actos jurídicos, sin otro aditamento. Por lo tanto, todo acto oneroso puede ser comprendido en el marco de la lesión, incluso los contratos aleatorios(33) cuando la ventaja obtenida es desproporcionada con el álea normal de ese contrato y es obtenida gracias al aprovechamiento de la situación de inferioridad de la otra parte (vale como ejemplo el contrato de renta vitalicia celebrado, como acreedor de la renta, por una persona de 90 años). Una doctrina, que puede considerarse mayoritaria, no admite que los actos unilaterales onerosos también puedan ser afectados por la lesión. LóPEZ DE ZAVALíA(34) defiende esta posición haciendo hincapié en la palabra convenio usada en el último párrafo del art. 954 del cód. civil. En el mismo sentido, CARRANZA(35) afirma que el derecho se desentiende de la regla moral cuando el sujeto daña su patrimonio en una dación voluntaria(36). Sin embargo, parece preferible la postura de BREBBIA(37), para quien la desproporción no sólo puede existir entre las prestaciones de las partes sino también entre las prestaciones que una de ellas hace y las ventajas patrimoniales o extrapatrimoniales que le puede llevar aparejada la realización del acto, como puede ocurrir con la repudiación de una herencia(38). Los actos gratuitos, en cambio, no pueden ser anulados por lesión(39).

5 Los elementos de la lesión: El art. 954 del cód. civil establece que podrá demandarse la nulidad o 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 (párr. 2º). La figura regulada es la llamada lesión subjetiva-objetiva, pues abarca esos dos elementos: el subjetivo, consistente en la explotación de la inferioridad y, el objetivo, apreciable en la ventaja patrimonial desproporcionada(40). La doctrina, a su vez, ha diferenciado dos subelementos dentro del elemento subjetivo:

a) la situación de inferioridad en que se encuentra un sujeto, y

b) el aprovechamiento que hace otro sujeto de tal situación.

a) Primer subelemento subjetivo: situación de inferioridad Para que exista lesión, una de las partes debe encontrarse en situación de inferioridad frente a la otra. El Código Civil dispone que tal inferioridad puede responder a tres variantes: que esté actuando por necesidad, con ligereza o que lo haga por su falta de experiencia. Sin embargo, debe señalarse que la enumeración legal no es taxativa(41), y que si se advierte un aprovechamiento de una situación de inferioridad que conduzca a una ventaja económica desproporcionada e injustificada, cualquiera sea la causa de esa inferioridad, corresponde anular el acto por lesión(42). En ese concepto de inferioridad cabe incluir la avanzada edad, el aprovechamiento de la situación financiera, la sorpresa(43) o una relación de extrema amistad que condujo a una confianza ilimitada. Por necesidad debe interpretarse un estado de carencia material o espiritual que se traduce en una situación verdaderamente agobiante o angustiosa que debilita al sujeto en su discrecionalidad de obrar(44). Puede decirse que se ha contratado bajo la presión de que quede afectado alguno de los derechos personalísimos. De esta manera se expande el concepto que da la Real Academia de la Lengua Española que define a la necesidad como escasez, pobreza, penuria, indigencia, miseria. Bien destaca MOSSET ITURRASPE que la necesidad tiene una mayúscula importancia en los contratos de consumo, en la medida que el consumidor padece la falta de bienes o servicios, que juzga indispensables, como un mal extremo(45). Finalmente, cabe diferenciar la necesidad de la lesión del llamado estado de necesidad del derecho penal: mientras en este último la persona necesitada no sufre daño alguno sino que ella se lo causa a un tercero para evitar el peligro inminente que la amenaza, en aquélla la persona que sufre el daño es precisamente la que se encuentra necesitada(46). La noción de ligereza ha generado encontradas posiciones. Para ZAGO constituye una situación casi patológica que disminuye el razonamiento y discernimiento, y que se vincula con la disminución de las facultades mentales aunque no se llegue a una plena incapacidad(47). Sin embargo, esta noción -que es mayoría entre nuestros autores- confundiría la ligereza del art. 954 con la inhabilitación del art. 152 bis del cód. civil; y parece claro que el mismo legislador no puede haber identificado un mismo concepto con dos palabras diferentes. Esto ha llevado a afirmar que el instituto de la lesión permite proteger al sujeto por los actos realizados antes de la sentencia de inhabilitación(48) o que abarca los supuestos de debilidad mental o confusión psíquica accidental(49). De seguirse esta línea doctrinaria, resultaría muy estrecho el campo de aplicación de la ligereza. Pienso, por mi parte, que por ligereza debe entenderse un obrar irreflexivo(50), un comportamiento carente de razonabilidad, un obrar con precipitación sin tomar conciencia de las consecuencias del acto realizado(51), siempre y cuando no se trate de una actitud netamente negligente. Es interesante señalar la opinión de MOSSET ITURRASPE quien, si bien por un lado adhiere a la posición criticada, más adelante afirma que el hombre de hoy, sea por la fatiga, el estrés, la vida acelerada, los requerimientos del consumerismo, la droga u otras razones, sufre limitaciones que en muchos casos lo llevan casi sin darse cuenta a contratar en desproporción(52), lo que importa dar evidentemente una mayor amplitud al concepto de ligereza. Por inexperiencia debe entenderse la falta de conocimientos que tiene un sujeto respecto del acto que ha celebrado. No se trata de una inexperiencia general (aunque si ella existe claro está que será suficiente), basta que debido a su escasa cultura o corta edad, no se tenga experiencia para celebrar ese acto en concreto, lo cual le impide aquilatar las ventajas y riesgos que asume. La inexperiencia se vincula con la desinformación, con la no profesionalidad, con el encuentro entre profesionales y aficionados, todo lo cual forma parte de la protección al consumidor(53). La inexperiencia hace referencia a una situación de desigualdad entre las partes, situación que es aprovechada por el más fuerte, capaz, inteligente o conocedor en detrimento del débil o inexperimentado(54).

b) Segundo subelemento subjetivo: aprovechamiento de la inferioridad Para que exista lesión, una de las partes debe explotar la situación de inferioridad de la otra, aprovecharse de la necesidad, ligereza o inexperiencia de esta última, y la consecuencia de este aprovechamiento es la obtención de una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada. Pero hablar de explotación o aprovechamiento no significa que se requiera una verdadera intención de explotar o aprovechar sino que basta el mero conocimiento de la situación que permite capitalizarla en su beneficio(55) o, al menos, que haya debido conocer esa situación de inferioridad. Este aprovechamiento puede constituir un acto de mala fe del lesionante, pues presupone la intención de obtener una ventaja patrimonial desproporcionada(56); sin embargo, mala fe no significa provocación del daño. Si se exigiera que la situación de la víctima hubiese sido provocada por el lesionante, la lesión se perdería en el concepto de dolo(57). MOISSET DE ESPANéS ha afirmado que este subelemento subjetivo -el aprovechamiento de la inferioridad- es lo más característico de la lesión. Por un lado, permite determinar su naturaleza jurídica y, por otro, su ausencia tornaría

incompleta cualquier fórmula legislativa que pretendiese reprimirla(58).

c) El elemento objetivo: la ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada La norma exige que la ventaja patrimonial resulte evidentemente desproporcionada y sin justificación. Tal ventaja debe existir al momento de celebrarse el contrato y subsistir cuando se inicie cualquiera de las acciones previstas en el art. 954(59). Si bien esta es la disposición legal, se ha sostenido que es invocable la lesión cuando no subsiste el desequilibrio o, en otras palabras, se ha restablecido el equilibrio por obra del lesionado o culpa de la parte aprovechadora(60). Serían los supuestos en los que el lesionado, que ha recibido un precio vil, adquiere un bien que luego se revaloriza sustancialmente, o en el que el aprovechador, por un acto propio, produjo el deterioro o desvalorización del bien recibido(61). Por otra parte, la desproporción debe ser injustificada, esto es, carecer de causa, pues si ella obedeciese a una liberalidad o algún otro móvil legítimo no podrá invocarse aprovechamiento alguno(62). Finalmente, la norma ha dejado en manos de los jueces la apreciación de la ventaja desproporcionada, a diferencia de otras legislaciones que fijan pautas porcentuales (Códigos Italiano[63], Español[64], Peruano[65], Boliviano[66]). Nuestra solución parece conveniente(67), aunque es necesario reclamar de nuestros magistrados, a la luz de los fallos publicados, una mayor valentía para aplicar la lesión.

6 Alcances de la distinción de los elementos y la presunción de explotación: El art. 954 dispone en su párrafo 3º que se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Este texto ha pretendido ser minimizado. Parte de la doctrina afirma que para alegar la lesión se deben probar el elemento objetivo (la desproporción) y uno de los subelementos subjetivos (la situación de inferioridad de la víctima)(68), pues de lo contrario, si sólo bastase el desequilibrio patrimonial desproporcionado para alegar la lesión, quedarían conmovidos los pilares de la fuerza obligatoria de los contratos. Por nuestra parte, consideramos que la presunción de la notable desproporción de las prestaciones se proyecta sobre los dos subelementos subjetivos(69). Ante tal notable desproporción se han de presumir iuris tantum todos los subelementos subjetivos de la lesión, pues resulta poco razonable sostener que se presume el aprovechamiento, que es presumir una conducta calificada del sujeto frente a un estado disminuido de otra persona, del cual aquel saca partido, sin contener a la vez la presunción de ese estado. No se puede explotar en abstracto, sino que se explota algo(70). La inversión de la carga de la prueba es plenamente justificada pues es lógico inferir la explotación ante una notable desproporción(71). Más aún, la gran desproporción de las prestaciones prueba por sí misma el aprovechamiento(72). La lesión objetiva hace presumir, salvo prueba en contrario, la lesión subjetiva; la notable desproporción de prestaciones importa una presunción iuris tantum del negocio lesivo(73). Por lo demás, no parece posible entender que las alocuciones ventaja evidentemente desproporcionada y notable desproporción sean sinónimos(74); de lo contrario, el párrafo 3º deja de tener sentido. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los últimos años, ha arrojado luz sobre la cuestión. Por un lado, resolvió que el instituto de la lesión debe ser valorado con criterio restrictivo(75); pero por otro lado, decidió que por la simple comprobación objetiva de que con un pago tan vil se haya pretendido cancelar la totalidad de lo adeudado se imponía aplicar el art. 954 del cód. civil, con operatividad de la presunción legislada en el párrafo 3º de la norma(76). No es posible separar la situación de inexperiencia, ligereza o necesidad del aprovechamiento que de tal inexperiencia, ligereza o necesidad haga la contraparte. Para la norma legal, se presume salvo prueba en contrario, que existe explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia en caso de notable desproporción de las prestaciones. La intención del legislador ha sido aligerar la carga de la prueba del sujeto afectado cuando la desproporción de las prestaciones es notable, lo que no impide al demandado desvirtuar la presunción de que el actor actuó dentro de una situación de inferioridad o que él mismo no explotó esa inferioridad(77). 7 Acciones, legitimidad, carácter de la nulidad, prescripción e irrenunciabilidad del derecho El lesionado tiene dos acciones: demandar la nulidad del acto o reclamar el reajuste de las prestaciones. A su vez, la contraparte tiene el derecho a convertir la demanda de nulidad en un reajuste de prestaciones si así lo ofreciere (art. 954, párr. 5º, cód. civil). Un tema de disputa doctrinaria es determinar si el demandado puede pedir el rechazo de la demanda y ofrecer subsidiariamente el reajuste para el caso de que el Juez haga lugar a la demanda. Existen quienes han negado tal derecho afirmando que no es razonable mantener en la incertidumbre los derechos del actor a lo largo de todo el pleito; además, el derecho que confiere el art. 954 in fine sólo puede ser ejercido si, de entrada, se admite que ha habido lesión y se ofrece repararla(78). En cambio, RIVERA reconoce ese derecho pues entiende que nada impide que discuta la existencia de los presupuestos de hecho y, para el caso de ser derrotado, ofrecer el reajuste para mantener la vida del contrato(79). Es discutible la posibilidad de reconocer en favor del lesionado una acción de daños y perjuicios como accesoria de la acción de nulidad. BREBBIA reconoce este derecho pues afirma que la lesión ha importado un acto ilícito y, conforme el art. 1056 del cód. civil, sus consecuencias deben ser reparadas(80).

En cambio, CARRANZA lo niega ya que, para él, la lesión no constituye un acto ilícito y MOLINA sólo admite la entrega del precio justo al momento de la contratación, pues esto habría sido lo justo a esa época(81). Sólo están legitimados activamente el lesionado y sus herederos (art. 954, párr. 4º, cód. civil) lo que impide transmitir la acción por actos entre vivos. Sin embargo, entiendo que en una futura reforma legal cabría ampliar la legitimación

a los acreedores del lesionado cuando éste sea insolvente; es que aquél puede sufrir un claro perjuicio proveniente de la actitud del lesionado que no ejerce su derecho ante la perspectiva cierta de que todo lo que pueda ganar pasará a su acreedor(82). El acto viciado por lesión es anulable de nulidad relativa(83), pues la causa de la invalidez no aparece manifiesta en el acto (sea que deba probarlo el lesionado, sea que el supuesto lesionante pueda vencer la presunción iuris tantum) y es establecida en exclusivo interés del afectado. Por lo tanto, no puede ser aplicada de oficio. La prescripción opera a los cinco años de celebrado el acto (art. 954, párr. 4º, cód. civil), lo que ha sido cuestionado tanto en lo que respecta a la extensión del plazo como al momento en que comienza a correr(84), y el derecho a invocar la lesión es irrenunciable en ese momento(85), pues como dijo SANDLER es indudable que quien renuncia a las acciones de nulidad o modificación en el propio momento de celebrarse el acto, lo hace coaccionado por la misma inexperiencia, necesidad o ligereza, con lo que esa renuncia carecería de valor(86); pero es renunciable después de celebrado el acto siempre y cuando haya cesado la situación de inferioridad (arg. art. 1060, cód. civil)(87).

Una última cuestión vinculada con el derecho administrativo: tanto el administrado tiene derecho a invocar la lesión frente al Estado, como éste frente a aquél, si ha sido víctima de un acto lesivo por encontrarse en situación de inferioridad. Así fue establecido en las IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil de 1976. 8 La situación de las personas jurídicas y los comerciantes Existe una corriente jurídica que pretende limitar al máximo la posibilidad de que las personas jurídicas y los comerciantes puedan invocar la lesión hasta llegar prácticamente a negarle su ejercicio(88). Si bien pensamos que debe haber una aplicación algo más estricta, entendemos que como regla puede ser invocada. Ante todo se debe recordar que el art. 954 del cód. civil puede ser empleado para estos casos pues el Código de Comercio no legisla sobre el tema de la lesión (pto. I, del Título preliminar del Código de Comercio)(89).

En este sentido, las IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, Mendoza, 1976, establecieron que el art. 954 es aplicable a los actos de comercio. Por otro lado, una cosa es especular y otra muy distinta es que haya aprovechamiento de una situación de inferioridad de la parte contraria que puede ser, incluso, un no comerciante. Además, la buena fe debe regir tanto en el derecho civil como en el comercial(90). Los comerciantes pueden estar actuando por necesidad. Si bien normalmente obedece a razones económicas(91), también hay necesidad cuando se contrata con peligro sobre la vida, el honor o la libertad. Además, ella existe cuando faltan los elementos indispensables para la continuidad de la empresa(92). Más difícil es admitir la invocación de la inexperiencia o la ligereza. Las IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (Mendoza, 1976) han establecido que, ordinariamente, el comerciante no podrá invocarlas. Una primera mirada sobre la cuestión permite reconocer que la persona jurídica o los comerciantes son personas expertas en su labor, y que si encaran otros proyectos cabe presumir que se han asesorado debidamente como lo hacen normalmente en su oficio. Sostiene RIVERA que el ordenamiento jurídico de la actividad comercial se funda en la profesionalidad del comerciante, que requiere y supone ciertas aptitudes y capacidades mínimas para el manejo y administración de los negocios, lo que excluye que el comerciante pueda ser víctima de inexperiencia(93). Sin embargo, puede ocurrir -como recuerda BREBBIA- que un comerciante sea, en ciertos casos, inexperto aun cuando realice actos propios de su profesión. Así, por ejemplo, un comerciante de vinos puede carecer de experiencia para comercializar animales(94). Más clara es, aun, la posibilidad de invocar inexperiencia por parte del comerciante que no actúa como tal sino que realiza actos de la vida civil que pasan a ser comerciales por conexión (art. 7º, cód. de comercio).

En cuanto a la ligereza, de sostener un estado patológico -como parte de la doctrina sostiene-, no existe en verdad inconveniente alguno para que el comerciante pueda invocar la lesión, porque estas personas pueden encontrarse en un estado de deficiencia psíquica o debilidad mental habitual o transitorio(95); en cambio, si sólo fuera un acto carente de razonabilidad, ya sea en un comerciante, ya sea en una persona jurídica, parece constituir una clara negligencia. Lo que no es posible es sostener fórmulas cerradas en las que se niegue la invocación de la lesión en los comerciantes. Y también habrá que ver la desproporción de las prestaciones pues si ésta es notable, existe una presunción iuris tantum de que ha existido una explotación de la inferioridad de un sujeto, a quien la ley no pregunta si es o no comerciante, todo lo cual lleva a afirmar que sería claramente injusto y contrario a la equidad mantener la vida de ese negocio.

NOTAS NOTA DE REDACCIóN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: El vicio de lesión. Evolución en el derecho civil argentino, por JUAN CARLOS GARIBOTTO, ED,130-783; Diversos enfoques sobre la lesión subjetiva, por JORGE PALMIERI, ED, 163-592. (1) OSSIPOW, citado por MOISSET DE ESPANéS, LUIS, La lesión en los actos jurídicos, Universidad Nacional de Córdoba, 1965, nº 316.

CAPACIDAD - Salas, Acdeel E. - Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J. Depalma - CÓDIGO CIVIL ANOTADO - 1999 - TÍTULO IX - DE LOS MENORES -

Art. 127. -
1. Menor impúber. - Los recibos firmados por un menor impúber son nulos. En cambio, son válidos los otorgados por un menor adulto (ver nota 1)
2. Menor adulto. - A) El menor adulto es un incapaz relativo de hecho que sólo puede otorgar por sí los actos lícitos que las leyes le autorizan (ver nota 2); respecto de aquellos de los cuales no tiene autorización, igualmente podrá otorgarlos, pero por intermedio de su representante, que en el caso, por tratarse de un hijo menor bajo la patria potestad de sus padres, lo será el padre (ver nota 3). Entendida la capacidad de las personas como la aptitud para ser titulares de relaciones jurídicas, el principio de incapacidad que gobierna el régimen de los menores adultos cesa respecto de aquellos actos que las leyes les autoricen a celebrar y para los cuales, por lógica consecuencia, son capaces (ver nota 4). La notificación de la demanda efectuada a un menor de edad es nula, dado que los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan a otorgar. Significa ello que la regla general es la incapacidad, salvo cuando la ley los autoriza para actuar por sí mismos (ver nota 5). B) La capacidad laboral de los menores adultos constituye una excepción a la regla general de la incapacidad de esta categoría de menores (arts. 55 Ver Texto , Cód.Civ.; 32 Ver Texto , 33 y concs., L.C.T.) (ver nota 6). C) Tratándose de un menor adulto que manejaba un propio automóvil habilitado administrativamente para ello, no hay que achacar imprudencia al padre por no oponerse al manejo del vehículo por su hijo, ni inculparlo por ello, siendo en consecuencia procedente la exculpación que pretende, tanto más cuanto que la existencia de la cobertura de los daños sufridos por la víctima por el seguro contratado por aquél la hace incólume frente a los perjuicios sufridos, salvando así el prurito que podría surgir en presencia de una supuesta insolvencia del menor (ver nota 7).

Art. 128. 2. Contrato de trabajo. - La incapacidad de los menores cesa por la mayoría de edad o por su emancipación, y la excepción de que desde los dieciocho años el menor puede celebrar contrato de trabajo sin consentimiento ni autorización de su representante, se refiere a contratos de trabajo en actividad honesta (ver nota 8). Art. 131 [Texto según ley 23264, art. 1]. - Los menores que contrajeren matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil con las limitaciones previstas en el art. 134 Ver Texto . Si se hubieren casado sin autorización no tendrán, hasta los veintiún años, la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto a ellos el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación. Los menores que hubieren cumplido dieciocho años podrán emanciparse 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. La habilitación podrá revocarse judicialmente cuando los actos del menor demuestren su inconveniencia, a pedido de los padres, de quien ejercía la tutela al tiempo de acordarla o del ministerio pupilar. Conc.: 128, 132, 133, 134, 168, 467.

2. Emancipación: objeto. - La emancipación por habilitación de edad es una institución organizada con un fin muy concreto; favorecer el desenvolvimiento de los menores de 18 años que evidencian una anticipada madurez y que requieran, en consecuencia -por su ubicación en la vida o por alguna otra circunstancia especial-, una esfera mayor de capacidad (ver nota 9).

3. Emancipación por habilitación de edad. **A**) La emancipación por habilitación de edad no hace cesar por sí sola el deber alimentario de pleno derecho, pero se puede obtener la cesación por sentencia si se prueba que el menor ya no los necesita, porque puede bastarse a su subsistencia (ver nota 10). El instituto de la habilitación de edad fue receptado por la ley 17711 , disponiéndose un régimen dual en cuanto a la forma constitutiva de ese tipo de emancipación, o sea que por un lado se prevé el caso del menor sujeto a patria potestad, supuesto en que sólo el padre puede requerir la habilitación del hijo, instrumentando su voluntad en escritura pública, como elemento estructural ad solemnitatem, y por otro, se contempla la hipótesis del menor bajo tutela, en cuyo evento la petición puede provenir tanto del tutor como del pupilo, y se requiere, como recaudo de forma, la sentencia judicial en proceso informativo (ver nota 11). **B**) Los efectos de la emancipación por habilitación de edad son idénticos que en el supuesto de emancipación por matrimonio (ver nota 12).

4. Emancipación abusiva. - Resulta evidente que la emancipación no se confirió teniendo en mira los fines para los que fue prevista si el padre no tenía trato con el menor ni sabía si dicha emancipación podría reportarle alguna

utilidad; dicha circunstancia, unida al hecho de que al mes y medio de conferida la emancipación, el padre alegó en juicio la emancipación para resistir el reclamo por alimentos, indican que dicha emancipación es abusiva y, por ende, inoponible al menor (ver nota 13). La institución de la emancipación resulta desvirtuada -entre otros casos- cuando es utilizada por el padre para obtener una ventaja personal y se convierte en un medio de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad, como, por ejemplo, las alimentarias (ver nota 14). La institución de la emancipación dativa resulta desvirtuada, entre otros casos, cuando es utilizada por el padre para obtener una ventaja personal y se convierte en un medio de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad, como por ejemplo las alimentarias (ver nota 15).

5. Emancipación y obligación alimentaria. - La emancipación no hace cesar por sí sola, de pleno derecho, el deber alimentario, ya que no significa que, por cumplirse dicho acto, el menor esté en condiciones de procurarse el sustento; en cambio, se podría obtener la cesación por sentencia si se probase que ya no los necesita porque puede bastarse a sí mismo para su subsistencia (ver nota 16).

Art. 133 [Texto según ley 23515, art. 2]. - La emancipación por matrimonio es irrevocable y produc**e el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil, salvo lo dispuesto en los arts. 134 y 135,** aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad, tengan o no hijos. No obstante ello, la nueva aptitud nupcial se adquirirá una vez alcanzada la mayoría de edad. 6804/10220 Conc.: 132, 134, 135, 137, 465, 841 (inc. 7), 1249, 1293, 1360, 1440. Art. 135. 1.**Designación de curador.** - Si el emancipado no requiere representante legal, es evidente que la representación confiada al Ministerio Pupilar también es superflua en la hipótesis de emancipación, habida cuenta de las predicadas calidades de promiscua y complementaria que la caracterizan (ver nota 17). 2. Actos de disposición de inmuebles. - Tratándose del cumplimiento de una sentencia judicial, a cuyo efecto se impetra la actuación del órgano jurisdiccional, y no propiamente de un acto de disposición, aunque la consecuencia de la mentada finalidad provoque la subasta de bienes recibidos a título gratuito no puede argüírse defensa alguna en función del art. 135, Cód.Civ., especialmente cuando no medió disposición alguna de bienes al tiempo de la demostración del crédito que se invoca (ver nota 18).

8. Capacidad del emancipado: interpretación. - El emancipado es plenamente capaz en lo atinente a su persona y bienes, de manera que las restricciones que se desprenden de los arts. 134 y 135, Cód.Civ., o bien resultan insuperables o se salvan mediante la autorización judicial que solicita el propio emancipado y no los representantes legal o promiscuo, de los cuales carecen quienes no son parte en tal articulación ni en cualquier otro tipo de proceso que involucre al primero (ver nota 19). Incluso más, se ha juzgado que el menor adquiere con su emancipación la capacidad plena propia del mayor de edad, pasando dicha capacidad a ser la regla y la incapacidad la excepción; y que si bien es cierto que la capacidad del menor emancipado está limitada por las prohibiciones impuestas por los arts. 134 y 135, Cód.Civ., una interpretación literal del texto legal permite concluír que estas restricciones y limitaciones rigen sólo para los menores emancipados por matrimonio, pero no para aquellos que lo han sido por habilitación de edad (ver nota 20). B) A los efectos de determinar cuáles son los actos que puede realizar un menor emancipado de conformidad con lo prescrito en el art. 135, Cód.Civ., se debe deslindar con precisión qué se entiende por acto de administración y acto de disposición. El primero es el que tiene por finalidad hacer producir a los bienes los beneficios que normalmente cabe obtener de ellos sin alterar su naturaleza, ni su destino. El segundo, al contrario, importe o no enajenación, es el que altera sustancialmente los valores productores del patrimonio, los que forman su capital o bien que comprometen por largo tiempo su porvenir o destino (ver nota 21).

9. Capacidad del emancipado: casuística. - La compra de un taxímetro por parte de un menor emancipado no constituye un acto de disposición de bienes, ya que lejos de arriesgar o poner en peligro su patrimonio importa un acto tendiente a desarrollarlo e incrementarlo en su propio beneficio (ver nota 22). No existe impedimento alguno para que se le haga entrega al menor emancipado de los Bónex que se le adeudan, por cuanto el art. 135 , Cód.Civ., no establece limitación alguna a la administración de los bienes (ver nota 23).

10. Designación del emancipado como curador. - Puede no ser razonable conferir el cargo de tutor a un menor emancipado, en la generalidad de los casos; pero la conclusión es distinta en cuanto a la posibilidad de designar curador al hijo emancipado, puesto que lo principal de esta función es cuidar que el enfermo recobre su capacidad (ver nota 24) y para tal se halla plenamente habilitado un joven respecto de sus progenitores (ver nota 25). Las restricciones que como emancipada tiene a tenor de los arts. 134 y 135, Cód.Civ.,no significan limitación de sus funciones de curadora. Al contrario, como curadora estará sujeta a la inspección y vigilancia del Ministerio Público (ver nota 26) y tendrá mayores limitaciones que las que surgen de su condición de emancipada (ver nota 27). 6804/11391 11. Alimentos debidos al emancipado. - Los créditos alimentarios pendientes de los menores de edad que llegan a la mayoría de edad, o que están emancipados deben ser reclamados por ellos, por derecho propio, por

haber caducado la supuesta representación legal de la madre; en consecuencia, deben designar a su apoderado o actuar por derecho propio (ver nota 28).

(nota 1) SCBA, 26/9/78, DJBA 116-122.
(nota 2) Ver art. 55 Ver Texto , Cód.Civ.
(nota 3) Juzg. 1ª Inst. Civ. 11 Cap., firme, 18/9/81, ED 98-608.
(nota 4) SCBA, 26/6/90, AS 1990-II-609 y ED 140-238.
(nota 5) CNCiv.D, 29/5/90, LL 1990-D-493.
(nota 6) SCBA, 26/6/90, DJBA 140-815 y ED 140-238.
(nota 7) CC Merc.I, 24/11/87, LL 1988-B-280 y DJ 988-2-211.
(nota 8) CNCiv.F, 2/12/71, ED 41-841.
(nota 9) CNCiv.E, 12/4/84, ED 109-200.
(nota 10) CNCiv.F, 28/10/71, ED 40-402.
(nota 11) Juzg. 1ª Inst. Civ. 19 Cap., firme, 19/10/73, ED 54-287.
(nota 12) CNCiv.F, 28/10/71, ED 40-402.
(nota 13) CNCiv.E, 12/4/84, ED 109-200.
(nota 14) CNCiv.E, 12/4/84, ED 109-200.
(nota 15) CNCiv.E, 12/4/84, ED 109-200.
(nota 16) CNCiv.E, 12/4/84, ED 109-200 (dictamen del asesor de menores).
(nota 17) CNCiv.D, 9/6/81, LL 1982-A-442 y ED 94-551.
(nota 18) CNCiv.D, 7/6/83, LL 1983-C-505.
(nota 19) CNCiv.D, 9/6/81, LL 1982-A-442 y ED 94-551.
(nota 20) CNCiv.K, 10/4/89, LL 1991-C-193.
(nota 21) CNCiv.D, 17/12/85, ED 117-537.
(nota 22) CNCiv.K, 10/4/89, LL 1991-C-193.
(nota 23) CNCiv.D, 17/12/85, ED 117-537.
(nota 24) Ver art. 481 Ver Texto , Cód.Civ.
(nota 25) 1ª Inst. Civ. Cap., 30/12/83, ED 109-239.
(nota 26) Ver art. 381 Ver Texto , Cód.Civ.
(nota 27) 1ª Inst. Civ. Cap., 30/12/83, ED 109-239.
(nota 28) CNCiv.B, 6/3/85, ED 115-668 (253-SJ).

CAPACIDAD- Borda, Guillermo A. - Abeledo-Perrot - TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL 1999 - II. MENORES

§ 1.- Alcance y límites de la incapacidad de los menores

479. EL PROBLEMA DE LA INCAPACIDAD DE LOS MENORES.- La mayoría de edad, y con ella la plena capacidad civil, se adquiere a los 21 años. Hasta ese momento, los menores son incapaces; pero es indudable que durante todo ese largo tiempo, que transcurre desde el nacimiento, su situación jurídica no puede ser exactamente la misma, porque la realidad de la vida exige soluciones diferentes. Una persona de 18 años está capacitada para ciertos actos y aun para ganarse la vida, como evidentemente no lo está una criatura de pocos meses. Por consiguiente, aunque durante todo este período la regla siga siendo la incapacidad, se hace necesario arbitrar distintas soluciones, según las edades. Examinaremos cómo se ha resuelto el problema en el derecho romano y en las legislaciones modernas.

480. EL DERECHO ROMANO.- En el derecho romano, la situación de los menores sufrió importantes cambios en distintas épocas, pues a medida que la experiencia lo aconsejaba se iban introduciendo reformas para lograr una mejor protección. En los últimos tiempos se admitían estas tres categorías de menores: 1) los infantes, menores de 7 años, incapaces absolutos aun para aquellos actos que pudieran beneficiarlos; 2) los infantia majores, entre los 7 años y la pubertad, que primero se determinaba de acuerdo al efectivo desarrollo físico, pero que JUSTINIANO fijó en 12 años para las mujeres y 14 para los hombres; en general podían realizar válidamente los actos que les eran ventajosos, pero no los que los perjudicaban; 3) los púberes, que en el antiguo derecho eran plenamente capaces, pero a quienes se les fue creando una serie de medidas y beneficios con propósitos de protección que en la práctica se traducían en limitaciones a su capacidad; tal estado duraba hasta los 25 años, en que se alcanzaba la mayoría de edad. Este sistema pasó más tarde a la antigua legislación española, particularmente a las Partidas (Partida 4, tít. 16, ley 4; y Partida 6, tít. 16, leyes, 1, 12, 13 y 21).

481. EL SISTEMA DE NUESTRO CÓDIGO: MENORES IMPÚBERES Y ADULTOS.- Siguiendo la tradición romana, nuestro codificador estableció dos categorías de menores: impúberes y adultos, según tengan menos o más de 14 años de edad. Las diferencias más apreciables en la condición jurídica de los impúberes y los adultos, según el Código Civil, serían las siguientes. 482.- a) Los impúberes son incapaces absolutos (art. 54), mientras que los adultos lo son relativos (art. 55). Pero hemos dicho ya que esta doble categoría de incapaces absolutos y relativos es falsa y carece de toda consecuencia (véase núms. 459-460). En el caso de los menores, la regla es siempre la incapacidad; sean impúberes o adultos, ellos sólo pueden realizar aquellos actos que les están expresamente permitidos; y cuando la ley les permite realizar ciertos actos, algunas veces toma en cuenta la edad de 14 años, pero otras una edad distinta según la importancia del acto (véase núms. 485 y 489). 483.- b) Los impúberes carecen de discernimiento para los actos lícitos, no así los adultos (art. 921). Esta disposición es otro desacierto de VÉLEZ; además de aludir a un problema teórico, que no tenía por qué haberse tratado en el Código, es falsa. No es exacto que los menores de 14 años carezcan de discernimiento; por el contrario, lo tienen para numerosos y muy importantes actos lícitos: pueden casarse en supuestos excepcionales y previa autorización judicial (art. 167); desde los 10 años, los menores pueden tomar posesión de las cosas (art. 2392 , Cód. Civ.); aun antes de esta edad, están capacitados para realizar un sinnúmero de pequeños contratos, cuya importancia en la vida cotidiana es trascendental (para una enumeración completa de los actos que pueden realizar los impúberes, véase núm. 489). Es necesario admitir, por consiguiente, que para todos estos actos están dotados de discernimiento, con lo que deja de tener sentido la disposición del artículo 921 (véase núm. 818). 484.- c) Finalmente, la ley autoriza a los adultos a celebrar ciertos actos que no pueden llevar a cabo los impúberes. Pueden testar (art. 286); pueden estar en juicio criminal, cuando sean demandados (art. 286); si estuvieran ausentes con licencia del padre o en país extranjero, o en lugar remoto dentro de la República y tuviesen necesidad de recursos para sus alimentos u otras necesidades urgentes, podrán ser autorizados por el juez del lugar o por el cónsul de la República para contraer deudas que satisfagan la necesidad en que se hallaren (art. 284); pueden trabajar previa autorización paterna o tutelar (art. 275 , Cód. Civ., y art. 34 , ley 20744) y aun sin esa autorización, si vivieran independientemente de los padres o tutores (art. 3º , ley 20744); y si trabajan, pueden estar por sí o por mandatario en juicio relativo al trabajo (art. 35 , ley 20744), como también agremiarse y formar parte de asociaciones profesionales, sin que se requiera la autorización del representante legal (decreto 23853/1944, art. 5º, ratificado por la ley 12921); pueden hacer donación de lo que adquieran con su profesión o industria (art. 1807 , inc. 7º, Cód. Civ.); el depósito necesario por ocasión de peligro o de fuerza mayor, puede hacerse en personas adultas, aunque incapaces por derecho, y éstas responden por él, aunque no estén autorizadas por sus representantes para recibirlo (art. 2228 , Cód. Civ.); pueden enrolarse en servicio militar o entrar en comunidad religiosa con autorización paterna o tutelar (art. 275 , Cód. Civ.); en este último caso, el Código no introduce ninguna distinción, pero por la índole de la autorización debe entenderse que sólo se puede referir a los adultos (ver nota 2), son hábiles para declarar como testigos en juicio (art. 426 , Cód. Proc.). Pueden ejercer un mandato a nombre de otro (art. 1897 , Cód. Civ.), pues si bien esta norma

alude a los incapaces sin establecer ningún límite de edad, es lógico fijarlo en los 14 años, que es cuando la ley reconoce discernimiento; antes de esa edad no se concibe que un menor pueda comprar un inmueble, administrar un patrimonio, constituir una sociedad, aunque sea por poder de otra persona (ver nota 3). Hay, además, importantes actos que los adultos pueden realizar una vez cumplidos los 16 ó 18 años (véase núm. 489); pero en estos casos, la capacidad no depende de que sean adultos, sino de que hayan cumplido aquellas edades. 485.- Debe rechazarse categóricamente la opinión según la cual los actos celebrados por menores impúberes adolecen de nulidad absoluta, mientras que los realizados por menores adultos sólo son relativamente nulos. De esta teoría hemos dicho ya que carece de toda sustentación legal y que, en ambos casos, la nulidad es simplemente relativa (véase núm. 1255). 486.- La derogación del inciso 1º del artículo 515 (según el cual las obligaciones contraídas por menores adultos tenían el carácter de obligaciones naturales) ha eliminado una evidente confusión de conceptos. Las obligaciones contraídas por un menor adulto no son naturales, sino nulas, lo mismo que las contraídas por un menor impúber (ver nota 4). Así lo ha reconocido la ley 17711 al derogar la aludida disposición. 487.- De lo expuesto precedentemente se desprende que no se justifica establecer una distinción tajante entre impúberes y adultos. La regla debe ser siempre la incapacidad; y cuando la ley autoriza a los menores a realizar ciertos actos, debe fijar una edad apropiada para cada uno, según su naturaleza y caracteres. En algunos casos, el límite de 14 añosserá excesivo; en otros, será insuficiente. Los negocios que puede llevar a cabo una persona son de muy distinta complejidad e importancia; bastará a veces la aptitud de discernir y apreciar que se posee a los 7 años de edad, como, por ejemplo, si se trata de adquirir útiles de colegio; para otros actos debe exigirse un desarrollo mayor, como ocurre con el contrato de trabajo en que es prudente un límite de 14 años; pero esta edad no será suficiente para contraer matrimonio, realizar actos de comercio, etcétera. Es necesario, por consiguiente, ir aumentando paulatinamente la esfera de la capacidad de los menores, sin sujetarla a la fijación arbitraria y rígida de la edad de 14 años, límite de la pubertad (ver nota 5).

488. LEGISLACIÓN COMPARADA.- La legislación comparada se inclina a suprimir esta doble categoría de menores impúberes y adultos y a eliminar todo límite de edad rígido que separe dos condiciones diferentes: la incapacidad absoluta y la relativa. Al mismo tiempo se advierte una tendencia a facilitar el acceso a la capacidad, por medio de la emancipación dativa o voluntaria (véase núm. 495). La solución generalmente adoptada es mantener como regla la incapacidad hasta la mayor edad o la emancipación, pero a medida que el menor va creciendo, se lo autoriza a realizar ciertos actos; tal es el caso del derecho italiano, francés, suizo, español, mexicano, venezolano, etcétera. En cambio, distinguen dos categorías de menores, incapaces absolutos y relativos, el Código Civil alemán, que establece el límite de separación a los 7 años (arts. 104 y sigs.); el brasileño y el peruano, que lo fijan a los 16 años (arts. 5º y 9º, respectivamente). El Código ruso permite a los mayores de 14 años celebrar actos jurídicos con el consentimiento de sus representantes legales (art. 7º).

489. ACTOS QUE PUEDEN REALIZAR LOS MENORES.- Los actos más importantes que pueden realizar los menores son los siguientes: a) A los 10 años pueden tomar la posesión (art. 2392 , Cód. Civ.); desde esa edad tienen responsabilidad por los actos ilícitos. b) Están capacitados para contraer matrimonio, las mujeres a los 16 años y los hombres a los 18 (art. 166 , inc. 5º); consecuencia de ello es que también a esa edad pueden celebrar convenciones prenupciales (arts. 1217 y 1222 , Cód. Civ.). c) Pueden reconocer hijos extramatrimoniales, las mujeres sin límite de edad (art. 41, decreto-ley 8204/1963), los hombres a partir de los 14 años (art. 286 , Cód. Civ.). d) Pueden trabajar a partir de los 14 años con autorización paterna o tutelar; y aun sin ella, si vivieran independientemente de sus padres o tutores (art. 34 , ley 20744) (ver nota 6); más aún, si ejercieren algún empleo, profesión o industria, se presume que están autorizados por sus padres (art. 283 , Cód. Civ.). e) Están capacitados, a partir de los 14 años, para realizar todos los actos a que hemos aludido en el número 485. f) A los 18 años la capacidad de los menores se amplía notablemente. Nos ocuparemos de este tema en los números siguientes. g) Finalmente, y aunque la ley no lo prevea, los menores, aun impúberes tienen capacidad para celebrar un sinnúmero de pequeños contratos, que considerados aisladamente tienen poca importancia, pero que tomados en su conjunto revisten fundamental trascendencia en la vida cotidiana. Desde muy corta edad los menores hacen compras de poco monto al contado, se trasladan de un lugar a otro en los medios de transporte colectivo, pagando su pasaje; asisten a cinematógrafos y otros espectáculos públicos, abonando su entrada. Sancionados por una costumbre que se nutre en una necesidad social evidentísima, estos pequeños contratos son perfectamente válidos y legítimos. No se trata, como suele creerse, de actos nulos pero tolerados, sino de actos perfectamente lícitos, porque responden a una necesidad tan ineludible que aunque el legislador los prohibiera expresamente, seguirían cumpliéndose. Hace falta en nuestro Derecho una norma tan atinada como aquella que fue proyectada para el Código Popular alemán: "El joven nacional podrá, sin necesidad de consentimiento por parte de su representante legal, concertar los negocios cotidianos que corresponden a su edad y situación; por ejemplo, la compra de libros escolares o de herramientas de trabajo. No tendrá esto aplicación cuando el otro contratante debiera saber que el representante legal no está conforme con ello" (art. 28).

490. CAPACIDAD DE LOS MENORES QUE HAN CUMPLIDO 18 AÑOS (ver nota 7).- La ley 17711 ha

ampliado notablemente el campo de su capacidad. Según el nuevo artículo 128 , desde los dieciocho años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respeto las normas del derecho laboral. La reforma esencial introducida por esta norma consiste en que los menores que han cumplido 18 años pueden trabajar aunque no tengan autorización de sus padres o tutores. Cabe preguntarse si también pueden hacerlo en contra de la voluntad expresa de sus representantes legales. Es indudable que sí (ver nota 8). Lo que la ley ha querido es que el trabajo de estos menores no dependa ya de la voluntad de sus padres. Por otra parte, los padres o tutores no tienen forma de oponerse válidamente, ya que el contrato puede celebrarse sin su consentimiento, por lo que carecerán de oportunidad para manifestar su oposición. Es claro que si la legislación laboral exigiere otra edad por razones de salubridad u otro motivo, habrá que estar a la que estas leyes especiales dispongan. Por contrato de trabajo debe entenderse todo trabajo en relación de dependencia, trátese de un empleo privado o público. En cambio, no pueden trabajar en forma independiente o sea, por cuenta propia, sin autorización del representante legal (ver nota 9). Esto marca una importante diferencia con los menores que poseen título habilitante que como se verá (núm. 493) pueden trabajar por cuenta propia. 491.- No sólo estos menores pueden trabajar; además están autorizados para administrar y disponer libremente los bienes que adquieren con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos (art. 128 , 3er. párr.). Las atribuciones son amplias: los menores pueden disponer libremente de estos bienes, es decir, aun a título gratuito. La norma alude tanto al dinero ganado con el trabajo como a los bienes adquiridos con ese dinero. En cambio, estos menores no pueden administrar ni disponer de los bienes que hubieran adquirido por otro título, por ejemplo, por herencia, donación, legado o juego, ni de sus frutos ni productos, todos los cuales continúan bajo la administración del padre o tutor. Es una capacidad referida exclusivamente a los bienes adquiridos con su trabajo; en lo que atañe a los restantes, como así también en todo lo relativo al ejercicio de los derechos extrapatrimoniales, se mantiene su incapacidad. Y desde luego, el menor sigue bajo la patria potestad (o, en su caso, la tutela), lo que marca una diferencia notable entre su situación y la de los emancipados. Pero sobre los bienes que el menor ha adquirido con su trabajo, ni el padre tiene el usufructo ni el tutor derecho a la décima. La ley es clara cuando autoriza al menor a disponer de ellos sin salvedad alguna, lo que significa que en dichos bienes ni el padre ni el tutor tienen parte. Y es lógico que así sea, pues la ley ha querido que el menor que ha cumplido 18 años y trabaja pueda formar un peculio propio y adquirir esa independencia que da ganarse la vida. Una independencia relativa, pues repetimos que no cesan ni la patria potestad ni la tutela; pero con todo, muy importante. Por último, el artículo 128 , in fine, les acuerda aptitud para estar en juicio civil o penal vinculado con aquellos bienes. En otras palabras: en todo lo que atañe a los bienes adquiridos con su trabajo, los mayores de 18 años tienen las más amplias atribuciones para disponer de ellos, y para defenderlos judicialmente, estando en juicio ya sea como actor o como demandado. La ampliación de la capacidad de estos menores, dispuesta por la reforma de 1968 al Código Civil obedece a una necesidad impostergable de la juventud moderna. Tanto la evolución social como un desarrollo más precoz de las facultades mentales derivado de los nuevos métodos educativos y del progreso de los medios de difusión, particularmente la prensa y la televisión, han despertado en los jóvenes una acuciante apetencia de trabajar e independizarse económicamente de sus padres. La reforma responde, pues, a una sentida necesidad. Ya el Código italiano estableció una norma similar (art. 3º) y lo propuso en nuestro país el Anteproyecto de 1954 (art. 75). 492.- Hemos dicho que estos menores pueden disponer libremente de sus bienes; vale decir, pueden comprar, vender, donar, dar en préstamo, arrendar. Y, por lo tanto, pueden por sí y sin autorización paterna o judicial, firmar las escrituras traslativas de dominio (ver nota 10). Para adquirir un bien con dinero ganado con el trabajo basta con la manifestación hecha por el menor en la escritura pública, de que el dinero tiene ese origen (ver nota 11). De lo contrario, sería necesario todo un procedimiento judicial para probar el origen de los fondos y para obtener la conformidad del juez, sistema que sería claramente contrario al de la ley, que faculta a los menores que han cumplido 18 años a disponer libremente de sus bienes. Si la manifestación de que el dinero se ha adquirido con el trabajo del menor no se hace formalmente en la escritura, el escribano no puede autorizarla, pues ella constituye el fundamento formal de la validez del acto. Pero cabe preguntarse qué ocurre si la afirmación fue falsa, porque el dinero no provenía del trabajo, sino de otros bienes propios, del juego o -hipótesis extrema pero no imposible- del robo. Pensamos que en cualquier caso, el tercero que vendió de buena fe debe estar a cubierto de cualquier acción de nulidad. Es la solución exigida por la seguridad del comercio jurídico. En cambio, si se prueba que el vendedor sabía que el dinero no había sido adquirido con el trabajo del menor, el acto es anulable. Supongamos ahora que el menor compra un inmueble, quedando un saldo a pagar con hipoteca. Aquí hay un acto complejo: el menor no sólo paga parte del precio (a lo que indudablemente tiene derecho), sino que contrae una deuda. Pensamos que no hay inconveniente en el otorgamiento de la escritura; con la salvedad de que, en caso de que el menor no pague el saldo, el vendedor sólo puede ejecutar el bien vendido o los otros bienes que el menor hubiera adquirido con su trabajo, pero no los bienes que aquél pudiera poseer por otro título, pues respecto de éstos carece del derecho de disposición y, por tanto, no puede comprometerlos con sus actos. Supongamos ahora que el menor venda un inmueble que fue adquirido con el producto de su trabajo. La única

condición para que la nueva escritura se otorgue es que la anterior tenga la mención de que el bien se compró con dinero proveniente del trabajo personal. 492-1.- Conforme con la ley 18248 , los menores que han cumplido 18 años pueden optar por agregar a su apellido el segundo de su padre o el de su madre (art. 4º); si son hijos extramatrimoniales y han sido reconocidos por la madre y luego por el padre, pueden optar por conservar el apellido materno o por llevar el paterno (art. 5º); si son adoptivos, pueden pedir se agregue a su apellido de adopción el de sangre (art. 12). 492-2.- Los menores que han cumplido 18 años pueden donar uno de sus órganos pares o de materiales anatómicos cuya remoción no causará un grave perjuicio a la salud del menor, y siempre que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona que sin ser su cónyuge, conviva con el dador en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, lapso que se reducirá a dos años si de la relación hubieren nacido hijos (arts. 14 y 15, ley 24193).

493. MENORES CON TÍTULO PROFESIONAL HABILITANTE.- En condición similar se encuentran los menores que hubieren obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión; ellos podrán ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización (art. 128 , ref. por ley 17711). En este caso la ley no fija límite de edad. Por consiguiente, la capacidad empieza desde que se obtuvo el título habilitante, aunque se haya obtenido antes de los 18 años, como bien puede ocurrir con el título de maestro, perito mercantil, maestro mayor de obra, etcétera (ver nota 12). Hay que notar que en este caso, el menor queda habilitado para el ejercicio de la profesión y como tal, para celebrar contratos de locación de obra y de servicios profesionales independientes. Por consiguiente, si el menor no tuviere 18 años sólo puede celebrar estos contratos, pero no el de trabajo (a menos, claro está, que cuente con autorización de su representante legal); si ha cumplido 18 puede celebrar todos aquellos contratos. Lo ganado en el ejercicio de la profesión puede ser dispuesto libremente por el menor, quien además está facultado para estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas con estos bienes. Sobre todo esto remitimos a lo dicho en los números anteriores, ya que lo dispuesto en el último párrafo del artículo 128 se aplica tanto a los menores que han cumplido 18 años y trabajan como a los que hayan obtenido habilitante para el ejercicio de una profesión.

§ 2.- Cesación de la incapacidad

494. CAUSALES.- La incapacidad de los menores cesa: a) por haber alcanzado la mayor edad; b) por la emancipación (art. 128).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: SPOTA, Derecho Civil, t. 1, vol. 3.2, ps. 115 y s., nº 751 y s.; ORGAZ, Personas individuales, ps. 283, y s.; LOZANO, G., Régimen jurídico social de la minoridad, Buenos Aires, 1944; LLAMBÍAS, t. 1, nº 641, y s.; íd., La legislación civil de los menores y su reforma, Revista Fac. Derecho de Buenos Aires, noviembre-diciembre, 1951, ps. 1455 y s.; ANTONI, J., El tema de la edad y de la capacidad, Rev. Instituto Derecho Civil de Tucumán, 1948, t. 1, ps. 9 y s.; AGLIANO, La capacidad y la minoría de edad, L.L., t. 148, p. 949; CASTRO y BRAVO, Derecho Civil de España, t. 2, vol. 1, ps. 149 y s.; EL GHAMRAWI, M., La protection legale des mineurs en droit comparé, París, 1929; BAJOTET, M., Les variations de l'incapacité du mineur a raison de son áge, París, 1941; FERE, V., Le mineur dans de droit anglais, París, 1923.

(nota 2) De acuerdo: LLAMBÍAS, J. J., La legislación civil de los menores y su reforma, Revista Fac. Derecho de Buenos Aires, noviembre-diciembre, 1951, ps. 1455 y s. Los tribunales de la Capital han resuelto que el padre o tutor no puede oponerse sin justa causa al ingreso de los mayores adultos a una comunidad religiosa (C. Civil 1ª Cap., 20/12/1940, J.A., t. 73, p. 460; 1ª Instancia Cap., 24/8/1950, J.A., 1953-IV, p. 381).

(nota 3) LLAMBÍAS, piensa, en cambio, que el mandato puede ser ejercido sin límite de edad (t. 1, núm. 647).

(nota 4) En este sentido: COLMO, Obligaciones, nº 82; LEÓN, Cuadernos del Instituto de Derecho Civil de Córdoba, II, 1957, p. 13.

(nota 5) En este sentido véase: LLAMBÍAS, J. J., La legislación de los menores y su reforma, Revista Facultad Derecho de Buenos Aires, noviembre-diciembre, 1951 p. 1455, especialmente nº 8; ANTONI, J., El tema de la edad y de la capacidad, Revista Instituto Derecho Civil de Tucumán, t. 1, nº 1, 1948, ps. 9 y s.;RIVERA, Habilitación de edad, nº 72. Para el derecho francés véase: BAJOTET, M., Les variation de l'incapacité du mineur a raison de son áge, París, 1941. Algunos fallos destacan que no difiere el funcionamiento de la incapacidad de los menores impúberes o adultos, pues el acto realizado por ellos es siempre nulo de nulidad relativa; C. Civil Cap., Sala A, 27/2/1970, E.D., t. 35, p. 251; Sala F, 2/12/1971, E.D., t. 41, p. 841.

(nota 6) Véase STEFANELLI, La capacidad del menor en el derecho del trabajo, L.L., t. 83, p. 853, con un minucioso estudio del tema.

(nota 7) BIBLIOGRAFÍA: KEMELMAJER DE CARLUCCI, La capacidad civil del menor que trabaja, Buenos Aires, 1976.

(nota 8) De acuerdo: KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit., p. 39.

(nota 9) De acuerdo: KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit., en nota anterior, p. 29.

(nota 10) De acuerdo: FALBO, La reforma del Código Civil y su significación con relación a la función notarial, La Plata, 1968, p. 9.

(nota 11) De acuerdo: SPOTA, Curso sobre temas de derecho civil, 1971, p. 108; FALBO opina que en la escritura debe constar: a) que el menor comparece por sí, porque está legitimado para hacerlo; b) que trabaja o ejerce una profesión; c) que ha ganado el dinero que emplea, dando para cada una de sus manifestaciones las justificaciones necesarias que acrediten su verosimilitud (op. cit., en nota anterior, p. 9). El último requisito nos parece excesivo; no lo exige la ley y no constituye ninguna seguridad desde que en definitiva sólo se trata de manifestaciones de las cuales no puede exigirse prueba. KEMELMAJER DE CARLUCCI sostiene que además de la constancia de que el bien se ha adquirido con el producto del trabajo personal, el escribano debe agregar al protocolo un certificado de trabajo expedido por el empleador o una transcripción del título habilitante (La capacidad civil del menor que trabaja, p. 115).

(nota 12) De acuerdo: LLAMBÍAS, La reforma, p. 29, texto y nota 23; PÉREZ CASTELLANOS y MURRAY, Régimen general de capacidad, E.D., t. 58, p. 733, nº 4; KEMELMAJER DE CARLUCCI, La capacidad civil del menor que trabaja, p. 67. Creen en cambio, que además del título habilitante se necesita tener 18 años: SMITH, Consideraciones sobre la reforma, L.L., t.130, p. 1016, especialmente p. 1012; BUSTAMANTE ALSINA, El nuevo régimen de las incapacidades según la reciente reforma del Código Civil, L.L., t. 130, p. 1046. Pero estos autores no han tratado el tema ni explicado las razones en que fundan su afirmación, que aparece hecha incidentalmente.

MATRIMONIO - Borda, Guillermo A. Abeledo-Perrot - TRATADO DE DERECHO CIVIL - FAMILIA 1993

6.- Consentimiento de los menores

124. ASISTENCIA.- Si bien la ley permite, más que todo por razones biológicas y morales, el casamiento de los menores, es obvio que su falta de experiencia y de desarrollo mental los expone a serios peligros. Con el fin de prevenirlos, se exige la autorización del padre o tutor, o en su defecto, el juez. Pero bien entendido que estas personas no tienen, en este caso, funciones de representación legal, sino de asistencia. No actúan a nombre del menor; son éstos quienes deben dar personalmente su consentimiento. Pero esta manifestación de voluntad no es suficiente por sí sola; para que produzca todos sus efectos legales es menester que sea completada por la autorización aludida.

1.- Autorización

125. QUIÉNES PUEDEN CONCEDERLA.- Según el art. 168 , la autorización debe ser concedida por sus padres o por aquel que ejerza la patria potestad o por su tutor cuando ninguno de aquéllos la ejerciera, o en su defecto, por el juez (art. 168). Es necesario precisar que se necesita el consentimiento de ambos padres aunque ellos estuvieran separados o divorciados o el matrimonio fuere anulado; igualmente se requerirá el consentimiento de ambos padres extramatrimoniales, si ambos hubieran reconocido al hijo (art. 264 quater).
A falta de padres, la asistencia debe ser prestada por el tutor. Finalmente, si el menor no tuviere padres ni tutores, la autorización debe ser concedida por el juez. Igual solución para el caso de que los padres estén ausentes y se ignore su paradero o fuera muy difícil dar con ellos. (ver nota 1)
Se discutía en nuestra doctrina si los menores a quienes se ha concedido la emancipación dativa necesitan o no de la venta materna para contraer matrimonio. (ver nota 2) La cuestión ha sido resuelta expresamente por el nuevo art. 168 (ley 23515 <>) en el sentido de que aun los habilitados de edad necesitan el asentimiento de sus padres o tutores. Pero el menor emancipado por matrimonio, no necesita asentimiento, porque la emancipación es irrevocable y el art. 168 se refiere a la habilitación de edad.

126. FORMA.- El consentimiento debe manifestarse verbalmente en el acto mismo del matrimonio o bien constar en un acto auténtico, como sería el testimonio de una escritura pública labrada con ese fin. Este documento quedará archivado en la oficina.

2.- Disenso

127. OPOSICIÓN DE LOS PADRES O TUTORES.- La facultad de otorgar la autorización lleva implícita la posibilidad de negarla; pero esta potestad no es arbitraria. La ley sólo permite fundarla en las siguientes causales: 1) la existencia de alguno de los impedimentos legales; 2) la inmadurez psíquica del menor que solicita autorización para casarse; 3) la enfermedad contagiosa o grave deficiencia psíquica o física de la persona que pretende casarse con el menor; 4) la conducta desarreglada o inmoral o la falta de medios de subsistencia de la persona que pretende casarse con el menor (art. 169).

Se discute si esta enumeración legal es taxativa o no. (ver nota 3) Aunque la cuestión es dudosa, nos inclinamos por no atarle las manos al juez, cuando juzgue que hay una causa razonable y seria que aconseje negar la autorización. Así, por ejemplo, el inc. 2 prevé como motivo que justifica la oposición paterna, la inmadurez psíquica del menor que solicita autorización para casarse; en cambio, no está prevista la inmadurez psíquica de la persona con la cual el menor piensa casarse; sólo está contemplada la grave deficiencia psíquica de esa persona (inc. 3). Y, sin embargo, esta es una razón importante para oponerse, porque el matrimonio requiere madurez psíquica en ambos contrayentes.

Y, como principio general, nos parece razonable el criterio sentado por la Sala D de la Cámara Civil de la Capital, que resolvió que el juez, velando por el bienestar del menor y su felicidad, puede denegar la autorización si la personalidad de los contrayentes no asegura un matrimonio estable, sólido y duradero. (ver nota 4)

El juez decidirá las causas de disenso en juicio sumarísimo o por la vía procesal más breve que prevea la ley local (art. 170). La resolución del juez es apelable, debiendo pronunciarse la alzada en un plazo de 10 días (art. 775 , Cód. Procesal).

3.- Falta de autorización

128. SANCIÓN.- El oficial público no podrá casar a los menores sin la autorización paterna, tutorial o judicial, exponiéndose si lo hace a graves penalidades. Pero el matrimonio permanece válido; respecto de los menores la única sanción es que se les niega la administración de los bienes que hubieren recibido o recibieren a título gratuito hasta la mayoría de edad (art. 131 , C. Civil, ref. por ley 17711 <>). Sobre el alcance de esta sanción, véase Tratado de Parte General, 8ª ed., t. 1, nº 493.

129. MUJERES MENORES DE 16 AÑOS Y VARONES MENORES DE 18 AÑOS.- Lo dicho hasta aquí se aplica a los menores de edad (es decir, menores de 21 años) que ya han cumplido la edad mínima para contraer matrimonio conforme lo dispuesto en el art. 166 , inc. 5.
Pero cuando los menores que no han cumplido esa edad pretenden casarse, la ley es mucho más rigurosa. Ya no basta la autorización de los padres o tutores, sino que **siempre es indispensable la dispensa judicial (art. 167).** Más aún, la ley establece una pauta severa para que esa dispensa pueda otorgarse; el juez debe hacerlo con carácter excepcional y sólo si el interés de los menores lo exigiese, previa audiencia personal del juez con quienes pretenden casarse y con los padres o representantes legales del que fuera menor (art. 167 , 2º párrafo).

Adviértase que en este caso los padres o tutores no dan la autorización o la niegan: simplemente son oídos por el juez. Naturalmente los representantes legales pueden aducir cualquiera de los causales previstas en el art. 168 , pero pueden aducir también otras que sean importantes y que induzcan al juez a negar la autorización, que reiteramos sólo puede concederse con carácter excepcional.

En cuanto a la influencia que puede tener en la decisión judicial el embarazo de la menor, remitimos a lo dicho en el nº 75.

(nota 1) Es la práctica corriente en nuestros tribunales. Véase C. Civil Cap., 14/6/1894, Fallos, t. 63, p. 350.
(nota 2) En el sentido de que la venta no era necesaria: Llambías, Parte General, Apéndice, p. 33; Méndez Costa, J.A., Doctrina, 1969, p. 409; Buteler, El Código Civil y la reforma, p. 20; Clariá, E.D., t. 59, p. 741, nº 41; Rivera, E.D., t. 54, p. 290. En el sentido de que sí lo era: Ibarlucía, L.L., t. 130, p. 1141, III; Portas, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año 10, t. 21, p. 95; Bustamante Alsina, L.L., t. 130, p. 1052, X; Spota, Sobre las reformas al Código Civil, p. 31; Belluscio, t. 1, nº 212; Madrazzo, L.L., 1976-D, p. 769.
(nota 3) En el sentido de que es taxativa: Belluscio, Manual, 5ª ed., t. 1, p. 225; Méndez Costa, Régimen legal del matrimonio civil, p. 65. Sostiene que no es taxativa. Vidal Taquini, Matrimonio civil, p. 102, quien sostiene que puede invocarse cualquier otro motivo razonable, que será juzgado por el juez.
(nota 4) Fallo del 6/11/1979, L.L., 1980-C, p. 53.

La prohibición de elegir nombres extranjeros a la luz de la Convención Americana De Derechos Humanos
Por Leonardo Toia y Ayelen Casella - Doctrina - elDial.com - Martes, 23 de Agosto de 2005 - Año VIII - Nº 1854 -
SUMARIO: I.- Objetivo. II.- Alcance del derecho al nombre; a.- primer aspecto; b.- segundo aspecto; c.- conclusión preliminar. III.- Limites a la elección de nombres extranjeros: su irrazonabilidad a la luz de los procesos de internacionalización del derecho; a.- previo a la sanción de la ley 18.248; b.- a partir de la sanción de la ley 18.248; c.- la norma criticada y el nuevo contexto nacional e internacional. IV.- Impugnación judicial de la decisión que deniega la inscripción de nombres. V.- Reflexión.

La prohibición de elegir nombres extranjeros a la luz de la Convención Americana De Derechos Humanos [1]

Por Leonardo Toia (*) y Ayelen Casella (**)

I.- Objetivo

La reforma constitucional del '94, en punto a la jerarquía supralegal de los tratados internacionales, plasmó en norma objetiva lo que ya venía siendo criterio jurisprudencial del Alto Tribunal [2], ello fundado en las exigencias de readaptación que los procesos de integración suponen sobre las estructuras jurídicas internas.

Por tanto, es claro que todos los tratados tienen jerarquía superior a la ley [3] (arts. 31 y 75 inc. 22 y 24 de la C.N.) y que algunos de ellos gozan -en las condiciones de su vigencia- de jerarquía constitucional (conf. art. 75 inc. 22 C.N.). Sin embargo, se mantiene el interrogante acerca de cuál es la solución que habría de darse ante un conflicto entre la Constitución Nacional y un tratado internacional con igual jerarquía [4] ..

Se discute -de igual modo- si al otorgar jerarquía constitucional a ciertos tratados de derechos humanos (conf. art. 75 inc. 22 C.N.), ello no implicó alterar el mecanismo de reforma constitucional. En rigor, se argumenta que de un sistema rígido de reforma constitucional, el actual se encolumna en un sistema semirígido.

En otro extremo, corresponde debatir si la Convención Constituyente se encontraba facultada para introducir una cláusula como la prevista en el art. 75 inc. 22 de la C.N. por cuanto a través de ella se permite a los poderes constituidos (Honorable Congreso de la Nación -art. 75 inc. 22 C.N.-) otorgar a ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos igual jerarquía que a nuestra Norma Suprema. En otras palabras, de aceptar que otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos implicó -elípticamente- una modificación en el mecanismo de reforma previsto en el art. 30 de la Ley Suprema, importaría admitir que la Convención reformadora sobrepasó los limites previstos en la Ley que declaró la necesidad de reforma, habida cuenta que ésta no contaba con atribuciones para enmendar ninguna de las cláusulas de la primera parte de la Constitución [5] .

Todo ello, en un enfoque dogmático de la cuestión, por cuanto jerarquizar los derechos humanos es un avance significativo, que hace explícitos derechos y garantías que antiguamente podían considerarse dentro las innominadas que establece el art. 33 de la C.N.

Asimismo, la generosa amplitud de la primera parte de la Constitución, dificulta el razonamiento de que los tratados internacionales sobre derechos humanos modifiquen o alteren la primera parte de aquélla, en todo caso la explicitan y desarrollan con mayor plenitud y precisión. Es decir, no significa introducir algo nuevo a la primera parte de la Constitución, sino complementar y garantizar de mejor forma lo ya previsto [6] .

Además, todo tratado para gozar de legitimidad constitucional y poder participar de la jerarquía establecida en el art. 75 inc. 22 de la C.N., deben conformar con los principios de derecho público constitucional [7] (art. 27 C.N.).

Las cuestiones apuntadas precedentemente han de tenerse siempre en presentes, para comprender la influencia que ello ejerce sobre la temática que abordamos.

Nosotros, por lo pronto, trataremos de precisar el alcance del "derecho al nombre" a partir de lo dispuesto en el

artículo 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos [8] (en lo que sigue "CADH"). Vale decir, la proyección que tiene el art. 18 CADH ("tratados internacionales") sobre la ley 18.248 ("orden jurídico interno infraconstitucional").

II.- Alcances del derecho al nombre

Entre los derechos denominados personalísimos se incluye el derecho al nombre [9] , cuya delimitación ha sido objeto de discusión entre quienes sostienen una visión restrictiva del tema y quienes formulan una definición de mayor amplitud [10] .

Desde nuestra perspectiva, el "nombre" no sólo es el medio para identificar un sujeto en la sociedad (*tutela del interés general*), sino que hace -fundamentalmente- a la propia identidad de la persona humana, vale decir: su estirpe, su cultura, su realidad familiar, etc.

Existen, entonces, dos órdenes de intereses a considerar. Uno, el *orden social*, relativo al registro por parte del Estado de las personas naturales, como medio para su identificación social, lo cuál es -en definitiva- parte del control estadual [11] (*interés público*), y otro, cuya proyección va más allá del mero dato formal y se refiere a la persona considerada tanto de modo individual como social [12] (*interés humano particular*).

Tal formulación nos lleva a plantearnos el interrogante de si el nombre es antes que un derecho un deber o a la inversa; habida cuenta que no arroja el mismo resultado admitir una u otra hipótesis.

a.- primer aspecto: Según la Ley 18.248 [13] , artículo 1°: "*Toda persona natural tiene el derecho y el deber de usar el nombre y apellido que le corresponde de acuerdo con las disposiciones de la presente ley*" .

Si interpretamos que el nombre constituye en primer término un deber, y en segundo grado un derecho, entonces la facultad reguladora del Estado sería el principio, y la libertad de los individuos la excepción. Dicha hermenéutica implica colocar el orden social por sobre la libertad individual, invirtiendo el principio que se desprende del artículo 19 de la C.N.

Por tanto, si se propicia tal exégesis la primera conducta posible para el Estado es su libertadde acción, relegando el principio de libertad de acción que dimana del art. 19 C.N. comprendido en las declaraciones de derechos y garantías que la Constitución reconoce a los individuos; desvirtuándose de tal modo el concepto de Estado de Derecho -que no es otro que el que surge de los principios de legalidad y juridicidad- que implica un Estado limitado por los derechos individuales, sin perjuicio de su facultad reglamentaria de aquél.

Tal herméutica es, a la vez, errónea por cuanto lleva a desconocer la jerarquía constitucional del derecho al nombre (arts. 18 CADH y 75 inc. 22 C.N.), y partir de la premisa falaz que el derecho existe en la medida de la voluntad del poder constituido, y no -como es del caso- a partir del reconocimiento formulado por parte del poder constituyente (art. 75 inc. 22 C.N. y 18 CADH).

b.- segundo aspecto: A partir de la incorporación de la CADH con jerarquía constitucional, la relación "derecho-deber" establecida en el artículo 1° de la ley 18.248 requiere de ciertas precisiones; entre ellas, señalar que el nombre es antes que nada un derecho intrínseco de la persona y como tal se encuentra sujeto a reglamentación.

Por tanto, la idea de referir al nombre en un sentido estricto implica hacer referencia únicamente al deber, siendo que de la propia Convención se sigue que aquel es -previamente- un derecho cuya existencia no puede ser reducida al mero interés social.

Por lo cual, decir que el nombre es un derecho implica afirmar que éste es previo a la aparición del deber. Con ello, el deber (orden social) no es otra cosa que la potestad del Estado para reglamentarlo de modo razonable, y -consecuentemente- la obligación del individuo de cumplir la ley.

En otras palabras, la posición que adoptamos no quiere significar que no exista el deber de tener un nombre, sino precisar lo que entendemos por ello [14] . Así, el nombre es un derecho indisponible e irrenunciable [15] , de ahí que no puede pensarse que exista una persona sin un nombre.

El art. 18 de la CADH, procura tutelar el nombre como derecho (*i* nterés individual), pero no obsta la razonable

reglamentación legislativa [16] de la cuestión (deber: orden social), toda vez que no pueden concebirse derechos absolutos que impliquen avalar su ejercicio antisocial.

c.- conclusión preliminar: La Convención al referirse al derecho al nombre salvaguarda -en suma- la identidad de la persona humana. No lo hace teniendo en miras -estrictamente- el orden-social -que tampoco niega [17] - pero si tomando en cuenta la identidad del hombre como realidad superior.

Entonces, la identidad -como género- comprende un sinnúmero de variables, entre ellas el nombre de la persona humana; dejando así establecida una interrelación entre las diversas facetas de los derechos humanos, que conforman para sí una unidad inescindible [18] / [19] .

Tratando de precisar la cuestión, se advierte que recurriendo a un procedimiento de extensión normativa (por vía analógica), se observa una similitud normológica entre lo dispuesto por el art. 8 1° Convención de los Derechos del Niño (en lo sucesivo "CDN) [20] y el art. 18 CADH, lo cual permite precisar la proyección del "derecho al nombre" previsto en los tratados internacionales sobre el orden jurídico interno .

Una exégesis integral de las normas jurídicas consideradas imponen concluir que el alcance otorgado al derecho al nombre en la CDN, se expande a hipótesis sustancialmente análogas [21] .

Así, en la OC 5/85 del 13.11.85, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo que sigue "Corte IDH") precisó que *"... si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana"* .

Por último, ciertos derechos que -tradicionalmente- se entendían comprendidos entre los denominados implícitos (art. 33 C.N.), hoy han perdido tan vago calificativo para adquirir certeza de su incorporación, por medio de los tratados internacionales, dentro de la máxima jerarquía normativa de nuestro ordenamiento. Así, tanto el "derecho a la vida", "a la identidad", etc. encuentran suficiente y expreso amparo en dichos instrumentos [22] .

III.- Límites a la elección de nombres extranjeros: su irrazonabilidad a la luz de los procesos de internacionalización del derecho.

La ley 18.248 [23] distingue entre el nombre de "pila" y el "apellido", en punto al primer supuesto, su artículo 3 [24] sienta como regla la libertad en la elección del nombre de "pila", pero establece ciertas excepciones de importancia, como ser: **1.-** nombres extravagantes, ridículos, contrarios a nuestras costumbres, que expresen tendencias políticas o ideológicas, o induzcan a la confusión del sexo; **2.-** Nombres extranjeros salvo que se encuentren castellanizados , o sean los nombres de los padres - si fuese de fácil pronunciación y no tuvieran traducción - (el subrayado nos pertenece); 3.- apellidos como nombres, 4.- primeros nombres idénticos a los de los hermanos vivos; 5.- más de tres nombres.

Corresponde ahora, descifrar la razonabilidad de la excepción prevista en el art. 3 inc. 2° de la "ley de nombre" atento los procesos de integración regional conforme la interrelación cultural que ellos presuponen (art. 75 inc. 22 y 24 y cctes. C.N.).

De modo liminar, se advierte una inconsecuencia en la norma en cuestión, por cuanto proscribe la utilización de nombres extranjeros, y a renglón seguido lo permite cuando se hayan castellanizado. Ello -primero- mal puede estimarse como una excepción a la regla prohibitiva, ya que si se ha "castellanizado" (vale decir aceptado como término de uso convencional de nuestra lengua), entonces, se encuentra comprendido dentro la regla general que la misma sienta.

A su vez, el espíritu originario del legislador fue "afianzar los valores nacionales", y no faltaron pronunciamientos de la Corte -que serán luego citados- en los que se llegó a postular la presencia del "superior interés de la Nación", "el respeto a nuestra cultura, nuestro idioma" y fórmulas semejantes; pero nótese que la propia norma que trata de "resguardar nuestra cultura [25] " culmina por reconocer su lacónica eficacia al pretender fijar una suerte de valla cultural que impida la incorporación de otras pautas culturales, pero admite –a la vez- la "castellanización" de nombres extranjeros. Mismo, no parece ser un axioma negativo incorporar elementos valiosos de otras culturas.

Por otro lado, el idioma (y en un sentido más amplio el "lenguaje") como regla convencional que es, se encuentra sujeto a cambios constantes producto de la relación social. Tal norma, en consecuencia equivale a

consagrar a nuestro país como un segmento aislado de la comunidad internacional, encontrándose tal temperamento fuera del esquema que propone el art. 75 inc. 22 y 24 C.N [26] .

a.- previo a la sanción de la ley 18.248 .

Se advertía en la materia una dispersión normativa [27] y una jurisprudencia pendular en nuestro Alto Tribunal.

En efecto, si bien -como lo advirtió B ORDA [28] - para el año 1.940 la tendencia del Alto Tribunal se había estabilizado en desconocer la facultad de los padres de imponer a sus hijos nombres extranjeros, tal temperamento no se mantuvo por mucho tiempo.

Va de suyo que, vigente el Decreto-ley N° 11.609/43, la Corte Suprema, sin tomarlo en consideración ni decretar -tampoco- su inconstitucionalidad [29] , resolvió la causa "Moxey, Edwin Patric [30] ", en la cual el padre había solicitado la inscripción de su hijo en el Registro Civil bajo el nombre de "Patricio Keith Fleming", a lo que la oposición - en primer término- del Jefe del Registro Civil, y luego de las instancias judiciales inferiores, motivaron la intervención por vía del recurso extraordinario federal de nuestro Máximo Tribunal.

En tal ocasión, la Corte dijo que "*Procede el recurso extraordinario fundado en los artículos 14 y 19 de la Constitución Nacional que establecen la libertad de profesar libremente su culto y el derecho de no hacer lo que la ley no manda, contra la sentencia que reconociendo que la ley no contiene disposición alguna relativa al nombre que puede darse a las personas, se funda en la costumbre para prohibir al recurrente que de a su hijo un nombre en idioma extranjero que no pertenece al santoral"* , agregando que *"no existiendo ley, la única prohibición expresa respecto al nombre, en el estado actual de nuestra legislación, podría hallársela en los principios que informan el art. 953 del código civil. De acuerdo a ellos, sólo podría impedirse el dar un nombre afrentoso e inmoral"* .

La Corte obviando el Decreto antes señalado, entro a considerar el principio ontológico de la libertad, en cuanto no hay materia prohibida si no hay norma que así lo establezca. También infiere la inexistencia de menoscabo alguno para "el orden social o las costumbres" por la imposición de un nombre extranjero [31] .

Se ha criticado tal pronunciamiento por la relación que estableció entre el nombre y la libertad de culto [32] , si bien parece un tanto *laxa* tal asociación, en su trasfondo guarda un juicio equilibrado de la cuestión, por cuanto implicaba considerar el "nombre" como parte de la "personalidad" del sujeto.

Para el año 1.948, la modificación en la composición del Alto tribunal, conllevó una mutación en la línea jurisprudencial sentada en la materia, así *in re* "Taylor [33] " la Corte sostuvo la razonabilidad del decreto 11.609/43 fundado ello en que "*... tanto la exclusión de los nombres extranjeros insusceptibles de traducción castellana, como la indicación de los del calendario, que son los del santoral cristiano, tienen razón de ser en la estirpe y en la formalidad espiritual de la Nación expresamente reconocida en la Constitución"* .

A nuestro juicio para refutar tal idea, basta con citar los encomiables términos de nuestro preámbulo nacional en cuanto expresa que la Constitución Nacional es garantía de libertad *"... para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino.."* . Tal exhortación nos lleva a recordar las eximias palabras de J UAN B AUTISTA A LBERDI [34] quien dijo *"¿Queremos plantar y aclimatar en América la libertad inglesa, la cultura francesa, la laboriosidad del hombre de Europa y Estado Unidos? Traigamos pedazos vivos de ellas en las costumbres de sus habitantes y radiquémoslas aquí"* .

b.- a partir de la sanción de la ley 18.248.

El orden social (entendido -en este punto- como limitación a la elección de nombres extranjeros), se supraordenó -definitivamente- al principio de libertad que la Corte había desarrollado en alguno de sus precedentes.

Sin perjuicio de ello, hay que recordar que tanto las leyes como la jurisprudencia, no deben ser consideradas con prescindencia del contexto social del que son producto [35] .

En mérito a ello, no puede obviarse que la "Ley" 18.248 fue sancionada por un gobierno de facto y en un período histórico en el cual primaba el tradicional concepto de soberanía cuyo colapso tuvo como punto culmine el fenómeno de la "globalización".

Así las cosas, el Alto Tribunal dijo *in re* "Halladjian, Jorge Adolfo [36] " que *"la elección del nombre trasciende la esfera del mero interés individual de las personas y compromete el interés general, al ser un medio necesario para una fácil individualización de aquéllas, lo que a su vez es exigencia de todo orden social; y porque, además, el idioma constituye un factor de indudable importancia en orden a la identidad espiritual de una nación. Supuesto éste vínculo entre el interés general y el nombre, el límite impuesto por la ley al derecho de elegirlo, prohibiendo la adopción de nombres extranjeros castellanizados, no puede considerarse desproporcionado con el propósito de preservar dicho bien, ni por ende, carente de razonabilidad (...)"* .

Podrá liminarmente inferirse la inexistencia de relación adecuada de causalidad entre la afectación del interés público ("interés espiritual de la nación") y al derecho individual de la persona a elegir un nombre que responda a sus pautas culturales, en tanto este no sea ridículo, extravagante u ofensivo.

En efecto, el Alto Tribunal planteó en abstracto una dicotomía entre interés general y particular, cuando -en verdad- no se hace visible tal colisión. Vale decir, no se precisa el modo en que la imposición de un nombre extranjero altera el orden social.

A su vez la doctrina que emana del precedente de la Corte implica estimar la existencia de una "base espiritual de la Nación", dicho en otras palabras, una moral media , lo que, aún omitiendo las discusiones que se abren en el ámbito *iusfilosófico* sobre tal concepto, lleva a pensar -como dijimos- que la Corte se plantea un conflicto conjetural más que real [37] .

Previo a consagrar la jerarquía constitucional de la CADH, la CSJN ha tenido oportunidad de resolver en autos "Mario Jorge Ofmann [38] " un caso en el cual la Sala G de la CNCiv. había confirmado la resolución del señor Director del Registro del Estado Civil y Capacidad de la Personas por la cual éste había denegado la imposición del prenombre "Tracy" que se pretendía, por entender que no registraba antecedente como nombre castellano y -por tanto- violentaba el art. 3° de la ley 18.248.

Allí la Corte, haciendo propio el dictamen del Sr. Procurador General de la Nación, confirmó la sentencia del *aquo* y sostuvo que *"(...) el nombre constituye el elemento primario a través del cual el individuo se relaciona e integra con la sociedad en la que le ha tocado vivir(...) la razonabilidad de la norma impugnada* (se refiere al artículo 3° inciso 2° de la ley 18.248) *pasa por los derechos de la persona que va a ser identificada a serlo de modo que facilite aquélla integración y la ponga a resguardo de situaciones que la tornen más dificultosa"* .

Si bien tanto el Procurador como la Corte se apartan de los fundamentos tradicionales que mencionamos; los actuales permanecen lúgubres a la hora de sostener la razonabilidad de la norma mencionada [39] .

Ello así, por cuanto: **1.-** es un simple dogmatismo entender que con la prohibición de imponer nombres extranjeros no castellanizados se protege la integración social del individuo. De igual manera, pueden presentarse dificultades a la hora de pronunciar o escribir apellidos [40] y no por ello se impone o se autoriza, su modificación; **2.-** Menos aún puede suponerse que es la dificultosa pronunciación o escritura de los nombres la causa de la segregación social de las personas. Antes bien, los conflictos de integración social -discriminación, en su acepción negativa- parecen generarse por las connotaciones culturales, religiosas y étnicas que de aquéllos se derivan. Con lo cual puede pensarse que si la intención del legislador y el temperamento del Alto Tribunal (como último interprete y guardián de la C. N. y de las leyes) es sostener tal prohibición con la finalidad de evitar la segregación social del individuo, dicha idea tiene para sí una actitud discriminatoria habida cuenta que es el Estado quien debe procurar medios eficientes para lograr el respeto a las distintas minorías, sin que sea aquél quien adopte las medidas que, paradójicamente, quiere impedir. Ello, implica desconocer, en la emergencia, que la responsabilidad del Estado se extiende a adoptar medidas reales y efectivas para garantizar el goce de los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción, removiendo los obstáculos que se presenten [41] . Todo lo cual fue reconocido por nuestra Corte al sostener que *"... la violación a un tratado internacional puede acceder tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento..."* (vgr. CSJN *in re* "E KMEKDJIAN "). **3.-** Por último, el dictamen toma un hecho contingente ("la sociedad en la que le tocó vivir") y omite un hecho trascendente: el respeto a la propia cultura de la persona. En efecto, "la sociedad que le toco vivir" puede probablemente ser cambiada en mayor medida que la raíz cultural del sujeto, ya que ello hace a su propio "ser".

Es esclarecedor el voto en disidencia del Dr. Fayt, quien resuelve la cuestión diciendo que "*Si bien es cierto*

que el nombre de las personas importa un interés social, en tanto es claro la existencia de un interés general en hacer posible su individualización a los fines de los ejercicios de sus derechos y del cumplimiento de sus obligaciones, no cabe duda que la imposición de aquél constituye desde el punto de vista personal, objeto de fundamental interés, tanto para los padres, para quienes la elección supone en muchos casos la prolongación de las tradiciones familiares y la unión de sucesivas generaciones a través del tiempo en un lazo de afecto que las vincula e identifica, cuanto para la persona que ha de llevarlo" .

c.- La norma criticada y el nuevo contexto nacional e internacional

La legalidad de una norma debe considerarse desde su faz adjetiva (debido proceso adjetivo) y, desde su faz sustantiva (razonabilidad o debido proceso sustantivo).

Como lo explicaba L INARES [42] el debido proceso adjetivo implica el estudio de la norma jurídica a partir de su procedimiento de creación, así la norma inferior en la escala jerárquica debe respetar los cánones dispuestos en la norma superior para su alumbramiento al mundo jurídico.

Por otro lado, en su faz sustantiva constituye *"...un estándar o patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), lo axiológicamente valido del actuar de esos órganos; es decir, hasta donde pueden restringir en el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo **[43]** "* .

Por tanto, el análisis de razonabilidad, implica confrontar la norma jurídica con el ordenamiento jurídico y sus patrones axiológicos (principios generales del derecho, principios constitucionales, etc.).

Se proponen distintas técnicas o pautas a la hora de analizar la legalidad sustantiva de las normas que, no está por demás aclararlo, nunca se presentan como "tipos puros", a saber:

1.- regla de la proporcionalidad entre los medios y los fines : la Corte ha dicho que *"el análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse ésos u otros procedimientos, son ajenos a la jurisdicción y competencia de la Corte Suprema, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso; es decir que sólo debe examinar si son o no proporcionales a los fines que el legislador se propuso conseguir, y, en consecuencia, si es o no admisible la restricción de los derechos afectados **[44]** "* .

Ello más que un análisis de proporcionalidad, parece ser un criterio de eficacia, esto es si el medio escogido es "apto" para obtener los fines propuestos.

En el caso "Empresa Mate Larangeira Mendes [45] ", fallado por la Corte Suprema el 07.12.67, el Poder Ejecutivo con fundamento en las leyes 12.236, 16.434 y 16.454 que disponían la creación de una junta reguladora de la industria yerbera y la facultad de aquél de regular -con fundamento en la ley nacional de abastecimiento- la distribución comercialización y producción de bienes y servicios; dispuso por decreto 1.921/66 prohibir no sólo la comercialización sino también la cosecha. La Corte evaluó que dicha medida, en cuanto prohibía levantar la cosecha era irrazonable por cuanto el particular había efectuado inversiones y gastos para su plantación sin que exista nexo de causalidad adecuado entre las finalidades que perseguían las leyes citadas y el medio escogido por el PEN. Así, el Alto Tribunal entendió que si la -legítima- finalidad perseguida por el legislador fue la de proteger la industria yerbatera, la medida que dispuso prohibir levantar la cosecha era de incidencia neutra sobre tales fines.

2.- costo / beneficio: Implica cotejar los beneficios y cargas que un acto estatal conlleva a la sociedad [46] . Creemos, que tal regla se debe entender atada al principio general del derecho conforme el cual *"se ha de causar el mal menor, para evitar el mal mayor"* .

Interpretar que los jueces se encuentran autorizados para cotejar las cargas y ventajas, es llevar la cuestión a una zona de frontera con la oportunidad, el mérito y la conveniencia de la medida.

3.- jurisprudencia sociológica: Desde lo que L INARES [47] denominó "jurisprudencia sociológica", se perfiló un análisis de razonabilidad desde la conformidad del acto con el complejo de principios axiológicos imperantes en un tiempo y lugar [48] (v.gr. principios filosóficos, políticos, sociales, religiosos, etc.) [49] .

No se parte de valorar -apriorísticamente- principios jurídicos, sino de interpretar éstos a luz de los fenómenos sociales a los cuales se liga la existencia de la sociedad misma [50] .

4.- evaluación de medios alternativos: Se está abriendo camino en el jurisprudencia extranjera, el análisis de razonabilidad desde una perspectiva más amplia que faculta al intérprete jurídico para que desde un proceso cognoscitivo evalúe la proporcionalidad entre el medio y el fin, ponderando a tales efectos los medios alternativos menos lesivos [51] .

Por lo pronto, tal enfoque -auspicioso en algún aspecto- debe ser utilizado con mesura, por cuanto su generalización desmedida puede concluir por sustituir un arbitrio (el del legislador) por otro (el del juez).

Sin embargo, el contexto actual que los derechos humanos proponen, llevan a razonar que no puede sostenerse -como lo hizo desde antiguo nuestro alto Tribunal- si el medio es eficaz para conseguir la finalidad perseguida; hoy día evaluar si existen medios alternativos menos lesivos se exhibe como una piedra angular para la protección de los Derechos Humanos.

En tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [52] , sentó doctrina en punto al tema, extensible *mutatis mutandi* al tema bajo estudio, precisando que *"Para que una limitación sea "necesaria", debe demostrarse que el fin legítimo que se persigue no puede alcanzarse razonablemente por un mediomenos restrictivo (…). Además la Corte declaró que para tal demostración, las limitaciones deben ser proporcionales y ajustadas estrechamente al logro del objetivo gubernamental propuesto. La necesidad comporta la existencia de una 'necesidad social imperiosa'..."* .

5.- inconstitucionalidad sobreviniente: Desde el enfoque del análisis de la razonabilidad interesa aquí destacar que la Corte ha tenido oportunidad de fallar [53] en supuestos en donde se presentaba una inconstitucionalidad sobreviviente.

Esto es, que las normas interpretadas en un contexto diverso con el existente en la oportunidad de su sanción y en el cual fueron tenidas por válidas [54] ; la modificación del contexto social fue causa de su posterior inconstitucionalidad.

c. *i* .- Ilegalidad sustantiva del art. 3 inc. 2 de la ley 18.248.

A nuestro juicio, se hace claro que la norma cuestionada no tolera los diversos test de razonabilidad indicados *ut supra* , ello es así por cuanto:

a.- Inconstitucionalidad sobreviniente : Recordemos que la integración es "... *un fenómeno de carácter plurifacético o pluridimensional, típico del siglo XX y, que tiene la virtualidad de incidir en lo económico, en lo social, en lo político, en lo cultural y en lo jurídico* ***[55]*** *"* . Es decir, supone una acción conjunta de los Estados partes que presupone lazos culturales, institucionales y jurídicos comunes.

Tal sistema, comenzó a perfilarse en Europa en la década del '50 con el Tratado de Roma que dio origen a la "Comunidad Económica del Carbón y del Acero", y culminó -hoy día- con el ejemplo más acabado de integración: la Unión Europea.

Dicho alumbramiento, no se basa en un mero vínculo comercial entre los países, sino principalmente, se perfila como una zona de integración jurídica, institucional y cultural que limita de modo constante y permanente a los Estados parte y exige de éstos la readaptación de sus estructuras internas.

Todo este marco internacional de integración, no es ajeno a nuestra Constitución Nacional, ésta hace un extenso desarrollo de la cuestión en sus artículos 75 inc. 22 y 24, que su simple lectura basta para dejar claro que el concepto de "soberanía [56] " se encuentra -por cierto- acotado.

Así, el Constituyente habilita a los poderes constituidos a celebrar tratados que deleguen competencias en órganos supranacionales, en condiciones de reciprocidad y -fundamentalmente- con respeto por los derechos humanos.

Tales procesos suponen, por un lado limitar al Estado frente a tales organizaciones, por cuanto los actos dictados por aquéllas como consecuencia de las competencias que se delegan a raíz del tratado, adquieren jerarquía

superior a la ley. Y por otro -necesariamente- requiere de políticas que tiendan a facilitar el intercambio social y cultural entre las naciones.

Entonces tenemos: ***a)*** un reconocimiento del constituyente, plasmado en norma objetiva (art. 75 inc. 22 y 24 C.N.), por medio del cual se pone en crisis el concepto tradicional de soberanía [57] ; ***b)*** la posibilidad de delegar competencia en órganos supranacionales (v.gr. M ERCOSUR , aunque con sus limitaciones); ***c)*** todo lo cual exige una "aceptación" cultural entre los pueblos [58] (de ahí el mandato del constituyente al legislador para readaptar el régimen jurídico infraconstitucional a las disposiciones constitucionales), ***d)*** finalmente, los procesos en los que nuestro país sea parte plantean -a su vez- una integración común en materia de derechos humanos. Por cuanto el art. 75 inc. 24 requiere como presupuesto de aquéllos fijar un standard mínimo de respeto por los derecho humanos.

Conclusión: La ley 18.248 en cuanto prohíbe la imposición de nombres extranjeros tiene sustento en el concepto tradicional de "soberanía".

Como lo señalamos, tal concepto entró en crisis por diferentes acontecimientos sociales, culturales y de política internacional; los cuales fueron aprehendidos, primero por la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, y luego por la reforma constitucional de 1.994 (art. 75 incs. 22 y 24 C.N.).

Por lo tanto, abandonado el concepto de soberanía originario del siglo XV que ilustró el espíritu del legislador al sancionar tal disposición, carece ésta de debida fundamentación para mantener -en el estado actual de cosas- su vigencia.

Por lo pronto, debe recordarse que "*el control de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera... **[59]** "* .

Así, la modificación del hábitat social que dio origen a la sanción del art. 3 inc. 2 del Decreto-Ley 18248, trae como coralario su necesaria interpretación a la luz del temperamento que sugiere el art. 75 inc. 22 y 24 de la C.N.

Es del caso, citar la disidencia de los Dres. B OGGIANO y F AYT *in re* "Brandan, Diego Gonzalo [60] ", en el cual se discutía la posibilidad que los padres le impongan el prenombre "Junior" a su hijo. Denegado ello por las instancias administrativas y judiciales inferiores, la mayoría del Tribunal declinó intervenir al rechazar el recurso extraordinario; sin perjuicio de lo cual aquéllos dijeron que "*(...) El recurrente ha dado cumplimiento estricto a la ley 18.248 al proponer como nombre de pila, es decir como primer nombre el de Diego y reclamar el derecho de darle a su hijo como segundo prenombre el de "Junior". Resulta difícil de concebir, en un mundo en que las comunicaciones le han dado los límites de una comarca y su globalización es un fenómeno que obliga a flexibilizar los sistemas económico, político y culturales, que se limite la potestad de los padres para elegir el nombre de sus hijos con restricciones que no tienen otro origen que el arbitrio de organismos administrativos, cuya competencia únicamente puede justificarse en cuanto susciten equívocos respecto del sexo de las personas, resulten ridículos o contrarios a nuestras costumbres. Es decir, el ejercicio prudente de las prohibiciones determinadas en el artículo 3 de la ley 18.248(...) La flexibilización que impone el proceso de globalización y el hecho de que Brasil tenga consagrado (Junior) como nombre de las personas, pone en evidencia que el interés social, en cuanto a individualización a los fines del ejercicio de derechos y de obligaciones, estaría en atender la reclamación del recurrente y, de ningún modo en rechazarla(...)*" .

b.- Por otro lado, la norma no parece presentar una proporcionalidad adecuada entre el medio empleado y su finalidad. En efecto, bien se considere que la prohibición tiene su fundamento en proteger "la identidad cultural de la Nación" o evitar la "segregación social del individuo"; tanto uno como el otro camino contradice y desnaturaliza la amplia tutela que dimana del art. 18 CADH y 8 inc. 1 CDN.

Va de suyo que, el medio arbitrado exorbita la finalidad perseguida, ya que -en el primer supuesto-, no se llega a advertir como se afecta el interés público ante la posibilidad de imponer un nombre extranjero, en tanto este no sea ridículo, extravagante, ofensivo, etc. Y, en el segundo caso, el legislador omite arbitrar medios alternativos -menos lesivos respecto el derecho en cuestión- al regular la materia.

c. - Desde otro extremo del asunto, la prohibición tampoco aparece justificada confrontado con los *costos* y *beneficios* que la norma en cuestión genera en la sociedad.

En rigor, el derecho sacrificado no tiene incidencia alguna sobre el interés general, va de suyo que la prohibición en cuestión tiene incidencia neutra sobre aquél, no presentándose una confrontación entre intereses de diversa jerarquía.

Por tanto, no hay beneficio alguno para el interés general, frente al sacrificio que implica la regla cercenatoria que trae el art. 3 inc. 2 de la ley 18.248, en tanto el nombre que se pretende no resulte ridículo, ofensivo, etc.

IV.- Impugnación judicial de la decisión que deniega la inscripción de nombres

a.- El art. 3 de la ley 18.248, último párrafo dispone que "Las resoluciones denegatorias del Registro de Estado Civil serán recurribles ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil dentro de los 15 días hábiles de notificada".

La ley habla impropiamente de "recurso", cuando en verdad se trata del acceso a una instancia jurisdiccional (arts. 116 y 117 de la C.N.) con amplio margen de debate y prueba [61] .

En efecto, no debe confundirse la intervención de la autoridad administrativa, en ejercicio de función administrativa; con la de los jueces, quienes son los que tienen la atribución constitucional para dirimir los conflictos de intereses con fuerza de verdad legal.

b.- Finalmente, sin pretender agotar el debate que plantea hoy día la ley 18.248, cabe interrogarse acerca de los límites del arbitrio administrativo para decidir si un nombre es "extravagante", "ridículo", etc.; y -de igual modo- hasta donde puede llegar el arbitrio del juez para sentenciar la cuestión.

Considerar ello trae consigo los problemas que el lenguaje natural plantea a los operadores del derecho; sean jueces, legisladores, órganos administrativos, o jurisconsultos [62] .

Los problemas de la vaguedad, textura abierta y ambigüedad impiden -en algunos extremos- saber con certeza si un nombre puede o no encontrarse prohibido de acuerdo a las disposiciones de la ley.

En definitiva, no sólo se suman en la emergencia los conflictos que plantea el lenguaje natural a las ciencias jurídicas, sino también cómo delimitar la razonabilidad del arbitrio de la autoridad administrativa, sin que el control judicial culmine por supraordenar un arbitrio a otro.

V.- Reflexión

El resultado al que hemos arribado no es alentador. En efecto, ante una tendencia jurisprudencial -que en mayor medida tiende a hacer operativos los derechos consagrados en los tratados internacionales-; en lo que hace a la prohibición de elegir nombres extranjeros se mantiene vigente una disposición que -aunque con diversos fundamentos- culmina por desconocer los avances culturales y sociales que suponen los procesos de integración y la tutela constitucional expresa que a través del art. 75 inc. 22 se otorga al derecho al nombre.

Por ello, es acertado concluir que: **1.-** el derecho al nombre es parte integrante del derecho a la identidad (art. 18 CADH y 8 inc. 1 CDN); **2.-** el Constituyente reformador incorporó precisiones inexcusables que procuran insertar a la República en el concierto del mundo "integrado" (art. 75 incs. 22 y 24 C.N.)**3.-** dichos procesos exigen -previamente- fijar entre los Estados un standard mínimo de respeto por los derechos humanos y la aceptación de los patrones culturales provenientes de otras sociedades, en tanto no sean estimadas como antijurídicas en nuestro ordenamiento [63] .

La sumatoria de todas esas premisas nos lleva a colegir que el cambio de contexto arroja como resultado de la ecuación propuesta la irrazonabilidad de la prohibición mantenida en el art. 3 inc. 2 de la ley 18.248 y con ello la necesidad de dar nuevas respuestas a los nuevos interrogantes.

Por tanto, creemos que *"las justas exigencias en una sociedad democrática"* no justifican la regla proscriptita que establece la "ley de nombres" en punto a los extranjeros. Ello en tanto aquéllos no resultenridículos, ofensivos o extravagantes, en cuyo caso estimamos pertinente la prohibición, por cuanto tiende a resguardar a la persona humana en su vinculación social.

Mantener vigente la prohibición genérica que sienta el art. 3 inc. 2 de la ley 18.248, no tiene actual sustento en el sistema integral e integrado de derechos humanos.

[1] Agradecemos las sugerencias de: JAVIER CARUSO, ENRIQUE ALONSO REGUEIRA y DIEGO PAPAYANNIS.

(*) ABOGADO. Universidad de Buenos Aires

Cursando el posgrado de especialización en derecho administrativo y de la Administración Pública en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

(**) ABOGADO. Universidad de Buenos Aires

Auxiliar escribiente en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N°6 a cargo del Dr. Martín Silva Garretón Secretaría N°11.

[2] CSJN, *in re* “EKMEKDJIAN c. SOFOVICH”, de fecha 07.07.92”; “CAFÉS LA VIRGINIA” de fecha 12.09.94; “FIBRACCA” de fecha 07.07.93, etc.

[3] No falta -en nuestra doctrina- algún calificado autor para quién el derecho de los tratados prevalece -aún- por sobre la propia Constitución (GORDILLO, AGUSTÍN; *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I., Cap. VI, FDA, quinta edición -reimpresión 2000-).

[4] La CSJN *in re* “CHOCOBAR” de fecha 27.12.96, resolvió respecto la relación entre los tratados internacionales -con jerarquía constitucional- incorporados en la reforma del 1.994 y la Constitución Nacional, partiendo de la premisa de que los Constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que -según lo sostuvo la Corte- no pueden los poderes constituidos desconocer.

Resta aún considerar como se soslayará un probable conflicto entre la Constitución y un tratado con jerarquía constitucional, incorporado por los poderes constituidos.

[5] Sin perjuicio del debate que se abre en torno a si el Poder Constituyente derivado es un poder limitado o ilimitado.

[6] Amp. SAGUÉS, PEDRO NÉSTOR, *Los Tratados Internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994*, La Ley 1994 - E, 1063.

[7] Temperamento que por lo demás concilia con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.

[8] Art.18 C.A.D.H. Derecho al nombre “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos si fuere necesario”.

[9] El nombre de “pila” también se identifica con la raíz cultural o con la nacionalidad del sujeto.

El apellido, en mayor medida se relaciona con las relaciones de familia de la persona humana, y por tal conducto a su estirpe.

[10] En efecto, para algunos el nombre es un derecho de propiedad. Otro sector de la doctrina opina que es una institución de policía civil, cuya función es identificar a las personas. Hay quienes sostienen que el nombre es un derecho de la personalidad por cuanto, el honor del “ser” está íntimamente vinculado a él. Finalmente, otros sostienen que el nombre es tanto un derecho de la personalidad como una institución de policía civil.

[11] Que cumple la función de ser el medio para identificar quién es el titular de ciertos derechos y a quién imputarle ciertas obligaciones.

[12] Debe partirse de la premisa fundamental del Estado pluralista, en el cuál el individuo -sujeto de derecho- vale por sí y no, como en los regímenes totalitarios, en los cuales es tan sólo parte de una realidad superior y supraordenadora: "el Estado".

[13] Texto según Leyes: 20.668, 23.162, 23.264 y 23.515.

[14] El "deber" de llevar un nombre debe entenderse en un juego de doble faceta: **1.-** desde la estimación del "orden social", como la facultad reglamentaria del legislador y **2.-** desde su estricta consideración como derecho, como una reafirmación valorativa que formula el legislador, toda vez que no se concibe persona sin nombre por cuanto ello es un atributo de su existencia.

[15] Sostiene RIVERA que "Los derechos personalísimos constituyen una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de intima conexión, casi orgánica e integral" (RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Civil*, parte general, 3° edición, Cap. 18, pág. 7, ed. *Abeledo Perrot* , 2004).

[16] Vide Opinión Consultiva 6/86 de la Corte IDH, conforme la cual "*sólo la ley adoptada por los órganos elegidos democráticamente y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y el ejercicio de los derechos y libertades"*.

[17] Conf. art. 32.2 de la CADH "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática".

Concordamos con el Dr. GUILLERMO A. GORDO en cuanto afirma que no deben restringirse las acciones que no perjudiquen los derechos de terceros ni comprometan la seguridad común, por lo que tales acciones no podrán ser afectadas por el Estado por cuanto éste carece de potestades para reglamentarlas.(GORDILLO, AGUSTIN *Derechos Humanos* , 4° edición, Capitulo V, pagina 6, 1999, FDA).

[18] "Principios de Limburg sobre la aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", punto 3; "Observación General N°11, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, punto 2, entre muchas otras referencias).

[19] ALBANESE, SUSANA, *"Indivisibilidad, Interrelación, e Interdependencia de los Derechos"*, ED. 160: 792.

[20] El art. 8 inc. 1° C.D.N dispone que "*Los Estados Parte se comprometen a respetar el Derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas"* .

[21] Si para las personas comprendidas dentro de la CDN, el derecho al nombre se integra con el derecho a la identidad, conforme los alcances que dimanan del artículo que citamos. No puede pensarse que para el resto de los seres humanos el derecho al nombre tenga un alcance distinto.

[22] Por ejemplo, con el denominado "derecho a la verdad" (que -en definitiva- es también parte integrante del "derecho a la identidad" y, consecuentemente, del "derecho al nombre"). Nuestro Máximo Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de tratar la cuestión de la apropiación de los hijos de las personas desaparecidas durante la última dictadura militar en varios precedentes, entre ellos cabe citar "VAZQUEZ FERRÁ" de fecha 30.09.03 (Fallos 326: 3758).

[23] Cfr. LLAMBIAS, JORGE JOAQUIN; *Tratado de Derecho Civil*, T. I, Perrot, Buenos Aires, 1.964.

[24] A partir de las modificaciones introducidas a la ley de nombre se permite la inscripción de nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas.

Puede notarse, que ello implicó -cuanto menos- reconocer el basamento cultural que el instituto en cuestión tiene.

[25] Como si la misma se afectara por permitir la imposición de nombres extranjeros.

[26] Además que persigue el inalcanzable objetivo de tornar en inmutable los que por regla sociológica está sujeto a cambios, como es la sociedad y su contexto.

[27] El Decreto Ley 11.609/43, fundado en "... los principios de nuestra nacionalidad" y que "... el nombre de las personas nacidas en el suelo argentino debe expresarse en idioma nacional respetando nuestra cultura y tradición..", se prohibió la inscripción de personas con nombres que no sean expresados en idioma nacional o que no figuren en el calendario o que no sean de próceres de nuestra Independencia (art. 1°); el art. 2° admitía la inscripción de nombres extranjeros castellanizados por el uso.

El Decreto 410/46, se exceptuó a los hijos de Diplomáticos acreditados en nuestro país.

Como nota al margen, debe hacerse nota que la propia Ley 18.248 que sistematizó la cuestión del nombre está de todos modos inmersa en el mismo espíritu que sus antecesoras.

[28] BORDA, GUILLERMO, *Vicisitudes de la Jurisprudencia de la Corte Suprema en torno al Nombre de Pila*, LA LEY 85 : 45.

[29] El Decreto Ley fue sancionado el 13.10.43, el menor había nacido el 04.01.43 y la Corte Suprema se había pronunciado el 20.04.45. Con lo cual, puede llegar a interpretarse que no se trató la cuestión porque la norma no estaba en vigencia para la oportunidad del alumbramiento.

[30] CSJN Fallos 201: 406.

[31] No obstante, debemos recordar que lo importante de una sentencia no son los argumentos con los cuales se la viste, sino ante un problema concreto que es lo que resuelve (v. GORDILLO, ob. cit. nota 29).

[32] Vide BORDA, artículo citado.

[33] Fallos 210: 58, en igual sentido fallos 242: 321 y 248: 693.

[34] ALBERDI, JUAN BAUTISTA; *Bases* , cap. XV, p. 89, PLUS ULTRA, 1.981.

[35] GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al Derecho* , Capítulo V, versión como e-book en www.gordillo.com.

[36] Fallos 302: 457.

[37] El vago y amorfo concepto de "interés público" es la herramienta más utilizada por parte de los poderes públicos para "excusar" (en el sentido en que empleaba el término GENARO CARRIÓ, " *Sobre los límites del Lenguaje Normativo"*) todo análisis de legitimidad de su proceder.

La más de las veces, no se precisa cuál es en concreto el conflicto de intereses en juego, sirviendo en realidad de excusa para teñir de legalidad un proceder arbitrario.

Viene al caso recordar que la Corte I.D.H. señaló la dificultad que se presenta a la hora de precisar de un modo unívoco los conceptos de "orden publico" y "bien común" y agregó que "...de ninguna manera podrían (*aquéllos*) invocarse...como medios para suprimir un derecho garantizado...", si ello no es exigido por una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" en "una sociedad democrática" que procure hallar el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención (OC-5/85).

[38] CSJN Fallos 311:1399.

[39] Porqué, en definitiva, lo insostenible por irrazonable es la solución que se da al problema que plantea la ley criticada.

[40] Cuando en realidad en los ámbitos sociales generalmente las personas son conocidas por su apellido.

[41] Vide O.C. Corte IDH 11/90 del 10.08.90.

[42] LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes*, Cap. II, segunda edición, 1989, Astrea.

[43] L INARES, obra citada, pág.26.

[44] CSJN *in re* "INCHAUSPE", 199: 483.

[45] CSJN *in re* " EMPRESA MATE LARANGEIRA MENDES Y OTROS s/ RECURSO DE AMPARO", de fecha 07.12.67.

[46] V.gr. "PERALTA, LUIS", de fecha 27.12.90, la Corte tuvo en cuenta el descalabro económico "generalizado", el peligro inminente de la ruptura del orden social, para fundar como acertada la medida adopta por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 36/90. Se evaluó la proporcionalidad de la medida formulando un cotejo de "costos y beneficios" atento el contexto socioeconómico vigente.

[47] Ver el eximio análisis que formula el citado autor respecto los distintos períodos por los que atraviesa la Jurisprudencia de la Corte Norteamericana (v. ob. cit., pág. 31 /ss).

[48] Ejemplo paradigmático es el caso "CINE CALLAO".

[49] En efecto, de pasar a ser una mera garantía adjetiva (caso "Slaughter House", 1886), pasa -en el florecimiento de las concepciones individualistas (desde el punto de vista económico, político y filosófico)- a ser una técnica *legalista* . Luego, al abrirse paso la concepción del Estado social de derecho (welfare state) la jurisprudencia se direcciona a tomar como patrón axiológico los fenómenos sociales (analizados a luz de informes técnicos fidedignos) como regla de observancia a los fines de escudriñar la razonabilidad de la norma.

[50] En lo que hace al tema del derecho al nombre y la prohibición de elegir nombres extranjeros, ha estado siempre presente en la tendencia del Alto Tribunal valorar "el interés espiritual de la nación", siendo hoy día discutible que tal pauta axiológica se mantenga vigente. Tal temperamento cae por su propia base su se entra a considerar el crecimiento agigantado de los medios de comunicación.

[51] CAYUSO, SUSANA; *El Debido Proceso Sustantivo en dos Sentencias Extranjeras,* LL 2000 -B - 64.

[52] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *informe sobre la compatibilidad de las leyes de desacato y la Convención.*

[53] Causa "TOBAR LEÓNIDAS"(fallos 325:2059) , y "SEJEAN C/ZAKS DE SEJEAN"(fallos 308:2268)

[54] CSJN Fallos 323:1566

[55] BASZ, VICTORIA; *El Rol del Derecho Internacional Privado en el Derecho de la Integración.* (Citado por FELDSTEIN DE CARDENAS, SARA; *Jurisdicción Internacional* , Cap. I, pág. 33, 1.995, Abeledo Perrot).

[56] Tal como lo dice GELLI "El fenómeno de integración supraestatal en diversos niveles, supone una transformación de la soberanía tal como se la concebía cuando nacieron los estados nacionales en el siglo XV y que se definían asimismo con relación a la extranjería representada por las otras naciones" (*Constitución de la Nación Argentina -Comentada y Concordada-*, comentario art. 75 inc. 24, pág. 600, LA LEY, 2.003).

[57] Concepto aquél que fue el basamento estructural de prohibiciones como la contenida en el art. 3 inc. 2 de la ley 18.248.

[58] Opinión Consultiva N°7/86, Declaración del Juez NIKKEN "Este hecho no es de extrañar pues la instauración del régimen internacional de protección de los derechos humanos revela que, frecuentemente, los tratados más modernos son más amplios que los precedentes y que mientras menos diferencias culturales y políticas existan entre los Estados que los negocian, es más fácil de concluir tratados más avanzados".

[59] CSJN, Fallos 308: 2268, voto del Dr. FAYT, Considerando 16.

[60] CSJN Fallos 318:1371.

[61] CSJN *in re* “FERNÁNDEZ ARIAS c. POGGIO”

[62] NINO, CARLOS SANTIAGO; *Introducción al Análisis del Derecho,* Astrea, Buenos Aires, 2° edición.

[63] Ello es así, por cuanto en nuestra República todo lo que no está prohibido se encuentra permitido (principio ontológico de libertad sentado por el art. 19 de la C.N.).

ACTOS JURÍDICOS - Borda, Guillermo A. Abeledo-Perrot - TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL 1999 - Nulidades - Clasificación de las nulidades

B.- NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

1246. CRITERIO DE LA DISTINCIÓN.- A diferencia de lo que acontece con los actos nulos y anulables, el Código no enumera los casos de nulidad absoluta y relativa, limitándose a fijar los principales caracteres de la distinción (arts. 1047 Ver Texto y 1048). Este método es, desde luego, preferible, pues elimina los inconvenientes de una enumeración incompleta, precisa el criterio legal de la clasificación y evita controversia alrededor de sus efectos.

De lo dispuesto por los artículos 1047 Ver Texto y 1048, se desprende claramente el siguiente concepto fundamental: la nulidad absoluta obedece a una razón de orden público, de interés social; de ahí que pueda pedirla cualquiera y que, inclusive, el juez pueda y deba declararla de oficio, si apareciere manifiesta, aunque nadie la hubiera pedido; de ahí también que los actos viciados de tal nulidad no pueden confirmarse, puesto que no se trata ya de amparar el interés de las partes intervinientes, sino el social. Por el contrario, la nulidad relativa se establece exclusivamente en interés de las partes intervinientes, únicas que pueden pedirla.

1247. CARACTERES Y EFECTOS.- De lo expuesto en el párrafo anterior, se desprenden los siguientes caracteres y efectos distintivos:

1248. a) Quiénes pueden pedirla.- Mediando en la cuestión una razón de interés público o social, la nulidad absoluta puede ser pedida por cualquier interesado, por el Ministerio Público, en salvaguardia de la moral o de la ley e, inclusive, puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto (art. 1047 Ver Texto , Cód. Civ.). Por el contrario, la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedido de aquéllos en cuyo beneficio la hubiera establecido la ley (art. 1048 Ver Texto).

Estas disposiciones exigen algunas aclaraciones:

1) En cuanto a la declaración de oficio de la nulidad absoluta, la ley dice que sólo procede en el caso de que aparezca manifiesta en el acto (art. 1047 Ver Texto), es decir, cuando se trate de un acto nulo; con ello se quiere impedir que el juez pueda abusar de sus poderes, haciendo pesquisas o investigaciones en asuntos privados de los hombres, so pretexto de la existencia eventual de una nulidad absoluta y sin que medie pedido de parte interesada.

2) El Ministerio Público no puede pedir la nulidad relativa, en tanto actúe en su carácter de Agente Fiscal, representante de los intereses públicos; pero el Asesor de Menores, en su calidad de representante promiscuo de los incapaces y en defensa de ellos, sí puede pedirla. Por eso el artículo 1048 Ver Texto niega esta facultad al Ministerio Público en el solo interés de la ley.

3) El artículo 1047 Ver Texto expresa que la nulidad absoluta puede pedirse por la parte que tiene interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida; regla que se funda en el principio de que nadie puede alegar su propia torpeza. Sin embargo, el ámbito de aplicación de esta norma es muy reducido, pues se limita a los casos en que coinciden la anulabilidad con la nulidad absoluta, que son pocos numerosos (véase núm. 1253). En efecto, si se tratara de un acto nulo, es decir, de nulidad manifiesta (además de absoluta), la invalidez debe ser declarada por el juez, no obstante ser pedida por quien ha celebrado el acto conociendo el vicio, puesto que tiene el deber de hacerlo aunque nadie lo pida; su pronunciamiento se fundará, no ya en el pedido de parte, sino en lo dispuesto expresamente por el artículo 1047 Ver Texto , primer apartado (ver nota 1). Ejemplo: si un miembro de una sociedad constituida para ejercer el contrabando se presentara pidiendo la nulidad del contrato social, el juez, no obstante la torpeza del accionante, debe declararla si aquel objeto apareciere expresado en el instrumento acompañado en la demanda; en cambio, si el contrato fuere aparentemente regular y la parte manifestara que, pese a esa apariencia, el verdadero objeto es el contrabando, el juez debería desestimar la demanda, porque el vicio no aparece manifiesto en el acto y se hace necesaria una investigación de hecho que el magistrado no está autorizado a hacer de oficio (ver nota 2).

Más aún: la nulidad podría ser siempre opuesta por vía de excepción, incluso por la parte que celebró el acto conociendo el vicio, porque al oponerse al cumplimiento del acto torpe, el excepcionante concuerda con la directiva legal y porque a nadie se puede reprochar que se arrepienta de llevar a cabo lo que es reprobado por la ley (ver nota 3).

1249.- La norma que estamos comentando ha sido objeto de vivas críticas por parte de algunos autores, entre nosotros particularmente BIBILONI. Se sostiene que si el propósito de esta disposición es poner obstáculos a la celebración de actos torpes, privándolos de la intervención judicial, en caso de dificultades entre los otorgantes, mejor se lograría ese propósito permitiendo su juzgamiento, pues de esta manera nunca tendrían las partes de un acto prohibido la seguridad de conservar lo adquirido por causa torpe (ver nota 4). Además, anota BIBILONI, mala fe y conocimiento del vicio, como dice nuestra ley, son cosas distintas. Muchas veces la víctima conoce perfectamente la ilicitud del acto que está realizando y no por ello tiene mala fe, no por ello se hace acreedora al desinterés por parte de los órganos encargados de velar por la justicia; tal, por ejemplo, la víctima de un préstamo usurario. Consideramos que la solución deseable en una futura reforma de nuestro Código, es la sugerida por LLAMBÍAS, en el sentido de que sólo estuviese impedido de deducir la nulidad absoluta quien hubiese obrado de mala fe y pretendiese extraer un provecho de la declaración de nulidad (ver nota 5).

1250.- En el artículo 1049 Ver Texto se establecen normas que, en realidad, sobreabundan, pues no son sino aplicaciones de los principios sentados en los artículos anteriores. En su primera parte, dice que la persona capaz no puede pedir ni alegar la nulidad de un acto fundándose en la incapacidad de la otra parte, lo que es obvio, pues tratándose de una nulidad relativa, sólo puede pedirla aquel en cuyo beneficio la estableció la ley (art. 1048 Ver Texto , in fine). En el segundo apartado se expresa que tampoco puede pedirla por razón de violencia, intimidación o dolo, el mismo que lo causó, ni por el error de la otra parte el que lo ocasionó, lo cual es otra aplicación del principio ya señalado.

1251. b) Confirmación.- El acto que adolece de nulidad absoluta no es suceptible de confirmación (art. 1047 Ver Texto , in fine); en cambio, el que sólo está viciado de nulidad relativa, es confirmable (art. 1058 Ver Texto , Cód. Civ.). Esta solución se explica plenamente: no cabe concebir que las partes puedan convalidar un acto cuando es la misma sociedad la que está interesada en su invalidez; pero si se ha establecido sólo en interés de las partes, y éstas, no obstante el vicio y su derecho a reclamar la nulidad, prefieren mantener la vigencia del acto, no hay inconveniente en que así lo hagan.

1252. c) Prescripción.- La acción derivada de una nulidad absoluta no es prescriptible; esta solución no ha sido expresamente establecida por la ley, pero surge necesariamente de la inconfirmabilidad de la acción, pues de aceptarse la prescripción se podría llegar por esa vía a la confirmación tácita. Por lo demás, lo que es inmoral, lo que es contrario a los intereses públicos, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo (ver nota 6).

1253. DISTINCIÓN RESPECTO DE LOS ACTOS NULOS Y ANULABLES.- Movidos por el propósito bien intencionado de simplificar la ardua materia de las nulidades, algunos autores han sostenido que las clasificaciones de actos nulos y anulables y de nulidad absoluta y relativa, no hacen sino expresar idénticos conceptos. Los actos nulos adolecerían siempre de nulidad absoluta y los anulables de nulidad relativa (ver nota 7).

Sin embargo, esta opinión no resiste un análisis prolijo del tema, y con razón ha sido abandonada por nuestros tratadistas (ver nota 8). En efecto, ambas nulidades obedecen a distinto fundamento: la de actos nulos y anulables se basa en el carácter manifiesto o no del vicio; la de nulidad absoluta y relativa, en el carácter público o privado del interés que se protege con la invalidez. No importa en este caso que el vicio esté manifiesto o oculto, pues aun en esta última hipótesis, si después de una investigación de hecho se descubre una causal de invalidez en la que juega un interés de orden público, la nulidad será absoluta. Y a la inversa, por más manifiesta que sea la nulidad del acto, será relativa si en ella sólo juega un interés privado.

La mejor prueba de que estas clasificaciones no son paralelas, es que existen numerosos actos nulos de nulidad simplemente relativa, tales como los realizados por los incapaces de hecho o por lo menores emancipados, cuando necesitan de la autorización judicial; como también los celebrados por algunos incapaces de derecho (véase núm. 1254).

Mucho menos probable es que los actos anulables adolezcan de nulidad absoluta; las únicas hipótesis posibles nos parecen las siguientes: cuando la ilicitud o inmoralidad del objeto o causa del acto sólo pueda establecerse luego de una investigación de hecho; y cuando se trate de un instrumento substancial o solemne anulable.

1254. CUESTIÓN ACERCA DE SI LA NULIDAD SURGIDA DE UNA INCAPACIDAD DE DERECHO ES ABSOLUTA O RELATIVA.- La jurisprudencia de nuestros tribunales es, en esta materia, muy contradictoria. Mientras algunos fallos sientan el principio general de que todas las nulidades derivadas de una incapacidad de derecho son absolutas (ver nota 9), otros, por el contrario, han resuelto no ya con carácter general, sino referido al

caso, que ciertos actos celebrados por incapaces de derecho adolecen de nulidad simplemente relativa (ver nota 10).

La tendencia jurisprudencial citada en primer término, parte del criterio de que todas las incapacidades de derecho obedecen a una razón de orden público, lo cual nos parece sin duda exagerado. Cuando se prohíbe a los mandatarios comprar, aunque sea en pública subasta, los bienes que están encargados de vender por cuenta de sus comitentes, es evidente que lo que está en juego es más que nada un interés de orden privado. No se ve razón alguna para que tal acto no pueda ser confirmado por el demandante, si le conviniera, ni por qué el juez ha de obligarlo a dejar sin efecto una operación que él reputa ventajosa (ver nota 11). Ello está demostrando que no siempre los incapaces de derecho determinan una nulidad absoluta.

Sobre el delicado tema del carácter de las nulidades derivadas de las incapacidades de derecho establecidas en el artículo 1361, véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 1, números 25 y siguientes.

Concluimos, pues, en que no es posible dar una solución única a este problema; en cada caso concreto el juez apreciará si está interesada en la invalidez una razón de orden público o si, por el contrario, sólo se ha pretendido proteger el interés de los particulares; y, según ello, resolverá que la nulidad es absoluta o relativa (ver nota 12).

1255. LOS ACTOS OTORGADOS POR INCAPACES ABSOLUTOS ADOLECEN DE NULIDAD RELATIVA.- Una corriente doctrinaria, que reúne buen número de nuestros tratadistas, sostiene que los actos realizados por los incapaces absolutos adolecen de nulidad absoluta (ver nota 13). Esta teoría, que ha nacido de una confusión entre dos conceptos totalmente independientes, como son incapacidad absoluta y nulidad absoluta, se funda en que, mediando en tales casos falta de discernimiento, existe un verdadero interés de orden público en que esos actos se tengan por nulos.
Creemos que esta doctrina, que unos autores han copiado de otros sin mayor análisis, no resiste la crítica: a) Por lo pronto, no todos los incapaces absolutos carecen de discernimiento, pues los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, lo poseen. b) Los dementes no declarados carecen también de discernimiento (art. 921 Ver Texto), pero nadie pretende que en su caso la nulidad sea absoluta, lo cual es una contradicción irreparable; en este supuesto queda demostrada una vez más la inexplicable confusión entre dos conceptos como incapacidad y nulidad absolutas y relativas. c) No se advierte por qué razón la falta de uno de los elementos internos de los actos voluntarios -como es el discernimiento- deba dar lugar a una nulidad absoluta y, en cambio, la falta de los otros -intención y libertad- sólo provoque una nulidad relativa, puesto que los actos celebrados con dolo o violencia son incuestionablemente confirmables; no se diga que es más grave una hipótesis que otra, porque no se ve qué cosa puede ser más grave que extorsionar a la víctima y obligarla con el revólver al pecho a que preste su consentimiento. d) La disposición del artículo 921 Ver Texto , que establece que los menores impúberes y los dementes carecen de discernimiento, tiene una relativa repercusión en nuestro Código (sobre este punto nos remitimos a nuestro núm. 818), y la prueba de ello es que los impúberes están autorizados a realizar numerosos actos, inclusive nada menos que el de contraer matrimonio (véase núm. 489); no hay, por lo tanto, ninguna razón para hacer producir a la falta de discernimiento un efecto que la ley no establece. e) La nulidad de los actos celebrados por los incapaces ha sido establecida en su protección, puesto que solamente ellos pueden invocarla (arts. 1049 Ver Texto y 1164 Ver Texto , in fine, Cód. Civ.), no obstante que la parte capaz pudo ser de buena fe e ignorar la incapacidad de la contraria. f) El artículo 4031 Ver Texto del Código Civil establece que prescribe a los dos años la acción de nulidad de las obligaciones contraídas por los que están bajo curatela, lapso que se cuenta a partir de la rehabilitación, lo que permite a los dementes confirmar el acto jurídico por el transcurso del tiempo. Y ya sabemos que la característica de la nulidad absoluta es que no puede confirmarse y que la acción derivada de ella es imprescriptible. g) En materia de matrimonio, el contraído por dementes es susceptible de confirmación una vez curada la demencia (arts. 166 Ver Texto , inc. 8º y 220, inc. 2º). h) Finalmente, no se advierte qué justificación puede tener que se autorice al juez a intervenir de oficio para anular un acto, cuando cesada ya la incapacidad, el ex incapaz tenga interés en mantenerlo, o aun cuando las dos partes lo tengan.

Esta opinión, que es la general en la doctrina extranjera (ver nota 14), cuenta entre nosotros con el apoyo de importantes autoridades (ver nota 15) y tiende a prevalecer, al parecer definitivamente, en la jurisprudencia (ver nota 16).

(nota 1) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala B, 11/7/1977, L.L., 1978-A, p. 383; Sala G, 8/5/1981, E.D., t. 94, p. 202; Sala C, 29/10/1956, L.L., t. 86, p. 163 (en el caso se refiere a un matrimonio nulo por subsistencia del vínculo anterior); Sala B, 30/6/1965, L.L., t. 120, p. 73 (mismo caso anterior); C. Apel., 1ª La Plata, 28/4/ 1959, J.A., 1959-VI, p. 147; LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y anulación de los actos jurídicos, p. 42; SPOTA, El acto jurídico inmoral y la prohibición de alegar la propia torpeza, J.A., 1942-IV, ps. 211 y s.

(nota 2) De acuerdo: BIBILONI, nota al art. 389 del Anteproyecto; LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, nº 21.

(nota 3) LLAMBÍAS, op. cit. en nota anterior, nº 21 y 24.

(nota 4) En este sentido: BIBILONI, nota al art. 389 del Anteproyecto; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 2, vol. p. 604; MARCADÉ, 6ª ed., t. 4, art. 1133, ps. 391, y s.; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 1, p. 367, nota 2; PIEDELIÈVRE, Des effets produits par les actes nules, p. 265. Véase en cambio: PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 7, nº 748 y s., y COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 10ª ed., t. 2, nº 105, quienes piensan, apoyándose en la jurisprudencia de su país, que la regla nemo auditur propian turpitudinem allegans es en principio aceptable, a menos que la acción tenga por objeto poner fin a una situación ilegal o peligrosa o a un tráfico deshonesto.

(nota 5) LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, nº 44.

(nota 6) Así lo dijo la C.S.N., 24/11/1937, J.A., t. 60, p. 367; en el mismo sentido: C.S.N., 30/6/1941, J.A., t. 75, p. 919; C. Civil 1ª Cap., 10/12/1936, J.A., t. 56, p. 768; íd., 21/5/1937, J.A., t. 58, p. 454; íd., 26/7/1944, J.A., 1944-III, p. 841; C. Civil 2ª Cap., 27/6/1939, J.A., t. 68, p. 135; íd., 15/7/1943, J.A., 1943-III, p. 547. Encontra, véase voto del doctor TEZANOS PINTO en fallo publicado en J.A., t. 74, p. 913. Nuestra doctrina es unánime en el sentido de que la acción de nulidad absoluta es imprescriptible.

(nota 7) MOYANO, Efectos de las nulidades de los actos jurídicos, ps. 58, y s., nº 95 y s.; ECHEVERRY BONEO, Curso de Derecho Civil, Parte General, t. 3, nº 425 y s.; LLERENA, 3ª ed., t. 4, p. 91.

(nota 8) LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, nº 11; SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 2639; NEPPI, V., Principios de Derecho Civil, p. 333; ALSINA ATIENZA, Retroactividad de la anulación de los actos jurídicos, J.A., 1950-II, sec. doct., p. 20, nota 72; BIBILONI, nota al art. 389 del Anteproyecto; CASTIGLIONE, Nulidad de los actos jurídicos, nº 24; DE GÁSPERI, Tratado de las obligaciones, t. 1, nº 707.

(nota 9) Sup. Corte Tucumán, 21/6/1938, L.L., t. 14, p. 691; C. Civil 1ª Cap., 17/5/1944, L.L., t. 34, p. 728; C. Civil 2ª Cap., 27/6/1939, L.L., t. 15, p. 340.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala D, 30/9/1964, L.L., t. 116, p. 568; Sala F, 19/3/1963, J.A., 1963-IV, p. 336; C. Civil 2ª Cap., 14/8/1943, J.A., 1943-III, p. 846 y L.L., t. 32, p. 41; íd., 23/4/1945, t. 38, p. 472; C. 1ª Civ. y Com. La Plata, 9/10/1942, J.A., 1943-II, p. 765 y L.L., t. 28, p. 202.

(nota 11) De acuerdo: C. Civil 2ª Cap., 14/8/1943, J.A., 1943-III, p. 846, y L.L., t. 32, p. 41; íd., 23/4/1945, L.L., t. 38, p. 472.

(nota 12) De acuerdo: LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, nº 11, nota 23.

(nota 13) SALVAT, Parte General, nº 2636, y su anotador, LÓPEZ OLACIREGUI, nº 2638-A; LAFAILLE, Apuntes de Parte General, t. 2, p. 254; NEPPI, Principios de Derecho Civil, p. 335; BUSSO, Código Civil Anotado, t. 1, coment. art. 54, nº 18; ORGAZ, A., Personas individuales, ps. 289 y 356, nota 76; MOYANO, Efectos de las nulidades de los actos jurídicos, p. 61, nº 100; MOLINAS, Nulidad de un contrato celebrado por un demente declarado tal judicialmente, J.A., 1949-II, p. 571; SPOTA, Tratado de Derecho Civil, t. 1, vol. 3.2, nº 818; BREBBIA, Hechos y actos jurídicos, t. 1, p. 75.

(nota 14) PLANIOL-RIPERT-SALVAT, ed. La Habana, t. 1, p. 642, nº 694; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 11ª ed., t. 1, nº 870; AUBRY y RAU, 4ª ed., t. 1, p. 109, nota 13; t. 4, p. 250; CARBONNIER, t. 1, vol. 2, p. 588 (trad. esp.); CASTÁN TOBEÑAS, 10ª ed., t. 1, vol. 2, p. 814. En la doctrina italiana no caben disidencias ante lo dispuesto expresamente en este sentido por el art. 427 Ver Texto , Cód. Civ.

(nota 15) LLAMBÍAS, Nulidad relativa de los actos celebrados por dementes interdictos, Rev. Facultad Derecho de Buenos Aires, julio-agosto 1949, p. 925; y LLAMBÍAS, J., Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos, L.L., t. 50, p. 876, nº 8, nota 16; ARAUZ CASTEX, Parte General, t. 1, nº 558; MAZZINGHI, Acerca de la nulidad de los actos celebrados por dementes, Revista Facultad de Derecho de Buenos

Aires, julio-agosto 1950, p. 947; ZANNONI, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, p. 208; MACHADO, t. 3, p. 310, coment. art. 1038. BIBILONI sigue una línea contradictoria: considera que la nulidad de los actos celebrados por menores impúberes es absoluta (art. 390, inc. 2º), pero sólo relativa si se trata de dementes (art. 391, inc. 1º).

(nota 16) C. Civil Cap., Sala A, 20/7/1961, L.L., t. 104, p. 279; íd., 13/9/1962, J.A., 1963-III, p. 55; íd., 4/5/1967, J.A., 1967-III, p. 342; C. Civil, 1ª Cap., 4/4/1949, J.A., 1949-II, p. 571; C. Civil Cap., Sala A, 6/6/1952, L.L., t. 71, p. 340, y J.A., 1953-III, p. 443, con nota de DÍAZ DE GUIJARRO; Sala D, 4/9/1964, J.A., 1964-V, p. 357, y E.D., t. 8, p. 844.

ACTOS JURÍDICOS - Borda, Guillermo A. Abeledo-Perrot TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL
1999

2.- Clasificación de las nulidades

A.- ACTOS NULOS Y ANULABLES

1241. ENUMERACIÓN LEGAL.- En el Código Civil no está expresado con claridad cuál es el criterio que permite distinguir los actos nulos de los anulables. No obstante ser tan frecuentes en él las definiciones, esta vez el codificador ha preferido limitarse a enumerar unos y otros.

1242.- En los artículos 1041 y siguientes se establece que son nulos:

a) Los actos jurídicos otorgados por quienes adolecen de incapacidad de hecho, sea absoluta o relativa (arts. 1041 y 1042).

b) Los otorgados por incapaces de derecho (art. 1042 , que se refiere a las personas relativamente incapaces en cuanto al acto, y art. 1043).

c) Los celebrados por quienes dependen para ese acto de la autorización judicial (art. 1042), como ocurre con los menores emancipados en las hipótesis previstas en el artículo 135 , Código Civil.

d) Los actos en que los agentes hubieran procedido con simulación o fraude presumido por la ley, como son los previstos en los artículos 1297 , 3741 , etcétera, del Código Civil; o cuando fuese prohibido el objeto principal del acto, como ocurre con la hipótesis del artículo 953 , Código Civil; es preciso advertir, sin embargo, que la prohibición del objeto por la ley debe hallarse patente en el acto y no depender de una investigación de hecho, porque, en tal caso, el acto sería simplemente anulable (art. 1045); o cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley, debiendo entenderse por tales las formas dispuestas ad solemnitatem (ver nota 1); o cuando dependiesen para su validez de la forma instrumental y fuesen nulos los respectivos instrumentos; también aquí la ley se refiere exclusivamente a las formas ordenadas ad solemnitatem (ver nota 2); como ejemplos de instrumentos nulos pueden citarse los artículos 998 , 1004 , 1005, etcétera, del Código Civil. Todos estos casos están enumerados en el artículo 1044 , Código Civil.

1243.- Por su parte, el artículo 1045 enumera los actos anulables:

a) Son anulables los actos jurídicos cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquier causa se hallasen privados de su razón; la ley se refiere a los dementes no declarados tales, pues éstos están comprendidos en la disposición del artículo 1041 ; o bien a los que, por otro motivo, se hallaren momentáneamente privados de su razón, como los ebrios o sonámbulos.

b) Los otorgados por personas cuya incapacidad impuesta por la ley no fuese conocida al tiempo de firmarse el acto. Esta disposición es confusa y, lo que es peor, contradictoria con los artículos 1041 -1043, que establecen que todos los actos realizados por incapaces de hecho o de derecho, son nulos. Creemos que no tiene aplicación práctica posible (ver nota 3).

c) Cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho.

d) Cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación. Es obvio que la omisión del dolo en esta enumeración obedece a una simple errata material y, por lo tanto, también en este caso el acto es anulable (ver nota 4). En cuanto a la simulación y fraude, la ley se refiere a los casos en que no sean presumidos por la ley, porque en esta hipótesis el acto es nulo (art. 1044).

e) Cuando dependiesen para su validez de la forma instrumental y fuesen anulables los respectivos instrumentos. También en este caso la ley alude únicamente a los actos solemnes (ver nota 5).

1244. CRITERIO DE LA DISTINCIÓN (ver nota 6).- Ya dijimos que el Código no expresa cuál es el criterio de distinción entre los actos nulos y los anulables. Empero, un examen atento de los casos enumerados por los artículos 1041 y siguientes, así como también lo dispuesto por los artículos 1038 y 1046 , permite delinear claramente ambas categorías de invalidez. Parece obvio poner de manifiesto la importancia de precisar estos conceptos; como la enumeración legal no es exhaustiva, resulta indispensable conocer el criterio de distinción que permita ubicar los casos no previstos dentro de una u otra especie de nulidades.

Acto nulo es aquel cuyo vicio se halla manifiesto, patente en el acto mismo. En este caso, el papel del juez es pasivo: se limita a comprobar la existencia de una invalidez declarada de pleno derecho por la ley. Es una nulidad precisa, rígida, insusceptible de estimación cuantitativa, taxativamente determinada por la ley.

En cambio, en el acto anulable, la causa de la invalidez no aparece manifiesta en él, sino que es necesaria una labor de investigación o apreciación por parte del juez. Por sí misma, la ley es impotente par aniquilar el acto. La anulación depende de circunstancias de hecho, es flexible, variable, susceptible de valoración judicial. La invalidez no resulta ya de una simple comprobación de la existencia de los presupuestos legales, sino que el juez debe integrar con su juicio lo dispuesto en la norma, para llegar a ese resultado.

Algunos ejemplos aclaran estos conceptos. Los actos celebrados por un demente declarado tal son nulos, porque el juez limita su actividad a comprobar la celebración de aquéllos y la interdicción legal, para declarar la invalidez. Dadas esas dos circunstancias, que pueden existir o no, pero que no son susceptibles de más o menos, ni pueden ser apreciadas cuantitativamente, la nulidad debe ser declarada. Lo mismo ocurre en el caso de actos celebrados por incapaces de hecho o de derecho, de simulación o fraude presumidos por la ley, etcétera. Muy distinto es el papel del juez cuando le toca resolver la anulación de un acto celebrado por un demente no declarado. Debe recibir la prueba y apreciar si los hechos que se invocan son suficientemente graves como para decidir que el otorgante estaba demente en el momento o en la época de la celebración del acto. Esa necesidad de una investigación de hecho y de una apreciación judicial del significado de esos hechos se pone también de manifiesto en el caso de dolo, violencia, simulación, etcétera.

1245. EFECTOS.- Los efectos de esta clasificación eran muy importantes antes de la ley 17711 , conforme con la opinión entonces prevaleciente en la doctrina y jurisprudencia (véase nuestra 4ª ed., núms. 1277-1283). Pero dicha ley agregó un párrafo al artículo 1051 que ha quitado casi todo su interés práctico a la distinción (véase núm. 1277). Sin embargo, se mantiene la siguiente diferencia: los jueces pueden declarar de oficio una nulidad absoluta sólo en el caso de que el acto sea nulo, pero no podrán hacerlo sin pedido de parte si fuera anulable, es decir, si la nulidad no fuera manifiesta (art. 1047).

(nota 1) SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 2616.

(nota 2) SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 2619.

(nota 3) SALVAT da como ejemplo de aplicación de esta disposición el caso del mandatario o tutor que para eludir la prohibición legal de comprar para sí los bienes de su pupilo o mandante, hace aparecer a un tercero como comprador; en este caso, sería necesaria una investigación de hecho para demostrar la capacidad (Parte General, 6ª ed., nº 2622). Creemos que el ejemplo no es acertado porque se trataría de una simulación, la cual está ya prevista expresamente como acto anulable (véase el texto, letra d).

(nota 4) La doctrina y la jurisprudencia son unánimes.

(nota 5) SALVAT, Parte General, nº 2625.

(nota 6) Particular importancia tienen en este punto los estudios de LLAMBÍAS, J. J., Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, Buenos Aires, 1953; íd., Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos, L.L., t. 50, p. 876.

ACTOS JURÍDICOS - Salas, Acdeel E. - Depalma - CÓDIGO CIVIL ANOTADO
1999

TÍTULO VI - DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS (ver nota 1)

Art. 1037. - Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen.

1. Disposición expresa. - Si bien toda nulidad debe fundarse en una disposición legal que la establezca, esto no quiere decir que ella deba estar consagrada en términos sacramentales y expresos, pudiendo resultar de una prohibición o condición legal (ver nota 2), por lo que a la par de las nulidades expresas existen también las implícitas o virtuales (ver nota 3).

2. Interpretación y declaración. - A) Las normas que establecen una nulidad deben interpretarse restrictivamente (ver nota 4).

B) La nulidad sólo debe declararse cuando hubiera un derecho o interés legítimo lesionado, y la permanencia del acto cause un perjuicio irreparable (ver nota 5).

C) En caso de duda, debe estarse por la validez del acto (ver nota 6).

3. Actos inexistentes. - Nuestra ley no admite los actos inexistentes como una categoría distinta de los nulos (ver nota 7), aunque algunos han sostenido que aquélla es una noción puramente racional -no legal- que se aplica a ciertos actos que pese a su apariencia jurídica, carecen de algún elemento vital para que se les reconozca esta calidad (ver nota 8).

Ver LM, art. 14 .

4. Lesión enorme. - Ver art. 954 .

Art. 1038. (ver nota 9) - La nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada.

Conc.: 18 , 134 , 135, 953 , 1041 a 1044.

1. Nulidad manifiesta. - A) La calidad de "manifiesta" o "no manifiesta" es la que determina si el acto es nulo o anulable (ver nota 10).

Otros han considerado que no quita a la nulidad su carácter de manifiesta la circunstancia de que ella no resulte del acto mismo (ver nota 11).

B) La última parte de la norma sólo significa que el acto se tendrá por no realizado, no que el juez no tenga necesidad de declarar su nulidad (ver nota 12), lo que debe hacerse de oficio (ver nota 13).

C) Entre otros casos, se ha considerado como manifiesta la nulidad establecida en los arts. 1004 (ver nota 14) y 1380 (ver nota 15).

Art. 1039. (ver nota 16) - La nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables.

Conc.: 525 , 1044 , 1045, 1176 , 3630 .

1. Nulidad total y parcial. - A) Se había declarado parcialmente nulo el convenio sobre retribución del letrado en que para ciertos trabajos se establecía un pacto de cuota litis (ley del 31/10/1878, art. 66, derogado por decr. ley 30439/44, art. 46), y se admitió la validez de las otras cláusulas del convenio en las cuales se determinaba directamente el importe de los honorarios con respecto a los demás trabajos (ver nota 17). Pero si el consentimiento de los contratantes se prestó en función de un todo indivisible, la nulidad de una cláusula afecta la integridad del acto (ver nota 18).

Con un criterio más rígido se ha resuelto que la sanción de nulidad parcial es inaplicable en materia contractual (ver nota 19).

B) La "comunicación" de la nulidad de un acto a otro es de carácter excepcional (ver nota 20).

Art. 1040. (ver nota 21) - El acto jurídico para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho.

Conc.: 54 , 55, 738 , 840 , 953 y nota, 1041 a 1044.

Art. 1041. (ver nota 22) - Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria.

Conc.: 54 y conc., 472 , 473, 1027 , 1042 , 1043.

1. Incapaz sujeto a representación necesaria. - A) Se había resuelto que el acto realizado por un demente judicialmente declarado se hallaba afectado de nulidad absoluta (ver nota 23), pero hoy parece predominar la tesis que sólo le atribuye la calidad de relativa (ver nota 24).

Sobre la condición de los actos celebrados por el demente denunciado, ver art. 148 .

Sobre el matrimonio del demente, ver LM, art. 85 .

B) Se ha juzgado que los actos realizados por un menor impúber se hallan comprendidos en esta norma (ver nota 25).

Para los actos del menor adulto, ver art. 1048 .

C) Son absolutamente nulos los actos procesales realizados por el demente (ver nota 26) o el menor (ver nota 27) sin intervención de sus representantes necesarios.

Art. 1042. (ver nota 28) - Son también nulos los actos jurídicos otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto, o que dependiesen de la autorización del juez, o de un representante necesario.

Conc.: 55 , 135 , 1160 , 1358 , 1361 .

1. Autorización judicial. - Por aplicación de esta norma se ha declarado nula, entre otros casos, la deuda superior a $500 contraída por un menor emancipado sin la correspondiente autorización judicial (art. 135) (ver nota 29).

2. Carácter de la nulidad. - Ver art. 1048 .

Art. 1043. (ver nota 30) - Son igualmente nulos los actos otorgados por personas, a quienes por este Código se prohíbe el ejercicio del acto de que se tratare.

Conc.: 279 , 297 a 299 , 450 , 841 , 1357 a 1362 , 1442 , 1443.

1. Incapacidad de derecho. - La ley se refiere aquí especialmente a las incapacidades de derecho (ver nota 31); tal el caso de la aprobación de cuentas de la curatela contrariando lo dispuesto en el art. 465 (ver nota 32) o de la violación de las prohibiciones del art. 1361 (ver nota 33).

2. Naturaleza de la ineficacia. - Los actos comprendidos en esta disposición son nulos de nulidad absoluta (ver nota 34).

3. Prescripción. - Ver arts. 1047 , 4019 y 4023 .

Art. 1044. - 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.

Conc.: 443 , 845 a 848, 953 , 954, 957 , 976 , 980 , 983 , 985 a 988, 990 a 998, 1004 , 1005, 1175 , 1183 , 1185 , 1188 , 1361 .

1. Prohibición legal. - Cuando la prohibición legal se funda en un principio de moral o razones de orden público, el acto violatorio está viciado de nulidad absoluta (ver nota 35); cuando la prohibición se establece para proteger los intereses de determinadas personas, la nulidad es relativa (ver nota 36).

Ver arts. 18 , 21 y 953 .

2. Nulidad instrumental. - Se halla viciado de nulidad absoluta el contrato de compraventa de un inmueble si es falsa la firma de una de las partes asentada en la escritura pública correspondiente (art. 1184), ya que ésta es también nula (art. 1004) (ver nota 37).

3. Leyes represivas de la especulación. Régimen legal de precios. - A) Para declarar la nulidad de un acto jurídico violatorio de las leyes represivas de la especulación, no es necesario que aquella sanción se haya establecido específicamente, pues también existen nulidades implícitas o virtuales (ver nota 38).

B) Las leyes represivas de la especulación son de orden público (ver nota 39), aunque la nulidad del acto violatorio sólo puede ser invocada por la parte a quien la ley tiende a proteger (ver nota 40), por lo que se ha calificado como relativa (ver nota 41).

Ver arts. 795 , 953 , 1047 y 1198 .

4. Otros casos. - Ver arts. 18 , 21 y 953 .

Art. 1045. (ver nota 42) - Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si dependiesen para su validez, de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos

instrumentos.

Conc.: 140 , 450 , 473 , 857 a 860 , 924 a 928 , 932 , 933, 935 , 938 , 941 , 954 , 989 , 1046 , 1329 , 1361 , 3277 , 3335 a 3338 , 4030 .

1. Actos anulables. - A) Cuando la causa de la invalidez no es manifiesta (ver nota 43) por depender de una investigación de hecho, el acto es anulable (ver nota 44).

B) Entre otros casos, se ha declarado anulables: a) por haber obrado el agente con una incapacidad accidental en el momento de celebrarse el acto, los realizados en estado de ebriedad (ver nota 45); o por un demente no declarado (ver nota 46); b) por tratarse de un objeto prohibido, la venta de cosa ajena (ver nota 47); c) por mediar un vicio de la voluntad, el realizado con dolo, aunque esta norma no lo mencione expresamente (ver nota 48); d) por mediar un vicio propio de los actos jurídicos, el afectado por una simulación (ver nota 49); e) por depender de la forma instrumental, el instrumento público cuya firma fue falsificada (ver nota 50). También se ha declarado anulable el acto realizado por el representante de una asociación excediéndose en sus facultades (ver nota 51).

C) Por tratarse de una cuestión de hecho, la ineficacia del acto anulable no puede ser invocada con posterioridad a la traba de la litis (ver nota 52).

Art. 1046. - Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase.

Conc.: 132 , 1048 . Ley Mat. Civ. : 87 , 88, 91 , 92.

Art. 1047. (ver nota 53) - La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación.

Conc.: 59 , 494 , 1060 , 1158 , 1159, 1164 a 1166 .

1. Nulidad absoluta. - A) Para algunos hay nulidad absoluta cuando al acto le falta uno de los elementos esenciales para nacer, como la capacidad, la forma o el objeto (ver nota 54). Para otros, ella existe cuando se trata de sanciones establecidas preferentemente para la protección de intereses generales; cuando funciona como protección de intereses privados, la nulidad es relativa (ver nota 55). Ver art. 1048 .

B) Se ha resuelto que se hallan viciados de nulidad absoluta: a) el instrumento público cuya firma fue falsificada (ver nota 56); b) las escrituras públicas en las cuales no se han observado las formalidades prescritas en el art. 1004 (ver nota 57); c) la compra realizada por algunas de las personas a quienes se les prohíbe efectuarla (ver nota 58).

2. Nulidad manifiesta. - La norma se refiere a las que aparecen en el momento de decidirse el litigio, no a las que sean ostensibles en el mismo acto jurídico (ver nota 59).

Ver art. 1038 .

3. Confirmación. - El acto viciado de nulidad absoluta no puede ser confirmado (ver nota 60), pero necesita ser invalidado; mientras su nulidad no sea declarada judicialmente, tiene una especie de vida artificial (ver nota 61).

Sin embargo, aunque no puede ser confirmado puede ser reproducido, salvándose en esta oportunidad el vicio que afectaba al anterior, si su naturaleza lo permite, en cuyo caso la pretendida confirmación vale por sí misma como un nuevo acto (ver nota 62).

4. Prescripción. - La acción por la cual se persigue la declaración de una nulidad absoluta es imprescriptible (ver nota 63), aunque para determinar su naturaleza se requiera una investigación de hecho (ver nota 64).

Ver art. 4023 .

6801/27301

5. Declaración de oficio. - La nulidad absoluta debe ser declarada de oficio (ver nota 65) cuando es manifiesta (ver nota 66) o se hallan reunidos en autos los elementos necesarios para hacerlo (ver nota 67).

Como consecuencia de este principio se ha resuelto que no es menester que sea formulada mediante demanda o reconvención (ver nota 68), ni es necesario que para ser declarada intervengan en el juicio todos quienes fueron parte en el acto (ver nota 69), y que el vicio puede hacerse valer en cualquier estado del juicio anterior al llamamiento de autos para sentencia (ver nota 70).

Sin embargo, se ha resuelto que el carácter imperativo de la norma no lleva al juez al extremo de trasformarlo en un autómata que ejecuta el mandato que ella contiene en forma irracional o perturbadora (ver nota 71), de manera que la nulidad no debe declararse de oficio cuando con ello sólo se beneficia a la parte que incurrió en causa torpe (ver nota 72).

Para la reducción de oficio de los intereses y de la cláusula penal excesivos, ver arts. 621 y 656 respectivamente.

6. Denegatoria de acción. - A) Quien realizó el acto sabiendo el vicio que lo invalidaba, no puede pedir la declaración de nulidad (ver nota 73), pero el juez debe declararla de oficio aunque aquél haya llegado a su conocimiento por denuncia de quien lo celebró en tales condiciones (ver nota 74), siempre que el denunciante no resulte beneficiado con tal declaración (ver nota 75).

B) La denegatoria de acción establecida contra quien realizó el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, es inaplicable a la excepción fundada en la nulidad del convenio invocado por el actor (ver nota 76).

C) La norma constituye una aplicación de la regla general nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans, incorporada a nuestro derecho positivo (ver nota 77).

Ver arts. 794 , 795, 932 inc. 4, 1488 , 1626 , 1658 , 1659, 1891 , 1912 , 2060 y 2061.

D) La denegatoria de acción no funciona en los casos de inexistencia de un acto jurídico, la que puede ser aducida aun por el mismo culpable de la situación aparente (ver nota 78).

7. Leyes represivas de la especulación. Régimen legal de precios. - Ver art. 1044 .

Art. 1048. (ver nota 79) - La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley, ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes.

Conc.: 703 , 1044 , 1046 , 1058 , 1158 , 1164 a 1166, 1362 , 2020 , 2021. Ley Mat. Civ.: 58 y 84 .

1. Legitimación activa. - A) La parte capaz carece de derecho para alegar la nulidad de un contrato celebrado con un incapaz (arts. 1049 y 1164) (ver nota 80).

B) La calidad de pariente da derecho a denunciar el estado de insania de una persona (art. 144), pero no a demandar la nulidad de los actos jurídicos que ésta ha realizado (ver nota 81).

C) Para que el acto anulable pueda ser anulado, es menester que el vicio se haga valer por vía de acción o reconvención, no como simple argumento o defensa (ver nota 82).

2. Nulidad relativa. - Entre otros casos, se ha resuelto que se hallan afectados de nulidad relativa: a) los actos simulados (ver nota 83); b) los realizados por los padres con respecto a los bienes de sus hijos en violación de lo dispuesto en los arts. 297 y 298 (ver nota 84); c) los practicados por dementes declarados (ver nota 85) o no (ver nota 86); d) los celebrados por un menor adulto (ver nota 87), aunque se halle emancipado (ver nota 88); e) las compras realizadas por algunas de las personas a quienes se les prohíbe efectuarlas (ver nota 89); f) la venta de cosa ajena (ver nota 90).

3. Nulidad absoluta y relativa. - Ver art. 1047 .

4. Leyes represivas de la especulación. Régimen legal de precios. - Ver art. 1044 .

Art. 1049. (ver nota 91) - La persona capaz no puede pedir ni alegar la nulidad del acto fundándose en la incapacidad de la otra parte. Tampoco puede pedirla por razón de violencia, intimidación o dolo, el mismo que lo causó, ni por el error de la otra parte el que lo ocasionó.

Conc.: 1048 y conc., 1203 , 1938 , 3166 .

Art. 1050. (ver nota 92) - La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado.

Conc.: 132 , 1051 a 1054 , 2610 , 2664 .

6801/27371

1. Actos nulos y anulables. - El principio sentado por esta norma tiene carácter general y se aplica tanto a los actos nulos como a los anulables (ver nota 93).

2. Actos inexistentes. - Los actos jurídicos inexistentes no tienen efecto alguno; la situación resultante debe reglarse por los principios jurídicos que le son atinentes, prescindiendo totalmente de la apariencia del acto jurídico concomitante o que le ha servido de ocasional antecedente, y también del sistema legal de sanciones previsto para los actos jurídicos existentes (ver nota 94).

3. Retroactividad. - Si el acto declarado nulo es un contrato traslativo de propiedad, existe una situación de hecho - la posesión del demandado- sobre la cual no puede tener efectos retroactivos la declaración hecha en la sentencia (ver nota 95).

4. Cumplimiento de la sentencia. - Si el acto atacado consta en una escritura pública, no debe condenarse al demandado a otorgar otra destruyendo los efectos de aquélla, sino declarar directamente la nulidad de la impugnada (ver nota 96).

Art. 1051 (Texto según ley 17711, art. 1 , inc. 51). (ver nota 97) - Todos los derechos reales o personales trasmitidos 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.

6801/22280

Conc.: 970 , 971, 972, 1050 , 1487 , 2413 , 2664 , 2671 , 2779 , 3125 a 3127 , 3270 , 3271, 3277 , 3278.

(Este art. 1051 decía: "Todos los derechos reales o personales trasmitidos 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").

1. Naturaleza de la acción de nulidad. - La acción de nulidad no es acción real que deba dirigirse contra el poseedor actual de la cosa, sino personal, que debe promoverse contra quien se desea hacer valer la nulidad, y si se trata de un acto anulable también necesariamente contra la otra parte que intervino en su celebración (ver nota 98).

2. Ejercicio de la acción contra terceros. - A) El principio sentado por esta norma no era tan riguroso como parecía desprenderse de su texto, antes del agregado que introdujo la reforma, ya que el mismo Cód. Civ. consagraba varias excepciones en las cuales amparaba a los terceros de buena fe, tales, p. ej., los arts. 970 , 1967 , 2413 , 3270 y 3430 (ver nota 99). Por ello, en algunos casos se había resuelto que sólo debía aplicarse a los casos en que el tercero era de mala fe o cuando la trasmisión se había practicado cuando el título ya estaba anulado (ver nota 100).

Ver arts. 2777 , 2778 y 3277 .

B) Para que proceda la acción contra terceros es necesario hacer anular el acto originario en cuya ineficacia se funda la acción (ver nota 101), aunque esta acción de nulidad puede ser dirigida directamente contra éstos, sin que sea preciso que se entable previa o conjuntamente contra el antecesor de quien hubo el bien mediante el acto que se ataca (ver nota 102). Sin embargo cabe advertir que si la impugnación contra el acto originario no puede prosperar por haber prescrito la acción, tampoco pueda tener éxito la entablada contra el tercero (ver nota 103).

En todo caso, para que la sentencia que declara la nulidad pueda tener efecto contra estos terceros cuando la acción ha sido seguida contra su autor, debe habérseles dado audiencia en el juicio (ver nota 104).

Art. 1052. (ver nota 105) - La anulación del acto obliga a las partes a restituírse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado.

Conc.: 584 a 591 , 784 a 789 , 1050 a 1055 .

1. Ejercicio de la acción. - Aunque la restitución de lo recibido en virtud del acto anulado deriva de la ineficacia de éste, constituye una acción distinta de aquella por la cual se lo impugna, por lo que debe hacérsela valer, sea conjuntamente con la acción de nulidad, sea posteriormente, pero siempre es necesaria la petición expresa y formulada oportunamente (ver nota 106).

2. Efectos de la anulación. - A) Por aplicación de esta norma se ha resuelto: a) que por la anulación del contrato de mutuo, el mutuario debe restituír el capital y el mutuante los intereses percibidos (ver nota 107); b) que si el contrato anulado tenía por objeto la preparación de planos y la dirección de la obra, el locador debe restituír los honorarios percibidos (ver nota 108); c) que si por la naturaleza de la prestación la restitución es imposible, como en el contrato de trasporte, se debe la indemnización correspondiente (art. 1056) (ver nota 109).

B) Cuando la nulidad se funda en la incapacidad de hecho de una de las partes, el incapaz no está obligado a restituír lo recibido si no se prueba que el bien entregado se halla en poder de aquél o que hubiera convertido en su utilidad (ver nota 110).

C) La circunstancia de que con motivo de la anulación de un contrato de compraventa una de las partes deba restituír la cosa objeto del contrato y la otra el precio percibido, no quita a esta última su calidad de deuda pecuniaria, por lo que debe devolver la misma suma percibida, cualquiera que sea el valor de la cosa en el momento de restituírla (ver nota 111).

Art. 1053. (ver nota 112) - Si el acto fuere bilateral, y las obligaciones correlativas consistiesen ambas en sumas de dinero, en cosas productivas de frutos, no habrá lugar a la restitución respectiva de intereses o de frutos, sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí.

Conc.: 1052 y conc., 2423 , 2432 , 2433, 2438 , 2439.

1. Compensación. - A) El "día de la demanda de nulidad" a que se refiere la norma no es el de la fecha de su presentación, sino el de su notificación (ver nota 113). Los intereses y frutos posteriores a ese día no se compensan, siendo debidos unos y otros (ver nota 114).

B) La referida compensación se aplica a los casos en que ambas partes son de buena o mala fe; no cuando una de ellas es de buena fe y la otra de mala fe (ver nota 115). Tampoco se aplica cuando por su misma naturaleza una no produce frutos y la otra sí (ver nota 116); tal el caso de la compraventa de un terreno que sólo resulta apto para edificar, supuesto en que el vendedor debe restituír el precio con sus intereses y los impuestos pagados por el comprador, aunque hubiese dado a éste la posesión del inmueble (ver nota 117).

C) Las minas constituyen cosas productoras de frutos en el sentido del art. 1053 , por lo que los minerales extraídos de ella se compensan con los intereses en la forma aquí establecida (ver nota 118).

6801/27461

2. Aplicación analógica. - Ver art. 1203 .

Art. 1054. (ver nota 119) - Si de dos objetos que forman la materia del acto bilateral, uno solo de ellos consiste en una suma de dinero, o en una cosa productiva de frutos, la restitución de los intereses o de los frutos debe hacerse desde el día en que la suma de dinero fue pagada, o fue entregada la cosa productiva de frutos.

onc.: 1053 y conc., 2423 , 2432 , 2433, 2438 , 2439.

Art. 1055. (ver nota 120) - Si la obligación tiene por objeto cosas fungibles no habrá lugar a la restitución de las que hubiesen sido consumidas de buena fe.

Conc.: 549 , 550, 590 , 738 , 786 , 1165 , 2324 .

Art. 1056. - Los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas.

Conc.: 935 , 941 a 943, 1109 , 1172 , 1177 a 1179, 1329 .

1. Indemnización. - Ver art. 1052 .

Art. 1057. - En los casos en que no fuese posible demandar contra terceros los efectos de la nulidad de los actos, o de tenerlos demandados, corresponde siempre el derecho a demandar las indemnizaciones de todas las pérdidas e intereses.

Conc.: 972 , 1050 , 2430 , 2779 .

Art. 1058. - La nulidad relativa puede ser cubierta por confirmación del acto.

Conc.: 1047 a 1049, 1060 a 1065.

Art. 1058 bis (Agregado por ley 17711, art. 1 , inc. 52). - La nulidad o anulabilidad, sea absoluta o relativa, puede oponerse por vía de acción o de excepción.

(nota 1) Usamos en este título de la palabra anulable en lugar de rescindible, porque, como observa SAVIGNY, la palabra rescindere en el derecho, expresa ordinariamente la nulidad, pero no la nulidad inmediata, sino la que posteriormente sobreviene, como sucedía en los testamentos, por el nacimiento del hijo póstumo. En algunos casos, sin embargo, rescindere designa la nulidad inmediata. Otras veces declaran las leyes nulos los actos, y sin embargo los hacen sólo rescindibles, por medio de una acción revocatoria. El autor citado al tratar de la nulidad de los actos jurídicos en el tomo IV del Derecho romano, § 202, los divide en actos nulos y actos atacables. A estos últimos es a los que llamamos anulables.

(nota 2) SCBA, 21/5/37, LL 6-1087.

(nota 3) CCiv.B, 20/5/60, JA 1960-VI-509, f. 3116. Ver art. 18 .

(nota 4) CCiv.2ª, 9/12/35, JA 52-827.

(nota 5) CCiv.2ª, 9/12/35, JA 52-827.

(nota 6) CCiv.A, 6/6/53, JA 1953-III-443.

(nota 7) CCiv.1ª, 2/9/38, JA 63-789; CCiv.2ª, 10/12/46, LL 45-257; CFBBl., 10/8/34, JA 47-508; CSJ, 13/9/62, JSJ 3-58. Contra: CPaz III, 28/2/66, JA 1966-II-354, f. 11.710.

(nota 8) CCiv.A, 29/11/60, JA 1961-IV-172, f. 3887. Ver art. 1050 .

(nota 9) Art. 1038 . - La nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto, lo que comprende principalmente la existencia de la voluntad, y la observancia de las formas prescritas para el acto. Ella puede resultar también de una ley que prohíba el acto de que se trate. Sobre la materia de este título, véase SAVIGNY, Derecho romano. Origen y fin de las relaciones de derecho, desde el § 202.

(nota 10) CCom., 30/12/42, JA 1943-I-419. Ver art. 1045 .

(nota 11) CCiv.1ª, 10/12/36, LL 5-70.

(nota 12) CCiv.1ª, 19/2/34, JA 45-207.

(nota 13) CCom.B, 9/12/60, LL 102-726, f. 46.436; CTuc., 3/6/56, LL 85-213.

(nota 14) CCiv.2ª, 12/8/35, JA 51-502.

(nota 15) CCiv.C, 18/3/54, JA 1954-II-213.

(nota 16) Art. 1039 . - SAVIGNY, tomo IV, § 202.

(nota 17) CCiv. 2ª, 14/5/23, JA 10-569. Ver art. 1044 : régimen legal de precios.

(nota 18) CCiv.C, 18/3/54, JA 1954-II-213.

(nota 19) CCiv.A, 22/9/60, LL 101-658, f. 45.827. Comp.: reducción de los intereses convenidos (art. 621) y de las cláusulas penales excesivas (art. 626), inaplicabilidad del pacto comisorio (art. 1203 y ley 14005) y de ciertas cláusulas referentes a la liquidación de sociedades (art. 1654) que constituyen otros tantos casos de nulidad parcial en esta materia.

(nota 20) C1ªLPl., 29/12/59, DJBA 60-61.

(nota 21) Art. 1040 . - MACKELDEY, § 167.

(nota 22) Art. 1041 . - Como los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (art. 54).

(nota 23) CCiv.B, 1/4/54, JA 1954-III-183; CCom., 29/3/44, LL 34-358.

(nota 24) CCiv.1ª, 22/4/49, LL 54-440; CCiv.A, 20/7/61, LL 104-279; CCiv.A, 4/5/67, JA 1967-III-342; CCiv.C, 29/4/69, LL 135-935, f. 63.621; CCiv.D, 4/9/64, LL 115-665, f. 52.508.

(nota 25) CCiv.F, 6/9/60, LL 100-715, f. 45.529. Ver art. 2381 .

(nota 26) CCiv.1ª, 31/10/27, JA 26-136.

(nota 27) CPaz II, 28/11/58, LL 94, vº Nulidad procesal, 13. Ver art. 494 .

(nota 28) Art. 1042 . - Como las mujeres casadas, los menores emancipados respecto de algunos actos, los religiosos, comerciantes fallidos, los tutores y curadores, respecto a actos determinados.

(nota 29) CCom., 16/5/18, JA 1-738; CPaz I, 6/7/37, JA 59-311.

(nota 30) Art. 1043 . - Como en los casos en que al tutor o albacea se le priva adquirir los bienes que administra, y

muchos otros semejantes.

(nota 31) CCiv.1ª, 2/3/42, LL 26-386; CCiv.2ª, 16/11/39, JA 68-707.

(nota 32) Ver art. 465 .

(nota 33) CCiv.1ª, 21/5/37, JA 58-452; CCiv.2ª, 29/5/22, JA 8-485. Ver art. 1361 .

(nota 34) CF, 12/6/68, LL 134-1065, S-20.191; CCiv.1ª, 2/8/42, LL 26-386; CCiv.2ª, 16/11/39, JA 68-707. Contra: nulidad relativa; CCiv.C, 1/3/55, LL 78-640; CCiv.D, 30/9/64, LL 116-568, f. 52.848; C1ªLPl., 9/10/42, LL 28-202. Ver art. 1045 .

(nota 35) CSN, 24/11/37, JA 60-367; CCiv.2ª, 14/8/43, JA 1943-III-846; CCom., 9/5/38, JA 62-494; CCiv.B, 28/11/66, LL 125-792, S-15.027.

(nota 36) CCiv.2ª, 14/8/43, JA 1943-III-846.

(nota 37) C2ªLPl., 13/12/57, DJBA 54-41.

(nota 38) CCiv.B, 20/5/60, JA 1960-VI-509, f. 3116. Contra: CCom.B, 27/10/54, LL 77-396: el acto es válido, hallándose sujeto solamente a sanciones administrativas.

(nota 39) CCiv.B, 22/8/55, JA 1956-III-161, f. 17.998; CPaz Bell Ville, 13/4/62, LL 107-673, f. 48.761. Contra: CCiv.F, 29/10/59, JA 1960-II-419, f. 2158; CCom.C, 8/3/65, JA 1965-IV-276, f. 10.678.

(nota 40) CCiv.B, 22/8/55, JA 1956-III-161, f. 17.998; CPaz IV, 17/5/62, GP 137-14; CTr. II, 25/6/63, LL 111-638, f. 50.834; SCBA, 8/4/58, JA 1959-I-511, f. 217; CPaz Bell Ville, 13/4/62, LL 107-673, f. 48.761. Contra: denegando acción a ambas partes: CCom.A, 7/2/58, JA 1959-II-621; CCom.C, 8/3/65, JA 1965-IV-276, f. 10.678; CPaz II, 29/8/58, LL 95-168.

(nota 41) CCiv.F, 29/10/59, JA 1960-II-419, f. 2158; CCom.C, 8/3/65, JA 1965-IV-276, f. 10.678; algún tribunal ha llegado a la conclusión de que el acto violatorio de esta clase de leyes puede ser confirmado: CCiv.F, 28/3/60, JA 1960-III-563, f. 2468. Contra: por el carácter absoluto de la nulidad: SCBA, 14/4/53, JA 1953-II-345; por su declaración de oficio: CCom.B, 26/5/65, LL 119-609, f. 54.190.

(nota 42) Art. 1045 . - Una acción o una excepción no destruyen una relación de derecho sino cuando una persona determinada, teniendo ciertas cualidades, manifiesta su intención, y obra en consecuencia. De otra manera la relación de derecho originaria conserva toda su eficacia. Ésta es la nulidad que se llama relativa. La invalidez del acto puede existir desde el origen o sobrevenir después. En el primer caso tiene la misma fecha que el acto que anula. En el segundo su fecha es posterior.

(nota 43) CCom., 30/12/42, JA 1943-I-419. Ver art. 1038 .

(nota 44) CCom.B, 22/12/54, LL 77-509. Ver fallos cit. infra.

El concepto de patrimonio en Roma y los efectos de su incorporación en el Código Civil Argentino (ED, 193-945) Autor: Osvaldo Onofre Alvarez

---

Doctrina

La mayor parte de los autores que censuran al derecho romano, con tanta acritud como ligereza, no hacen más que blasfemar de algo que ignoran.

PORTALIS. Discurso Preliminar al Proyecto de Código Civil Francés

Conforme la más severa y acertada definición del patrimonio, se lo concibe como el conjunto de cosas que pertenecen a una persona, capaz de tenerlas[1]. Etimológicamente deriva del latín patrimonium que nos señala los bienes que el hijo tiene heredados de su padre o de su abuelo. Puede, también y supletoriamente, apelarse al término pecunia (del latín pecus, cabeza de ganado) que servía -en la época primitiva- para designar al patrimonio mobiliario. En el período clásico este concepto se utilizará para denominar al dinero; en especial, el amonedado o pecunia numerata y, con el tiempo, a todas ...las cosas que hay en el patrimonio[2]. Sin embargo, en sentido estricto, a esta acepción se la debe entender como una pequeña cantidad de dinero o de capital[3].

Por su parte, podemos extractar diversos fragmentos del Digesto que nos aproximan a la idea de patrimonio. Así PAULO afirmaba que se entiende que son bienes de cualquiera, los que quedan después de deducir las deudas[4]. JAVOLENO, a su turno, manifestaba que no se puede llamar bienes a las cosas que tienen más molestias que ventajas[5]. A partir de estas conceptualizaciones -entre otras- será JUSTINIANO quien, al momento de conformar el Corpus Iuris Civile en el año 531 a.J.C., defina lo que debía considerarse por patrimonio y expresar que fuere todo aquello que quedare después de deducidas las deudas[6].

Lo cierto del caso es que, aplicando un alcance restringido al concepto en análisis, podríamos circunscribir al patrimonio al ámbito de los bienes de familia que se consiguen por herencia; mientras que si recurrimos a una variable más abarcativa, cabría designarlo como el conjunto de derechos y cargas que posee un determinado individuo.

Si bien modernamente se entiende al patrimonio como un atributo de la personalidad, tal cosmovisión no era la que exactamente imperaba en el mundo romano, toda vez que no todas las personas podían acceder al mismo. Tal era el caso de los denominados alieni iuris (aquellos que dependen de otros), aun cuando pudieran obtener los llamados peculios y que, como anteriormente señaláramos, se encontraban separados de las cuentas del patrimonio del pater[7].

Sin embargo, los romanos al considerar al patrimonio como un ente jurídico pasible de ser transmitido por actos inter vivos -como era la adrogación, con excepción de las deudas-, sentaron el principio que habilitaba la vigencia de un patrimonio con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones sin que, eventualmente, tenga un titular[8]. Tal era el supuesto de la hereditas iacens y, en sentido inverso, que exista un sujeto que no sea dueño de un patrimonio por carecer de bienes o porque los mismos eran insuficientes para cubrir las deudas que lo gravaban[9].

De ahí, entonces, que para una divulgada y contemporánea corriente doctrinaria, el patrimonio no sólo estaría conformado por derechos y deudas[10] sino que, también, el sucesor continúa a la persona del causante[11], dando lugar al fenómeno de la confusión de patrimonios que, en su instancia, receptara VÉLEZ en el Código Civil.

No resultaría, quizás, necesario detenernos en demasía para resaltar la influencia del derecho romano en todo el espectro de nuestro derecho privado. Concretamente, en el Código Civil se advierte la gravitación de importantes romanistas como VINNIUS, HEINECCIUS, CUJAS y POTHIER. Más actuales a la época de VÉLEZ encontramos a juristas de la talla de MYNZ, MACKELDEY, ZACHARIE, ORTOLÁN y MOLITOR. Empero, el que más ascendiente tuvo en la tarea del codificador fue -sin dudas- FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY, cuya obra fundamental -Sistema de Derecho Romano Actual, en la versión francesa- ...fue conocida y abundantemente utilizada por aquél, especialmente en lo que se refiere a personas jurídicas, obligaciones en general, dominio y posesión y a la adopción del principio del domicilio como elemento determinante de la ley aplicable al estado y capacidad de las personas[12].

A esta altura del análisis nos parece prudente formular una breve reflexión que nos permita -más adelante y en el

tema que nos convoca- aproximarnos a la evolución y ulterior recepción de aquellos clásicos conceptos en nuestro derecho positivo. De ahí, entonces, que la idea de continuación de la persona, que tiene su origen en el antiguo derecho quiritario, se entronque con la cosmovisión de la primitiva familia que, como virtual unidad socio-política, se organizaba bajo un sistema patriarcal que -al decir de ULPIANO- se hallaba sujeta a la autoridad de su pater -Iure proprio familiam decimus plures personas quae sub unius potestate aut iure subiectae-[13]. En lo económico, igualmente, se percibía idéntica singularidad indivisa que se integraba con la noción de patrimonium y de hereditas y sin que ello posibilite, en modo alguno, darle el sentido y alcance crematístico con el que modernamente se intenta explicar esa especial situación. Recreamos, en ese orden de ideas, la frase de CICERóN que nos patentiza el contenido sacro y profundamente espiritual de aquella inédita coyuntura social: La religión prescribe que los bienes y el culto de cada familia sean inseparables y que el cuidado de los sacrificios sea siempre dado a aquel a quien corresponde la herencia[14].

La hereditas es, por ende, una unidad que tiene su génesis -si se quiere- en una motivación política de auténtica soberanía: inalienable, intransferible e inmutable. No sin razón RUDOLF VON IHERING dirá Cuando el hombre muere, su persona pasa -junto con el derecho persona- al ámbito del derecho sagrado; se convierte en Dii manes, pero su personalidad patrimonial queda en el ius humanum y constituye la hereditas. Por consiguiente, ésta se diferencia de la persona viva solamente en el sentido que representa a la persona patrimonial desmembrada de la real y constituye, como tal, una cosa... Así como en la procreación se hace continuar la existencia personal en un miembro nuevo de la misma especie, en la sucesión hereditaria se hace continuar en otro sujeto la existencia individual, que sigue produciendo efectos sólo en el aspecto patrimonial. La primera coincide con el punto culminante, la segunda con el fin de la vida humana. La especie muere en el hijo; el individuo, en el heredero... Lo que la libertad patrimonial del causante deja como familia es, desde el punto de vista del heredero, la hereditas. De ello se desprende que la hereditas no es algo sin vida, sino únicamente el aspecto menos vivo, pero ansioso de ser revivificado; que se oculta detrás del aspecto más vivo, que es la familia[15].

En consecuencia, si el asiento de la familia es la heredad -base territorial y sustento político de ella- heres ha de ser el continuador del poder organizacional de aquella comunidad doméstica. Al decir de BONFANTE el heredero era, precisamente, el sucesor en la potestad soberana, siendo la herencia el modo de traspaso de aquella cualidad. De ahí que el sujeto verdadero y propio del patrimonio no moría: la familia continuaba existiendo. La familia sobrevivía al muerto y, por medio de ella, sobrevivía a éste en su patrimonio[16]. Amanece, desde tan notable virtualidad, la figura de la sucesión universal. El derecho romano -citando a SOHN- ...hizo inmortal la personalidad patrimonial, hizo inmortal al propietario y al deudor, hizo inmortal a los derechos y a las deudas patrimoniales; inmortalidad cuyo fundamento real era la continuidad de la familia[17].

Por ello y en virtud de la transmisión que se manifestaba a partir de la sucesión el heredero recibía, tanto las deudas del de cuius como las cargas y obligaciones que pasaban a ese patrimonio, confundiéndose con el suyo propio. De allí que su responsabilidad se extendiera más allá de sus créditos -ultra vires hereditatem-. Análogo criterio era aplicable a las relaciones jurídicas de las que el causante hubiere sido titular, que se trasladaban al heres en las mismas condiciones en que hubieran sido ejercidas por aquél y sin que el hecho del traspaso le acordare mejores derechos o utilidades que las de su antecesor. De lo expuesto nace el principio -receptado por VÉLEZ en el Código Civil- que determinaba la imposibilidad de poder transferir a otros más derechos del que se posee -Nemo plus iuria ad alium transferre potest, quam ipse haberet-[18].

Estos clásicos fundamentos, reducidos a la menor faceta patrimonial y desarropados de toda connotación espiritual, fueron los que habilitaron a los autores franceses del siglo XIX para desarrollar -a contrapelo de la globalizadora cosmovisión romana- la idea de que el patrimonio, concebido como una universalidad de derecho, es la emanación de la personalidad y la más alta expresión jurídica de la cual está investida una persona[19]. Prosiguiendo con ese hilo conductor -rápidamente- se entenderá que, si bien con la muerte del sujeto fenecen las relaciones propias de su individualidad, no acontece lo mismo con los elementos que integran su patrimonio, que no se disgrega sino que -per universitatem- se traslada a los herederos.

He aquí el centro neurálgico de la polémica: considerándose al patrimonio como algo único, indivisible y como un atributo inalienable de la personalidad, el heredero no será más que un mero continuador de la identidad del causante al que debe trasladarse la faceta económica del difunto, tanto en su activo como en su pasivo. Se estimará, entonces, que el patrimonio se conserva en su unidad y sólo se muda el sujeto del mismo[20]. Se recurrirá, sin mayores miramientos, al viejo JAVOLENO para sostenerse que el heredero y la herencia hacen las veces de una sola persona -Heres et hereditas unus personae vice funguntur-[21] o se entenderá al igual que el

mencionado prefecto del pretorio, oriundo de Tiro, ULPIANO que la herencia representa la persona, no del heredero, sino del causante[22].

Sin embargo, y más allá de las severas críticas que la doctrina jurídica le endilgara en su oportunidad[23], el meollo de la cuestión se visualiza a partir del criterio racionalista y liberal que se impregnó al tradicional concepto de persona, utilizado en Roma. En tal coyuntura, al decir de RUIZ-GIMÉNEZ, hay mucho de motivación ideológica, toda vez que el individualismo centra su visión en la persona independiente, muchas veces, de toda su implicancia social[24].

Se crea, como se observa, una concepción del mundo para la cual el individuo constituye el sentido y el vehículo del acontecer universal. En la Ilustración de los siglos XVII y XVIII la fe en la razón autosuficiente, se convierte en la fuerza impulsora de un movimiento intelectual que pone en tela de juicio lo que anteriormente conformara el fundamento de la cultura clásica. El hombre es, a partir de allí, sólo un ser individual y no originariamente social que lleva en sí todo el presupuesto del despliegue de su inagotable naturaleza.

Empero, sería peligrosamente desacertado creer que el individualismo no conoce, en absoluto, la idea de un orden social. Por el contrario, en la base de aquella cualidad se sustenta el inicio de su derrotero: en la libertad del individuo descansa el mejor orden social, el cual podrá ser logrado con tanta mayor seguridad, cuanto menos restringida resulte ser la misma. Con justeza, comenta ZANNONI, que ...entonces, la teoría del patrimonio tenderá, en todo momento, a satisfacer las expectativas individuales de la persona. Vigorizando y defendiendo la idea de patrimonio se consolida la potestad ilimitada del individuo en lo económico, en sus facultades, en sus poderes dispositivos y -en suma- en toda la secuela de sus apetencias en el ámbito de las relaciones jurídicas. En última instancia la trilogía persona-patrimonio-capacidad se identifica expresando la misma idea: una amplitud hacia la titularidad y ejercicio de derechos y obligaciones[25]. Si el derecho del individuo o la pretensión de libertad constituyen las máximas y primigenias prerrogativas, el Estado -como tal- sólo podrá tener su origen en la libre decisión de los hombres. Por efecto de la voluntad contractual, conforme sostiene ROUSSEAU, cada uno, en cuanto se adhiere a los demás se obedece sólo a sí mismo quedando, por tanto, tan libre como antes[26].

En lo que atañe al ámbito jurídico, la consecuencia aparece nítida y manifiesta: el derecho, del cual nace el contrato, estará sujeto a la libre autodeterminación de los individuos, tanto en su contenido como en su duración, sin que en el fondo fueran reconocidos otros vínculos que los resultantes de su propia autonomía de la voluntad. He aquí la génesis y raíz del positivismo jurídico, desligado de cualquier basamento moral o reflexión de alcance natural.

Los presupuestos precedentemente bosquejados y, en especial los inherentes a la denominada teoría del patrimonio-persona, fueron receptados por VÉLEZ, y por influencia de la liberal corriente francesa, al momento de proyectar el Código. Prueba de ello resultan ser -entre otros- el art. 2312 que define al patrimonio como el conjunto de los bienes de una persona... y cuya nota adscribe acabadamente a aquella doctrina; el art. 3281 al sostener que la sucesión a título universal es la que tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos; el art. 3417 al entender que ...el heredero que ha entrado en posesión de la herencia, o que ha sido puesto en ella por juez competente, continúa la persona del difunto, y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor... el art. 3342 al expresar que La aceptación de la herencia causa definitivamente la confusión de la herencia con el patrimonio del heredero; y trae la extinción de sus deudas y créditos a favor o en contra del difunto, y la extinción también de los derechos reales con que estaban gravados sus bienes a favor del difunto o que le competían sobre sus bienes; el art. 3343 al señalar que el heredero que ha aceptado la herencia queda obligado, tanto respecto a sus coherederos como respecto de los acreedores y legatarios, al pago de las deudas y cargas de la herencia, no sólo con los bienes hereditarios sino también con los suyos propios; el art. 3420, por su parte, explicita que el heredero, aunque fuere incapaz o ignorase que la herencia le ha sido deferida, es sin embargo propietario de ella, desde la muerte del autor de la sucesión; etc.

Mucho se ha escrito -no sin un dejo de razón- en orden a la influencia que el derecho romano ejerció sobre el espíritu del codificador. Así, conforme una aguda observación de DÍAZ BIALET, se computan 1303 citas, de las cuales 799 tendrían como fuente directa textos del Corpus Iuris Civile[27]. Empero, y comoprecedentemente acotáramos, también fue importante el aporte del Código Francés de 1804 que -en materia sucesoria- coincidió con los principios del droit coutumier y elementos que, en los siglos XVI a XVIII desarrollaron -entre otros- DUMOULIN y LAMOIGNON, imbuidos de una aséptica y limitada perspectiva de la persona pero desconectada de la universal idea romana.

Iluministas resultaron ser aquellas fuentes y liberal e individualista -como lógica consecuencia- sería la obra de VÉLEZ. Sin pretender parecer osado o exagerado, con aquella manera de procurar regular la realidad jurídica, parecería haberse recopilado la menor osamenta del legado romano, sin recrear o vigorizar el aspecto o contribución más trascendente de su contenido normativo.

Con lo expuesto, lo que se intenta señalar es que no debemos entender, solamente, las áridas especulaciones de los clásicos. Esos juristas no fueron los creadores de lo más valioso de su sistema legal. El derecho romano, por lo menos y en lo que incumbe a su herencia cultural, es más bien una expresión colectiva, que la concepción individualista de hombres aislados.

No es imprescindible, si se quiere, escudriñar tanto en la obra de PAPINIANO, PAULO o ULPIANO -dos de los cuales, dicho sea de paso, no son romanos- sino en el concepto de la vida imbricada en los principios cuya ordenación y elaboración estuvo a cargo de aquéllos. Y si en el derecho romano no importan tanto los nombres famosos como el espíritu que se oculta detrás del conjunto de postulados, lo mismo puede decirse, y con igual presteza, respecto de toda la historia de Roma.

Es verdad que figuras como Lucrecio y Virgilio, Julio César y Augusto descollan por encima de sus contemporáneos; pero no es en hombres como éstos, ni en un reducido número de individualidades donde podemos encontrar el carácter de aquellos pueblos. Debemos ahondar en la vida de sujetos sin nombre y de mujeres sencillas, atravesando las calles apartadas y los villorios humildes del Velabrum o la Suburra -donde viviera Julio César-[28], cuyas virtudes y defectos hicieran a Roma lo que fue.

No cabría asignarle a la successio, y como gravemente se hubo traspolado, el significado patrimonial y crematístico que modernamente contamina a tal concepto. Poco valor conlleva, por ende, la reminiscencia romana en nuestros textos si los mismos se hallan expoliados y maniatados por el mundanal ideal humanista, desvinculado de toda idea trascendente.

La unidad de la estructura social romana no se ahincaba en el hombre individual, sino que dependía del bienestar de su conjunto que -en esencia- era su familia; su heredad. Pretender horadar o perforar aquellas nociones con la aséptica y utilitarista idea del patrimonio y de la sucesión en la persona provoca -no pocos- contratiempos jurídicos que, en parte, fueron remediados o soslayados con las reformas legislativas introducidas al originario código velezano[29].

El sujeto -subiectus-, como tal, tenía asidero en tanto se encaballara en un estamento superior que lo contuviera y le diera realce. En tal sentido, intente alguien explicarle a un profano la regla que sentaba que la obligación -según el derecho romano- es inseparable del sujeto diciéndole, además, que dicha ligazón jurídica está indeleblemente unida al mismo. Si a ello le adosamos que ...por la obligación, la familia, la personalidad jurídica, se encuentra legitimada u obligada quizás podríamos comprender, entonces, por qué la familia suministra al heredero el commercium del causante[30].

A partir de allí fácil sería probar que el heres es considerado miembro de la familia, por cuanto acoge a la familia defuncti y entra, así, en la más íntima relación con el de cuius. A diferencia de la vacía cosmovisión francesa -receptada por VÉLEZ- existía en aquellos pueblos una necesidad natural de la personalidad ficta de la hereditas iacens que deriva del concepto y de la esencia del derecho sucesorio.

Es por ello que la piedra angular de toda succesio debe buscarse en la singularidad de su derecho de familia. Esta comunidad doméstica consistía, por ende, en algo más que padres y descendientes, bienes o riquezas. Incluía no sólo esos términos sino -además- a criados y clientes y, lo que era más relevante, a sus dioses tutelares. Lo que importaba, como se observa, no era tanto la casa en sí misma como el hecho que la morada conformara -al mismo tiempo- un hogar, en el más amplio sentido de la palabra. Quizás para los griegos -en sinonimia con el hombre moderno- el domicilio era la vivienda, y nada más: un lugar para dormir, comer y atesorar los objetos de sus dueños. En Roma tal idea era impensable.

Valga como ilustrativo ejemplo de lo antedicho, el discurso de CICERÓN -pronunciado en el año 57 a .J.C.- luego

de regresar del destierro provocado por Clodio -partidario de los Gracos- y de que una turba de forajidos, habiendo demolido su casa, intentara impedir su reconstrucción[31]. En aquella circunstancia -descontando la probable retórica de la ocasión, pero trasuntando un sentimiento que el auditorio compartía-, preguntó: ¿Hay algo más venerado, hay algo más protegido por toda clase de divinidad que el hogar de cada ciudadano? Dentro de él tiene sus altares, su fuego, sus dioses domésticos, sus cultos privados, sus ritos y ceremonias. Para todos nosotros es el hogar un lugar tan sagrado que, arrancar de él a un hombre, es un ultraje a la ley del cielo[32].

Ninguna reminiscencia pecuniaria o referencia de alcance patrimonial trasluce aquel sentido legado. Esa vida de hogar fue la creación de los romanos; una invención que ha provocado tan notables consecuencias como la que los escombros de la historia no hayan podido impedir que perviva su herencia universal. Fue Roma la primera que, frente a la autoridad encargada de la gestión de los intereses comunes, igualó la situación jurídica de todos los hombres libres. Fue pionera en hacer olvidar sus víctimas y borrar la distinción entre vencedores y vencidos, sustituyendo todos los regionalismos y nacionalidades por la suya. Prueba de ello: los contemporáneos llamaban el Arabe al emperador Filipo[33] quien, pese a haber nacido más allá del Jordán, festeja -el 21.04.248 d. J.C.- y con severa majestuosidad el milenio de la ciudad fundada por Rómulo. A RUTILIO NAMACIANO, un natural de la Galia, se le debe aquel elegíaco poema -del año 400 de nuestra era- que, enalteciendo a Roma, expresa:

Fecisti patriam diversis gentibus unam:

Urbem fecisti quod priva orbis erat

Hiciste una patria de pueblos diferentes,

hiciste la ciudad de lo que antes era el mundo

Se ha señalado, con justeza, que el derecho como cualquier otra manifestación humana es el resultado de una conciencia social y, por ende, variable y modificable en consonancia con las motivaciones de los pueblos. Sin embargo, más allá de las inevitables y convenientes adecuaciones que deben conformarse en orden a las nuevas necesidades, experiencias y sentimientos de las naciones modernas es igualmente imperioso mantener viva la común sabiduría práctica de los romanos, resumible -entre otros ejemplos- en la famosa definición de CELSO: ius est ars boni et aequi (el derecho es el arte de lo bueno y lo equitativo) y en los preceptos de ULPIANO: Iuris praecepta sunt hace: honeste vivire, alterum non laedere, suum cuique tribuere (Vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo) que, al decir de IGLESIAS, ...constituyen -desde el principio al fin- el eje rector de la verdadera jurisprudencia romana[34], capaz de haber desafiado la inexorable temporalidad de todos los siglos.

[1] DI PIETRO, ALFREDO, Derecho Privado Romano, Depalma, Buenos Aires, 1996, pág. 104.

[2] ULPIANO, Digesto 50, 16, 222.

[3] Conf. ALFREDO DI PIETRO, ob. cit., pág. 305.

[4] PAULO, Digesto 37, 6, 2, 1.

[5] JAVOLENO, Digesto 49, 14,11.

[6] Código 6, 51, 8, 4.

[7] ULPIANO, Digesto 15, 1.5.3.

[8] PEÑA, LUIS A.-ARGÜELLO, LUIS R., Derecho Romano, t. II, Tea, 1966, pág. 13.

[9] Institutas 3, 17. FLORENTINO, Digesto 46, 1, 22, 1.

[10] AUBRY, C. et RAU, C., Droit Civil Français, t. VI, pág. 229 - 4ª ed.

ZACHARIAE, Manuel de Droit Civil Française, pág. 574.

R. SALVAT, Tratado de Derecho Civil, Parte General, nº 1305 - 6ª ed.

A. G. SPOTA, Tratado de Derecho Civil, t. I, Vol. 35, nº 1757 y su nota.

[11] CAZELLES, De idèe de la continuatiòn de la personne, Paris, 1905.

CASTÁN TOBEÑAS, La concepción estructural de la herencia, Madrid, 1959, entre otros autores.

[12] Conf. LLAMBÍAS, JORGE J., Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. I, Perrot, Bs. As, 1995, pág. 213.

[13] ULPIANO, Digesto 50, 16, 195.

[14] CICERÓN, De Legibus 2, 19-20, citado por ALFREDO DI PIETRO, ob. cit, pág. 345.

[15] VON IHERING, R., Bromas y veras de la jurisprudencia, Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1974, pág. 38.

[16] BONFANTE, Instituciones de Derecho Romano, pág. 554.

[17] SOHN, Historia de las Instituciones del Derecho Privado Romano, pág. 664.

[18] ULPIANO, Digesto 50, 17, 54.

[19] Conf. C. AUBRY et C. RAU, ob. cit., págs. 232/260.

[20] Conf. FERRARA, Estudio sobre la sucesión a título universal y particular, pág. 325.

[21] JAVOLENO 1, 22. Digesto. De Usurpationibus 41, 2 y 3.

[22] ULPIANO, Digesto 1, 34. De Acquirendo rerum dominio, pág. 411.

[23] PLANIOL, RIPERT y PICARD. Tratado Práctico, t. IV, La Habana, Jallu Oliver. Lidèe de la continuatiòn de la personne, Paris, 1902. G. PLASTARA, La notiòn juridique du patrimoine, Paris, 1903. FORNIELLES, El concepto de patrimonio, Revista de Derecho Civil, t. II, pág. 27.

LAFAILLE, Sucesiones, t. I, nº 4 y sigtes.

RÉBORA, JUAN C., Derecho de las Sucesiones, t. I, pág. 423 y sigtes.

MARTÍNEZ PAZ, Introducción al derecho de la sucesión hereditaria, pág. 5.

BORDA, GUILLERMO A., Tratado de Derecho Civil. Parte General, t. II, pág. 14, entre otros autores.

[24] Conf. RUÍZ-GIMÉNEZ, La propiedad en Comentarios a la Encíclica Mater et Magistra, pág. 413.

[25] ZANNONI, EDUARDO A., Derecho de las Sucesiones, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1997, pág 16.

[26] ROUSSEAU, JUAN J., El contrato Social.

[27] Conf. ELGUERA, EDUARDO, Influencia del Derecho Romano en el Código Civil Argentino, pág. 79.

[28] Julio César hasta que fue Pontifex Maximus, habitó un alojamiento modesto de la Suburra.

Conf. cita de SUETONIO, Divus Iulius, 46.

[29] En el tema que nos ocupa, la ley 17.711 [ED, 21-961] del 26.04.1968.

[30] Conf. RUDOLF VON IHERING, ob. cit., pág. 49.

[31] CICERÓN, Ad Att., IV 3, 2-3.

[32] De este acontecimiento se desprenden sus famosas oraciones De dono sua y De haruspicum responso.

[33] M. Julio Filipo -de origen árabe- emperador de Roma durante los años 244 a 249 d. J.C. muere en la batalla de Verona y lo sucede C. Mesio Decio, nacido en Sirmiun.

[34] IGLESIAS, JUAN, Derecho Romano, Barcelona, 1965, pág. 7.

Texto

DAÑOS Y PERJUICIOS - Bustamante Alsina, Jorge Abeledo-Perrot TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL 1997

1.- RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES

865. El artículo 1114 del Código Civil, modificado por la ley 23264 , dispone: "El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de 10 años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviera al cuidado del otro progenitor".

866. La responsabilidad de los padres se funda en la culpa en que éstos hubiesen podido incurrir, por haber violado los deberes legales de vigilancia impuestos en relación a sus hijos menores de edad, que se hallan sujetos a su patria potestad.

El ejercicio de esa vigilancia supone la aplicación de los cuidados necesarios para encauzar la conducta del menor, no solamente en vista de su adecuada formación, sino para prevenir que se dañe a sí mismo o cause perjuicio a otros (ver nota 1). Los padres tienen la autoridad que les da la ley y tienen el deber de hacerla observar por sus hijos que les deben respeto y obediencia (arts. 265 y 266, Cód. Civ.).

867. Decimos que esta responsabilidad es indirecta, aunque supone una culpa del padre. El hecho que causa daño al tercero no es ejecutado por él sino por el hijo; de allí que la responsabilidad del padre sea indirecta, pues aquella conducta es ajena al mismo.

868. Esta responsabilidad indirecta es unas veces personal y otras subsidiaria o refleja. Es personal de los padres cuando el hijo que causa el daño es menor de 10 años de edad, en este caso no siendo responsable el autor del hecho por carecer de discernimiento (arts. 907 , 921 y 1076 , Cód. Civ.); los padres son responsables por su culpa (ver nota 2), y no tienen acción recursoria contra el hijo por el monto de la indemnización pagada a la víctima (arg. art. 273 , Cód. Civ.). En cambio, la responsabilidad indirecta de los padres es subsidiaria o refleja si el hijo que comete el acto ilícito es mayor de 10 años y responde por su propio hecho. En este caso los padres tendrían acción regresiva contra el patrimonio del hijo (arg. art. 1123 , Cód. Civ.).

a) Condiciones para que funcione esta responsabilidad

869. 1) Que los hijos sean menores de edad. Desde luego que si se tratase de los actos ilícitos de los hijos mayores de edad, no habría responsabilidad alguna para sus padres en este carácter, pues fallaría precisamente el fundamento de esta responsabilidad desde que no se hallan bajo su patria potestad.

870. Se ha planteado en doctrina una cuestión interpretativa derivada de la aparente colisión de la norma del artículo 1114 con la del artículo 273 que dispone: "Los padres responden por los daños que causen sus hijos menores de 10 años, que habiten con ellos" (ver nota 3).

871. Una parte de la doctrina más antigua (ver nota 4) admite la responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos menores únicamente hasta los 10 años; los mayores de esa edad responden personalmente en virtud de su responsabilidad directa, pero no comprometen la responsabilidad indirecta de sus padres. Esta tesis da prevalencia al artículo 273 sobre el artículo 1114 .

872. Según otro sistema (ver nota 5) se considera el artículo 1114 como un texto ampliatorio de la responsabilidad de los padres. Aunque nada se diga aquí sobre la edad de los hijos menores, debe ampliarse el sentido del artículo 273 , pues si los directores de colegios y maestros artesanos responden de los daños causados por alumnos o aprendices mayores de 10 años (art. 1117 , 2ª parte), no es posible que los padres estén exentos de responsabilidad por los daños de sus hijos menores de esa edad.

873. La doctrina mayoritaria y hoy prevaleciente (ver nota 6) ha conciliado ambas normas: el artículo 273 establece la responsabilidad personal del padre cuando el hijo es menor de 10 años, pues careciendo éste de discernimiento no es responsable; el artículo 1114 impone a los padres una responsabilidad subsidiaria, pues las víctimas del acto ilícito cometido por un menor de 10 años pueden demandar a éste como personalmente responsable, y en subsidio

a sus padres por la responsabilidad refleja de ellos.

874. Como bien lo destaca ACUÑA ANZORENA (ver nota 7), incorporado el artículo 273 al título de la patria potestad, su objeto no es el que se le asigna de determinar la responsabilidad de los padres por los daños que causen sus hijos menores de 10 años, sino señalar únicamente que entre las obligaciones que los padres tienen respecto de sus hijos en minoridad, está la de satisfacer con sus bienes propios los daños que causaren los menores de 10 años.

875. Lo que el artículo legisla es la relación jurídica que se establece entre padre e hijo cuando éste, menor de 10 años, causa un daño; pero no la que surge del mismo hecho entre la víctima y el padre del menor. De aquí que la limitación de edad que en él se establece, no importa restringir la responsabilidad de los padres, con relación a la víctima, a los daños que causaren sus hijos menores de 10 años, sino simplemente la obligación que tienen de satisfacer con sus propios bienes los perjuicios que el hijo de esa edad causare a terceros.

876. Otra es la finalidad del artículo 1114 . Destinado a fijar la responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores, no distingue, como no podría hacerlo, según sean éstos mayores o menores de 10 años, porque extendiéndose su obligación de vigilancia sobre los hijos desde el momento de nacer hasta el de la mayoría de edad (art. 265), las consecuencias perjudiciales derivadas del incumplimiento de esta obligación los responsabilizan por igual, sea cual fuere la obligación del menor.

877. Corolario de lo que acabamos de exponer son las siguientes conclusiones:
a) Si el daño es causado por un menor de 10 años, la víctima tiene un solo responsable directo pero personal: el padre, en las condiciones generales que determinan su responsabilidad (ver nota 8) Si el daño es causado por un menor de más de 10 años de edad, la víctima tiene dos responsables: el menor autor del acto ilícito por su responsabilidad personal por el hecho propio, y el padre, en las condiciones generales que determinan su responsabilidad indirecta por el hecho ajeno.

b) Si el padre paga la indemnización por el daño causado por el hijo, tendrá acción resarcitoria si éste es mayor de 10 años, y no la tendrá si es menor, salvo que con el hecho se hubiese enriquecido el autor. En este caso tendrá una acción el padre, fundada en el enriquecimiento sin causa (art. 907 , Cód. Civ.).

878. En este último caso se puede plantear la cuestión de saber si indemnizando el daño, el padre, por su responsabilidad personal, puede ejercer la acción recursoria contra el patrimonio del hijo menor de 10 años en un supuesto análogo al del artículo 907 (agregado de la ley 17711).

Aunque con el daño no se hubiese enriquecido el autor del hecho involuntario, puede admitirse la acción recursoria del personalmente responsable contra aquel que causó el daño, teniendo en cuenta la importancia de su patrimonio y la situación personal del que pagó la indemnización a la víctima. Las razones de equidad que inspiran la fórmula del artículo 907 son aplicables también en este supuesto.

879. 2) Que estén bajo la patria potestad del pretendido responsable. Este requisito sirve precisamente para fundar la responsabilidad del padre, pues solamente respecto de quien tiene el deber de vigilancia y goza de la autoridad suficiente puede predicarse esta responsabilidad.

El ejercicio de la patria potestad de los hijos matrimoniales corresponde al padre y a la madre conjuntamente, según el artículo 264, inciso 1º modificado por la ley 23264 , o sólo a uno de ellos a falta del otro (inc. 3º). Las demás hipótesis están previstas en el ya citado artículo 264 modificado por esta última ley.
880. Con relación a este requisito cabe considerar la hipótesis de que siendo aún el hijo menor de edad obtenga emancipación legal o voluntaria (art. 131 , Cód. Civ., ref. ley 17711). La cuestión no puede suscitar dificultades, porque siendo requisito de esta responsabilidad que los menores se encuentren bajo el poder de los padres (art. 1114 , Cód. Civ.), tal requisito no se cumple respecto a los emancipados pues la patria potestad se acaba con respecto a ellos (art. 306 , Cód. Civ., ref. ley 10903), sea la emancipación legal o voluntaria (ver nota 9).
881. Distinto es el caso de la habilitación de edad para ejercer el comercio, llamada emancipación comercial, pues ésta influye solamente en la esfera de la capacidad del emancipado para el ejercicio del comercio, pero no obsta a la subsistencia de la autoridad paterna y la consiguiente responsabilidad de éste por los hechos ilícitos de su hijo (ver nota 10).

882. Sin embargo, la doctrina está dividida en relación a los actos ilícitos que se originen en la actividad comercial

para que fue autorizado. Por una parte se sostiene que la responsabilidad es propia del menor y no desu padre o madre, porque la autorización lo habilita para realizar los actos de comercio, debiendo entonces responder de los actos culposos vinculados a los mismos (ver nota 11).

883. Creemos equivocado este punto de vista, pues la habilitación de edad concede al menor capacidad para ejercer actos de comercio, pero es extraña al sistema de responsabilidad civil extracontractual, que se rige por los principios generales que no son derogados en este caso. "Una cosa es su responsabilidad contractual, respecto de la cual obra como emancipado, y otra su responsabilidad por hechos ilícitos. En este punto debe reputarse que el deber de vigilancia paterno se mantiene y que los padres son responsables (ver nota 12).

884. 3) Que los hijos menores habiten con sus padres. Naturalmente que si los menores no habitan con sus padres, éstos no pueden ejercer la vigilancia que es la base de la responsabilidad en estos casos. Desde luego que no pueden excusar su responsabilidad los padres si el alejamiento de sus hijos del hogar paterno obedece precisamente a la falta de vigilancia de ellos, pues en este supuesto la culpa de éstos resulta de no haber impedido que los hijos se pusieran fuera de su autoridad y vigilancia.

885. Sin embargo, para algunos autores basta que el alejamiento se deba a un motivo legítimo, como podría ser un curso universitario o una temporada de descanso en casa de parientes o amigos, siempre que se hubiera confiado el menor a personas aptas y responsables (ver nota 13).

Consideramos más razonable este criterio que el de aquellos que exigen para excusar la responsabilidad del padre que éste hubiese transferido esa responsabilidad a otros legalmente responsables, como sería el principal, maestro o artesano. Si la responsabilidad se funda en la culpa in vigilando, bastará solamente que el padre, por una circunstancia legítima o que no le es imputable, estuviera privado de ejercer esa vigilancia.

886. 4) ¿El menor debe haber cometido un acto ilícito? El artículo 1114 impone esta responsabilidad a los padres por los daños causados por sus hijos: no se dice por los daños provenientes de los actos ilícitos de éstos.

887. Cuando el menor tiene más de 10 años es imputable y, por lo tanto, debe exigirse la comisión de un acto ilícito, sea delito o cuasidelito, para imponer al padre una responsabilidad indirecta. Si bien es cierto que la responsabilidad indirecta del padre se funda en una culpa propia o personal, o sea la falta de vigilancia, no debe olvidarse que esta responsabilidad tiene carácter subsidiario, y si bien mejora la condición de la víctima mostrándole un responsable más, no se justifica que coloque a ésta en la excepcional situación de reclamar un daño causado por una persona que no ha incurrido en culpa alguna.

888. Si el daño es ocasionado por un menor de menos de 10 años, en cambio, la cuestión debe ser considerada con una óptica diferente. El menor de 10 años carece de discernimiento para los actos ilícitos; luego, el daño que causare no le es imputable.

Independientemente entonces de la existencia de culpa en el ejecutor del hecho, o autor del daño, sólo queda en pie la culpa del padre que no controló debidamente los actos del hijo. En este caso no puede exigirse la comisión de un acto ilícito, bastará que se produzca un daño.

Sin embargo, no parece razonable endosar al padre la responsabilidad por cualquier daño que cause su hijo menor de 10 años. Por consiguiente, el padre no deberá responder sino solamente cuando el daño causado sea injustificado. El padre, entonces, para eximirse de responsabilidad no podrá probar la falta de culpa del hijo, pues ella está fuera de la cuestión, pero podrá demostrar en cambio además de la interrupción del nexo causal (caso fortuito o fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero), las circunstancias objetivas que justifiquen el daño por la defensa propia, el estado de necesidad, etcétera, con relación al menor.

b) Desplazamiento de la responsabilidad hacia la madre

889. Conforme a lo que dispone el artículo 1114 del Código Civil, modificado por la ley 23264 , esta responsabilidad es de incumbencia del padre y de la madre solidariamente. En caso de muerte, ausencia o incapacidad, privación de la patria potestad o suspensión del ejercicio de uno de ellos, la responsabilidad es exclusiva del otro que continúe ejerciendo la patria potestad.

890. Así la ausencia del padre puede poner a la madre en situación de responder por los actos dañosos de sus hijos menores, sin que el padre hubiese perdido por ello la patria potestad. Será una cuestión de hecho la que concierne a

la demostración de la medida en que la ausencia paterna le hubiese impedido a éste ejercer sus poderes de vigilancia, bien entendido que la ausencia debe tener un motivo legítimo o razonable.

Si la ausencia configura por sus características y circunstancias la exposición o abandono de sus hijos, no dejará de responder el padre mismo, sin perjuicio de la pérdida de la patria potestad (art. 307 , inc. 2º, Cód. Civ., ref. ley 10903).

La suspensión del ejercicio de la patria potestad por ausencia de los padres ignorándose su paradero, no es tampoco por sí misma motivo suficiente para desplazar esa responsabilidad hacia la madre; habrá que considerar la causa de esa ausencia y juzgar si ella importa el abandono doloso o culpable de sus deberes de vigilancia o no.

891. En caso de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, será responsable el padre o madre que ejerza legalmente la tenencia como consecuencia del ejercicio de la patria potestad (art. 264 , inc. 2º, Cód. Civ., ref. ley 23264) y de conformidad con la última parte del nuevo artículo 1114 , salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor.

892. Si bien el artículo 1114 dice ahora que en el caso de que los padres no convivan será responsable el que ejerza la tenencia del menor, no podemos menos que considerar quién es el causante de la separación, porque si lo fuere el padre no excusaría su responsabilidad, pero tampoco si lo fuera la madre y si el padre hubiese tolerado que se llevase los hijos. En efecto, como dice BORDA (ver nota 14), "o bien la separación se debe a culpa del padre, en cuyo caso él no puede alegar el abandono que ha hecho de sus deberes de padre para excusar su responsabilidad; o bien la separación se debe a culpa de la mujer, en cuyo caso el marido es responsable de haber permitido que se llevara los hijos sin entablar las acciones correspondientes en defensa de sus derechos de padre; también su conducta es culposa y no lo libera de su responsabilidad".

c) Cesación de la responsabilidad

893. Esta responsabilidad cesa en los casos siguientes:

1) Si "...el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona" (art. 1115).

En este caso se habría producido una transferencia de los poderes de vigilancia como consecuencia de la autoridad delegada en quienes están en mejores condiciones para velar por el cuidado de los menores, por su permanente relación con ellos y que en adelante tendrán que asumir la responsabilidad por los actos ilícitos de éstos (art. 1117 , 2ª parte).

Conforme a lo que hemos dicho antes (supra, nro. 884) cesa en general la responsabilidad de los padres en todos los casos en que los menores, por un motivo legítimo, han dejado de habitar con sus padres.

2) Si los padres "...probaren que no pudieron impedir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y con el cuidado que era de su deber poner" (art. 1117 , 2ª parte).

894. Esta responsabilidad de los padres surge de una presunción de culpa en la vigilancia, y por ello puede excusarse todas las veces que los presuntos responsables prueben en contra de la presunción legal. Hay aquí una inversión de la prueba en relación a la culpa.

895. No obstante, los padres no podrán demostrar que esa imposibilidad resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciere que ellos no han tenido una vigilancia activa sobre sus hijos (art. 1116 , 2ª parte).

Es decir que, ya sea que el hecho ocurra en presencia de sus padres o no, la prueba eximiente que éstos deben aportar versará siempre sobre la conducta observada por ellos en relación a su deber de vigilancia, cuidados y educación. La prueba será apreciada con un criterio muy restrictivo, conforme al carácter excepcional y excluyente de la responsabilidad que la misma tiene. Así lo ha resuelto la jurisprudencia (ver nota 15).

(nota 1) BORDA, Tratado de Derecho Civil Argentino, T. II, pág. 270, nro. 1381.

(nota 2) En contra: HORVATH, Pablo A., "La responsabilidad objetiva en el derecho privado", J.A., 7-V-1970, nro. 3542, 3-f), dice que es inexcusable y por consiguiente objetiva. Consideramos que no es así. La responsabilidad del padre del menor de 10 años se funda en su culpa por falta de vigilancia o por no ejercer su su autoridad.

(nota 3) Este artículo ha sido derogado por la ley 23264 ; con ello se subsana la aparente contradicción con el artículo 1114 , pero en definitiva la interpretación que damos en el texto permanece inalterable.

(nota 4) SEGOVIA, op. cit., T. I, pág. 73, nota 5 al art. 273 y págs. 304-305, nota 13 a su art. 1115.

(nota 5) SALVAT, op. cit., T. IV, "Hechos ilícitos", pág. 161, nro. 2812, ap. 3).

(nota 6) ACUÑA ANZORENA, nota en L.L., t. 20, pág. 493; LLERENA, T. 4, pág. 190; MACHADO, T. 3, pág. 405; AGUIAR, T. 3, pág. 96; SALAS, J.A., t. 1946-III, pág. 798; COLOMBO, Culpa Aquiliana, 2ª ed., nro. 119; CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, T. 2, nros. 342 y sigs.; BORDA, Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones, T. II, págs. 270-271, nro. 1383.

(nota 7) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, "Hechos ilícitos", op. cit., T. IV, pág. 161, nota 24.

(nota 8) Salvo el caso en que corresponde imponerle al menor que carece de discernimiento una responsabilidad personal de tipo objetivo por razones de equidad si se dan las condiciones del art. 907 (agregado de la ley 17711).

(nota 9) BUSTAMANTE ALSINA, "El nuevo régimen de las incapacidades según la reciente reforma del Código Civil", L.L., t. 130, pág. 1046.

(nota 10) BUSTAMANTE ALSINA, "La capacidad de los menores emancipados para el ejercicio del comercio", J.A., t. 1957-V, Sec, Doct., pág. 92.

(nota 11) LAFAILLE, op. cit., T. II, pág. 426, nro. 314; COLOMBO, op. cit., 2ª ed., pág. 369, nro. 119 d.; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, T. IV, pág. 162, nro. 2813 a).

(nota 12) BORDA, Tratado de Derecho Civil Argentino, T. II, pág. 273, nro. 1385.

(nota 13) BORDA, Tratado de Derecho Civil Argentino, T. II, pág. 273, nro. 1387, 1).

(nota 14) BORDA, Tratado de Derecho Civil Argentino, T. II, pág. 277, nro. 1392.

(nota 15) BORDA, Tratado de Derecho Civil Argentino, T. II, pág. 279, nro. 1396; DE GÁSPERI, Tratado de Derecho Civil, 1964, T. IV, págs. 386-387.

ACTOS JURÍDICOS -Salas, Acdeel E. Depalma- CÓDIGO CIVIL ANOTADO -1999- Conc.: 784 a 798, 954, 1052, 1056.

1. Error esencial : clases. — El Cód. Civ. admite la existencia de cinco tipos de error esencial que constituyen otras tantas causas de nulidad de los actos jurídicos afectados por ese vicio: a) error sobre la naturaleza del acto jurídico o in negotio (art. 924); b) error intuitu personae (art. 925); c) error respecto al objeto sobre el cual versa el acto o in corpore (art. 927); d) error sobre la causa principal del acto (art. 926); e) error sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira al contratar (art. 926) (ver nota 1).

Art. 925. (ver nota 2) — Es también error esencial y anula el acto jurídico, el relativo a la persona, con la cual se forma la relación de derecho.
Conc.: 2184, 2289.

1. Error en la persona. —
A) Hay error en la persona cuando en ella no existe la cualidad que se ha tenido en vista al contratar (ver nota 3), siempre que ella haya sido la determinante del acto (ver nota 4). En este sentido se ha resuelto que el error en la persona invalidaba el contrato de locación de obra si se celebró con una persona a quien se creía ingeniero y resultó no serlo (ver nota 5), lo mismo que si bajo el régimen de la ley 12830 se concertó la venta de un departamento en propiedad horizontal (ley 13512) con quien se creyó equivocadamente que gozaba de preferencia en la compra (decr. 26736/50, art. 2) (ver nota 6), o si quien aparece como adquirente de un fondo de comercio es un testaferro del verdadero, a quien el enajenante no lo quería trasmitir por hallarse enemistado con él (ver nota 7); pero el error sobre la situación o recursos económicos de la otra parte, no afecta la validez del contrato (ver nota 8).
B) La prueba del error en la persona del otro contratante incumbe a quien afirma haber incurrido en él; la de que aquélla era indiferente y que el contrato se habría realizado igualmente de haberse conocido su verdadera identidad o cualidades, pesa sobre quien sostiene la irrelevancia del error (ver nota 9), aunque de ordinario se contrata en vista a un resultado, no en consideración a una persona (ver nota 10).

Art. 926. (ver nota 11) — El error sobre la causa principal del acto, o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, vicia la manifestación de la voluntad, y deja sin efecto lo que en el acto se hubiere dispuesto.
Conc.: 790.
1. Error sobre la causa principal del acto. — El error sobre la causa principal del acto se diferencia sobre el que incide sobre el objeto, en que éste se vincula al elemento material, mientras que aquél vicia el elemento moral, el motivo interno que ha determinado al sujeto a realizar el acto (ver nota 12). En tal sentido se ha dicho que es una causa especialísima tenida en cuenta por los contratantes, extraña a las condiciones esenciales y corrientes en todo acto jurídico (ver nota 13); pero no lo es cualquier motivo que haya decidido a una persona a contratar, sino el que representa el móvil animador, la razón sin la cual no hubiese contratado (ver nota 14).
Por aplicación de estas directivas se ha juzgado que el solo hecho de que la finca vendida produjera una renta inferior a la indicada en los avisos del remate, no constituye un error sobre la causa principal del acto que justifique la negativa del comprador a escriturar (ver nota 15).

2. Error sobre la cualidad sustancial del objeto.— Para algunos, cualidad sustancial es toda aquella que no siendo susceptible de más o de menos, coloca al objeto en tal o cual especie, según que esa cualidad exista o no (ver nota 16). Para otros, las cualidades sustanciales de la cosa se aprecian con criterio subjetivo, por lo que aun las secundarias pueden considerarse comprendidas en ese concepto, si en su defecto por lo menos una de las partes no hubiese contratado (ver nota 17); dentro de esta tesis, la ineptitud de la cosa para cumplir su destino por los defectos o vicios ocultos de que adolece, puede importar un error sobre su calidad sustancial, en cuyo caso el interés entre distinguir si la hipótesis encuadra en la órbita de los vicios redhibitorios o del error, radica en su diferente plazo de prescripción (arts. 4041y 4030respectivamente) (ver nota 18).
Se ha resuelto que existe error sustancial sobre el objeto: a) cuando el comprador de un lote de terreno urbano ignoraba que se hallaba sujeto a expropiación con anterioridad a la celebración del contrato, pues en esas condiciones era inútil para cualquier destino normal (ver nota 19); b) cuando el comprador adquiere máquinas para fabricar camisetas, si su propósito era el de fabricar telas tubulares (ver nota 20).
En cambio; se ha resuelto que el error no era esencial: a) cuando el sistema de iluminación arrendado por un comerciante cambia el color de las mercaderías exhibidas en sus vidrieras, si se propuso hacerlo en forma similar a las de otros negocios que indicó, y el colocado no presenta diferencias con los que se tomaron como modelo (ver nota 21); b) cuando el adquirente creyó comprar un terreno edificado, cuando en realidad no existía en él ninguna construcción, aunque haya sido el motivo determinante del acto, pues se trata de un error sobre sus cualidades

accidentales (ver nota 22).

Art. 927. (ver nota 23) — Anula también el acto, el error respecto al objeto sobre que versare, habiéndose contratado una cosa individualmente diversa de aquella sobre la cual se quería contratar, o sobre una cosa de diversa especie, o sobre una diversa cantidad, extensión o suma, o sobre un diverso hecho.
Conc.: 790, 1345 a 1348.

1. Error en la cantidad. — Es anulable el contrato si el precio dado por el vendedor lo era para 10 unidades, siendo tal el corriente en plaza, no para 100 como equivocadamente comunicó por carta el comprador (ver nota 24); pero el simple error de cálculo no afecta su validez, sin perjuicio de que sea corregido (ver nota 25).
2. Cosa individualmente distinta. — Cuando el comprador cree comprar una cosa, y el vendedor vender otra distinta, no se ha formado el consentimiento, lo que determina la inexistencia del contrato, dándose lo que la doctrina llama "error radical", "error obstáculo", "error obstativo" o "error impropio" (ver nota 26).

Art. 928. (ver nota 27) — El error que versare sobre alguna calidad accidental de la cosa o sobre algún accesorio de ella, no invalida el acto, aunque haya sido el motivo determinante para hacerlo, a no ser que la calidad, erróneamente atribuída a la cosa, hubiese sido expresamente garantizada por la otra parte, o que el error proviniese de dolo de la parte o de un tercero, siempre que por las circunstancias del caso se demuestre que sin el error, el acto no se habría celebrado, o cuando la calidad de la cosa, lo accesorio de ella, o cualquier otra circunstancia tuviesen el carácter expreso de una condición.
Conc.: 932, 935, 2167.
1. Error sobre cualidades accidentales. — Para que el error sobre una cualidad accidental anule el contrato, es menester que las partes la hayan elevado a la categoría de cualidad sustancial (ver nota 28), prueba que incumbe a quien alega tal circunstancia (ver nota 29).
Por ello, no corresponde anular: a) la compraventa de unos caballos por no tratarse de petisos de polo, si no se demuestra que las partes hicieron de ésta una cualidad esencial (ver nota 30); b) la compraventa de un terreno si su superficie real no es inferior en más de un vigésimo a la señalada en el contrato, cuando el vendedor ignoraba el tipo y detalles de la construcción que pensaba levantar el comprador (ver nota 31).
En cambio, se ha anulado la compraventa de un tractor porque el vendedor había afirmado en los anuncios la existencia de una cualidad especial, lo que ratificó al contratar, si ella fue la que determinó a la otra parte a adquirirlo (ver nota 32).

Art. 929. (ver nota 33) — 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.
Conc.: 922, 981, 991, 1045, 1964, 3315, 3338.
1. Error excusable. — Quien ha incurrido en error por su propia negligencia, no lo puede invocar para pedir que el acto sea anulado (ver nota 34).
Así, se ha juzgado que es inexcusable el error: a) sobre la cuantía de la indemnización debida, lo que determinó la renuncia a la acción resarcitoria (ver nota 35); b) sobre la ubicación del inmueble que su propietario prometió en venta (ver nota 36); c) sobre el contenido del documento preparado por la contraparte, que firmó un analfabeto (ver nota 37); d) sobre las condiciones del inmueble comprado si la subasta se realizó en ese lugar y diez días después se documenta la operación, declarando el adquirente haberlo recibido de conformidad (ver nota 38).
En cambio, se ha considerado que era excusable el error: a) de la hermana del causante que renuncia a sus derechos hereditarios en favor de quien se admitió en la sucesión de éste como hijo natural, si luego resulta que era adulterino (ver nota 39); b) del comprador de un terreno que ya con anterioridad al contrato se hallaba sujeto a expropiación (ver nota 40); c) cuando es simplemente aritmético (ver nota 41).
2. Error inexcusable conocido por la otra parte . — Aunque el error sea inexcusable se lo debe equiparar al excusable cuando fue conocido por la otra parte, ya que lo contrario importaría amparar la mala fe (ver nota 42).

En tal sentido se ha resuelto: a) que corresponde anular la venta de un inmueble efectuada mediante subasta aunque su propietario haya incurrido en una clara contradicción en cuanto a las medidas, si aplicando una normal atención el adjudicatario pudo percibir el defecto de la oferta (ver nota 43); b) que el error de cálculo sobre la longitud de los cables a instalarse en que incurrió el empresario, no autoriza al dueño de la obra a negar su pago, pues si éste fue advertido por aquél de su error, no puede ampararse en su silencio malicioso para obtener un precio que no se ajusta al trabajo realmente contratado (ver nota 44).

Art. 930. — En los actos ilícitos la ignorancia o error de hecho sólo excluírá la responsabilidad de los agentes, si fuere sobre el hecho principal que constituye el acto ilícito.
Conc.: 1891.

CAPÍTULO II. De los hechos producidos por dolo

Art. 931. (ver nota 45) — 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.
Conc.: 932 a 935, 1044, 1045.

1. Prueba. — A) La prueba del dolo en la celebración del acto jurídico puede hacerse por toda clase de medios (ver nota 46). B) En caso de duda sobre la existencia del dolo, debe estarse por la negativa (ver nota 47).
2. Dolo y error. — El dolo no vicia por sí solo el consentimiento de la otra parte, sino en la medida que determina el error de ésta (ver nota 48).

Art. 932. (ver nota 49) — Para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes:
1) que haya sido grave;
2) que haya sido la causa determinante de la acción;
3) que haya ocasionado un daño importante;
4) que no haya habido dolo por ambas partes.
Conc.: Inc. 1: 934. Inc. 2: 932. Inc. 4: 495, 2590.

1. Grave. —
A) Según algunos fallos, para que el dolo cause la nulidad del acto es menester que la maniobra haya sido apta para hacer que la víctima caiga en el engaño en atención a sus condiciones personales, tales como sus conocimientos particulares, grado general de cultura, hábitos, etc. (ver nota 50). Para otros, el artificio debe ser idóneo para sorprender y engañar a un hombre de mediana prudencia (ver nota 51).
B) Este requisito del dolo falta cuando la víctima pudo comprobar sin mayores dificultades la veracidad de las afirmaciones de la otra parte (ver nota 52), o un tercero le aconsejó prudencia, no obstante lo cual llevó a cabo el acto (ver nota 53).
C) Tampoco existe en las alabanzas con que el vendedor pondere la cosa que pretende vender (ver nota 54), siempre que aquéllas sean moderadas (ver nota 55). En tal sentido se ha resuelto que no hay dolo porque el vendedor haya exagerado un tanto las condiciones de la tierra vendida y sus futuras posibilidades (ver nota 56); lo hay, en cambio, cuando quien vende una casa la califica como flamante, no obstante saber que se habían empleado algunos materiales usados (ver nota 57).
D) La inclusión de una cláusula contractual expresa, hace innecesaria cualquier investigación (ver nota 58); así, incurre en dolo grave el vendedor de un fondo de comercio que en el instrumento pertinente exagera las utilidades que producía (ver nota 59), lo mismo que el inquilino, que al celebrar el contrato de locación acepta una cláusula por la cual se obligaba a habitar el inmueble con su familia y se prohibía todo cambio de destino, si ya tenía el propósito de no darle cumplimiento, e instalar en cambio un hotel residencial (ver nota 60).

2. Determinante. — El dolo es determinante cuando incide sobre la realización misma del acto; si sólo afecta las condiciones en que se llevó a cabo, el dolo es incidental (art. 934) (ver nota 61).
En tal sentido se ha juzgado que es determinante el dolo: a) cuando incide sobre la capacidad productiva del fondo de comercio en venta, porque ésta es uno de los elementos fundamentales para establecer el precio (ver nota 62); b) cuando mediante la publicación de balances falsos una sociedad anónima aparenta una situación económica que no tiene, y de tal manera induce a terceros a suscribir una emisión de sus acciones (ver nota 63); c) cuando el adquirente de un fondo de comercio se vale de una persona interpuesta porque sabe que su titular no realizaría con él el negocio en razón de que se hallaban enemistados (ver nota 64).

3. Daño importante . — Por censurable que sea ante la moral el dolo empleado para inducir a una persona a realizar un acto, no es jurídicamente atacable si no causa perjuicio (ver nota 65).

Art. 933. (ver nota 66) — La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa.
Conc.: 932, 2176, Ley Mat. Civ.: 16 , 91 .

1. Omisión dolosa. — El silencio no se torna reprensible sino en el caso en que una de las partes sea la única en condiciones de conocer una circunstancia que la otra ignora (ver nota 67).
En este sentido, se ha juzgado que no constituye omisión dolosa el silencio guardado por el vendedor sobre la posibilidad de que el terreno vendido fuese expropiado por hallarse en el trazado de una avenida proyectada (ver nota 68). La reticencia, en cambio, tiene esa calidad cuando el adjudicatario de un contrato administrativo de suministro silencia la circunstancia de que los efectos proveídos eran usados, aunque en el llamado a licitación no se hubiese establecido si debían ser nuevos o no (ver nota 69), lo mismo que cuando en la sucesión de su padre, el hijo cede sus derechos hereditarios a su madre, si ésta calla un dato que duplicaría la parte del cedente, pues por las relaciones de familia existentes no se le puede exigir que entrase en averiguaciones al respecto (ver nota 70).

Art. 934. (ver nota 71) — El dolo incidente no afectará la validez del acto; pero el que lo comete debe satisfacer cualquier daño que haya causado. Es dolo incidente el que no fue causa eficiente del acto.
Conc.: 933.

1. Dolo incidental. — El dolo incidental también debe ser grave (ver nota 72), pero es indiferente que haya sido o no determinante para la realización del acto (ver nota 73). Ver art. 932.

Art. 935. (ver nota 74) — El dolo afectará la validez de los actos entre vivos, bien sea obra de una de las partes, o bien provenga de tercera persona. Si proviene de tercera persona, regirán los arts. 941, 942 y 943.
Conc.: 941 a 943, 947, 954.

CAPÍTULO III. De los hechos producidos por la fuerza y el temor.

Art. 936. (ver nota 75) — Habrá falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible.
Conc.: 897, 900, 922, 937, 940.

1. Violencia: prueba. — La violencia física o moral, como vicio de la voluntad, puede probarse por presunciones, siempre que sean graves, precisas y concordantes (ver nota 76); en cuanto a los testigos, no es necesario que hayan tenido un conocimiento directo y personal de la violencia denunciada, pues de lo contrario su prueba resultaría prácticamente imposible (ver nota 77).
Por aplicación de estos principios se ha considerado probada la violencia mediante la cual se forzó a un arquitecto a renunciar a la prosecución de la obra que le fue encomendada y su derecho a gran parte de los honorarios devengados, por la concurrencia de las siguientes presunciones: a) denuncia ante la policía a las pocas horas de acaecido el hecho; b) certificado del médico de la policía sobre las lesiones que presentaba la víctima; c) falta de explicación razonable de la renuncia suscrita; d) falsedad de la explicación de tal acto suministrada por el demandado (ver nota 78). Igualmente se consideró probado este vicio de la voluntad con respecto al instrumento por el cual se cancelaba totalmente la deuda, cuando concurrían las siguientes circunstancias: a) absurda diferencia entre la suma por la que se iba a efectuar la transacción y la consignada en el acta impugnada; b) apremios ilegales a que se sometió al actor en la división especial de la policía económica; c) hora desusada (5 de la madrugada) en que se suscribió el acta; d) condiciones de edad, salud y desamparo jurídico del actor al otorgarla (ver nota 79).

Art. 937. (ver nota 80) — 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.

(nota 1)CBBl., 24/7/53, JA 1954-II-99.
(nota 2)Art. 925. — Si yo, por ejemplo, quiero hacer una donación a una persona determinada, pero que no conozco, y se me presenta otra, o si quiero encomendar una obra a un artista determinado, y otro se da por el artista que busco, en ambos casos, dice SAVIGNY, hay una declaración de voluntad sin intención. Muchos autores han querido restringir el principio a los ejemplos puestos u otros semejantes, y no invalidar el acto cuando la sustitución de las personas no compromete ningún interés. Pero la generalidad del principio es indudable, aunque muchas veces después de descubierto el error, se le ratifique expresamente. Las decisiones del derecho romano no dejan sobre esto duda alguna. En efecto, cuando compro o vendo una cosa, la persona del vendedor o del comprador me es comúnmente indiferente; pero otra cosa puede ser a causa del derecho de evicción que compete al comprador, o de su insolvencia. En materia de préstamo la persona del deudor tiene la mayor importancia: la del acreedor menos.

En la locación no es tampoco indiferente la persona del locatario, y así en los demás contratos. — Véase SAVIGNY, Derecho romano, § 136.
(nota 3)CSN, 27/2/12, Fallos 115-259.
(nota 4)CCiv.A, 12/9/61, JA 1962-IV-138.
(nota 5)CSN, 27/2/12, Fallos 115-259.
(nota 6)CCiv.A, 12/9/61, JA 1962-IV-138.
(nota 7)CMerc. (BA), 26/8/66, LL 124-598. Ver art. 932.
(nota 8)CCiv.2ª, 26/10/32, JA 39-834.
(nota 9)CCiv.A, 12/9/61, JA 1962-IV-138.
(nota 10)Ídem.
(nota 11)Art. 926. — "¿Cómo se distinguirá, pregunta MARCADÉ, la causa principal del acto, las calidades principales o sustanciales de la cosa, de las causas accidentales y de las calidades puramente accesorias? La línea de demarcación es indispensable. Nosotros entendemos, agrega, por causa principal del acto, el motivo, el objeto que nos propusimos en el acto, haciéndole conocer a la otra parte; y por cualidad sustancial de la cosa, toda cualidad que no siendo susceptible de más o menos, coloca al objeto en tal especie o en tal otra especie, según que esta calidad existe o no existe. Así, si he querido adquirir un cuadro de Rafael y se me da una copia, hay un error en la causa principal del acto y en la calidad principal de la cosa. Si mi voluntad era conocida por el que debía darme el cuadro, y él también se engañaba sobre la copia que me entregaba, hay un error de hecho que anula la expresión de la voluntad de ambos, porque era implícita la condición de si el cuadro era de Rafael. Pero si el que me entrega el cuadro, conociendo mi voluntad, sabía que no era de Rafael, no hay error verdaderamente, sino dolo, superior en sus efectos al error, y yo puedo revocar el acto como hecho por dolo. Pero si el que me da el cuadro me declara francamente que no conoce el autor, y sin embargo lo acepto, es claro que no podré anular el acto por mi error". Sobre el art. 1110, Cód. francés. — SAVIGNY, Derecho romano, tomo III, desde el § 137. ElCód. de Prusia define lo que debe entenderse por sustancia de una cosa, o por calidades sustanciales, de la manera siguiente: "Todas las partes y todas las propiedades de una cosa, sin las cuales esta cosa cesaría de ser lo que ella representa, o de concurrir al fin para el cual es destinada, forman la sustancia de la cosa".
"No hay cambio en la sustancia de una cosa, aun cuando algunas de sus partes fuesen cambiadas, si la cosa queda la misma, y no se encuentra ni aniquilada ni impropia a su destino". Arts. 4 y 5, Tít. 2, Lib. 1.
(nota 12)CCiv.1ª, 20/4/32, JA 37-1346.
(nota 13)CCiv.1ª, 25/10/46, LL 44-546.
(nota 14)CCiv.C, 7/7/61, LL 104-61; CMerc. (BA), 4/11/52, LL 71-1.
(nota 15)CCiv.C, 16/7/51, JA 1951-IV-114.
(nota 16)CPaz, 22/8/41, LL 23-813.
(nota 17)CBBl., 24/7/53, JA 1954-II-99.
(nota 18)CCiv.D, 6/12/65, LL 122-345. Ver arts. cits.
(nota 19)CCiv.A, 25/6/52, JA 1952-III-246. Ver art. 929.
(nota 20)CCom.A, 6/12/63, LL 115-550.
(nota 21)CPaz, 22/8/41, LL 23-813.
(nota 22)SCBA, 24/3/53, LL 70-131. Ver art. 928.
(nota 23)Art. 927. — El error sobre el objeto del derecho reviste formas más variadas que el error sobre la persona, y presenta por esto más dificultades. Si la relación de derecho tiene por objeto una cosa designada individualmente, y hay equivocación sobre la individualidad, el error es error in corpore. En tal caso, no hay evidentemente acto jurídico. Un testador quiere legar una cosa, y la confunde con otra que designa: el legado no es válido ni respecto de la una ni respecto de la otra. Este principio es aplicable a todos los contratos.
El objeto de la relación de derecho que dé lugar al error, puede ser una cosa determinada sólo por su especie o su cantidad. Si el error cae sobre la especie misma de la cosa, el caso es igual al del error in corpore. Por ejemplo, en una venta de granos, el vendedor ha entendido que se trata de cebada, y el comprador, de trigo. Si la equivocación es sólo sobre la cantidad, error muy común en los contratos por correspondencia, o esta cantidad es el único objeto del contrato, o ella se refiere a una prestación recíproca: en el primer caso, se considera como verdadero objeto del contrato la cantidad menor porque efectivamente hay acuerdo respecto a ella (L. 1, Tít. 1, Lib. 45, Dig.); en el segundo caso, es preciso distinguir si el que debe dar la cantidad dudosa ha creído que era más grande, o menor que la que exigía la otra parte contratante; si él ha querido una más grande, el contrato es válido por la cantidad menor; si ha querido la menor, no hay contrato. La ley romana dice: "Si descem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sencero tu pluris te, conducere, utique non pluris erit conductio quam quanti ego putavi". Véase L. 21, Tít. 5, Part. 5ª. — SAVIGNY, tomo III, § 136.
(nota 24)CCom., 31/8/36, JA 55-606. Ver art. 929.
(nota 25)CCiv.F, 17/5/67, JA 1967-V-203. Ver art. 861.

(nota 26)CCiv.A, 3/12/68, LL 133-506.
(nota 27)Art. 928. — Véase sobre las cualidades accidentales de las cosas, L. 10, Tít. 2, Part. 4ª.
(nota 28)CCiv.1ª, 15/5/36, LL 7-831; CBBl., 24/7/53, JA 1954-II-99.
(nota 29)CCiv.F, 17/3/59, LL 95-1.
(nota 30)Ídem.
(nota 31)CCiv.2ª, 13/11/39, LL 16-748. Ver art. 1346.
(nota 32)CBBl., 24/7/53, JA 1954-II-99.
(nota 33)Art. 929. — L. 14 al fin, Tít. 29, Part. 3ª. Se da por motivo, dice SAVIGNY, del favor concedido al error de hecho, porque comúnmente es difícil y aun imposible el evitarlo: cum facti interpretatio, dice la ley romana, plerumque etiam prudentissimos fallat (L. 2, Tít. 6, Lib. 22, Dig.). Por consiguiente este favor no debe concederse al que es culpable de una gran negligencia (L. 3, § 1. — L. 6, § 2, Dig. eod.). Para hacer la aplicación de esta disposición restrictiva, es necesario tener en consideración las circunstancias particulares de cada caso. En general, el que se engaña sobre sus propios actos, o sobre su propia capacidad de derecho, no puede invocar este error, porque él supone una gran negligencia (L. 3, Dig. eod. L. 42, Dig. De reg. juris); pero esto no es más que una presunción, porque semejante error es algunas veces admisible, sea a causa de la posición particular del sujeto, sea a causa de las circunstancias especiales del negocio (L. 1, § 2, Dig. eod.). Apéndice 8, nº 3.
(nota 34)CCiv.2ª, 28/12/32, JA 40-578; CCiv.B, 1/12/59, JA 1960-I-459; SCBA, 3/11/53, LL 75-88. Comp.: CCiv.C, 7/7/61, LL 104-61: para que el error no pueda invocarse, la negligencia debe ser grave.
(nota 35)C1ªLPl., 3/11/44, JA 1944-IV-366.
(nota 36)C1ªLPl., 19/10/51, JA 1952-I-414.
(nota 37)CCiv.A, 28/5/58, JA 1958-IV-549.
(nota 38)CCiv.A, 29/12/58, LL 94-26.
(nota 39)CCiv.2ª, 8/9/33, JA 43-657.
(nota 40)CCiv.A, 25/6/52, JA 1952-III-246. Contra: C1ª Córd., 29/4/54, CJ 7-338. Ver art. 926.
(nota 41)CCom.B, 28/7/54, LL 75-764. Ver art. 861.
(nota 42)CCiv.D, 12/8/52, JA 1953-I-108. Ver art. 927.
(nota 43)Ídem.
(nota 44)CCom.B, 31/7/63, LL 114-377.
(nota 45)Art. 931. — La ley romana define el dolo: Omnis calliditas, fallatio, machinatio ad fallendum alterum aut decipiendum adhibita (L. 1, § 2, Dig. De dolo). Según los intérpretes, calliditas significa la disimulación artificiosa; fallatio, el lenguaje embustero; machinatio, la intriga urdida para conseguir el objeto. Esta definición abraza efectivamente todos los medios que se pueden emplear para engañar. La definición de la ley de Partida casi es igual: Enartamiento, dice, que fazen algunos omes los unos a los otros, por palabras mentirosas, o encubiertas, e coloradas, que dizen con intención de los engañar e de los decebir. L. 1, Tít. 16, Part. 7ª. Falta la expresión correspondiente al calliditas de la ley romana; pero designando la ley de Partida las acciones dolosas, dice: La segunda es, quando preguntan algun ome sobre alguna cosa, e el callasse engañosamente.
Conforme con el artículo: Cód. francés, art. 1116; napolitano, 1070; sardo, 1203; holandés, 1364; de Luisiana, 1844. — Sobre las diferencias entre el dolo y el fraude, CHARDON las expone en el tomo I, pág. 4, Del dolo y fraude.
(nota 46)CCiv.A, 12/7/62, LL 108-669; CCiv.E, 9/9/60, LL 101-23; C2ªLPl., 28/7/42, JA 1942-III-648.
(nota 47)CCiv.2ª, 10/10/50, LL 62-441.
(nota 48)C2ªLPl., 13/11/52, JA 1953-I-261; CBBl., 24/7/53, JA 1954-II-99.
(nota 49)Art. 932. — CHARDON, tomo I, desde la pág. 11, explica extensamente y con ejemplos, las cuatro circunstancias del artículo. Agrega otra, que el dolo haya sido cometido por una de las partes, es decir que cuando es cometido por un tercero, no es un medio de nulidad del acto. De esto se tratará en uno de los artículos siguientes.
(nota 50)CCiv.A, 26/11/62, JA 1963-II-605; CCiv.C, 23/2/67, JA 1967-V-303; CCom., 14/7/50, JA 1950-IV-219; CPaz, 3/5/43, JA 1943-II-596; C1ªLPl., 2/4/54, JA 1954-III-3; CCórd., 23/7/43, JCórd. 3-161.
(nota 51)CCiv.2ª, 20/4/34, JA 46-354; CCiv.D, 7/5/56, LL 82-596; CCiv.E, 9/9/60, JA 1961-I-6-S-40; CCiv.E, 22/3/68, LL 132-113.
(nota 52)CPaz, 2/2/43, LL 30-279; C1ªLPl., 17/6/49, LL 58-11; CAzul, 11/9/34, JA 47-1027.
(nota 53)CCom.B, 24/10/58, JA 1960-III-5-S-35.
(nota 54)CCiv.B, 1/12/59, LL 98-397-f. 44.776.
(nota 55)SCBA, 30/10/57, AS 1957-V-408.
(nota 56)CCiv.B, 1/12/59, LL 98-397.
(nota 57)SCBA, 30/10/57, AS 1957-V-408.
(nota 58)CCom.B, 1/10/58, JA 1959-I-362.
(nota 59)Ídem.

(nota 60)CPaz V, 10/7/64, JA 1964-VI-84.
(nota 61)CPaz, 2/2/43, LL 30-279; C1ªLPl., 17/6/49, LL 58-11; CAzul, 11/9/34, JA 47-1027.
(nota 62)CCom.B, 1/10/58, JA 1959-I-362.
(nota 63)CCiv.2ª, 29/10/26, JA 22-1034.
(nota 64)CMerc. (BA), 26/8/66, LL 124-598. Ver art. 925.
(nota 65)CCiv.2ª, 10/10/50, LL 62-441.
(nota 66)Art. 933. — Las citas del art. 928. Véase L. 1, Tít. 16, Part. 7ª.
(nota 67)CCiv.A, 12/7/62, LL 108-669.
(nota 68)CCiv.A, 25/6/52, JA 1952-III-246; C1ªLPl., 17/6/49, JA 1949-III-297. Contra: CCiv.1ª, 2/3/32, JA 37-969; STSFe, 10/11/58, J 14-39.
(nota 69)CSFe, 20/3/64, JA 1964-III-485.
(nota 70)CCiv.A, 12/7/62, JA 1962-V-365.
(nota 71)Art. 934. — El dolo que da causa al contrato sucede, dice la ley romana, cuando nullatenus contracturus si dolus defuisset. Dolo incidente cum quis sponte contrahit sed in modo contrahendi velut in pretio aut aliter decipitur. La ley de Partida 57, Tít. 5, Part. 5ª, tiene sólo el objeto de distinguir el dolo que da causa al contrato, del dolo incidente, y lo hace de la manera más clara con el ejemplo que pone, resolviendo que el dolo que da causa al acto, lo hace anulable, y que el dolo incidente obliga sólo a satisfacer el perjuicio.
(nota 72)CCiv.1ª, 1/5/18, GF 15-311.
(nota 73)CCiv.D, 7/5/56, LL 82-596.
(nota 74)Art. 935. — Así está dispuesto en el art. 942respecto a los actos ejecutados por violencia o intimidación. Los autores en general no dan este efecto al dolo de un tercero, y con ellos está conforme GOYENA, art. 992. La razón es de muy poco peso. Dicen que la violencia quita la libertad al consentimiento, mientras que el dolo no impide que las partes hayan consentido libremente; pero debía decirse que han consentido engañadas sobre la causa principal del acto. Tampoco la violencia quita la libertad, rigurosamente hablando, porque ha podido elegirse el mal mayor. En nuestras leyes, cuando el dolo da causa al acto, no se hace diferencia si es causado por una de las partes o por un tercero.
(nota 75)Arts. 936, 937 y 938. — L. 4, Tít. 11. Lib. 1, F. R. — LL. 58, Tít. 5, 28, Tít.11, Part. 5ª. — Véanse los arts. 1112 a 1114, Cód. francés; napolitano, 1066 a 1068; sardo, 1199 a 1201; de Luisiana, 1845 a 1847. — El Tít. 2, Lib. 4, Dig., y el Tít. 20, Lib. 2, Cód. romano. — La ley 2 del Título citado del Digesto, define la fuerza: majoris rei impetus qui repelli non potest, y la ley 1 del mismo Título define el miedo: instantis vel futuris periculi causa mentis trepidatio. — La L. 15, Tít. 2, Part. 4ª, define la fuerza y el miedo de la manera siguiente: “La fuerça se deue entender desta manera: quando alguno aduzen contra su voluntad o le prenden, o ligan... el miedo se entiende quando es fecho en tal manera, que todo ome, maguer fuesse de grand coraçon, se temiesse del, como si viesse armas, o otras cosas con quel quisiessen ferir, o matar, o le quisiessen dar algunas penas; o se fuesse manceba virgen, e la amenazassen que yazerían con ella”.
La L. 7, Tít. 33, Part. 7ª, dice: “...metus en latín, tanto quiere dezir en romance, como miedo de muerte, o de tormento de cuerpo, o de perdimiento de miembro, o de perder la libertad, o las cartas, por que la podría amparar, o de rescebir desonrra por que fincaría enfamado: e de tal miedo como este, o de otro semejante, fablan las leyes desde nuestro libro, quando dizen, que pleyto, o postura, que ome faze por miedo, non deue valer”.
La ley romana deja a la prudencia del juez, el efecto de la intimidación especial por la condición de la persona, su edad o sexo. Hujus rei, dice, disquisitio judicis est. Cuando en el art. 937designamos un mal grave e inminente, es porque se tiene presente más bien el temor de violencia que puede hacerse, que las violencias ya hechas. Si yo me decido a firmar contra mi voluntad un acto que me es perjudicial, es por librarme de un mal que me parece mayor, pues no procuraría salvarme de este mal si hubiera pasado. Las violencias que podría haber sufrido en el momento en que se ejecutó el acto, no obran en mí sino haciéndome temer otras violencias. En todos los casos el temor de un mal futuro, pero inminente, es el que determina la voluntad.
Dicho art. 937no es limitativo a las personas que en él se designan. Si mi negativa a firmar un acto debe hacer ejecutar la amenaza de arruinar a un hermano, o de infligir malos tratamientos a una persona de mi amistad, o de asesinar a una persona que me es extraña si se quiere, es claro que la violencia ejercida contra esa tercera persona produce en mí una violencia moral, un temor que me es enteramente personal. El sentido pues del artículo, es que, en el caso de los esposos, descendientes o ascendientes, la violencia ejercida contra una de esas personas, producirá el mismo efecto que si hubiese sido contra la parte, mientras que respecto a las otras personas, los jueces podrán resolver por las circunstancias del caso. Véase MARCADÉ, sobre el art. 1113.
El mal debe ser grave, L. 5, Tít. 2, Lib. 4, Dig. — L. 7, Tít. 20, Lib. 2, Cód. romano.
(nota 76)C3ªCórd., 21/6/57, CJ 12-47.
(nota 77)CCiv.C, 23/11/53, JA 1954-III-522.
(nota 78)CCiv.C, 23/11/53, JA 1954-III-522.

(nota 79)C3ªCórd., 21/6/57, CJ 12-47.
(nota 80)Arts. 936, 937 y 938. — L. 4, Tít. 11. Lib. 1, F. R. — LL. 58, Tít. 5, 28, Tít.11, Part. 5ª. — Véanse los arts. 1112 a 1114, Cód. francés; napolitano, 1066 a 1068; sardo, 1199 a 1201; de Luisiana, 1845 a 1847. — El Tít. 2, Lib. 4, Dig., y el Tít. 20, Lib. 2, Cód. romano. — La ley 2 del Título citado del Digesto, define la fuerza: majoris rei impetus qui repelli non potest, y la ley 1 del mismo Título define el miedo: instantis vel futuris periculi causa mentis trepidatio. — La L. 15, Tít. 2, Part. 4ª, define la fuerza y el miedo de la manera siguiente: "La fuerça se deue entender desta manera: quando alguno aduzen contra su voluntad o le prenden, o ligan... el miedo se entiende quando es fecho en tal manera, que todo ome, maguer fuesse de grand coraçon, se temiesse del, como si viesse armas, o otras cosas con quel quisiessen ferir, o matar, o le quisiessen dar algunas penas; o se fuesse manceba virgen, e la amenazassen que yazerían con ella".
La L. 7, Tít. 33, Part. 7ª, dice: "...metus en latín, tanto quiere dezir en romance, como miedo de muerte, o de tormento de cuerpo, o de perdimiento de miembro, o de perder la libertad, o las cartas, por que la podría amparar, o de rescebir desonrra por que fincaría enfamado: e de tal miedo como este, o de otro semejante, fablan las leyes desde nuestro libro, quando dizen, que pleyto, o postura, que ome faze por miedo, non deue valer".
La ley romana deja a la prudencia del juez, el efecto de la intimidación especial por la condición de la persona, su edad o sexo. Hujus rei, dice, disquisitio judicis est. Cuando en el art. 937 designamos un mal grave e inminente, es porque se tiene presente más bien el temor de violencia que puede hacerse, que las violencias ya hechas. Si yo me decido a firmar contra mi voluntad un acto que me es perjudicial, es por librarme de un mal que me parece mayor, pues no procuraría salvarme de este mal si hubiera pasado. Las violencias que podría haber sufrido en el momento en que se ejecutó el acto, no obran en mí sino haciéndome temer otras violencias. En todos los casos el temor de un mal futuro, pero inminente, es el que determina la voluntad.
Dicho art. 937 no es limitativo a las personas que en él se designan. Si mi negativa a firmar un acto debe hacer ejecutar la amenaza de arruinar a un hermano, o de infligir malos tratamientos a una persona de mi amistad, o de asesinar a una persona que me es extraña si se quiere, es claro que la violencia ejercida contra esa tercera persona produce en mí una violencia moral, un temor que me es enteramente personal. El sentido pues del artículo, es que, en el caso de los esposos, descendientes o ascendientes, la violencia ejercida contra una de esas personas, producirá el mismo efecto que si hubiese sido contra la parte, mientras que respecto a las otras personas, los jueces podrán resolver por las circunstancias del caso. Véase MARCADÉ, sobre el art. 1113. El mal debe ser grave, L. 5, Tít. 2, Lib. 4, Dig. — L. 7, Tít. 20, Lib. 2, Cód. romano.

Doctrina - **El derecho a la vida y el comienzo de la vida humana** - Por Guillermo F. Peyrano -
"El valor supremo de la vida humana es un postulado que no admite excepciones, ni siquiera frente a bienes de la misma naturaleza: mi vida, la tuya, la de cualquiera, no tienen gradación diversa para el ordenamiento jurídico" (*)

".... La concepción, con la que se inicia la gestación del ser humano, aparece claramente, también en sí misma, como un proceso progresivo y que, como tal, no se agota en un instante, sino que tiene duración en el tiempo....."

".... La interacción de la información contenida en los genes con el medio, desde que se produce la penetración del espermatozoide en el óvulo, y los particulares procesos metabólicos que esa interacción va produciendo en cada instante de su desarrollo, generarán en definitiva esa identidad única y propia de cada ser humano. Su impronta particular, que influirá decisivamente en el futuro del nuevo ser en formación ..."

SUMARIO: I. Presentación.- II. Introducción a la problemática bajo estudio.- III. El misterio de la vida: a) La vida; b) La vida humana. Racionalidad y personalidad.- IV. El respeto de la vida humana.- V. El proceso de gestación de la vida humana: a) La transmisión de la vida; b) La fecundación; c) Los procesos posteriores a la fecundación.- VI. El comienzo de la vida humana: a) Comienzo y carácter humano de la vida; b) Vida humana y ser humano; c) El individuo humano para la genética.- VII. Las distinciones efectuadas como presupuesto de la diferenciación del trato a los embriones humanos en las distintas etapas de su desarrollo: a) El "preembrión". Trascendencia jurídica asignada a esta etapa del desarrollo embrionario; b) Las prácticas eugenésicas que permite la diferenciación del embrión de acuerdo con su etapa de desarrollo.- VIII. Replicando la distinción entre vida humana y ser humano: a) La respuesta a los interrogantes proporcionados por la genética; b) El respeto de la vida humana desde el inicio del proceso de la concepción.- IX. Los nuevos dilemas que generan las investigaciones en desarrollo: a) La clonación y sus métodos; b) La diferenciación de los embriones clonados. Su utilización con finalidades terapeúticas. Embriones gaméticos y embriones somáticos; c) Hacia una redefinición del comienzo de la vida humana y de la persona humana.- X. Conclusiones

I. PRESENTACIÓN

El Centro de Estudios Interdisciplinarios de los Derechos de la Personalidad de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina, ha llevado a cabo una muy interesante labor investigativa durante el año 2002 (el primero desde su creación).

En el marco de sus reuniones fueron tratados temas de significativa trascendencia para la persona humana, y específicamente referidos a cuestiones en las que se encuentran comprometidos los derechos de la personalidad.

Los contrapuntos entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información -el derecho a morir con dignidad-, las relaciones entre el derecho al nombre y el derecho a la identidad, y la problemática jurídica y ética que genera la autorización para inducir alumbramientos prematuros, en los casos de anencefalia, fueron las temáticas abordadas, las que, por otra parte, resultaron investigadas y tratadas con profundidad por los expositores, y seguidas con marcado interés por quienes asistieron a las conferencias y participaron de los debates posteriores.

Para la última reunión del ciclo 2002, la dirección de ese Centro, a nuestro cargo, eligió un tema de capital importancia, el que constituye además uno de los dilemas más trascendentes de la bioética.

La exposición versó sobre el "Derecho a la vida y el comienzo de la vida humana".

El presente trabajo ha sido elaborado en base a la exposición referida y se enmarca en las investigaciones desarrolladas por el Centro de Estudios referido.

II. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA BAJO ESTUDIO

Las revelaciones que los adelantos científicos y técnicos incesantemente van produciendo en los campos de la biología, de la medicina y de la genética, en todo lo relativo al comienzo y generación de la vida humana, tienen decisiva incidencia sobre las soluciones jurídicas aplicables a estas problemáticas y han llegado a poner en crisis a muchas verdades secularmente aceptadas.

Hasta la misma prescripción contenida en el **art. 70 Código de Vélez,** en cuanto a que **"desde la concepción en el seno materno** comienza la existencia de las personas", puede resultar hoy objeto de fundados cuestionamientos, y ya no sólo por quienes tradicionalmente se oponían a la misma, sino, incluso, por otros, escrupulosamente respetuosos de la dignidad del ser humano y de la necesidad de su consideración desde el comienzo mismo de su existencia.

En estos días los interrogantes y las dudas se multiplican, por directa incidencia de los resultados que nos proporcionan las investigaciones en constante desarrollo.

Los investigadores procuran develar las incógnitas más acuciantes y trabajan procurando encontrar las respuestas más adecuadas a interrogantes tales como: **¿desde qué momento preciso puede sostenerse que hay vida?**, ¿la vida propiamente humana cuándo comienza?, ¿desde qué instante o etapa del desarrollo embrionario debe ser reconocido el derecho a la vida y la personalidad del embrión?, ¿vida humana, ser humano y persona humana resultan términos coincidentes? (1).

Las posibles respuestas a estas preguntas tienen mayúscula trascendencia, ya que se encuentran comprometidas en las mismas no sólo cuestiones biológicas y jurídicas, sino también morales y religiosas.

Para abordar estas problemáticas y brindar opiniones fundadas a su respecto, se tratará de analizarlas desde distintas perspectivas, procurado valernos de los nuevos conocimientos proporcionados por los adelantos científicos y técnicos.

Advertimos que esos conocimientos quizás no resulten suficientes para obtener respuestas totalmente satisfactorias.

Las soluciones definitivas a estos dilemas también habrán de precisar que los datos científicos y técnicos que nos brindan las investigaciones en desarrollo sean considerados a luz de las verdades que nos acercan la moral y la religión.

Como con acierto se ha expresado, "los problemas de bioética se deben dilucidar mediante la información científica y la reflexión filosófica, siendo indispensable tomar conciencia de su múltiple complejidad" (2).

No resulta posible, tampoco, obviar que en el esclarecimiento de estas cuestiones, se encuentran comprometidas valoraciones que resultan decisivas para la concepción del ser humano y para la de la sociedad en la que habrá de insertarse, como, asimismo, para su propio destino.

III. EL MISTERIO DE LA VIDA

a) La vida

No se pretende realizar un análisis metafísico acerca de lo que debe entenderse por vida o por ser viviente.

El misterio de la vida y el de su significado constituyen interrogantes que quizás se encuentren más allá de cualquier posible explicación humana.

Dilemas como éstos llevan a reconocer la necesidad de recurrir a concepciones trascendentes.

Es a su consecuencia, también, que puede vislumbrarse la presencia de un Ser Superior, arquitecto hacedor de todo lo que existe y ajeno a cualquier dimensión espacio temporal.

Más modestamente, habremos de conformarnos con efectuar algunas consideraciones meramente aproximativas y superficiales acerca de lo que debe entenderse por la vida, ese maravilloso misterio que da sentido al universo.

La vida ha sido considerada como una fuerza o actividad interna sustancial y, a la vez, como un principio dinámico propio y característico.

Su existencia -se sostiene- presupone que se dé un sistema complejo autoorganizativo, que se configura a partir de elementos propios y de otros que obtiene por su interrelación con el medio, y que conlleva procesos, funciones y, en los niveles complejos, facultades, que permiten mantener ese sistema (3), y que se desarrolle en el ciclo evolutivo-temporal que la caracteriza.

Desde su comienzo hasta su terminación, toda vida implica ese complejo dinámico organizado y en evolución.

Cuando ese proceso culmina y llega a su fin, el sistema se desorganiza y se destruye, extinguiéndose las funciones y facultades que lo caracterizaban.

Todos los seres vivientes comparten sistemas de estas características y se diferencian por la complejidad de los sistemas que poseen, y por la de los procesos, funciones y facultades que, consecuentemente, pueden desarrollar.

b) La vida humana. Racionalidad y personalidad

La vida de los seres humanos posee las mismas notas distintivas que las correspondientes a los demás seres vivos, pero se encuentra en un escalón distinto.

Su "racionalidad" hace que los seres humanos se diferencien de todos los demás organismos vivientes en el planeta.

Esa racionalidad conlleva las capacidades de abstracción y de reflexión -propias de la humanidad-, que les permiten decidir libremente y ejercer su voluntad conforme criterios éticamente ponderables.

Los seres humanos, sea en acto, sea en potencia, tienen esa racionalidad distintiva, y ello constituye el fundamento de su personalidad (4).

Matilde Zavala de González recuerda que el hombre, "al igual que otros seres de la naturaleza, tiene una vida biológica, pero se diferencia de ellos por su vida psíquica depurada, racional, que le permite tener conciencia de sí mismo, hacer del yo el centro del universo y comprender el sentido de todas las demás cosas; y por estar dotado de libertad, con la cual rige su existencia y puede determinarse a sí mismo, en lugar de estar incondicionalmente determinado por factores ajenos" (5).

La racionalidad, entonces, se presenta como propia de la humanidad y distingue a la misma (por lo menos entre los demás seres vivientes del planeta).

Boecio expresó que la persona era rationalis naturae individua substantia (o sea, "sustancia individual de naturaleza racional").

En su "racionalidad" se funda, entonces, el reconocimiento del carácter de personas a los seres humanos.

La personalidad es, por tanto, connatural a la humanidad, y el sustrato racional que caracteriza a esta última constituye el justificativo de la atribución de la primera.

El derecho no hace a la persona, atribuyéndole subjetividad, sino que se limita a reconocer una realidad que exige esa atribución (6).

Humanidad y personalidad se presentan, por la racionalidad inherente a la primera, como un binomio inescindible.

El ser humano debe ser reconocido, por tanto, en su carácter de persona y de sujeto y titular de derechos, en consecuencia.

IV. EL RESPETO DE LA VIDA HUMANA

De esa naturaleza racional única y distintiva, y de la personalidad que la misma conlleva, se deriva el respeto de que es merecedora la vida humana (7).

El derecho a la vida efectiviza la tutela jurídica hacia la vida humana y es el derecho primordial y fundante de la operatividad (8) de los demás derechos reconocidos a los seres humanos.

Sin su debida protección, el reconocimiento de todos los demás derechos carecería de sentido (9).

Tutela un bien que acertadamente ha sido calificado como "esencialísimo" y de carácter supremo, en tanto y en cuanto de él dependen todos los otros bienes (10), y el que, por otra parte, preexiste a las leyes y a las ciencias (11), constituyendo el presupuesto indispensable para la misma existencia de ellas.

Todos los seres humanos tienen derecho a vivir, por la personalidad sustancial que los caracteriza y porque si no se respetara ese derecho, no sólo se estaría desconociendo esa personalidad, sino que, además, se estaría legitimando la extinción de la especie.

La personalidad ínsita en la humanidad obliga a considerar a los seres humanos como sujetos de derecho, y esa calidad sólo puede subsistir en tanto y en cuanto se respete su derecho a vivir, con prescindencia de las circunstancias en que cada vida humana se desarrolle.

Como lo expresa Zavala de González, "la existencia humana debe ser respetada por ella misma y no por las características y modalidades con que se desenvuelve, debe tutelársela por lo que es (su esencia) y no por cómo es (su circunstancia)" (12).

La vida humana, entonces, es el sustrato natural de la personalidad, y para el respeto de esta última, debe ser protegida la primera, desde su comienzo hasta su fin, dado que se es hombre desde el inicio hasta el fin de la vida.

Los seres humanos, por esa personalidad sustancial de que son acreedores por su racionalidad (13), tienen derecho a vivir, entonces, desde el comienzo hasta el fin de su existencia.

Ese derecho implica que los demás deben abstenerse de atacar la vida humana, y que su titular puede conservarla y gozar de ella (14).

De lo expresado se deduce la trascendencia de la determinación del comienzo de la vida, pues éste habrá de ser el punto de partida de la consideración de que resulta merecedora la vida humana por su inherente personalidad y, consiguientemente, de la operatividad del derecho a la vida.

V. EL PROCESO DE GESTACIÓN DE LA VIDA HUMANA

a) La transmisión de la vida

Recurriendo a la autorizada opinión del ya fallecido catedrático de Genética Fundamental en la Universidad de la Sorbona, Jéromê Lejeune, debe recordarse que "la transmisión de la vida es muy paradójica. Sabemos con certeza que el lazo que une a los padres e hijos es siempre material, puesto que es el encuentro de dos células, el óvulo de la madre y el espermatozoide del padre, de donde saldrá el nuevo ser. Pero también sabemos con la misma certeza que ninguna molécula, ningún átomo constitutivo de la célula original tiene la menor oportunidad de ser transmitida tal cual a la generación siguiente. Evidentemente lo que se transmite no es la materia, sino una modificación de ésta o más exactamente una forma" (15).

Esta paradoja a la que refiere Lejeune, de transmisión de la vida para la existencia de una vida nueva, se concreta naturalmente a través de un proceso complejo denominado fecundación, el que habrá de ser analizado a continuación.

b) La fecundación

En la fecundación natural, del semen del hombre, una vez que es depositado en el aparato genital femenino durante el acto sexual procreativo, se separan las células sexuales masculinas denominadas espermatozoides.

Los espermatozoides, al igual que los ovocitos (células sexuales femeninas), tienen en su núcleo cierto número de cromosomas conformados por moléculas de ácido desoxirribonucleico, concretamente, veintitrés en cada una de estas células.

Las células de cada especie biológica poseen un número constante y específico de cromosomas, correspondiendo a los seres humanos el número de cuarenta y seis cromosomas en cada célula somática.

La circunstancia de poseer las células sexuales la mitad del número de cromosomas de las células somáticas, obedece a que **al *unirse el espermatozoide con el óvulo, cada uno aporta sus veintitrés cromosomas,*** para que quede completada la información genética de la especie (la que, como se ha explicado, se encuentra en los cuarenta y seis cromosomas propios de la misma).

Volviendo al proceso de la fecundación natural, **los gametos masculinos constituyen células conformadas por**

una cabeza (en la que se encuentra el núcleo con sus cromosomas) y por una cola denominada flagelo.

Esta última permite a los espermatozoides desplazarse por los fluidos del aparato genital femenino -una vez depositado el semen que los contiene a consecuencia del acto sexual procreativo-, hasta llegar al óvulo a fecundar.

En ese trayecto se va produciendo un proceso de selección de los espermatozoides y, además, se operan cambios en las proteínas que cubren sus cabezas, cambios que resultan necesarios para que adquieran la capacidad de fertilizar.

Cuando el espermatozoide (célula haploide que, como se ha dicho, tiene veintitrés cromosomas, veintidós autosomas más un cromosoma sexual X o Y) se encuentra con el ovocito (también haploide, con veintidós autosomas más un cromosoma sexual X), el primero penetra las células que rodean al segundo, las que conforman la "corona radiante".

La zona pelúcida es penetrada por un solo espermatozoide, produciéndose la fusión de sus membranas celulares con las del ovocito propiamente dicho.

Tanto la cabeza como la cola del espermatozoide penetran en el citoplasma del ovocito, y en la superficie de este último queda la membrana plasmática del primero.

Una vez que el núcleo del espermatozoide se encuentra en el citoplasma del ovocito, comienzan a hincharse los núcleos de ambos gametos, constituyéndose los pronúcleos masculino y femenino.

Por su parte, también se van produciendo transformaciones en el ovocito a nivel cortical, tornándose impenetrable para otros espermatozoides, impidiéndose así la fecundación poliespérmica.

Estas transformaciones obedecen a cambios de carácter metabólico que se van produciendo en el ovocito desde que comienza el proceso de la fecundación, cambios que, en definitiva, harán posible la continuación de ese proceso iniciado.

Los pronúcleos masculino y femenino en crecimiento tienen -como se ha explicado- una dotación cromosomíca haploide, debiendo replicar la misma para que sea posible la primera división celular.

Este fenómeno se produce aproximadamente a las doce horas después del inicio de la fecundación, de modo casi sincrónico en ambos pronúcleos.

Los cromosomas duplicados se integran en una estructura denominada huso mitótico, y los procesos metabólicos celulares en curso -en los que tiene decisiva importancia el incremento de los niveles de calcio- inducen a la formación de microfilamentos que parten del pronúcleo masculino y que atraen al pronúcleo femenino.

Esta atracción produce el acercamiento de los pronúcleos, los que, a su vez, se van desplazando hacia al centro de la célula, en donde se establece el huso mitótico y se produce la división que da origen a los blastómeros.

La fusión de los pronúcleos marca el punto culminante de la "concepción", fenómeno definido como "la fusión cromosomática de células germinales", y en la que se da la integración de la información genética contenida en los dos pronúcleos (16).

c) Los procesos posteriores a la fecundación

Tras la fecundación del óvulo por el espermatozoide (que ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio), el huevo fecundado inicia su derrotero hacia el útero, a la vez que se va dividiendo, alcanzado al mismo a los tres o cuatro días.

El biológo y genetista Juan R. Lacadena expresa que "**a la semana de haber ocurrido la fecundación es cuando el embrión, ya en estado de blastocisto, comienza a fijarse a las paredes del útero, tardando otra semana aproximadamente en concluir su fijación (anidación). Por consiguiente puede aceptarse como regla general que la anidación concluye unas dos semanas (catorce días) después de ocurrida la fecundación**" (17).

Se destaca esta etapa del desarrollo embrionario por la importancia asignada por muchos a la misma, en orden a la consideración del comienzo de la vida humana.

Retornando a la fecundación del óvulo por el espermatozoide, debe señalarse que es un proceso que se autoorganiza y en el que interactúan, cambian y se reestructuran los genomas de los gametos paternos hasta integrarse, conformándose, a su vez, **el huevo o cigoto, el que tiene una particularidad única.**

Este huevo o cigoto, al dividirse, origina dos células (blastómeros) con fenotipo diferente del suyo, e incluso diferentes entre sí, que las constituye en una unidad orgánica.

La concepción, con la que se inicia la gestación del ser humano, aparece claramente, también en símisma, como un proceso progresivo y que, como tal, no se agota en un instante, sino que tiene duración en el tiempo.

Esto ha llevado a algunos autores, teniendo en cuenta esa duración y que hasta su culminación no puede hablarse de la existencia de material genético propio, a sostener que "habrá vida humana, pero esa masa vivificada que es el preembrión no justificaría el otorgamiento de personalidad" (18).

En ese proceso de fecundación descripto más arriba, se configuran los materiales genéticos recibidos de los progenitores, los que se conforman y organizan, generándose el cigoto, que, por consecuencia de esos procesos, tiene una identidad genética que lo distingue de cualquier otro, como igualmente de las células que le dieron origen.

Esa identidad genética es tal, que prácticamente es única e irrepetible en toda la historia de la especie humana (19).

De la misma surgirá no sólo la humanidad, sino también la particular forma en que se expresará esa condición en el individuo que se desarrollará, determinándose sexo y características somáticas y psicológicas.

Producida la anidación, comienza la etapa de la gastrulación -entre el 15º y 18º día-, en la que se diferencian las tres capas germinales primitivas: ectodermo, mesodermo y endodermo, de las que derivarán los tejidos y órganos que forman al ser humano.

Durante esta etapa, el ectodermo da origen a la placa neural, que luego se repliega para formar la cuerda espinal y el cerebro.

El embrión continúa desarrollándose, y al final de la cuarta semana es posible afirmar que ya ha adquirido el plano general del nuevo ser en formación.

A partir de esa etapa, se producen intensas modificaciones en la histogénesis, organogénesis y morfogénesis.

Al final de la octava semana, la diferenciación ha alcanzado un nivel tal, que resulta válido afirmar que el sistema, como sistema, se ha completado, siendo reconocible el embrión en desarrollo como un embrión humano.

En forma primitiva, ya se han manifestado casi todos los órganos del futuro ser, permitiendo distinguir al embrión humano de otros embriones de primates, lo que le da la recognoscibilidad expresada.

Desde el tercero al noveno mes, el desarrollo fetal continúa hasta culminar en el nacimiento de un nuevo ser humano.

Con necesarias omisiones en atención a la complejidad de los procesos, tratando de realizar un relato de sus partes esenciales, y siguiendo para ello, en lo fundamental, a descripciones efectuadas por autorizadas opiniones sobre estos fenómenos (20), se ha desarrollado una síntesis de los procesos implicados en el comienzo de la vida humana y en la gestación del ser humano.

El relato ha sido de utilidad para dejar sentado que ese comienzo de la vida se encuentra caracterizado por implicar una serie de sucesos que se van desencadenando, unos a consecuencia de los otros, en forma organizada y siguiendo planes que se encuentran grabados en la información genética de las células.

Si bien no puede descartarse la eventual incidencia en estos procesos de factores azarosos, el programa que permite la gestación de la vida de un nuevo ser humano se presenta como bastante preciso y determinado.

Ese programa, se ha visto, se va desplegando en etapas, desde la penetración del espermatozoide en el ovocito

hasta los ulteriores desarrollos embrionarios que terminan en el nacimiento de un nuevo ser humano (21).

Justamente de esa circunstancia, es decir, de no tratarse de un suceso instantáneo que permita sostener puntualizadamente que a partir del mismo una vida humana ha comenzado, derivan los interrogantes respecto de cuál es el momento de ese proceso que debe ser tomado como el que marca el comienzo de esa vida.

VI. EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA

a) Comienzo y carácter humano de la vida

Vaya como prolegómeno de este capítulo una advertencia.

Si al comienzo de la vida de los seres humanos nos estamos refiriendo, carece de sentido diferenciar la "vida" de la "vida humana".

La esencia de humanidad deriva de la particular carga genética contenida en los cromosomas de las células germinales, y no de otras circunstancias.

Esa carga genética distingue al ser humano de las demás especies y hará que el ser, una vez desarrollado, sea humano, y no un mono, un águila o un camello.

Cuando puede sostenerse que ya hay vida, y cuando se verifica la humanidad de las células comprometidas en ese proceso vivificado (por las particularidades genéticas de esas células), esa vida habrá de ser humana, por esa circunstancia y no por otras.

Con la fecundación del óvulo por el espermatozoide, surge una realidad nueva, el huevo o cigoto, que, sin duda, constituye "un sistema complejo autoorganizativo, que se configura a partir de elementos propios y de otros que obtiene por su interrelación con el medio, y que conlleva procesos y funciones, que permiten mantener ese sistema, y que se desarrolle en el ciclo evolutivo-temporal que lo caracteriza".

Habiendo así caracterizado a la vida, no pueden caber dudas de que el huevo o cigoto "vive", en la medida en que está compartiendo las notas distintivas que caracterizan a la vida (22).

El carácter humano de los gametos sexuales dará a esa realidad viva -esto es, al cigoto- la nota de humanidad (23).

La vida humana, por tanto, comienza con la concepción -en la que se forma el cigoto-, no existiendo posibilidad de dudas respecto de ello (24).

Sin embargo, esta afirmación, que es compartida por la mayor parte de los científicos, presenta, hoy día, aristas que dan lugar a cuestionamientos y discusiones (25).

Como se ha visto, la concepción no es en sí misma un suceso, sino un proceso más o menos breve, pero que sin duda tiene duración en el tiempo.

Queda completada, propiamente, horas después de comenzada.

¿Deberemos tomar como punto de arranque de la vida humana el momento del inicio de ese proceso, es decir, cuando el espermatozoide empieza a perforar la zona pelúcida?

O, como lo proponen algunos, ¿será más adecuado fijar arbitrariamente un momento dentro de ese lapso, al que se le asigne la culminación de los procesos implicados en la misma?

Dejaremos la respuesta a estos interrogantes para más adelante, en atención a que la contestación que entendemos adecuada a su respecto responde también a otros dilemas planteados en torno al comienzo de la existencia del ser humano.

Es que las discusiones no concluyen con la de la cuestión relativa al comienzo de la vida humana, sino que prosiguen y se vuelven más urticantes cuando lo que se discute ya no es dicho comienzo, sino si cabe otorgarle a esa vida humana que ha comenzado a existir el carácter de ser humano.

b) Vida humana y ser humano

Para estas concepciones, la personalidad no derivará de la vida humana sino del carácter de ser humano, que, para las mismas, resulta escindible de la mera circunstancia de vivir.

Las opiniones que parten de esa división entre "vida humana" y "ser humano" se presentan en un espectro caracterizado por su variedad.

Así, hay quienes sostienen que esa vida humana puede ser considerada ser humano sólo desde la etapa en que el feto adquiere forma humana.

Otros entienden que es menester, para otorgarle ese carácter de ser humano a la vida humana en gestación, que el feto tenga actividad eléctrica cerebral detectable por un electroencefalograma.

Otros se conforman con que la línea neural primaria haya completado su desarrollo, lo que acontece, como se ha visto, alrededor del día catorce de la gestación.

Están los que se inclinan por exigir la existencia de un sustrato necesario para el desarrollo de ciertas funciones -al que denominan critical system of the brain (CBS.)-, el que permite las sensaciones, la memoria y el aprendizaje, entre otras facultades (26).

Quienes sostienen criterios relacionales exigen, para el reconocimiento de esa vida humana como ser humano, bien la aceptación paterna, bien la aceptación de la sociedad, bien la de haber sido procreada intencionalmente, o bien la de haberlo sido con el destino de vivir.

Finalmente, otros entienden que el feto es sólo un ser humano en potencia, por no poder manifestarse su racionalidad y por carecer de la facultad de conocimiento moral.

Ballesteros nos recuerda que los criterios dualistas contraponen la "vida biológica" con la "vida personal", atribuyendo el carácter de personas tan sólo a aquellos seres humanos que sean capaces de realizar actualmente determinadas funciones o, como lo prefieren algunos, que posean "indicadores de humanidad".

El dualismo "considera como persona sólo a aquel ser humano que se comporta o puede comportarse inmediatamente como persona" (27).

c) El individuo humano para la genética

Situándonos en la perspectiva de la genética, por lo menos en la actual etapa de su desarrollo, hay quienes opinan que no es posible arribar a una respuesta científica cierta respecto del momento en el que puede considerarse que un nuevo ser humano individual y distinto ha comenzado a existir (28).

Desde el punto de vista genético, Lacadena nos recuerda que la individualización de un nuevo ser requiere de dos propiedades: la unicidad -calidad de ser único- y la unidad, realidad positiva que se distingue de toda otra, es decir ser uno solo (29).

Cuando se dan esas cualidades -expresa el biólogo español-, resulta correcto afirmar que nos encontramos ante un nuevo ser y, en lo que interesa a nosotros ahora, ante un nuevo ser humano.

¿Puede sostenerse que al instante de la penetración del espermatozoide en el óvulo se da la individualización referida?

¿Se dará esa individualización posteriormente, cuando se ha completado el proceso de fusión de los pronúcleos?

¿O esas calidades de unicidad y unidad quedarán satisfechas en una etapa ulterior?

Las conclusiones a las que se arribe no serán de trascendencia menor, como que de las mismas se derivará el efectivo reconocimiento del derecho a la vida del ser humano en gestación.

En lo relativo a la unicidad, la naturaleza nos proporciona fenómenos embrionarios que parecen contraponerse con

ese requisito exigido por la genética.

Es el caso de los gemelos monocigóticos, originados a partir de la división del embrión en las primeras etapas de su desarrollo, y que constituyen el único caso de identidad genética natural entre dos individuos.

La frecuencia de estos gemelos es de aproximadamente un dos por mil de los nacimientos, la que, si bien es por cierto sumamente baja desde un punto de vista estadístico, obliga a considerarla como una circunstancia naturalmente posible, y no precisamente extraordinaria.

La división del embrión que da origen a los gemelos en cuestión sólo puede darse antes de la formación de la línea neural primitiva o cresta neural, la que se produce hacia los catorce días del inicio del proceso de gestación, coincidiendo temporalmente con la anidación en el útero.

Conforme Lacadena, a diferencia de los gemelos dicigóticos humanos y de los monocigóticos de otras especies, en la generación de gemelos monocigóticos no se verifican causas genéticas (afirmación que, como habremos de ver, no es compartida por todos).

De tales circunstancias deduce el biólogo español que el requisito de la unicidad no se da en los embriones humanos hasta alrededor de los catorce días de comenzado el proceso de formación de un nuevo ser humano (30).

En lo relativo a la propiedad de la unidad -el otro de los requerimientos genéticos de la individualidad-, se asiste a la existencia de "quimeras" humanas, esto es, embriones producto de la fusión de dos cigotos, cuando no directamente de dos embriones.

Las "quimeras" no equivalen a los "mosaicos".

En estos últimos se verifica la existencia de más de una estirpe celular en un mismo individuo, lo que se produce por fenómenos genéticos anormales acaecidos luego de la fecundación (mutaciones genéticas o cromosómicas, recombinación somática, etc.).

Por su parte, las "quimeras" implican que las diferentes líneas celulares presentes en un individuo tienen su origen en fecundaciones diferentes.

Se puede distinguir entre quimeras cigóticas, producidas por la fecundación simultánea de un óvulo por un espermatozoide y de un cuerpo polar derivado del mismo ovocito primario, por otro espermatozoide, y quimeras post-cigóticas, producidas por fusión de dos embriones distintos.

La diferencia entre ambos fenómenos implica que en el primer caso nos encontramos ante un individuo formado a partir de dos cigotos distintos, y en el segundo, a partir de dos embriones diferentes.

Estos fenómenos, comprobados en la especie humana al constatarse la existencia de individuos con células que tienen dotaciones cromosómicas sexuales femeninas y masculinas, ponen en crisis el requisito de la unidad.

Al igual que en el supuesto de la unicidad, pareciera ser que las "quimeras" tampoco pueden originarse luego de los catorce días de la gestación, esto es, coincidiendo con el período de la anidación.

Pero no sólo la unidad y unicidad resultan elementos a los que se requiere se recurra para fijar la existencia de la individualidad desde el punto de vista genético.

También esa individualidad surge de la "identidad" o "mismidad" genética, de la que deriva que ese individuo no puede ser confundido con otro.

La identidad se relaciona con la capacidad genética del individuo de distinguir inmunológicamente lo propio de lo extraño.

Esa distinción del individuo es conocida como "respuesta inmune" y se manifiesta en los vertebrados superiores, en la respuesta humoral a través de la producción de anticuerpos circulantes, con especialidad hacia el antígeno que ha inducido su producción.

Característica fundamental del fenómeno inmune es la capacidad del organismo de reconocer cuando una macromolécula o cualquier posible antígeno es propio o extraño.

Sólo en este último caso pondrá en funcionamiento los mecanismos precisos para desarrollar la respuesta inmune.

De alguna forma, los sistemas inmunológicos aprenden a reconocer sus propias moléculas en un proceso de aprendizaje que se da en las primeras etapas de la vida.

Cuando concluye este proceso de aprendizaje, puede sostenerse que el individuo reconoce su identidad o mismidad genética.

Todavía no se conoce con precisión el momento en que quedan fijadas esas señas de identidad, las que se generan en base a la información que contienen los genes que hace sintetizar las proteínas correspondientes para ese efecto.

Pareciera ser que se trata de una "adquisición" progresiva, que se va produciendo entre la 7ª y la 12ª semana de gestación, con lo que esa identidad o mismidad genética, desde el punto de vista inmunológico, se adquiriría completamente alrededor de los tres meses de desarrollo embrionario.

Como se observa de las consideraciones efectuadas, la genética, si bien nos allega certeza en cuanto al comienzo de la vida, nos genera interrogantes acerca del punto en que esa vida en gestación puede ser considerada un ser humano, en atención a que la individualidad requerida para tal consideración se presentaría como un fenómeno progresivo, relacionado con el desarrollo del embrión.

En suma, si bien no pueden caber dudas de que la vida comienza con el inicio de los procesos implicados en la concepción -esto es, de la fecundación del óvulo con el espermatozoide-, las discrepancias se presentan en orden al momento en que a esa vida corresponde asignarle la condición de humana y se multiplican, si no existe conformidad con esa diferenciación, y se le añade la distinción entre vida humana y ser humano.

Recordemos que, para nosotros, el fundamento del reconocimiento de la personalidad finca en la existencia de la vida humana.

Quienes proponen la diferenciación entre la vida humana y los seres humanos pretenden asignar esa personalidad a partir del comienzo de la existencia de estos últimos, sin aceptar que la vida humana pueda equipararse al ser humano, individuo diferenciado y merecedor del reconocimiento de su personalidad.

Más allá de las prescripciones de nuestro Código Civil y más allá de nuestras convicciones personales, cabe preguntarse: ¿el comienzo de la vida humana implica el inicio de la existencia del individuo humano?; ¿el respeto al derecho a la vida desde qué momento resulta justificado?; ¿desde qué instante del proceso de la concepción puede sostenerse que comienza la existencia de la vida humana?; ¿la unicidad, la unidad y la identidad genéticas constituyen condiciones sine qua non para sostener que el ser humano ha comenzado a existir?

Del tenor de las respuestas a producirse dependerá la fijación de la etapa a partir de la cual se reconozca la existencia de la persona humana y, en consecuencia, la del imprescindible respeto de su derecho a la vida.

VII. LAS DISTINCIONES EFECTUADAS COMO PRESUPUESTO DE LA DIFERENCIACIÓN DEL TRATO A LOS EMBRIONES HUMANOS EN LAS DISTINTAS ETAPAS DE SU DESARROLLO

a) El "preembrión". Trascendencia jurídica asignada a esta etapa del desarrollo embrionario

Conforme a las características apuntadas de evolución del embrión en sus primeras etapas de desarrollo, **algunas corrientes han aceptado otorgar distinto tratamiento a los embriones con relación al respeto a su integridad y derecho a la vida, en base a los diferentes estadios alcanzados en su proceso de formación** (31).

Quizás la más importante de las distinciones efectuadas, como que incluso ha sido tenida en cuesta en disposiciones de carácter legislativo, es la que efectúa la diferenciación entre el "preembrión" y el "embrión".

Se denomina "preembrión" o "embrión preimplantatorio" al grupo de células resultantes de la división del óvulo, desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el útero.

Como se recordará, esta etapa corresponde también a la de la formación de la línea neural primitiva y a la de la imposibilidad de producirse divisiones o fusiones cigóticas que generen o bien gemelos idénticos, o bien quimeras de líneas celulares diferentes.

La terminología y calificación referidas fueron adoptadas por los Consejos Europeos de Investigación Médica de nueve naciones (Dinamarca, Finlandia, la ex República Federal Alemana, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica), reunidos en Londres en el año 1986, bajo el patrocinio de la Fundación Europea de la Ciencia.

En esa oportunidad establecieron que el término preembrión (o embrión preimplantatorio) designa la división celular progresiva desde la fecundación hasta catorce días después, cuando finaliza el proceso de implantación de aquél y aparece en él la línea neural primitiva (32).

Nos recuerda Banchio que los informes "Warnock" en el Reino Unido y "Palacios" en España "abundan en el dato antes apuntado, en cuanto hasta cumplidos los catorce días no completa el embrión humano la información hereditaria, apareciendo entonces la cresta neural. El plazo de catorce días vendría a marcar un estadio en el que embrión no siente dolor; lo que ha hecho pensar a algún autor que se trataría de un problema de insensibilidad de la víctima frente a las prácticas de instrumentación manipuladora" (33).

Esta etapa del desarrollo embrionario corresponde, como se ha explicado, a la "preorganogénesis", y también es la utilizada para calificar al embrión humano como "embrión preimplantatorio".

La trascendencia asignada a este período se advierte del significado que le ha sido dado al mismo en el campo jurídico.

Apuntamos, como ejemplos, la sentencia del Tribunal Constitucional de la ex República Federal de Alemania de fecha 25/2/1975, en la que se estableciera que "según los conocimientos fisiológicos y biológicos la vida humana existe desde el día 14 que sigue a la fecundación", y las prescripciones de la ley 35/1988 española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en las cuales se acepta esa categorización y se dispone la posibilidad de investigación o experimentación en "preembriones" humanos vivos hasta catorce días después de la fecundación del óvulo (art. 15.b).

Si recordamos que desde el punto de vista genético se sostiene que la identidad o "mismidad" genética es alcanzada por el embrión en desarrollo en forma progresiva y se completa con posterioridad a ese término de catorce días, no resulta aventurado afirmar que podría llegar a sostenerse la inexistencia de objeciones biológicas para la investigación o experimentación con embriones humanos, aun en etapas ulteriores de su desarrollo.

Esa corriente de pensamiento, diferenciadora del status a asignar al embrión de acuerdo con su grado de desarrollo, resulta de utilidad para justificar la razonabilidad de ciertas legislaciones abortistas.

Puede citarse, como simple ejemplo, la ley aprobada en Noruega el 30/5/1978, que otorga a las mujeres el derecho a abortar gratuitamente dentro del término de las doce semanas de embarazo (34), estableciendo ese límite temporal para acceder a ese derecho, indudablemente inspirada en el diferente respeto a que resultarían acreedores los embriones humanos conforme su grado de evolución.

Dentro de las legislaciones que se enmarcan en un criterio permisivo -conforme lo califica Hidalgo (35)- en cuanto a la posibilidad de "operar" sobre los embriones humanos (fundado en el diferente status reconocido al embrión humano de acuerdo con su grado de desarrollo), anotamos a la Human Fertilization and Embriolgy Act de Gran Bretaña del año 1990, en la que se autoriza la investigación con estos embriones.

Por su parte, en la citada ley española del año 1988, además de admitirse la posibilidad de investigar o experimentar con los embriones humanos en sus primeras etapas de formación -concretamente, no más allá del día catorce de la fecundación-, se autoriza dentro del mismo término "el perfeccionamiento de las técnicas de Reproducción Asistida y las manipulaciones complementarias, de crioconservación y descongelación de embriones, de mejor conocimiento de los criterios de viabilidad de los preembriones obtenidos in vitro y la cronología óptima para su transferencia al útero".

En este orden de ideas, se ha sostenido que tanto la circunstancia de haber alcanzado el embrión humano catorce días de desarrollo, como la de que se produzca su anidación en el útero, resultarían los dos elementos

fundamentales para dotar de los derechos propios del ser humano al embrión (36).

b) Las prácticas eugenésicas que permite la diferenciación del embrión de acuerdo con su etapa de desarrollo

La generalización de la idea que distingue a los embriones conforme su distinto grado de evolución -admitiendo, en base a ello, prácticas sobre los mismos en sus estadios primigenios- también se advierte en técnicas utilizadas en los procesos de fecundación in vitro, los que han ido incorporando procedimientos que directamente pueden calificarse como "eugenésicos".

Roberto Andorno, en un excelente trabajo titulado "El Derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones in vitro" (37), apunta que la fecundación in vitro ha ido adquiriendo una nueva finalidad de carácter eugenésico, en atención a que ya no se presenta sólo como una solución para parejas estériles, sino que también se encuentra destinada a obtener hijos de "buena calidad", cuyas características satisfagan los deseos de sus progenitores.

Ese objetivo, recuerda el autor, se obtiene a través de la selección de los embriones que serán transferidos en definitiva al útero materno, la que se realiza utilizando la técnica denominada "diagnóstico preimplantatorio" (DPI.).

Mediante este diagnóstico, utilizado primigeniamente para impedir la transmisión de ciertas enfermedades (por ej.: excluyendo de la transferencia a los embriones masculinos, cuando se conoce que la madre es portadora de una enfermedad como la hemofilia -que sólo puede afectar a los varones-), hoy es posible "descartar" embriones que se consideran "inaptos" por otras circunstancias.

El resultado, más allá de la finalidad preventiva de la técnica utilizada, implica "desechar" embriones humanos; concretamente, a aquellos que se considera no cumplen con los parámetros fijados por el seleccionador.

Esto constituye, sin duda alguna, una práctica eugenésica.

Señala Andorno, recordando a Jacques Testart (quien desarrollara la fecundación in vitro en Francia), que "el diagnóstico preimplantatorio persigue, en una primera etapa, someter a los embriones a un análisis genético previo a fin de transferir a la madre sólo los normales o aquellos que mejor se adapten a los deseos de los padres, lo cual supone eliminar aquellos que no corresponden al estándar fijado", y que, en una segunda etapa, su objetivo consiste "en mejorar la calidad de los niños gracias a las posibilidades abiertas por los conocimientos acerca del genoma humano" (38).

Se observa, de acuerdo con la breve reseña efectuada, que los dilemas señalados en orden al comienzo de la vida humana, del ser humano y de la persona humana, aparecen en muchas oportunidades, simplificadoramente resueltos, conforme criterios que en definitiva privilegian necesidades o conveniencias, sin mayor preocupación por el respeto que la vida humana en sí misma merece.

Lo expresado demuestra que los diferentes tratamientos otorgados a los embriones humanos en las distintas etapas de su desarrollo -y especialmente la distinción entre preembriones y embriones- reflejan, en definitiva, no una discrepancia sobre el comienzo de la vida humana, sino sobre el carácter de seres humanos de esas realidades vivas y de la personalidad que cabe asignarles.

En nuestra postura, ya adelantada, a partir de la fecundación el huevo o cigoto "vive", y esa vida es humana, por portar la carga genética propia de la especie.

Con ello basta para otorgarles el carácter de seres humanos (39) a esas realidades que "viven" y que son "humanas", y, consiguientemente, para reconocerles la personalidad (40).

VIII. REPLICANDO LA DISTINCIÓN ENTRE VIDA HUMANA Y SER HUMANO

a) La respuesta a los interrogantes proporcionados por la genética

Como se ha visto, existen criterios que, para fundamentar la negación de personalidad a losembriones humanos en sus primeras etapas de gestación, se basan en que si bien no puede negarse que tengan vida y que esa vida es humana, ello no basta para que pueda considerárselos seres humanos, carácter al que

asignan la justificación de la personalidad y del derecho a la vida.

También se ha relatado que el actual estado de las investigaciones genéticas coadyuva al sostenimiento de las posiciones fundadas en esos criterios, en razón de que las mismas parecieran poner en tela juicio la unidad, unicidad e individualidad genéticas del embrión al comienzo de su desarrollo, propiedades que resultarían connaturales con la existencia de un nuevo ser.

La eventual producción de fenómenos, como el caso de los gemelos monocigóticos o el de las "quimeras", es traída en apoyo de estas opiniones, como, igualmente, el de la falta de capacidad de reconocer la individualidad mediante la respuesta inmune del embrión en los comienzos de su proceso de formación.

No aparecen como decisivos y suficientes estos argumentos.

Recordemos que el comienzo de la vida humana se produce con la fecundación, proceso que empieza con la penetración del espermatozoide en el ovocito.

Desde el mismo inicio de este fenómeno, se constata la producción de modificaciones sustanciales en ambos gametos.

Estas modificaciones, que se verifican a nivel morfológico y metabólico, no son azarosas ni casuales, sino que responden a un plan preciso y determinado, proporcionado por la información contenida en los cromosomas de los gametos sexuales.

La regulación de la expresión genética permite que la síntesis de las moléculas constituyentes sea ordenada en el tiempo y en el espacio y se produzca de determinada forma, siguiendo un plan general preestablecido.

Todo el proceso del desarrollo embrionario, desde su inicio, se encuentra guiado por la emisión de esos mensajes genéticos contenidos en las moléculas de ADN. y se concreta mediante la interacción de esos mensajes con los componentes del medio intracelular.

La eficacia del programa de desarrollo del embrión humano requiere, de la fecundación -mediante la cual se completa la información genética-, que la misma se ordene de modo tal que pueda completarse ese programa, y del medio en el cual la misma opere.

Cuando se dan esas circunstancias, tendremos un fenotipo celular que puede considerarse viviente, con la humanidad que le da su carga genética, es decir, habrá vida humana (41).

El patrimonio genético conformado y completado con la concepción contiene, ya desde el inicio de ese proceso, las instrucciones precisas que habrán de permitir el desarrollo del embrión humano (42), y, a su vez, la misma formación de ese patrimonio se ha producido por las instrucciones de que eran portadores los genes de los gametos que se fusionaron en la fecundación.

La individualidad e identidad genéticas de esta nueva realidad aparecen como indudables, ya que ha respondido su generación a programas basados en instrucciones propias, y en condiciones que interactuaron con esa información genética, de un modo único e irrepetible.

La eventual producción de fenómenos tales como la gemelaridad monocigótica o las quimeras no alcanza para desvirtuar estos asertos. En todo caso, cabría afirmar que, en ciertas circunstancias, bien pueden ocurrir fenómenos basados en la propia disposición genética (es decir, en el programa de desarrollo propio), o bien en anomalías de ese carácter.

Se sostiene, por ejemplo, que la posibilidad de división que da origen a la referida gemelaridad se encuentra relacionada con cierta proteína de la membrana celular (la proteína F9) que establece la conexión celular, y de cuyos niveles depende esa posibilidad (43).

Esos niveles dependerán, a su vez, de la propia información genética y del modo en que la misma interactúe con el medio (44).

Por tanto, la división gemelar encontraría el fundamento de esa duplicación producida, en causas que no empañan

la convicción de que cuando comienza la vida humana ya hay un ser humano.

Se tratará de un ser humano particular, que tiene la posibilidad de multiplicarse y dar origen a más de un ser humano.

De modo similar, los fenómenos de fusión embrionaria no alcanzan para fundamentar la negativa a considerar seres humanos a los embriones comprometidos en los mismos, antes de producidos estos acontecimientos.

En todo caso, su producción habrá de evidenciar que su acaecimiento ha implicado la muerte de los embriones incorporados a los que han sobrevivido (45).

La necesidad de la identidad o mismidad genética, basada en la ausencia de la reacción inmune, resulta más sencilla de replicar.

No es que el embrión no la posea desde que comienza su formación, lo que ocurre, que el programa propio del ser humano ya existente tiene previsto que se manifieste en etapas progresivas del desarrollo embrionario.

A nadie se le ocurriría negar que un ser humano nacido tiene naturaleza racional, no obstante que esa realidad no pueda concretarse en acto hasta años después del nacimiento, sencillamente porque en el programa de desarrollo del ser humano así se encuentra previsto.

Lejeune nos recuerda que desde la primera célula que se empieza a dividir activamente se verifica un conjunto en incesante organización, y se pregunta si el mismo es o no un ser humano distinto de su madre, a lo que contesta: "No sólo su individualidad genética está perfectamente establecida, ...sino que -cosa casi increíble- el minúsculo embrión al sexto o séptimo día de su vida, con nada más que un milímetros y medio de longitud es ya capaz de presidir su propio destino. Es él y sólo él quien por un mensaje químico estimula el funcionamiento del cuerpo amarillo del ovario y suspende el ciclo menstrual de la madre. Obliga así a su madre a mantenerle su protección; ya hace de ella lo que quiere y Dios sabe que no dejará de hacerlo en el futuro" (46).

b) El respeto de la vida humana desde el inicio del proceso de la concepción

Aunque de menor trascendencia práctica, no por ello menos interesante es el interrogante que fue dejado sin respuesta durante el curso de esta exposición, en orden al momento preciso en que debe considerarse que la vida propiamente humana ha comenzado su existencia, dentro del lapso de tiempo que insume la culminación del proceso de la concepción.

Se ha visto que ese proceso se completa en un término variable de horas, y que esta circunstancia ha llevado a afirmar que hasta que no se encuentra finalizado, la vida propiamente humana no existe, por no encontrarse completada la información genética del nuevo ser.

Si bien no puede negarse que existen razones de peso para encontrar fundada a esa afirmación, tampoco es posible obviar que el proceso de la fecundación, desde su mismo inicio, desencadena el desarrollo de un programa de la vida, cuyas características propias y particulares jamás habrán de poder repetirse en toda la historia de la humanidad.

La interacción de la información contenida en los genes con el medio, desde que se produce la penetración del espermatozoide en el óvulo, y los particulares procesos metabólicos que esa interacción va produciendo en cada instante de su desarrollo, generarán en definitiva esa identidad única y propia de cada ser humano. Su impronta particular, que influirá decisivamente en el futuro del nuevo ser en formación (47).

Ni antes ni después esas circunstancias habrán sucedido o sucederán. Sólo en cada momento y en cada instante del proceso de fecundación se irán sucediendo única e irrepetiblemente.

Cada vida humana en formación, por la singularidad e irrepetibilidad de los procesos que la formación de cada vida implica, podrá ser "esa vida humana", y no "otra". La más mínima diferencia en los procesos producirá resultados diferentes.

Aunque aún el proceso de fecundación no se encuentre completado, la potencialidad del mismo de generar un ser humano único y diferente hace que sea merecedor de un respeto similar al que merece la vida ya formada (48).

Una vez desencadenado el proceso de la concepción sería acreedor, entonces, de similar protección que la que se otorga a la vida misma (49).

Para concluir en el punto, las características propias de los procesos implicados llevan al convencimiento de que vida, vida humana, ser humano y persona humana comienzan su existencia con la concepción y, correlativamente, resultan acreedores, desde esa etapa, del derecho a su respeto, el que, además, corresponde se extienda desde el mismo inicio del proceso de formación de la vida.

IX. LOS NUEVOS DILEMAS QUE GENERAN LAS INVESTIGACIONES EN DESARROLLO

a) La clonación y sus métodos

Habiendo arribado a la conclusión de que existe coincidencia entre el comienzo de la vida humana y el de la existencia de un nuevo ser humano individual y, por consecuencia, que la personalidad y los derechos que ello trae aparejado también empieza en ese comienzo, no pueden caber dudas en cuanto a que ese nuevo ser que ha comenzado a existir tiene derecho a la vida.

Sin embargo, cuando aparentemente con las conclusiones efectuadas se habría arribado finalmente a "aguas tranquilas", el incesante avance de las investigaciones científicas y técnicas comienza a plantear nuevos dilemas que vienen a poner en crisis las concepciones ya reputadas como firmes.

El comienzo de la vida humana, que se asignara al fenómeno de la concepción -esa fusión de gametos germinales-, hoy se presenta como posible con prescindencia de ese proceso.

La posibilidad de reproducción por medio de la clonación (50) ya es una realidad en vertebrados superiores, de los que se han desarrollado individuos adultos como la célebre oveja "Dolly", y también lo es en los seres humanos.

Citando a Juan R. Lacadena, Arias de Ronchietto expresa que un clon "es un grupo de organismos de idéntica constitución genética, que proceden de un único individuo, mediante multiplicación asexual, por división o partición, y son iguales a él. La clonación, a su vez, es el procedimiento para producirlos, de forma espontánea o provocada" (51).

Respecto de este procedimiento, las investigaciones se encuentran sumamente desarrolladas, y existe la certeza en la comunidad científica del inminente nacimiento de seres humanos producto de esa modalidad reproductiva.

En un completo y erudito trabajo, Aída Kemelmajer de Carlucci efectúa la clasificación de la "clonación" según los elementos a que se refiere. Diferencia -con ese criterio clasificatorio- la distinguida autora entre la clonación referida a "simples células", la que -expresa- es denominada "celular o no reproductiva" (advirtiendo que, en realidad, esta última denominación no sería correcta, porque ella también sería "reproductiva", aunque de familias de células), en la cual las células son incapaces de engendrar por ellas mismas otros seres -tratándose de procedimientos tendientes a producir réplicas de un material biológico determinado-, de la clonación referida a "vegetales, animales y seres humanos", denominada "reproductiva", dirigida al nacimiento de individuos iguales (52).

En el ámbito de la "clonación no reproductiva humana", efectúa Kemelmajer la distinción de dos tipos de técnicas. Una que tiene por objeto la de producción y cultivo de células de origen embrionario o adulto que no están destinadas a constituir un embrión (respecto de la cual no encuentra objeciones éticas y, expresa, resulta de práctica corriente y altamente valiosa para la investigación diagnóstica y terapéutica), y otra que tiene por finalidad "la producción (o destino) de embriones cuyo desarrollo es detenido en un estadio más o menos precoz para obtener células inmunocompatibles con el fin de hacer terapia celular" (53), cuya valoración ética, apunta, depende del concepto que se tenga del embrión humano.

Básicamente, existen dos métodos de clonación reproductiva: el de la división embrionaria gemelar y el del transplante nuclear.

Kemelmajer expresa, refiriendo al primero de estos métodos, que "esta clonación existe también en la naturaleza; su punto de partida son óvulos fecundados, en los cuales, en la primeras divisiones celulares, cada una de ellas, por ser aún totipotenciales, dan origen a dos, cuatro o más seres genéticamente idénticos. O sea, consiste en la escisión

del embrión, se parte de un embrión generado según modalidad estándar (in vitro o no), y se realizar artificialmente aquellos que la naturaleza hace cuando produce los gemelos: se toma el embrión fecundado en estadio monocelular (antes de los catorce días) y se deja que se divida en dos células y luego cada una genera un embrión" (54).

En cuanto al segundo, la jurista mendocina señala que es "un procedimiento para duplicar un organismo utilizando el núcleo de una célula del cuerpo por reproducir, célula no sexual (ni óvulo ni espermatozoide) donde residen los cromosomas, y un óvulo femenino desnucleizado, es decir, desprovisto de su núcleo, para integrar un embrión que al desarrollarse será un individuo genéticamente idéntico a aquel del que provino el núcleo utilizado" (55).

El comienzo de la vida, en el segundo de estos métodos reproductivos, aparece como desvinculado de la concepción y, aplicado a células humanas, habrá de producir la generación de seres humanos no concebidos.

b) La diferenciación de los embriones clonados. Su utilización con finalidades terapeúticas. Embriones gaméticos y embriones somáticos

La diferenciación del status jurídico asignado a los embriones en su diversas etapas de crecimiento también ha servido para que se aprueben disposiciones legales que permiten manipular, producir y clonar embriones humanos con fines terapéuticos (por ejemplo, la reforma efectuada a la Human Embriology and Fertilization Act inglesa, ya citada, lo admite con los embriones que no han llegado a los catorce días de gestación).

A su vez, se intenta asimismo otorgar diferente tratamiento a los embriones humanos producto de la concepción, respecto de los generados por procedimientos de clonación.

Como se ha explicado, en el método de transferencia nuclear, para la reproducción clónica se utilizan núcleos de células somáticas, que son implantados en óvulos a los que se les ha extraído el núcleo (óvulos enucleados), activándose luego los óvulos que generan los embriones.

Esos embriones clónicos tienen la utilidad de servir como cultivos de células, con la potencialidad de generar cualquier tipo de otras células, y que guardarán identidad genética con el individuo que aportó el núcleo de la célula que se implantó en el ovocito (56).

Estas nuevas células generadas permitirán cultivar tejidos, e incluso órganos, a utilizarse por el aportante del núcleo celular original (57), sin riesgo de rechazo inmunológico, en atención a la identidad genética existente entre ese aportante y los tejidos y órganos provenientes de ese embrión clónico gestado.

El deseo de disponer de estos auténticos e inagotables "bancos" de tejidos y de órganos ha llevado a que se proponga la diferenciación entre "embriones gaméticos" -producto de la fecundación entre gametos sexuales- y "embriones somáticos" -originados en la técnica de clonación por transferencia de núcleos-.

Esa diferenciación trataría de justificarse en la supuesta capacidad exclusiva de los primeros de generar "trofoblastos" -y, por consecuencia, embriones viables-, no asignando a los segundos esa posibilidad y considerándolos, por ende, derivados de cultivos de células troncales (58).

La distinción efectuada resulta de utilidad a quienes la sostienen, para fundar la negativa de otorgar a los embriones somáticos el carácter de seres humanos y de personas humanas y, por derivación, para negarles su derecho a vivir.

Como consecuencia, podrá disponerse de esos embriones libremente y sin restricciones, para los fines de experimentación y tratamiento perseguidos.

Sin embargo, la diferenciación efectuada se presenta como infundada.

Los experimentos de clonación por transferencia de núcleos de células diferenciadas -realizados con éxito a partir de 1997 en vertebrados superiores (la célebre oveja "Dolly" y ejemplares de otras especies, tales como cabras, vacas, etc.)- parecieran demostrar que tanto los embriones "gaméticos" como los "somáticos" tienen similar potencialidad generativa (59).

Por tanto, resultan acreedores de la misma consideración y, consecuentemente, de similar tratamiento jurídico.

Se ha expresado que "llegado a la vida, el clon no será simplemente investido de su origen humano como el

embrión o el cadáver. El será persona humana enteramente, una persona jurídica y socialmente singular, aunque genéticamente idéntica a su autor" (60).

Esta problemática ha llevado a que la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida española produjera un informe en el año 1998, en el que advirtiera sobre los dilemas éticos y jurídicos que plantea la utilización de estas técnicas que implican la destrucción de embriones humanos creados, una vez obtenidos los cultivos celulares deseados.

Lo cierto es que la reproducción humana clónica ya no constituye una mera posibilidad especulativa, sino una realidad concreta que no puede ser soslayada.

Esta técnica, al igual que otras producto del apabullante avance de las investigaciones científicas, pone en crisis las concepciones establecidas, obligando a encontrar nuevas respuestas (61), más aún cuando la misma ha dado ocasión para pretender el establecimiento de una categorización embrionaria (conforme el origen de generación de los embriones), que pone en riesgo cierto el derecho a la vida y a la dignidad de la persona humana (62).

c) Hacia una redefinición del comienzo de la vida humana y de la persona humana

La posibilidad de generar embriones prescindiendo de la concepción, a través de procedimientos como el descripto, impone una redefinición de lo que debe entenderse como comienzo de la vida humana y de la persona humana.

El ordenamiento legal y constitucional argentino, que se basa en la consideración de que la persona humana existe desde la concepción -sea en el seno materno o fuera de él- y en la atribución, a partir de ese fenómeno, a la realidad viviente del carácter de sujeto de derecho (lo que permite reconocerle los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica [63]), ya no resulta adecuado para tutelar, en todos los casos, a la vida humana desde el comienzo de su existencia.

Los embriones "somáticos", en este aspecto, no son producto de la concepción, ya que para formarlos no se ha verificado la fusión cromosomática de células germinales característica de ese proceso.

Sin embargo, no pueden caber dudas de que se trata de realidades humanas vivientes, que responden por sus notas distintivas y potencialidad generadora, de auténticos seres humanos.

Su particular modo de generación ha producido que queden excluidos de las prescripciones legales que otorgan la personalidad.

Los operadores jurídicos no pueden permanecer indiferentes ante esta situación, en tanto y en cuanto resulta un imperativo ético dar una tutela jurídica completa e indubitable a toda vida humana desde el comienzo de su existencia, y dado que -como ya se ha expresado- ese comienzo también corresponde al de la existencia del ser humano, al de su personalidad y al de la asignación de los derechos inherentes a la misma.

Si las nuevas técnicas disponibles -aun cuando puedan ser objeto de reparos éticos o de impedimentos legales (64)- permiten la generación de seres humanos por medios distintos del de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, deberá establecerse que el comienzo de la vida humana, y, consiguientemente, del reconocimiento de su personalidad, puede obedecer a otros fenómenos diferentes del de la concepción.

Resulta imperioso que la legislación contemple esas posibilidades y que, correlativamente, reconozca el comienzo de la personalidad humana (con sus derechos a la vida, integridad, etc.) desde el comienzo de la vida humana misma, cualquiera sea la forma o medio por el que haya empezado a existir.

X. CONCLUSIONES

Cuando se va descubriendo el mensaje de la vida y cómo se plasma la materia en naturaleza humana desde el mismo inicio del proceso de formación del embrión, se llega al convencimiento de que desde ese comienzo se está ante un ser humano que, como tal, merece ser protegido y respetado.

Permanecer indiferentes ante los resultados de las investigaciones y técnicas en desarrollo y desatender la realidad que nos demuestra que la vida humana comienza cuando ese maravilloso programa de autoorganización guiado por la información genética se ha desencadenado -aunque sea a través de procedimientos diferentes del fenómeno de la

concepción-, implica no sólo despreciar el derecho a la vida de los seres humanos y su dignidad (65) sino también, lo que es más grave, desentenderse del hecho cierto de que los criterios que se adopten habrán de comprometer el destino mismo de la humanidad.

La vorágine tecnicista, que todo lo invade y modifica, está llevando al hombre a desconocer su propia esencia y a socavar los pilares sobre los que se encuentra edificada la estructura social.

De sujeto de la técnica, el ser humano ha pasado a constituir objeto de la misma y se ha convertido en una presa de su propia voluntad transformadora, "lejos de ser el amo, el hombre es manipulado por la tecnociencia" (66).

Estas realidades comprometen aún más a los hombres de derecho, en la obligación de encontrar las respuestas necesarias para esos nuevos desafíos.

Lo que con seguridad resulta repudiable es que cierren sus ojos, pretendiendo ignorar los sucesos que inexorablemente se van produciendo y los que, cuando no resultan objeto de atención, pueden desviarse aún más de los cauces cuyo recorrido resulta imprescindible para que sean debidamente respetadas la vida humana, la persona humana y la dignidad de que resulta merecedora.

NOTAS:

(*) Zavala de González, Matilde, "Aborto, persona por nacer y derecho a la vida", LL 1983-D-1129.

(1) "En las dos últimas décadas, algunos han puesto en duda que el embrión humano, desde el primer momento de su concepción sea un individuo de la especie humana, que se trate de un ser humano" (Vega Gutiérrez, Javier - Profesor Titular de Medicina, Universidad de Valencia-, "Estatuto biológico del embrión humano", http://www.bioeticaweb.com/Inicio_de_la_vida/Vega_est_embi.htm).

(2) Hottois, Gilbert, "Reflexiones para una metodología sobre la discusión bioética", traducción del francés a cargo de Norma Galassi, Lexis Nexis - Jurisprudencia Argentina, Boletín del 19/12/2001 - JA 2001-IV-369.

(3) Ver López Mortalla, Natalia, y Martínez-Priego, Consuelo, "La realidad del embrión humano" (http://www.arvo.net/includes/documento.php?IdDoc=5793IdSec=808).

(4) "La condición de ser humano es el único requisito necesario para ser persona" (Rivera, Julio C., "Instituciones de Derecho Civil - Parte General", t. I, 1998, Ed. Abeledo-Perrot, p. 335).

(5) Zavala de González, Matilde, "Aborto, persona por nacer y derecho a la vida", LL 1983-D-1127.

(6) Claramente nos situamos en una concepción iusnaturalista, opuesta al positivismo jurídico, para el que persona y ser humano son realidades diferentes. Como lo expresara Llambías, "para los juristas partidarios del derecho natural, el derecho no es una creación arbitraria del legislador, sino una disciplina instrumental de la conducta al servicio de los fines humanos... el hombre es el protagonista y destinatario del derecho... el ordenamiento no puede dejar de reconocer -adviértase bien, reconocer- en todo hombre la calidad de persona o sujeto de derechos" (Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil - Parte General", t. I, 1993, Ed. Perrot, p. 247).

(7) "El hombre tiene derecho a la vida por el solo hecho de vivir", Zavala de González, Matilde, "Aborto, persona por nacer y derecho a la vida" cit., p. 1127.

(8) "La vida no es sólo objeto de derecho, sino también el presupuesto esencial de la calidad de sujeto de derecho", Zavala de González, Matilde, "Aborto, persona por nacer y derecho a la vida" cit., p. 1128.

(9) "Efectivamente, la vida es un bien fundante, el soporte necesario para el goce actual o potencial de los restantes bienes", Zavala de González, Matilde, "Aborto, persona por nacer y derecho a la vida" cit., p. 1128.

(10) Así lo expresa Cifuentes, al referirse al "derecho de vivir". Ver Cifuentes, Santos, "Derechos personalísimos", 1995, Ed. Astrea, p. 232.

(11) "La vida y la vida humana, en especial, son bienes jurídicos a promover y proteger a partir del reconocimiento de que se trata de bienes anteriores a las leyes y a las ciencias, intangibles e indisponibles por el arbitrio y la

caleidoscópica ambición de poder de ambas" (Arias de Ronchietto, Catalina E., "Persona humana, ingeniería genética y procreación artificial", en "La persona humana", obra dirigida por Guillermo A. Borda, 2001, Ed. La Ley, p. 24).

(12) Zavala de González, Matilde, "Aborto, persona por nacer y derecho a la vida" cit., p. 1127.

(13) Fernández Sesarego señala que la concepción eminentemente racional del humano ha sido cuestionada, poniéndose el acento -a partir de la primera mitad del siglo XX- en la libertad que lo caracteriza, pasando a considerarse a esta última como el centro de la existencia (ver Fernández Sesarego, Carlos, "Apuntes sobre el daño a la persona", en "La persona humana", obra dirigida por Guillermo A. Borda, 2001, Ed. La Ley, p. 321).

(14) Cifuentes, Santos, "Derechos personalísimos" cit., p. 232.

(15) Lejeune, Jéromê, "El comienzo de la vida humana", comunicación del autor a la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia (http://www.arvo.net/includes/documento:php?IdDoc=5874&IdSec=808).

(16) "La vida tiene una historia muy, muy larga. Ha sido transmitida desde hace milenios en el género humano. Pero cada uno de nosotros tiene un momento de iniciación preciso, que es aquel en el cual toda la información genética, necesaria y suficiente, se reúne dentro de una célula, el óvulo fertilizado, y este momento es el momento de la fecundación. No existe la más mínima duda sobre esto" (Lejeune, Jéromê, "Genes y vida humana", en http://www.iveargentina.org/Foro_Salfonso/articulos_ajenos/genes_y_vida_humana.htm).

(17) Lacadena, Juan R., "Reproducción humana (I): El comienzo de la vida", en http://www.cnice.mecd.es/tematicas/genetica.

(18) Bueres, Adolfo, "Responsabilidad civil de los médicos", t. 1, p. 286, citado por Banchio, Enrique C., comentario al art. 63 CCiv., en "Código Civil y normas complementarias - Análisis doctrinario y jurisprudencial", bajo la dirección de Alberto J. Bueres y la coordinación de Elena I. Highton, Ed. Hammurabi, p. 461.

(19) "Nace algo nuevo al fundirse los núcleos de las células germinales; no se ha dado ni se dará una información genética exactamente igual. Ahí está escrito el color de los ojos, la forma de la nariz, etc. Se trata de un ser biológicamente único e irrepetible" (Vega Gutiérrez, Javier, "Estatuto biológico del embrión humano" cit.).

(20) Ver Lacadena, Juan R., "Reproducción humana (I): El comienzo de la vida", en http://www.cnice.mecd.es/tematicas/genetica y López Mortalla, Natalia y Martínez-Priego, Consuelo, "La realidad del embrión humano" (http://www.arvo.net/includes/documento.php?IdDoc=5793IdSec=808).

(21) Conforme López Mortalla y Martínez-Priego, el cigoto posee un estado de genoma que permite el inicio de la emisión de un programa de su propio desarrollo. Expresan que ese programa "es una secuencia ordenada espacio-temporal de mensajes genéticos: una información de segundo nivel que armoniza la expresión de los genes por interacción con el medio en orden al organismo como un todo" (López Mortalla, Natalia, y Martínez-Priego, Consuelo, "La realidad del embrión humano", http://www.arvo.net/includes/documento.php?IdDoc=5793&IdSec=808).

(22) López Mortalla y Martínez-Priego establecen una distinción para considerar constituido el fenotipo cigoto, sea que el mismo se origine en fecundación natural o asistida, o por procedimientos diferentes de la fecundación, requiriendo que la información genética haya quedado conformada para el desarrollo del programa de constitución de un ser humano. Expresan en tal sentido: "En resumen, puede definirse con exactitud cuando una ordenación de material biológica, una célula es o no un cigoto. De forma natural el cigoto procede de la fecundación de los gametos de los progenitores. Ahora bien, esta célula resultado de la fusión natural de los gametos, o la originada en las técnicas de fecundación in vitro mediante inyección de un espermio al interior del óvulo, o por la transferencia de núcleo a un óvulo desnucleado (clonación), o formada por la activación de un óvulo con la doble dotación cromosómica, o cualquiera de las modalidades, requiere para ser un individuo de la especie un proceso que le permita adquirir el fenotipo propio de cigoto: requiere la actualización de la información genética de manera que comience el programa de constitución y desarrollo" (López Mortalla, Natalia, y Martínez-Priego, Consuelo, "La realidad del embrión humano", en http://www.arvo.net/includes/documento.php?IdDoc=5793&IdSec=808).

(23) "La pertenencia del embrión humano a la especie humana, discutida durante siglos, es hoy universalmente aceptada. En efecto, la pertenencia de un ser vivo a una especie dada está determinada por la información genética

que encierran las células. El conjunto de esta información queda fijada al momento de la fecundación y está contenida en lo que se denomina genoma. Dado que el embrión contiene un genoma humano, análogo al de un niño o de un adulto, él es un ser vivo perteneciente tanto como el adulto a la especie humana" (Andorno, Roberto, "El embrión humano ¿merece ser protegido por el derecho?, publicado en "Cuadernos de Bioética", 15, 3º 93, ps. 39/48, en http://www.bioeticaweb.com/Inicio_de_la_vida/embrion.humano.htm).

(24) "Una vez producida la fecundación in vitro y concebido el nuevo ser humano, cualquier decisión que lo involucre debe respetar su dignidad y los derechos a la vida y a la integridad personal". (Con nota de Dolores Loyarte y Adriana Rotonda). (C. Nac. Civ., sala I, 3/12/1999, "Rabinovich, Ricardo D. s/amparo", JA 2000-III-630).

(25) Cifuentes nos recuerda que "un nuevo panorama de interrogantes se ha dado a luz al conocerse la entraña del proceso biológico desde la fecundación, y se discute el punto inicial del conceptus, o cuándo puede decirse que hay concepción. La ciencia revela todas las etapas internas, antes ocultas, y la evolución formativa desde las primarias células, lo que lleva a renovados planteamientos sobre dicha determinación existencial" (Cifuentes, Santos, "Derechos personalísimos" cit., p. 235).

(26) Ver Andorno, Roberto, "El embrión humano ¿merece ser protegido por el derecho?, publicado en "Cuadernos de Bioética", 15, 3º 93, ps. 39/48, en http://www.bioeticaweb.com/Inicio_de_la_vida/embrion.humano.htm).

(27) Ballesteros, Jesús, "El estatuto del embrión", en www.bioeticaweb.com/inicio_de_la_vida/Ballesteros-est-emb.htm.

(28) López Mortalla y Martínez-Priego han expresado que "la pregunta se formula por tanto como qué organización de la materia confiere el carácter de tener vida y qué confiere el carácter de ser vivo. En el caso del hombre esta cuestión es esencial ya que todo ser humano, y sólo el viviente de la especie homo sapiens, es persona. Y por el contrario carece de realidad personal cualquier material celular capaz de multiplicarse, tener actividad vital pero no constituyen una realidad orgánica, unitaria; un todo orgánico o viviente" (López Mortalla, Natalia, y Martínez-Priego, Consuelo, "La realidad del embrión humano", en http://www.arvo.net/includes/documento.php?IdDoc=5793&IdSec=808).

(29) Lacadena, Juan R., "Reproducción humana (I): El comienzo de la vida" cit.

(30) Conforme Ballesteros, el primero en negar el carácter individual del embrión fue el salesiano Norman Ford de la Universidad de Mebourne en su obra "When did I begin? Conception of the human individual in history" (Cambridge, 1988), en la que se plantea el problema de la gemelación como dificultad fundamental para que exista un ser humano individual y se sostiene que la potencialidad de la división celular monocigótica es incompatible con el status personal" (Ballesteros, Jesús, "El estatuto del embrión", www.bioeticaweb.com/inicio_de_la_vida/Ballesteros-est-emb.html).

(31) "En cuanto al tipo de respeto, y la protección legal consiguiente, que el embrión humano merece, cabe reconocer la existencia de al menos dos posturas distintas: con arreglo a la primera de ellas, el embrión in vitro debe protegerse como persona desde que el óvulo ha sido fecundado, porque desde ese momento debe ser considerado como una realidad personal; la otra postura consiste en considerar que el embrión humano merece siempre un especial respeto pero que, teniendo en cuenta que en su desarrollo pueden reconocerse etapas diferentes para su constitución como ser personal, el tipo de la protección exigida depende de la fase y el contexto del desarrollo" ("¿Qué hacer con los embriones sobrantes?, II Informe Anual de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida [2001] 2.3. Una propuesta de valoración ética de la investigación con embriones", en http://www.cnice.mecd.es/tematicas/genetica/2001_12/2001_12_02_1_2.htm).

(32) Banchio, Enrique C., "Status jurídico del nasciturus en la procreación asistida", LL 1991-B-831.

(33) Banchio, Enrique C., "Status jurídico del nasciturus en la procreación asistida" cit., p. 832.

(34) Los abortistas sostienen, en general, que el derecho a la vida humana no comienza con la vida humana misma, sino cuando puede atribuírsele a esa vida el carácter de persona, el que disocian del principio de su existencia, y asignan para después, vinculándolo con el ejercicio en acto de la "racionalidad" distintiva de la especie. Sin embargo, apuntamos opiniones discrepantes al respecto. Massini Correas y Zambrano sostienen que "la tesis central de `El dominio de la vida' (obra de Ronald Dworkin) es la afirmación de que el debate gira en torno al valor

intrínseco de la vida humana, y no se centra, como la mayoría de la gente cree, en la relevancia del carácter personal del feto", Massini Correas, Carlos I., y Zambrano, Pilar, "Vida humana, autonomía y el final de la existencia: ¿Existe un derecho a disponer de la propia vida?", en "La persona humana", obra dirigida por Guillermo A. Borda, 2001, Ed. La Ley, p. 109.

(35) Hidalgo, Soraya N., "Clonación o reproducción en serie de seres humanos: ¿Una alternativa del siglo XXI?", JA 1995-III-735.

(36) (Gorrotxategi Gorrotxategi, Pedro, "Clonación terapéutica", en http://suse00.su.ehu.es/euskonews/0111zbk/gaia11102 es.html).

(37) Andorno, Roberto, publicado en Revista Chilena de Derecho, vol. 21 n. 2, 1994, p. 321.

(38) Andorno, Roberto, "El derecho frente..." cit.

(39) Se ha expresado que "la embriología, la genética y la misma técnica FIV. resalta cada vez más claramente que el embrión humano es desde el primer instante de su desarrollo un individuo de la especie humana, una unidad biológica autónoma y diferente del conjunto de tejidos que constituyen la madre. El embrión humano constituye una unidad somática humana, un cuerpo humano en las primeras fases de su desarrollo" (Monge, Fernando, "Persona humana y procreación artificial", 1998, Ed. Palabra, Madrid, p. 153, citado por Ballesteros, Jesús, "El estatuto del embrión", en www.bioeticaweb.com/inicio_de_la_vida/Ballesteros-est-emb.html).

(40) Apunta Ballesteros que "el modelo iberoamericano defiende abiertamente el carácter personal del embrión desde la concepción, y por tanto le considera sujeto de derecho" (Ballesteros, Jesús, "El estatuto del embrión" cit.).

(41) Ver sobre la complejidad y autoorganización unitaria: el viviente "La realidad del embrión humano", por López Mortalla, Natalia, y Martínez-Priego, Consuelo (www.arvo.net/includes/documento.php?IdDoc?=5793&IdSec=808).

(42) "Inmediatamente luego de la fecundación se pone en marcha una suerte de programa, y las células del embrión se ven forzadas a seguir el plan preestablecido, repartiéndose las tareas a llevar a cabo" (Andorno, Roberto, "El embrión humano ¿merece ser protegido por el derecho?", publicado en "Cuadernos de Bioética", 15, 3º 93, ps. 39/48, en http://www.bioeticaweb.com/Inicio_de_la_vida/embrion.humano.htm).

(43) "Más aún, la posibilidad de que las células en fase de mórula se dividan en varias depende de las interacciones establecidas a través de la proteína de membrana F9, cuya aparición, desaparición y cantidad están genéticamente controladas por el embrión. Se ha comprobado experimentalmente que si se deshace artificialmente la conexión que establece esa proteína entre las células de la mórula, mediante la adición de un Anticuerpo específico frente a esa proteína, ésta se desintegra al separarse las células. Cabría por tanto, incluso afirmar que el caso de la gemelaridad es un hecho que no ocurre al azar, sino que está establecido en la dotación genética que controlará la disposición y cantidad de la F9. Esto no querría decir que en el único cigoto con esa dotación genética haya dos individuos, sino que a ese único individuo le está facilitada o permitida por su dotación genética una multiplicación vegetativa" (Vega, M.-Vega, J. y Martínez Baza, P., "Consideraciones sobre el comienzo de la vida humana", en http://www.bioeticawe.com/Inicio_de_la_vida/consideracioes_sobre_el_comienz.htm).

(44) "No se puede descartar a priori que la gemelación no se encuentre predeterminada desde el momento mismo de la fecundación" (Serani, Alejandro, "El estatuto antropológico y ético del embrión humano", Cuadernos de Bioética, 1997, p. 1/69, citado por Ballesteros, Jesús, "El estatuto del embrión humano", en www.bioeticaweb.com/inicio_de_la_vida/Ballesteros-est-emb.html).

(45) "Muy frecuentemente puede ocurrir en los primeros días del desarrollo embrionario una fusión embrional de hermanos heterocigóticos. La muerte de uno de ellos tiene lugar cuando sus células son incorporadas al otro, de modo que éste manifestará en las regiones de su cuerpo derivadas de las células incorporadas, los caracteres propios de su hermano" (Vega, M.-Vega, J. y Martínez Baza, P., "Consideraciones sobre el comienzo de la vida humana", en http://www.bioeticawe.com/Inicio_de_la_vida/consideracioes_sobre_el_comienz.htm).

(46) Lejeune, Jéromè, "El comienzo del ser humano", en http://www.arvo.net/includes/documento.php?IdDoc=5874&IdSec=808.

(47) "La conformación genética es una de las bases de la irrepetibilidad, sin que esta consideración suponga ningún principio estigmatizante para los gemelos monocigóticos nacidos en forma natural" (Romeo Casabona, Carlos, "¿Límites jurídicos a la investigación y a sus consecuencias? El paradigma de la clonación", en Revista de Derecho y Genoma Humano, 1997, n. 6, p. 31, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Determinación de la filiación del clonado", en Lexis Nexis - Jurisprudencia Argentina, Boletín del 19/12/2001 - JA 2001-IV-1375).

(48) Rivera llega a similar conclusión, aunque sin poner la misma convicción en el punto relativo a la "individualidad". Expresa en ese sentido que "la protección de la spes hominis -vida humana- se consigue mejor a nuestro juicio sin trasladar al plano jurídico las etapas que los descubrimientos y avances que los científicos van estableciendo, ya que inclusive cuando se admitiera que antes de los catorce días de concepción no hay vida humana individual, hay comienzo de vida que debe ser respetado y protegido, por cuanto lleva en sí el germen de una persona" (Rivera, Julio C, "Instituciones de Derecho Civil - Parte General", t. I, 1998, Ed. Abeledo-Perrot, p. 375).

(49) En sentido similar al propuesto, se ha resuelto que "el ovocito pronucleado -entendido como estructura biológica peculiar, distinta de los gametos masculino y femenino que contiene los elementos con que pocas horas después se formará el embrión- debe recibir una tutela jurídica semejante a la persona humana" (C. Nac. Civ., sala I, 3/12/1999, ED 185-412).

(50) Kemelmajer de Carlucci ha expresado que "la palabra clonación deriva de la palabra griega klon, que significa rama, bifurcación, esqueje, brote; la expresión tiene su origen en la fitografía, que es botánica descriptiva" y que, como "noción básica" de la misma, debe entenderse que "consiste en reconstituir un ser vivo a partir de una sola célula; de ese modo, se reproducen organismos vivos genéticamente iguales" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Determinación de la filiación del clonado", en Lexis Nexis - Jurisprudencia Argentina, Boletín del 19/12/2001 - JA 2001-IV-1375).

(51) Arias de Ronchietto, Catalina E., "Persona humana, ingeniería genética y procreación artificial", en "La persona humana" (obra bajo la dirección de Guillermo Antonio Borda), 2001, Ed. La Ley, p. 52.

(52) Ver el trabajo de Kemelmajer de Carlucci, Aída, referido en citas anteriores.

(53) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Determinación de la filiación del clonado" cit., p. 9.

(54) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Determinación de la filiación del clonado" cit., p. 10.

(55) Kemelmajer de Carlucci, Aída (citando a Hurtado Olivier, Xavier, "El derecho a la vida ¿Y a la muerte?"), "Determinación de la filiación del clonado" cit., p. 10.

(56) En realidad, la "identidad genética" no es tal, en tanto y en cuanto en la generación por clonación coadyuvan factores epigenéticos y mitocondriales que provocan diferencias en el nuevo ser clonado. Kemelmajer de Carlucci apuntó que "dos seres que poseen la misma información genética son iguales con relación a esa cualidad de su ser, pero no son idénticos. Un gen sólo puede ser idéntico a sí mismo, y aunque sea igual a otros, no puede ser idéntico a ese otro. Por eso, la expresión genéticamente idénticos no es correcta; en todo caso, habría que hablar de genéticamente homogéneos" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Determinación de la filiación del clonado" cit., p. 20).

(57) Se ha expresado que la técnica de la clonación humana con fines terapéuticos consiste "en la utilización de núcleos de células del propio enfermo que se transfieren a un citoplasma de un óvulo. Tras la activación de los óvulos así reconstituidos, y a partir de ese embrión clónico, se crea un cultivo de células totipotenciales, que se pueden diferenciar hacia cualquier de los linajes celulares del organismo" (Gorrotxategi Gorrotxategi, Pedro, "Clonación terapéutica", en http://suse00.su.ehu.es/euskonews/0111zbk/gaia11102es.html).

(58) "El utilitarismo influye en la tendencia a la patentabilidad de los descubrimientos relacionados con los cultivos celulares. Así esta mentalidad está detrás de la solicitud de patentes de las terapias regenerativas basadas en cultivos celulares, llevada a cabo por la mayor multinacional biotecnológica del mundo, Aventis, en conexión con la Stem Cell Sciences, con vistas a la creación de embriones humanos clónicos para desarrollar cultivos celulares para transplantar tejidos sin rechazo" (Ballesteros, Jesús, "El estatuto del embrión humano" cit.).

(59) Conforme Lacadena, Juan R., "Ayer la oveja, hoy el pastor: clonación y partenogénesis en embriones

humanos", en www.cnice.mecd.es/tematicas/genetica/2002_01/2002_01_04_3.html.). López Mortalla ha expresado que "se nos repite con cierta frecuencia -como una matización importante que hay que tener en cuenta en el juicio ético- que las células madre embrionarias pluripotentes no son embriones porque al no contribuir al desarrollo de la placenta, no pueden formar un organismo completo. Pero no. No es así; y no lo digo yo (aunque podría hacerlo ya que explico a mis alumnos universitarios desarrollo embrionario y por honradez me leo las publicaciones científicas originales completas, para intentar no meterles ningún pufo). Lo dicen los que hicieron los experimentos y publicaron por primera vez la obtención de células madre embrionarias humanas: los investigadores del equipo de James Thompson de la Universidad de Wisconsin en 1998, en la revista Science (en el vol. 282, ps. 1145 a 1147). Estas células del embrión de pocos días (en estado de blastocisto) dan lugar a las células de la capa externa, el trofoblasto, incluso después de varios meses de cultivarlas, capa de la que derivará la placenta. En otras palabras, estas famosas células no son pluripotentes sino totipotentes; no son células sin más, sino embriones muy tempranos gemelos entre sí; son capaces, si no se les impide, de dar un nuevo embrión; embrión que si se le permitiera anidar en el útero de una mujer continuaría su vida y nacería" (López Mortalla, Natalia, "Tres razones científicas, entre otras, para optar por obtener células madre sin emplear embriones", en http://www.bioeticaweb.com/Inicio_de_la_vida/Moratalla_tres_razones_cient.htm).

(60) Byk, Christian, "El clon, lo humano y el derecho", JA 2000-IV-1005.

(61) Hidalgo se pronuncia por poner límites a la experimentación, señalando lo peligroso que puede ser, experimentar primero y reflexionar después. Expresa que es necesario "el compromiso de la comunidad internacional de sancionar normas que regulen estas prácticas, en virtud de que es el futuro lo que está en juego" (Hidalgo, Soraya N., "Clonación o reproducción en serie de seres humanos: ¿Una alternativa del siglo XXI?" cit., p. 738).

(62) "La experimentación con embriones convierte a un ser humano en instrumento al servicio de otro, lo que contradice el imperativo categórico kantiano, el trato al otro como fin. Por ello, diferentes estudiosos consideran importante extraer tejidos de otras células totipotentes, que se dan en la sangre del cordón umbilical y en otras células adultas, sin tener que pasar por la creación de embriones" (Ballesteros, Jesús, "El estatuto del embrión humano" cit.).

(63) JA 2000-III-630.

(64) En nuestro país, por decreto 200/1997 (LA 1997-A-149) se prohibieron los experimentos de clonación relacionados con seres humanos.

(65) Se ha expresado que "varias son las razones bioéticas que la sustentan, en punto a la concreción del procedimiento en sí mismo, debemos aludir a la necesidad de experimentar con embriones humanos, con la consiguiente elevada tasa de destrucción resultante, pero más allá de ese trascendente reparo, existe la convicción de que esta técnica degrada la dignidad humana" (Martínez, Stella M., "Clonación: dos concepciones bioéticas en conflicto", ponencia presentada en las III Jornadas Argentinas de Bioética y Terceras Jornadas Latinoamericanas de Bioética, celebradas en Huerta Grande [Córdoba] en 1997).

(66) Mainetti, José A., "Desafíos bioéticos del nuevo milenio", JA 2000-IV-1075.

VICIOS - Borda, Guillermo A. - Abeledo-Perrot - TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL 1999

III. VIOLENCIA (ver nota 1)

1161. CONCEPTO Y FUNDAMENTO.- Cuando el consentimiento ha sido arrancado bajo la presión de violencias físicas o morales, el acto, a pedido de la víctima, debe ser anulado. Este es un principio elemental de derecho; de lo contrario, el orden jurídico sería reemplazado por la fuerza. Como en el caso del dolo, es el hecho ilícito el fundamento de la nulidad. Conviene recalcarlo, pues según la teoría de la voluntad psicológica, la nulidad se funda en la falta de libertad, lo que es notoriamente inexacto (véanse núms. 816, 817 y 1127). La propia ley lo está indicando cuando exige que las amenazas sean injustas para dar lugar a esta sanción (art. 937 , Cód.Civ.). Si lo único que debiera tenerse en cuenta fuera el estado psicológico de la víctima, no importaría que la amenaza fuera justa o injusta, porque en ambos casos faltaría la libertad. Es la misma ley la que pone el acento sobre la ilicitud (ver nota 2).

LLAMBÍAS, siempre fiel a la teoría clásica, niega que el fundamento de la nulidad sea el hecho ilícito; afirma que sin daño causado no hay hecho ilícito, no obstante lo cual es posible pedir la nulidad de un acto que todavía no haya ocasionado ningún daño a la víctima (ver nota 3). Por nuestra parte, entendemos que no hay hecho ilícito solamente cuando el daño está ya causado, sino también cuando existe un daño potencial como consecuencia del acto. Es claro que si no hay daño actual ni eventual no hay tampoco nulidad, ya que sin interés no hay acción. Tanto el dolo como la violencia son actos ilícitos de naturaleza especial, dirigidos a obtener una declaración de voluntad de la víctima y no a producir un daño inmediato.

Y puesto que la acción derivada de todo hecho ilícito tiende a volver las cosas, en lo posible, al punto en que se encontraban cuando se produjo el hecho (pues no es otro el fin de la indemnización), si el resultado de esa acción contraria a la ley ha sido obtener una declaración de voluntad, lo primero será anularla, sin perjuicio de la reparación de los daños que ya se hubieren producido.

En cambio, la teoría clásica no puede explicar porqué no hay nulidad en el caso del temor reverencial o en el de justas amenazas, no obstante que el agente ha obrado sin libertad. Según nuestra tesis todo queda explicado satisfactoriamente: no hay nulidad porque no hay hecho ilícito.

Esta discusión sobre el fundamento de la nulidad tiene un interés práctico relevante, como lo hemos puesto de relieve al tratar del dolo (véase núm. 1148 in fine).

1161 bis.- Los artículos 936 y 937 del Código Civil parecen establecer una distinción entre fuerza e intimidación. Esta distinción es irrelevante, cuando no artificiosa. Lo que importa, a los efectos de la protección de la víctima, es la amenaza grave; sea el peligro de carácter físico o moral, lo cierto es que lo que determina el consentimiento es siempre la intimidación.

1162. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA VIOLENCIA.- No toda presión o violencia, hecha por uno de los contratantes sobre otro autoriza a pedir la anulación del acto. La ley exige ciertos requisitos sin los cuales esta sanción no tiene lugar.

1163.- a) Es necesario, ante todo, que se trate de una injusta amenaza (art. 937 , Cód.Civ.). En este concepto se comprenden, desde luego, todos los hechos ilícitos.

En cambio, la amenaza de ejercer un derecho no vicia, en principio, el acto. Tal sería el caso del acreedor que obtiene de su deudor el pago íntegro de los intereses y amortizaciones atrasadas bajo amenazas de iniciar de inmediato la ejecución judicial por el total de la deuda.

Pero no siempre la amenaza de ejercer un derecho es lícita y justa; debe tratarse de un ejercicio regular de él. Si, por el contrario, la amenaza tuviera un móvil antijurídico, si aprovechando la fuerza que confiere la ley se realiza

un verdadero chantage sobre la víctima, entonces hay un abuso del derecho, que autoriza a considerar anulable el acto (ver nota 4). La víctima de un delito puede amenazar al autor del hecho con intentar la querella criminal si no le indemniza los daños y perjuicios realmente sufridos; pero si, valiéndose de esa situación, extorsiona al culpable arrancándole una suma exorbitante, el acto es nulo. Un comprador que sorprende al vendedor en flagrante delito de defraudación puede muy bien exigir el reembolso de lo pagado indebidamente, amenazándolo con perseguirlo judicialmente; pero no podría aprovechar su situación para hacerse pagar sumas considerables, sin causa legítima seria (ver nota 5). Las vías de derecho, dice JOSSERAND, deben estar siempre al servicio del derecho; no pueden desviarse de su destino y convertirse, en cierto modo, en procedimientos de escalamiento; su utilización debe hacerse, bajo pena de abuso, por un motivo legítimo (ver nota 6).

La jurisprudencia belga registra un interesante caso. Una madre obtuvo de su hija encinta el consentimiento para un contrato a todas luces desventajoso, amenazándola con dejarla abandonada durante el embarazo y el alumbramiento (ver nota 7). La madre estaba sin duda en su derecho de no acompañar a la hija en ese trance, cualquiera sea el juicio que tal conducta pueda merecer; pero el móvil de la amenaza era ilegítimo.

1164.- b) Las amenazas deben referirse a un mal inminente y grave (art. 937 , Cód. Civ.).

¿Qué debe entenderse por mal inminente? No es necesario que se trate de un peligro presente o que haya de ocurrir inmediatamente, sino que sea más o menos próximo, de tal modo que no pueda evitarse a tiempo ni reclamarse el auxilio de la autoridad pública o que éste no sea eficaz. Sólo el peligro lejano o remoto está excluido de este concepto (ver nota 8).

En cuanto a la gravedad, no impera ya el severo criterio de antaño.

Las legislaciones antiguas eran rigurosas para apreciar la intimidación. En el derecho romano era necesario que tuviera un carácter tal que inclusive un hombre de coraje, hominen constantissimum, debiera ceder a ella (Digesto, Lib. 4, t. 2, ley 6); en las Partidas se exigía que temiesse de él todo ome maguer fuesse de grand corazón (Part. 4, t. 2, ley 15).

Este menosprecio por el débil ha desaparecido en el derecho moderno; por el contrario, se siente simpatía por él, se tiende a protegerlo. La violencia no debe juzgarse, por tanto, en relación a un hombre fuerte, de coraje, sino teniendo en cuenta las condiciones personales de la víctima. Con todo acierto, dispone el artículo 938 que el juez debe considerar la condición, el carácter, habitudes o sexo de una persona para juzgar si la amenaza ha podido producirle una fuerte impresión. Lo que es suficiente para un inválido, un enfermo, puede no serlo para un hombre que se halla en la plenitud de la fuerza y el poder.

El mal inminente y grave puede referirse a la persona, libertad, honra o bienes de la víctima (art. 937 , Cód. Civ.). No sólo lo que afecta la integridad corporal o la dignidad de una persona es grave; también lo que pone en peligro sus derechos patrimoniales puede revestir ese carácter.

1165.- c) Personas a las que deben referirse las amenazas. Dispone el artículo 937 que las amenazas deben recaer sobre la parte contratante o sobre su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos. ¿Significa esto que cuando las amenazas se refieren a un hermano, a un amigo o a un extraño, no tienen efecto alguno y que el contrato suscripto bajo la presión de ellas es válido? De ninguna manera. El propio codificador se apresura a decir en su nota que también estos casos están comprendidos en la idea de violencia. ¿Cómo se justifica entonces esta aparente limitación establecida en el artículo 937 ? Creemos, con RIPERT, que se trata de una norma anacrónica, que introduce una distinción desprovista de todo interés público (ver nota 9); VÉLEZ SARSFIELD se limitó a seguir irreflexivamente el modelo francés. En definitiva, no importa que la víctima sea o no de las personas enumeradas en el artículo 937 ; siempre que el juez tenga el convencimiento de que el acto se celebró tan sólo para evitar a un tercero un mal inminente y grave, debe anularlo.

1166.- Es de todo punto de vista inadmisible la teoría según la cual el artículo 937 debe interpretarse en la siguiente forma: si se trata de las personas enumeradas en él bastaría probar las amenazas; si se trata de otros parientes,

amigos, etcétera, habría que probar, las relaciones de amistad y afecto entre la presunta víctima y quien otorga su consentimiento para salvarla (ver nota 10). Entendemos, con la doctrina moderna, que de ninguna manera es necesario probar esas relaciones de amistad o afecto; para una persona de espíritu generoso y cristiano es casi tan grave la amenaza dirigida hacia un allegado como la que se dirige a un extraño, que siempre es un prójimo. El noble sentimiento de hermandad y de solidaridad social de quien se perjudica para evitar un daño a un tercero, debe ser legalmente protegido. Además, tanto en un caso como en otro, existe un hecho ilícito, una violencia contraria a la moral, que la ley no puede convalidar sin grave escándalo del orden público (ver nota 11).

El propio VÉLEZ SARSFIELD así lo pensaba, pues en la nota a este artículo afirma que también la amenaza a un extraño puede implicar violencia.

Llama pues la atención que en el Anteproyecto de 1954 se insista en limitar la órbita de aplicación de la violencia a las amenazas dirigidas al propio contratante o a sus ascendientes, descendientes y cónyuge.

1166 bis. AMENAZAS HECHAS POR PERSONAS SIN DISCERNIMIENTO.- La amenaza sigue siendo injusta y provoca la nulidad del acto aun cuando el que amenazó no tuviera conciencia de la antijuridicidad de la amenaza, sea por demencia o por hallarse privado circunstancialmente de razón, como ocurriría en caso de ebriedad (ver nota 12).

1167. EFECTOS.- Al igual que el dolo, la violencia produce los siguientes efectos: 1) el acto es anulable a pedido de parte interesada; la nulidad es simplemente relativa; 2) la víctima puede pedir la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del acto anulado.

1168. VIOLENCIA EJERCIDA POR UN TERCERO.- La violencia ejercida por un tercero da lugar a la anulación del acto, lo mismo que si emanara de la parte (art. 941 , Cód. Civ.). En ambos casos, en efecto, la víctima de un hecho ilícito debe ser protegida por la ley.

Si la violencia ejercida por el tercero fuera conocida por la parte a quien favorece, ambos son solidariamente responsables por los daños y perjuicios sufridos por la víctima (art. 942 , Cód. Civ.); pero si aquélla no tenía conocimiento alguno de la violencia, el único responsable por los daños y perjuicios es el tercero (art. 943).

1169. TEMOR REVERENCIAL.- Dispone el artículo 940 que: 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.

Debe dejarse bien sentado, sin embargo, que si el superior utilizara deliberadamente el temor reverencial que él sabe que siente su inferior, para arrancarle la celebración de un acto jurídico desventajoso, éste debe ser anulado (ver nota 13). Una razón de moral impone esta solución.

La ineficacia del temor reverencial para provocar la anulabilidad del acto, no se explica dentro de la teoría de los vicios del consentimiento, pues es evidente que también en este caso ha existido falta de libertad en el agente. En cambio, se justifica plenamente si la nulidad se funda en el hecho ilícito, porque el superior no ha cometido ningún hecho contrario a la ley o la moral. El acto, por consiguiente, es válido.

1170. OBLIGACIONES CONTRAÍDAS EN ESTADO DE NECESIDAD (ver nota 14).- Con frecuencia las convenciones se realizan bajo la presión de necesidades apremiantes; las enfermedades, las penurias económicas, las ambiciones, el temor de perder una posición social o política, impulsan muchas veces a los hombres a realizar actos quizás gravosos o inconvenientes para su patrimonio. Estas circunstancias no son suficientes, por sí solas, para anular los actos jurídicos (ver nota 15). Pero si la contraparte, en conocimiento de ese estado de necesidad, lo explota inmoralmente, extrayendo de él beneficios excesivos, el derecho interviene en favor de la víctima (ver nota 16).

Esta cuestión se subsume hoy en la teoría de la lesión. Una razón de moral y de buena fe hace necesario restablecer el equilibrio entre las prestaciones recíprocas, cuando es evidente que la notoria desigualdad se funda en la debilidad en que se hallaba una de las partes en el momento de la celebración del acto y que la otra se aprovechó de esa situación. Por lo general la consecuencia será la reducción de las prestaciones excesivas a sus justos límites, aunque puede llegarse inclusive a la anulación del acto.

La jurisprudencia francesa registra un interesante caso del capitán de un navío, que en el momento del naufragio prometió una recompensa exagerada al autor del salvamento; el Tribunal resolvió reducirla a lo que era equitativo (ver nota 17).

1171. PRUEBA DE LA VIOLENCIA.- La prueba de la violencia corresponde a quien la invoca, pudiéndose valer de todos los medios. Es necesario tener en cuenta que la intimidación se realiza por lo general en forma oculta. Quien la comete, procurará elegir el momento más propicio, estar a solas con la víctima, no dejar rastros. El juez no deberá ser demasiado riguroso en la apreciación de las pruebas y podrá admitir inclusive las simples presunciones, si éstas fueran tales que llevaran a su ánimo la convicción de que ha existido violencia (ver nota 18).

1171-1. CONTRA QUIÉN DEBE DIRIGIRSE LA DEMANDA DE NULIDAD.- Remitimos sobre este punto a lo dicho respecto del dolo (núm. 1160-1), que es de entera aplicación a la violencia.

1171-2. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.- La acción de nulidad prescribe a los dos años, contados a partir del momento en que hubiere cesado la violencia (art. 4030 , Cód. Civ.).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: LLAMBÍAS, t. 2, nº 1775 y s.; SALVAT, Parte General, 6ª ed., ps. 980 y s., nº 2390 y s.; CIFUENTES, Negocio jurídico, § 217 y s.; PARRY, A., nota en J.A., t. 24, ps. 390 y s.;PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., t. 2, nº 232 y s.; JOSSERAND, Derecho Civil, ed. Buenos Aires, t. 2, vol. 1, ps. 61 y s., nº 79 y s.; BRETON, A., La notion de la violence, París, 1925, y nota en Sirey, 1926, I, 121; DEMOGUE, De la violence comme vice du consentement, Revue Trimestrielle, 1914, p. 435; LALLEMENT, L'état de necessité en matière civile, París, 1922; FUNAIOLI, La teoria delia violenza nei negozi giuridici, Roma, 1927; VON TUHR, Derecho Civil, ed. Depalma, vol. 2.2, ps. 298 y s.

(nota 2) En este sentido, BUSSO, t. 2, coment. art. 16, ley mat. civil, nº 146 y s. en que se cita un dictamen concordante del fiscal Iriondo.

(nota 3) LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, nº 1443.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala A, 18/11/1959, J.A., 1960-I, p. 727, y L.L., t. 98, p. 345; Sala D, 29/12/1959, J.A., 1960-II, p. 465, y L.L., t. 99, p. 315; LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, nº 1779; SALVAT, nº 2397; SEGOVIA, t. 1, p. 260, nota 38; LÓPEZ OLACIREGUI, en SALVAT, t. 2, nº 2398-A; BREBBIA, Hechos y actos jurídicos, t. 1, p. 446.

(nota 5) Caso de jurisprudencia francesa, Civ., 9/4/1913, D.P. 1917, 1, 103, cit. por JOSSERAND, ed. Buenos Aires, t. 2, vol. 1, p. 65, nº 86. La C. Com. Cap. declaró la nulidad de un acto que implicó la modificación de un contrato anterior, logrado como precio para desistir de una denuncia policial injusta (22/10/1952, L.L., t. 70, p. 127).

(nota 6) JOSSERAND, ed. Buenos Aires, t. 2, vol. 1, p. 65, nº 86; véase, asimismo, la obra de este autor, De l'esprit des droits et de leur relativité, nº 45 y s.

(nota 7) Trib. Bruselas, 22/8/1808, cit. por PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., t. 2, nº 242, nota 1.

(nota 8) Así lo declaró la C. Civil Cap., Sala D, 15/9/1952, L.L., t. 68, p. 361, con nota de A. ORGAZ, quien adhiere, y J.A., 1953-I, p. 14. De acuerdo, BREBBIA, Hechos y actos jurídicos, t. 1, p. 448.

(nota 9) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., t. 2, nº 239.

(nota 10) SALVAT, Parte General, 6ª ed., nº 2404.

(nota 11) LLAMBÍAS, Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 1784, texto y nota 89 bis, sostiene que si bien no es necesario probar el afecto, en cambio es necesario demostrar la impresión que la amenaza ha producido en el ánimo del agente. Tampoco compartimos esta opinión. El que ha pagado una suma de dinero para evitar un daño grave e inminente a un tercero, ¿estará obligado a probar que la amenaza le ha producido una seria impresión? ¿No debe presumirse, acaso, que se la ha producido? Este es, en efecto, el sentimiento que debe experimentar una persona sensible y caritativa.
De acuerdo (con reservas, BREBBIA, Hechos y actos jurídicos, t. 1, p. 451).

(nota 12) BREBBIA, Hechos y actos jurídicos, t. 1, p. 447; ENNECCERUS-NIPPERDEY, t. 2, p. 221.

(nota 13) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., t. 2, nº 242.

(nota 14) BIBLIOGRAFÍA: LALLEMENT, P., L'etat de necessité en matière civile, París, 1922; ABDULLAH EL ARABY, Le contrainte économique et le délite de violence, Lyon, 1924.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala C, 6/9/1957, L.L., t. 90, p. 547 y autores citados en nota siguiente.

(nota 16) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., t. 2, nº 243; LALLEMENT, L'état de necesitté en matière civile, nº 55.

(nota 17) Rec., 27/4/1887, S. 1887. 1.372.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala C, 23/11/1953, L.L., t. 74, p. 376 y J.A., 1954-III, p. 522; de acuerdo: SALVAT, Parte General, 6ª ed., p. 996, nº 2421; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 1, p. 141, nº 997.

LEY 24193 (*) SALUD PÚBLICA : Trasplantes de órganos y materiales anatómicos. Actos de disposición. Prohibiciones. Profesionales. Servicios y establecimientos. Procedimiento judicial especial. **sanc. 24/3/1993; promul. parcial 19/4/1993; publ. 26/4/1993**

(*) Esta norma ha sido parcialmente vetada por el D 773/93 Ver texto -LA 1993-A-19-. El texto observado se encuentra en bastardilla negrita.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de ley:

I - Disposiciones generales

Art. 1.- La ablación de órganos y material anatómico para la implantación de los mismos de cadáveres humanos a seres humanos, y entre seres humanos, se rige por las disposiciones de esta ley en todo el territorio de la República. Exceptúanse los tejidos y materiales anatómicos naturalmente renovables y separables del cuerpo humano.

Art. 2.- La ablación e implantación de órganos y materiales anatómicos podrán ser realizadas cuando los otros medios y recursos disponibles se hayan agotado, o sean insuficientes o inconvenientes como alternativa terapéutica de la salud del paciente. Estas prácticas se considerarán de técnica corriente y no experimental.

La reglamentación podrá incorporar otras que considere necesarias de acuerdo con el avance médico-científico.

II - De los profesionales

Art. 3.- Los actos médicos referidos a trasplantes contemplados en esta ley sólo podrán ser realizados por médicos o equipos médicos registrados y habilitados al efecto por ante la respectiva autoridad de contralor jurisdiccional. Esta exigirá, en todos los casos, como requisitos para la referida inscripción, la acreditación suficiente, por parte del médico, de capacitación y experiencia en la especialidad. La autoridad de contralor jurisdiccional será responsable por los perjuicios que se deriven de la inscripción de personas que no hubieren cumplido con tales recaudos.

Art. 4.- Los equipos de profesionales médicos estarán a cargo de un jefe, a quien eventualmente reemplazará un subjefe, siendo sus integrantes solidariamente responsables del cumplimiento de esta ley.

Art. 5.- Las instituciones en las que desarrollen su actividad trasplantológica los médicos o equipos médicos, serán responsables en cuanto a los alcances de este cuerpo legal.

Art. 6.- La autorización a jefes y subjefes de equipos y profesionales será otorgada por la autoridad sanitaria jurisdiccional correspondiente, la cual deberá informar de la gestión a la autoridad sanitaria nacional a fin de mantener la integridad del sistema.

Art. 7.- Los médicos de instituciones públicas o privadas que realicen tratamientos de diálisis deberán informar semestralmente al Ministerio de Salud y Acción Social a través del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI), la nómina de pacientes hemodializados, sus condiciones y características.

Art. 8.- Todo médico que diagnosticare a un paciente una enfermedad susceptible de ser tratada mediante un implante, deberá denunciar el hecho a la autoridad de contralor dentro del plazo que determine la reglamentación.

III - De los servicios y establecimientos

Art. 9.- Los actos médicos contemplados en esta ley sólo podrán ser realizados en el ámbito de establecimientos médicos registrados por ante la respectiva autoridad de contralor jurisdiccional. Esta exigirá, en todos los casos, como requisito para la referida inscripción, la acreditación suficiente por parte del establecimiento de que cuenta con la adecuada infraestructura física e instrumental, así como con el personal calificado necesario en la especialidad, y el número mínimo de médicos inscriptos en el registro que prescribe el art. 3 Ver texto, conforme lo determine la reglamentación. La autoridad de contralor jurisdiccional,será solidariamente responsable por los perjuicios que se deriven de la inscripción de establecimientos que no hubieren cumplido con los expresados recaudos.

Art. 10.- La inscripción a que se refiere el art. 9 Ver texto tendrá validez por períodos no mayores de dos (2) años.

Su renovación sólo podrá efectuarse previa inspección del establecimiento por parte de la autoridad de contralor jurisdiccional, y acreditación por parte del mismo de seguir contando con los recaudos mencionados en el artículo anterior. Las sucesivas renovaciones tendrán validez por iguales períodos.

La autoridad de contralor jurisdiccional será solidariamente responsable por los perjuicios que se deriven de la renovación de inscripciones de establecimientos sin que se hubieran cumplido los requisitos de este artículo.

Art. 11.- Los establecimientos inscriptos conforme a las disposiciones de los arts. 9 Ver texto y 10 llevarán un registro de todos los actos médicos contemplados en la presente ley que se realicen en su ámbito. La reglamentación determinará los requisitos de ese registro.

Art. 12.- Los servicios o establecimientos habilitados a los efectos de esta ley, no podrán efectuar modificaciones que disminuyan las condiciones de habilitación.

IV - De la previa información médica a dadores y receptores

Art. 13.- Los jefes y subjefes de los equipos, como asimismo los profesionales a que se refiere el art. 3 Ver texto, deberán informar a cada paciente y su grupo familiar en el orden y condiciones que establece el art. 21 Ver texto, de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural, sobre los riesgos de la operación de ablación e implante -según sea el caso-, sus secuelas físicas y psíquicas, ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como de las posibilidades de mejoría que, verosímilmente, puedan resultar para el receptor.

Luego de asegurarse de que el dador y el receptor hayan comprendido el significado de la información suministrada, dejarán a la libre voluntad de cada uno de ellos la decisión que corresponda adoptar. Del cumplimiento de este requisito, de la decisión del dador y de la del receptor, así como de la opinión médica sobre los mencionados riesgos, secuelas, evolución, limitaciones y mejoría, tanto para el dador como para el receptor, deberá quedar constancia documentada de acuerdo con la normativa a establecerse reglamentariamente.

De ser incapaz el receptor, o el dador en el caso de transplante de médula ósea, la información prevista en este artículo deberá ser dada, además, a su representante legal.

En los supuestos contemplados en el tít. V, el lapso entre la recepción de la información y la operación respectiva no podrá ser inferior a cuarenta y ocho (48) horas.

V - De los actos de disposición de órganos o materiales anatómicos provenientes de personas

Art. 14.- La extracción de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante entre personas relacionadas conforme a las previsiones de los arts. 15 Ver texto y concordantes de la presente ley, estará permitida sólo cuando se estime que razonablemente no causará un grave perjuicio a la salud del dador y existan perspectivas de éxito para conservar la vida o mejorar la salud del receptor. Esta extracción siempre deberá practicarse previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior.

La reglamentación establecerá los órganos y materiales anatómicos que podrán ser objeto de ablación, excepto los incluidos especialmente en esta ley.

Art. 15.- Sólo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho (18) años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su paciente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, 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 (3) años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos (2) años si de dicha relación hubieren nacido hijos.

En todos los casos será indispensable el dictamen favorable del equipo médico a que se refiere el art. 3 Ver texto.

De todo lo actuado se labrarán actas, por duplicado, un ejemplar de las cuales quedará archivado en el establecimiento, y el otro será remitido dentro de las setenta y dos (72) horas de efectuada la ablación a la autoridad de contralor. Ambos serán archivados por un lapso no menor de diez (10) años.

En los supuestos de implantación de médula ósea, cualquier persona capaz mayor de dieciocho (18) años podrá disponer ser dador sin las limitaciones de parentescos establecidas en el primer párrafo del presente artículo. Los menores de dieciocho (18) años -previa autorización de su representante legal- podrán ser dadores sólo cuando los vincule al receptor un parentesco de los mencionados en el citado precepto.

El consentimiento del dador o de su representante legal no puede ser sustituido ni complementado; puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad, ante cuya falta la ablación no será practicada.

La retractación del dador no genera obligación de ninguna clase.

Art. 16.- En ningún caso los gastos vinculados con la ablación y/o el implante estarán a cargo del dador o de sus derechohabientes. Dichos gastos estarán a cargo de las entidades encargadas de la cobertura social o sanitaria del receptor, o de éste cuando no la tuviera.

Las entidades encargadas de la cobertura social o empresas privadas de medicina prepaga deberán notificar fehacientemente a sus beneficiarios si cubre o no sus gastos.

Art. 17.- Las inasistencias en las que incurra el dador, con motivo de la ablación, a su trabajo y/o estudios, así como la situación sobreviniente a la misma, se regirán por las disposiciones que sobre protección de enfermedades y accidentes inculpables establezcan los ordenamientos legales, convenios colectivos o estatutos que rijan la actividad del dador, tomándose siempre en caso de duda aquella disposición que le sea más favorable.

Art. 18.- Cuando por razones terapéuticas fuere imprescindible ablacionar a personas vivas órganos o materiales anatómicos que pudieren ser implantados en otra persona, se aplicarán las disposiciones que rigen para los órganos provenientes de cadáveres. La reglamentación determinará taxativamente los supuestos concretos a los que se refiere el presente párrafo.

Cuando se efectúe un trasplante cardiopulmonar en bloque proveniente de dador cadavérico, la autoridad de contralor podrá disponer del corazón del receptor para su asignación en los términos previstos en la presente ley.

VI - De los actos de disposición de órganos o materiales anatómicos cadavéricos

Art. 19.- Toda persona capaz mayor de dieciocho (18) años podrá autorizar para después de su muerte la ablación de órganos o materiales anatómicos de su propio cuerpo, para ser implantados en humanos vivos o con fines de estudio o investigación.

La autorización a que se refiere el presente artículo podrá especificar los órganos cuya ablación se autoriza o prohíbe, de un modo específico o genérico. De no existir esta especificación, se entenderán abarcados todos los órganos o tejidos anatómicos del potencial donante.

Asimismo podrá especificar con qué finalidad se autoriza la ablación. De no existir esta especificación, se entenderán abarcados exclusivamente los fines de implantación en humanos vivos y excluidos los de estudio e investigación científica.

Esta autorización es revocable en cualquier momento por el dador; no podrá ser revocada por persona alguna después de su muerte.

Art. 20.- Todo funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas estará obligado a recabar de las personas capaces mayores de dieciocho (18) años que concurran ante dicho organismo a realizar cualquier trámite, la manifestación de su voluntad positiva o negativa respecto del otorgamiento de la autorización a que se refiere el artículo anterior, o su negativa a expresar dicha voluntad. En todos los casos el requerimiento deberá ser respondido por el interesado.

Dicha manifestación será asentada en el Documento Nacional de Identidad del declarante y se procederá a comunicarla en forma inmediata al Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante

(INCUCAI), dejando en todos los casos clara constancia de las limitaciones especificadas por el interesado.

La reglamentación establecerá otras formas y modalidades que faciliten la manifestación.

El Poder Ejecutivo realizará en forma permanente una adecuada campaña educativa e informativa a través de los medios de difusión masiva, tendiente a crear la conciencia solidaria de la población en esta materia.

Todo establecimiento asistencial público o privado obrará, a los efectos de este artículo, como delegación del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI), siendo esta condición para su habilitación.

La Policía Federal y el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) podrán registrar en el Documento Nacional de Identidad la voluntad del ciudadano debiendo comunicar dicha circunstancia dentro de los cinco (5) días al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Art. 21.- En caso de muerte natural, ante la ausencia de voluntad expresa del fallecido, la autorización a que se refiere el art. 19 Ver texto podrá ser otorgada por las siguientes personas, en el orden en que se las enumera, siempre que se encuentren en el lugar del deceso y estuviesen en pleno uso de sus facultades mentales:

a) El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que, sin ser su cónyuge, convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida;

b) Cualquiera de los hijos mayores de dieciocho años;

c) Cualquiera de los padres;

d) Cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho años;

e) Cualquiera de los nietos mayores de dieciocho años;

f) Cualquiera de los abuelos;

g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive;

h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive.

Tratándose de personas ubicadas en un mismo grado dentro del orden que establece el presente artículo, la oposición de una sola de éstas eliminará la posibilidad de disponer del cadáver a los fines previstos en esta ley.

El vínculo familiar será acreditado, a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que tendrá carácter de instrumento público, debiendo acompañarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas la documentación respectiva.

En ausencia de las personas mencionadas precedentemente, se solicitará autorización para practicar la ablación. Será competente el juez ordinario en lo Civil con competencia territorial en el lugar de la ablación, quien deberá expedirse dentro de las seis (6) horas de producido el deceso.

De todo lo actuado se labrará acta y se archivarán en el establecimiento las respectivas constancias, incluyendo una copia certificada del Documento Nacional de Identidad del fallecido. De todo ello se remitirán copias certificadas a la autoridad de contralor. Las certificaciones serán efectuadas por el director del establecimiento o quien lo reemplace. El incumplimiento de lo dispuesto en el presente párrafo hará pasible a los profesionales intervinientes de la sanción prevista en el art. 29 Ver texto.

Art. 22.- (Texto según ley 25281 Ver texto). En caso de muerte violenta, no existiendo voluntad expresa del causante y ante la ausencia de los familiares referidos en el artículo anterior, la autoridad competente adoptará los recaudos tendientes a ubicar a éstos a efectos de requerir su consentimiento a los fines de la ablación.

El juez que entiende en la causa ordenará en el mismo lapso de seis (6) horas a partir del fallecimiento la intervención del médico forense, policial, o quien cumpla tal función, a fin de dictaminar si los órganos y materiales anatómicos que resulten aptos para ablacionar no afectarán el examen autopsial.

Aun existiendo autorización expresa del causante o consentimiento de los familiares enumerados en el art. 21 Ver texto, dentro de las seis (6) horas de producido el deceso, el juez informará al Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante –INCUCAI– o al organismo jurisdiccional correspondiente la autorización para llevar a cabo la realización de la ablación, a través de resolución judicial fundada, con especificación de los órganos o materiales anatómicos autorizados a ablacionar, de conformidad con lo dictaminado por el médico forense.

La negativa del magistrado interviniente para autorizar la realización de la ablación deberá estar justificada conforme los requisitos exigidos en la presente ley.

En el supuesto de duda sobre la existencia de autorización expresa del causante, el juez podrá requerir del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante los informes que estime menester, a los efectos de las previsiones de los arts. 19 Ver texto y 20 de este cuerpo normativo.

Art. 22.- (Texto originario). En caso de muerte violenta, no existiendo voluntad expresa del causante y ante la ausencia de los familiares referidos en el artículo anterior, la autoridad competente adoptará los recaudos tendientes a ubicar a éstos a efectos de requerir su conformidad a los fines de la ablación.

En caso de que no se localizara a los mismos en el término de seis (6) horas de producido el fallecimiento, deberá requerirse del juez de la causa la autorización para ablacionar los órganos y materiales anatómicos que resultaren aptos, cuando surja de manera manifiesta e indubitable la causa de la muerte y no exista riesgo para el resultado de la autopsia.

Una vez constatados los requisitos legales, el juez deberá expedirse dentro de las seis (6) horas de producido el deceso.

El médico que con posterioridad realice la ablación deberá informar de inmediato y pormenorizadamente al juez de la causa sobre las circunstancias del caso y sobre el estado del órgano o material ablacionado, conforme con lo que disponga la reglamentación y sin perjuicio de las obligaciones que, en su caso, deban cumplir los médicos forenses.

Art. 22 bis.- (Incorporado por ley 25281 Ver texto). El equipo de profesionales médicos a que se refiere el art. 4 Ver texto en ningún caso actuará juntamente con los médicos forenses, debiendo quedar a lo que resulte de la decisión judicial.

El jefe, subjefe o el miembro que aquéllas designen del equipo que realice la ablación deberá informar de inmediato y pormenorizadamente al juez interviniente:

a) Los órganos ablacionados en relación con los autorizados a ablacionar.

b) El estado de los mismos, como así también el eventual impedimento de ablacionar alguno de los órganos autorizados.

c) Las demás circunstancias del caso que establezca la reglamentación.

En el cumplimiento de lo dispuesto en los párrafos anteriores serán solidariamente responsables la totalidad de los profesionales integrantes del equipo de ablación.

El Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante –INCUCAI– o el organismo jurisdiccional correspondiente deberá Informarle el destino dado a cada órgano o material anatómico ablacionado, la identificación regional, el establecimiento asistencial al que va dirigido, el equipo responsable del transporte y los datos identificatorios del o de los pacientes receptores.

Art. 23.- El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los

siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta:

a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia;

b) Ausencia de respiración espontánea;

c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas;

d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).

La verificación de los signos referidos en el inc. d) no será necesaria en caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible.

Art. 24.- A los efectos del artículo anterior, la certificación del fallecimiento deberá ser suscripta por dos (2) médicos, entre los que figurará por lo menos un neurólogo o neurocirujano. Ninguno de ellos será el médico o integrará el equipo que realice ablaciones o implantes de órganos del fallecido.

La hora del fallecimiento será aquella en que por primera vez se constataron los signos previstos en el art. 23 Ver texto.

Art. 25.- El establecimiento en cuyo ámbito se realice la ablación estará obligado a:

a) Arbitrar todos los medios a su alcance en orden a la restauración estética del cadáver, sin cargo alguno a los sucesores del fallecido;

b) Realizar todas las operaciones autorizadas dentro del menor plazo posible, de haber solicitado los sucesores del fallecido la devolución del cadáver;

c) Conferir en todo momento al cadáver del donante un trato digno y respetuoso.

Art. 26.- Todo médico que mediante comprobaciones idóneas tomare conocimiento de la verificación en un paciente de los signos descriptos en el art. 23 Ver texto, está obligado a denunciar el hecho al director o persona a cargo del establecimiento, y ambos deberán notificarlo en forma inmediata a la autoridad de contralor jurisdiccional o nacional, siendo solidariamente responsables por la omisión de dicha notificación.

VII - De las prohibiciones

Art. 27.- Queda prohibida la realización de todo tipo de ablación cuando la misma pretenda practicarse:

a) Sin que se haya dado cumplimiento a los requisitos y previsiones de la presente ley;

b) (Incorporado por ley 25281 Ver texto). Sobre el cadáver de quien no hubiera otorgado la autorización prevista en el art. 19 Ver texto y no existieran las establecidas en los arts. 21 Ver texto y 22.

b) (Texto originario). Sobre el cadáver de quien no hubiere otorgado la autorización prevista en el art. 19 Ver texto, y no existiera la establecida en el art. 21 Ver texto;

c) Sobre cadáveres de pacientes que hubieren estado internados en institutos neuropsiquiátricos;

d) Sobre el cadáver de una mujer en edad gestacional, sin que se hubiere verificado previamente la inexistencia de embarazo en curso;

e) Por el profesional que haya atendido y tratado al fallecido durante su última enfermedad, y por los profesionales médicos que diagnosticaron su muerte.

Asimismo, quedan prohibidos:

f) Toda contraprestación u otro beneficio por la dación de órganos o materiales anatómicos, en vida o para después de la muerte, y la intermediación con fines de lucro;

g) La inducción o coacción al dador para dar una respuesta afirmativa respecto a la dación de órganos.

El consejo médico acerca de la utilidad de la dación de un órgano o tejido, no será considerado como una forma de inducción o coacción;

h) Los anuncios o publicidad en relación con las actividades mencionadas en esta ley, sin previa autorización de la autoridad competente, conforme a lo que establezca la reglamentación.

VIII - De las penalidades

Art. 28.- Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cinco (5) años e inhabilitación especial de dos (2) a diez (10) años si el autor fuere un profesional del arte de curar o una persona que ejerza actividades de colaboración del arte de curar:

a) El que directa o indirectamente diere u ofreciere beneficios de contenido patrimonial o no, a un posible dador o a un tercero, para lograr la obtención de órganos o materiales anatómicos;

b) El que por sí o por interpósita persona recibiera o exigiera para sí o para terceros cualquier beneficio de contenido patrimonial o no, o aceptare una promesa directa o indirecta para sí o para terceros, para lograr la obtención de órganos o materiales anatómicos, sean o no propios;

c) El que con propósito de lucro intermediara en la obtención de órganos o materiales anatómicos provenientes de personas o de cadáveres.

Art. 29.- Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años e inhabilitación especial de dos (2) a diez (10) años si el autor fuere un profesional del arte de curar o una persona que ejerza actividades de colaboración del arte de curar quien extrajera indebidamente órganos o materiales anatómicos de cadáveres.

Art. 30.- Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro (4) años a perpetua el que extrajere órganos o materiales anatómicos de humanos vivos, sin dar cumplimiento a los requisitos y formalidades exigidos en el art. 15 Ver texto, con excepción de la obligación prevista en el tercer párrafo de dicho artículo que será sancionada con la pena establecida en el artículo siguiente.

Art. 31.- Será reprimido con multa de quinientos a cinco mil pesos ($ 500 a $ 5.000) y/o inhabilitación especial de seis (6) meses a dos (2) años:

a) El oficial público que no diere cumplimiento a la obligación que impone el art. 20 Ver texto;

b) El médico que no diere cumplimiento a la obligación que impone el art. 7 Ver texto;

c) Quien no diere cumplimiento a lo dispuesto en el tercer párrafo del art. 15 Ver texto.

Art. 32.- Será reprimido con multa de cinco mil a cien mil pesos ($ 5.000 a $ 100.000) e inhabilitación especial de uno (1) a tres (3) años el médico que no diere cumplimiento a las obligaciones previstas en el art. 26 Ver texto, ó a las del art. 8 Ver texto.

En caso de reincidencia, la inhabilitación será de cinco (5) años a perpetua.

Art. 33.- Cuando se acreditare que los autores de las conductas penadas en el presente título han percibido sumas de dinero o bienes en retribución por tales acciones, serán condenados además a abonar en concepto de multa el

equivalente al doble del valor de lo percibido.

Art. 34.- Cuando los autores de las conductas penadas en el presente título sean funcionarios públicos vinculados al área de sanidad, las penas respectivas se incrementarán de un tercio a la mitad.

Cuando las dichas conductas se realicen de manera habitual, las penas se incrementarán en un tercio.

IX - De las sanciones y procedimientos administrativos

Art. 35.- Las infracciones de carácter administrativo a cualquiera de las actividades o normas que en este ordenamiento se regulan, en las que incurran establecimientos o servicios privados, serán pasibles de las siguientes sanciones graduales o acumulables, según la gravedad de cada caso:

a) Apercibimiento;

b) Multas de diez mil a un millón de pesos ($ 10000 a $ 1.000.000).

c) Suspensión de la habilitación que se le hubiere acordado al servicio o establecimiento, por un término de hasta cinco (5) años;

d) Clausura temporaria o definitiva, parcial o total, del establecimiento en infracción;

e) Suspensión o inhabilitación de los profesionales o equipos de profesionales en el ejercicio de la actividad referida en el art. 3 Ver texto por un lapso de hasta cinco (5) años;

f) Inhabilitación de hasta cinco (5) años para el ejercicio de la profesión a los médicos y otros profesionales del arte de curar que practicaren cualquiera de los actos previstos en la presente ley, sin la habilitación de la autoridad sanitaria.

En caso de extrema gravedad o reiteración, la inhabilitación podrá ser definitiva.

Art. 36.- Las sanciones previstas en el artículo anterior serán publicadas, en su texto íntegro y durante dos días seguidos, en dos diarios de circulación en el lugar donde se halle el establecimiento sancionado, a cuyo cargo estará la publicación, consignándose en la misma un detalle de su naturaleza y causas, y los nombres y domicilios de los infractores.

Art. 37.- Las direcciones y administraciones de guías, diarios, canales de televisión, radioemisoras y demás medios que sirvan de publicidad de las actividades mencionadas en esta ley que les den curso sin la autorización correspondiente, serán pasibles de la pena de multa establecida en el art. 35 Ver texto, inc. b).

Art. 38.- Las sanciones establecidas en el art. 35 Ver texto prescribirán a los dos años y la prescripción quedará interrumpida por los actos administrativos o judiciales, o por la comisión de cualquier otra infracción.

Art. 39.- Las infracciones de carácter administrativo a esta ley y sus reglamentos serán sancionadas por la autoridad sanitaria jurisdiccional, previo sumario, con audiencia de prueba y defensa de los presuntos infractores. Las constancias del acta labrada en forma, al tiempo de verificarse la infracción y en cuanto no sean enervadas por otras pruebas, podrán ser consideradas como plena prueba de la responsabilidad del imputado.

Art. 40.- Contra las decisiones administrativas que la autoridad sanitaria dicte en virtud de esta ley y de sus disposiciones reglamentarias podrán interponerse los recursos que en las normas procesales se contemplen o establezcan.

Art. 41.- La falta de pago de las multas aplicadas hará exigible su cobro por mediación fiscal, constituyendo suficiente título ejecutivo el testimonio autenticado de la resolución condenatoria firme.

Art. 42.- El producto de las multas que por esta ley aplique la autoridad sanitaria jurisdiccional, ingresará al Fondo Solidario de Trasplantes.

X - Del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI)

Art. 43.- El Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI), creado por L 23885 , que funciona en el ámbito de la Secretaría de Salud dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social, como entidad estatal de derecho público, con personería jurídica y autarquía institucional, financiera y administrativa, está facultado para ejecutar el ciento por ciento (100%) de los ingresos genuinos que perciba. Su fiscalización financiera y patrimonial estará a cargo de la Auditoría General de la Nación, y se realizará exclusivamente a través de las rendiciones de cuentas y estados contables que le serán elevados trimestralmente.

Art. 44.- Serán funciones del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI):

a) Estudiar y proponer a la autoridad sanitaria las normas técnicas a que deberá responder la ablación de los órganos y materiales anatómicos para la implantación de los mismos en seres humanos -provenientes de cadáveres humanos y entre seres humanos- y toda otra actividad incluida en la presente ley, así como todo método de tratamiento y selección previa de pacientes que requieran trasplantes de órganos, y las técnicas aplicables a su contralor;

b) Dictar, con el asesoramiento del Consejo Federal de Salud (COFESA), las normas para la habilitación de establecimientos en que se practiquen actos médicos comprendidos en la temática, autorización de profesionales que practiquen dichos actos, habilitación de bancos de órganos y de materiales anatómicos;

c) Fiscalizar el cumplimiento de lo establecido en la presente ley y su reglamentación y demás normas complementarias, y colaborar en la ejecución de leyes afines a la temática, recomendando a los gobiernos provinciales adecuar su legislación y acción al cumplimiento de estos fines;

d) Intervenir los organismos jurisdiccionales que incurran en actos u omisiones que signifiquen el incumplimiento de lo establecido por la presente ley;

e) Dictar, con el asesoramiento del Consejo Federal de Salud (COFESA), normas para la suspensión y/o revocación de una habilitación, cuando se verifique el incumplimiento de las condiciones y garantías de seguridad, eficacia y calidad de funcionamiento, el uso indebido u otras irregularidades que determine la reglamentación;

f) Coordinar con las respectivas jurisdicciones la realización de inspecciones destinadas a verificar que los establecimientos donde se realizan las actividades comprendidas en la presente ley, se ajusten a ésta y su reglamentación;

g) Proponer, con el asesoramiento del Consejo Federal de Salud (COFESA), las normas para la intervención por parte de los organismos jurisdiccionales, hasta la resolución definitiva de la autoridad de aplicación o del juez competente, de los servicios o establecimientos en los que se presuma el ejercicio de actos u omisiones relacionados con el objeto de la presente ley con peligro para la salud o la vida de las personas;

h) Realizar actividades de docencia, capacitación y perfeccionamiento de los recursos humanos vinculados con la temática, como labor propia o a solicitud de organismos oficiales o privados, percibiendo los aranceles que a tal efecto fije la reglamentación de la presente ley;

i) Promover la investigación científica, mantener intercambio de información y realizar publicaciones periódicas vinculadas con la temática del Instituto;

j) Evaluar publicaciones y documentaciones e intervenir en la autorización de investigaciones que se realicen con recursos propios dirigidas a la tipificación de donantes de órganos, desarrollo de nuevas técnicas y procedimientos en cirugía experimental, perfusión y conservación de órganos, e investigaciones farmacológicas tendientes a la experimentación y obtención de drogas inmunosupresoras;

k) Determinar si son apropiados los procedimientos inherentes al mantenimiento de potenciales dadores cadavéricos, diagnóstico de muerte, ablación, acondicionamiento y transporte de órganos, de acuerdo a las normas que reglan la materia;

l) Asistir a los organismos provinciales y municipales responsables del poder de policía sanitaria en lo que hace a

la materia propia de las misiones y funciones del Instituto, a requerimiento de aquéllos, pudiendo realizar convenios con los mismos y con entidades públicas o privadas con el fin de complementar su acción;

m) Proveer la información relativa a su temática al Ministerio de Salud y Acción Social, para su elaboración y publicación, con destino a los profesionales del arte de curar y las entidades de seguridad social.

n) Coordinar la distribución de órganos a nivel nacional, así como también la recepción y envío de los mismos a nivel internacional y las acciones que se llevan a cabo para el mantenimiento de un registro de receptores y donantes;

ñ) Dirigir las acciones que permitan mantener actualizada la lista de espera de receptores potenciales de órganos y materiales anatómicos en el orden nacional, coordinando su acción con organismos regionales o provinciales de similar naturaleza;

o) Entender en las actividades dirigidas al mantenimiento de potenciales dadores cadavéricos y supervisar la correcta determinación del diagnóstico de muerte, ablación y acondicionamiento de órganos, coordinando su acción con organismos, regionales y provinciales;

p) Efectuar las actividades inherentes al seguimiento de los pacientes trasplantados, con fines de contralor y estadísticos;

q) Dirigir las acciones que permitan mantener actualizados los registros de dadores de órganos cadavéricos en el orden nacional;

r) Proponer normas y prestar asistencia técnica a los organismos pertinentes en la materia de esta ley;

s) Adquirir, construir, arrendar, administrar y enajenar bienes, aceptar herencias, legados y donaciones, estar en juicio como actor o demandado, contratar servicios, obras y suministros y en general realizar todos los actos que resulten necesarios para el cumplimiento de sus objetivos, con ajuste a las disposiciones vigentes;

t) Proponer a la Administración Nacional del Seguro de Salud (ANSSAL), las modificaciones o inclusiones que considere convenientes en su temática, proveyendo la información que le sea solicitada por dicho ente;

u) Asistir técnica y financieramente, mediante subsidios, préstamos o subvenciones, a los tratamientos trasplantológicos que se realicen en establecimientos públicos nacionales, provinciales o municipales. Asimismo, promover y asistir directamente la creación y desarrollo de centros regionales y/o provinciales de ablación y/o implantes de órganos;

v) Celebrar convenios con entidades privadas para su participación en el sistema;

w) Asesorar al Poder Ejecutivo en todo lo concerniente a las campañas de difusión masiva y concientización de la población respecto de la problemática de los trasplantes;

x) Realizar toda acción necesaria para el cumplimiento de sus fines de conformidad con la presente ley y su reglamentación.

Art. 45.- El Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) estará a cargo de un Directorio integrado por un presidente, un vicepresidente y tres directores, designados por el Poder Ejecutivo de conformidad con las siguientes disposiciones:

a) El presidente y vicepresidente serán designados a propuesta de la Secretaría de Salud;

b) Un director será designado a propuesta del Consejo Federal de Salud (COFESA);

c) Un director será designado previo concurso abierto de títulos y antecedentes, cuya evaluación estará a cargo de la Secretaría de Salud;

d) Un director será designado de entre los que propusiere cada una de las universidades nacionales que tuviere la Facultad de Medicina.

Los miembros del Directorio durarán cuatro (4) años en sus funciones y podrán ser reelegidos por un período más. Tendrán dedicación de tiempo completo y no podrán participar patrimonialmente en ningún instituto vinculado con el objeto de esta ley.

Art. 46.- Corresponde al Directorio:

a) Dictar su reglamento interno;

b) Aprobar la estructura orgánico-funcional del Instituto, el presupuesto anual de gastos, cálculo de recursos y cuentas de inversiones, y elaborar la memoria y balance al finalizar cada ejercicio.

En el presupuesto de gastos no se podrá destinar más de un diez por ciento (10%) para gastos de administración;

c) Asignar los recursos del Fondo Solidario de Trasplantes, dictando las normas para el otorgamiento de subsidios, préstamos y subvenciones;

d) Fijar las retribuciones de los miembros del Directorio; designar, promover, sancionar y remover al personal del Instituto, y fijar sus salarios, estimulando la dedicación exclusiva;

e) Efectuar contrataciones de personal para la realización de labores extraordinarias o especiales que no puedan ser realizadas con sus recursos de planta permanente, fijando las condiciones de trabajo y su retribución;

f) Delegar funciones en el presidente, por tiempo determinado.

Art. 47.- Corresponde al presidente:

a) Representar al Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) en todos sus actos;

b) Convocar y presidir las reuniones del Directorio, en las que tendrá voz y voto, el que prevalecerá en caso de empate;

c) Invitar a participar, con voz pero sin voto, a representantes de sectores interesados cuando se traten temas específicos de su área de acción;

d) Convocar y presidir las reuniones del Consejo Asesor;

e) Adoptar todas las medidas que, siendo de competencia del Directorio, no admitan dilación, sometiéndolas a consideración del mismo en la primera sesión;

f) Delegar funciones en otros miembros del Directorio, con el acuerdo de éste;

g) Cumplir y hacer cumplir las resoluciones del Directorio.

Art. 48.- En el ámbito del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) funcionarán dos Consejos Asesores, de carácter honorario, que se conformarán según lo determine la reglamentación de la presente ley: a) un consejo asesor de pacientes integrado por pacientes pertenecientes a las organizaciones que representan a personas trasplantadas; b) un consejo asesor integrado por representantes de sociedades y asociaciones científicas, las universidades, otros centros de estudios e investigación y otros organismos regionales o provinciales de naturaleza similar a este Instituto, y un representante de cada región sanitaria de acuerdo con lo establecido por el Ministerio de Salud y Acción Social al respecto, incluyendo a la provincia de La Pampa dentro de la Región Patagónica, y un representante de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

Art. 49.- Créase el Fondo Solidario de Trasplantes, el que se integrará con los siguientes recursos:

a) La contribución del Estado nacional, mediante los créditos que le asigne el presupuesto de la Nación;

b) El producto de las multas provenientes de la aplicación de las sanciones administrativas y penales previstas en la presente ley;

c) El fondo acumulativo que surja de acreditar:

1) (Observado por decreto 773/1993 Ver texto). El producido del tributo que resulte de aplicar una alícuota del uno y medio por ciento (1,5%) sobre la primera venta que efectúen los fabricantes o importadores de los siguientes productos, que se detallan en el anexo I que a todo efecto forma parte integrante de la presente ley:

I - Materiales para hemodiálisis y diálisis peritoneal;

II - Productos terapéuticos vinculados con el tratamiento de las complicaciones inmunológicas;

III - Productos vinculados con el tratamiento inmunológico, con estudios de histocompatibilidad y relacionados con la temática.

Este impuesto se determinará y abonará por períodos mensuales, y se regirá por las disposiciones tributarias vigentes y su aplicación, percepción y fiscalización estarán a cargo de la Dirección General Impositiva.

2) (Observado por decreto 773/1993 Ver texto). El producto del tributo que resulte de aplicar una alícuota del uno y medio por ciento (1,5%) sobre las prestaciones de alta complejidad relacionadas con los trasplantes de acuerdo con el criterio del Protocolo de Determinaciones Básicas del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI), a saber:

I - Histocompatibilidad (HLA);

II - Crossmatch (contra panel y donante-receptor);

III - Serología para determinar: HIV (SIDA), ELISA, Western Blot; HbsAg (hepatitis B); CMV (citomegalovirus); reacciones para Chagas; determinación de hepatitis C; VDRL (sífilis); toxoplasmosis; brucelosis.

Deberá ser percibido por las entidades prestatarias y las sumas deberán ser ingresadas a la Dirección General Impositiva en las fechas y oportunidades que ella establezca.

3) (Observado por decreto 773/1993 Ver texto). El aporte de solidaridad comunitaria equivalente a un peso ($ 1) por cada tarjeta de crédito y/o compra nacional o internacional, y que deberá tributarse en oportunidad de reducirse los siguientes hechos:

I - Emisión de la tarjeta;

II - Por el transcurso de uno o más períodos anuales de su vigencia, en cuyo caso la contribución deberá cumplimentarse en oportunidad de operarse el término de cada año, contado desde la fecha de emisión.

Deberá ser percibido por las entidades emisoras e ingresado a la Dirección General Impositiva, en la oportunidad y forma que ella establezca.

4) El producido de la venta de bienes en desuso, los de su propia producción, las publicaciones que realice, intereses, rentas u otros frutos de los bienes que administra.

5) Los legados, herencias, donaciones, aportes del Estado nacional o de las provincias, de entidades oficiales, particulares o de terceros, según las modalidades que establezca la reglamentación, con destino a solventar su funcionamiento.

6) Las transferencias de los saldos del fondo acumulativo y de los de su presupuesto anual asignado, no utilizados en el ejercicio.

(Párrafo observado por decreto 773/1993 Ver texto). Los importes provenientes de la aplicación de lo dispuesto por el inc. c), aps. 1), 2) y 3), deberán ser depositados por la Dirección General Impositiva, dentro de los veinte (20) días corridos de percibidos, en una cuenta especial a la orden del Instituto Nacional Central Único Coordinador de

Ablación e Implante (INCUCAI).

Art. 50.- (Observado por decreto 773/1993 Ver texto). Los tributos que se crean por el artículo anterior se encuentran comprendidos en la excepción prevista en el inc. d) del art. 2 de la L 23548 Ver texto, conforme lo acordado entre la Nación y las provincias.

Los impuestos y la contribución solidaria que se establecen por el citado artículo regirán por un período de dos (2) años, prorrogable por un año más por el Poder Ejecutivo.

Fenecido este plazo, las partidas aludidas pasarán a integrar el presupuesto general, como partida específica del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).

Art. 51.- Los recursos del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) serán depositados en una cuenta especial a su orden creada a estos efectos y destinados prioritariamente para asistir al desarrollo de los servicios que se realicen para tratamiento trasplantológico en establecimientos públicos nacionales, provinciales o municipales, con el objeto de asistir a pacientes carenciados sin cobertura social, como así también a fomentar la procuración de órganos y materiales anatómicos necesarios a los fines de esta ley.

Las autoridades sanitarias jurisdiccionales deberán disponer la creación de servicios de trasplantes de órganos en instituciones públicas de adecuada complejidad en sus respectivas áreas programáticas.

(Párrafo observado por decreto 773/1993 Ver texto). Los recursos provenientes de la recaudación de los tributos y la contribución solidaria establecidos en el art. 50 , y del producido de las multas de carácter administrativo, serán distribuidos entre las jurisdicciones dentro de los diez (10) días de acreditados y con aplicación a un fin específico, en la proporción que establezca la Secretaría de Salud de la Nación, previa consulta con el Consejo Federal de Salud (COFESA), y depositados en la cuenta especial que el efecto creen las jurisdicciones a la orden de los respectivos organismos jurisdiccionales.

Art. 52.- Los cargos técnicos del personal del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) serán cubiertos previo concurso abierto de títulos y antecedentes.

XI - De las medidas preventivas y actividades de inspección

Art. 53.- La autoridad sanitaria jurisdiccional está autorizada para verificar el cumplimiento de esta ley y sus disposiciones reglamentarias, mediante inspecciones y pedidos de informes. A tales fines, sus funcionarios autorizados tendrán acceso a los establecimientos o servicios, habilitados o no, en que se ejerzan o se presuma el ejercicio de las actividades previstas por esta ley, podrán proceder al secuestro de elementos probatorios y disponer la intervención provisoria de los servicios o establecimientos.

Art. 54.- Sin perjuicio de la sanción que en definitiva corresponde de acuerdo con lo dispuesto en el art. 35 Ver texto, la autoridad sanitaria jurisdiccional podrá adoptar las siguientes medidas preventivas:

a) Si se incurriera en actos u omisiones que constituyeran un daño o peligro para la salud de las personas se procederá a la clausura total o parcial de los establecimientos o servicios en que los mismos ocurrieran, o a ordenar suspender los actos médicos a que refiere esta ley. Dichas medidas no podrán tener una duración mayor de ciento ochenta (180) días.

b) Clausurar los servicios o establecimientos que funcionen sin la correspondiente autorización.

c) Suspensión de la publicidad en infracción.

Art. 55.- A los efectos de lo dispuesto en los arts. 53 Ver texto y 54 de la presente ley, la autoridad sanitaria jurisdiccional podrá requerir en caso necesario auxilio de la fuerza pública, y solicitar órdenes de allanamiento de los Tribunales federales o provinciales competentes.

XII - Del procedimiento judicial especial

Art. 56.- Toda acción civil tendiente a obtener una resolución judicial respecto de cuestiones extrapatrimoniales relativas a la ablación e implante de órganos o materiales anatómicos será de competencia de los Tribunales federales o provinciales en lo civil del domicilio del actor. En el orden federal se sustanciará por el siguiente procedimiento especial:

a) La demanda deberá estar firmada por el actor y se acompañarán todos los elementos probatorios tendientes a acreditar la legitimidad del pedido. No será admitido ningún tipo de representación por terceros y la comparecencia del actor será siempre personal, sin perjuicio del patrocinio letrado.

b) Recibida la demanda, el juez convocará a una audiencia personal, la que se celebrará en un plazo no mayor de tres días a contar de la presentación de aquélla.

c) La audiencia será tomada personalmente por el juez y en ella deberán estar presentes el actor, el agente fiscal, el asesor de Menores en su caso, un perito médico, un perito psiquiatra y un asistente social, los que serán designados previamente por el juez. Se podrá disponer además la presencia de otros peritos, asesores o especialistas que el juez estime conveniente. La inobservancia de estos requisitos esenciales producirá la nulidad de la audiencia.

d) Del desarrollo de la audiencia se labrará un acta circunstanciada, y en su transcurso el juez, los peritos, el agente fiscal, y el asesor de Menores en su caso, podrán formular todo tipo de preguntas y requerir las aclaraciones del actor que consideren oportunas y necesarias.

e) Los peritos elevarán su informe al juez en el plazo de cuarenta y ocho (48) horas posteriores a la audiencia, y éste podrá además, en el mismo plazo, recabar todo tipo de información complementaria que estime conveniente.

f) De todo lo actuado se correrá vista, en forma consecutiva, al agente fiscal y al asesor de Menores, en su caso, quienes deberán elevar su dictamen en el plazo de veinticuatro (24) horas.

g) El juez dictará sentencia dentro de las cuarenta y ocho (48) horas posteriores al trámite procesal del inciso anterior.

h) En caso de extrema urgencia, debidamente acreditada, el juez podrá establecer por resolución fundada plazos menores a los contemplados en el presente artículo, habilitando días y horas inhábiles.

i) La inobservancia de las formalidades y requisitos establecidos en el presente artículo producirá la nulidad de todo lo actuado.

j) La resolución que recaiga será apelable en relación, con efecto suspensivo. La apelación deberá interponerse de manera fundada en el plazo de cuarenta y ocho (48) horas, y el juez elevará la causa al superior en el término de veinticuatro (24) horas de recibida la misma. El Tribunal resolverá el recurso en el plazo de tres (3) días.

El agente fiscal sólo podrá apelar cuando hubiere dictaminado en sentido contrario a la resolución del juez.

k) Este trámite estará exento del pago de sellados, tasas, impuestos o derechos de cualquier naturaleza.

Art. 57.- El incumplimiento del juez, del agente fiscal o del asesor de Menores, en su caso, a las obligaciones establecidas en el artículo anterior, se considerará falta grave y mal desempeño de sus funciones.

Art. 58.- Invítase a los gobiernos provinciales a sancionar en sus respectivas jurisdicciones normas similares a las de este capítulo.

XIII - Disposiciones varias

Art. 59.- El Poder Ejecutivo reglamentará las disposiciones de la presente ley dentro de los sesenta (60) días de su promulgación.

Hasta tanto, mantendrán su vigencia los decretos 3011/77 , 2437/91 y 928/92 y demás normas reglamentarias, en todo lo que no se oponga a la presente ley.

Art. 60.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación dictará la reglamentación que establezca los recaudos para la realización de ablaciones de córneas de los cadáveres depositados en la Morgue Judicial de acuerdo a los lineamientos y principios de la presente ley.

Invítase a las provincias a dictar en sus respectivas jurisdicciones normas similares a la del presente artículo.

Art. 61.- El Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) ejercerá las funciones y facultades que por esta ley se asignan a las autoridades de contralor jurisdiccionales en aquellas jurisdicciones en las que no se encuentren en funcionamiento organismos de similar naturaleza hasta tanto los mismos sean creados y alcancen condiciones efectivas de operatividad, o hasta que las respectivas autoridades sanitarias jurisdiccionales indiquen el organismo que ha de hacerse cargo de dichas funciones.

Art. 62.- A partir del 1 de enero de 1996 se presumirá a toda persona capaz mayor de dieciocho (18) años que no hubiera manifestado su voluntad en forma negativa en los términos del art. 20 Ver texto ha conferido tácitamente la autorización a que se refiere el art. 19 Ver texto. Los familiares enumerados en el art. 21 Ver texto podrán oponerse a la ablación en los términos y condiciones de la citada norma.

Para que lo dispuesto precedentemente entre en vigencia, el Poder Ejecutivo deberá haber llevado a cabo en forma permanente una intensa campaña de educación y difusión a efectos de informar y concientizar a la población sobre los alcances del régimen a que se refiere el párrafo anterior, y deberá existir constancia de que -por los mecanismos previstos en el art. 20 Ver texto- no menos del setenta por ciento (70%) de los ciudadanos mayores de 18 años han sido consultados.

Art. 63.- Deróganse las leyes 21541 y sus modifs., 23464 y 23885 .

Art. 64.- Comuníquese, etc.

PIERRI - MENEM - PEREYRA ARANDÍA DE PÉREZ PARDO - PIUZZI.

___

ANEXO I

TTTABLA

Mercadería
P.A.NCE
D.I. (o/oo)

Filtro hemodializador
8421.29.600
5

Catéteres
9018.39.900
5

Riñon artificial
9018.90.980
5

Equipo tubular estéril para hemodiálisis
9018.39.900
5

Solución fisiológica (bolsa de 500 cm3)
3004.90.990
13

Solución dextrosada (bolsa de 500 cm3)
3004.90.999
13

Solución de carbonato de sodio (bolsa de 500 cm3)
3004.90.999
13

Solución clorurada hipertónica (bolsa de 500 cm3)
3004.90.999
13

Solución glucosada hipertó-nica (bolsa de 500 cm3)
3004.90.999
13

Ciclosporina A (dosificada)
3004.90.970
5

Deltisona B (dosificada)
3004.39.990
13

Azatioprina (dosificada)
3004.90.330
5

Suero antilinfocítico (en ampollas)
3002.10.190
5

Anticuerpos monoclonales (dosificados)
3002.10.219
5

Pitresina (droga pura sin dosificar)
2937.99.900
5

Dopamina (droga pura sin dosificar)
2922.29.900
5

Solución de Beltzer (bolsa de 1000 cm3)
3004.90.999
13
fintabla

NORMAS CITADAS: L 21541: ALJA 1977-A-272 - L 23464: LA 1987-A-140 - L 23548: LA 1982-A-17 - L 23885: LA 1990-C-2748 - D 2437/91: LA 1991-C-3169 - D 3011/77: ALJA 1977-B-1330.

010 - NACIONAL - LEY 14394 - MATRIMONIO - Régimen. Modificación SUCESIÓN Indivisión de bienes hereditarios. Régimen. Modificación - BIEN DE FAMILIA Régimen (*) **sanc. 14/12/1954; promul. 22/12/1954; publ. 30/12/1954**

(*) Con las reformas de las leyes 17711 Ver texto, 22278 Ver texto, 23264 Ver texto y 23515 Ver texto.

Art. 1.- (Derogado por ley 22278 Ver texto).

Art. 2.- (Derogado por ley 22278 Ver texto).

Art. 3.- (Derogado por ley 22278 Ver texto).

Art. 4.- (Derogado por ley 22278 Ver texto).

Art. 5.- (Derogado por ley 22278 Ver texto).

Art. 6.- (Derogado por ley 22278 Ver texto).

Art. 7.- (Derogado por ley 22278 Ver texto).

Art. 8.- (Derogado por ley 22278 Ver texto).

Art. 9.- (Derogado por ley 22278 Ver texto).

Art. 10.- (Derogado por ley 22278 Ver texto).

Art. 11.- (Derogado por ley 22278 Ver texto).

Art. 12.- (Derogado por ley 22278 Ver texto).

Art. 13.- (Derogado por ley 22278 Ver texto).

II

Art. 14.- Para contraer matrimonio se requiere que la mujer tenga 14 años cumplidos y el hombre 16. Podrá contraerse válidamente con edad menor cuando hubiera concebido la mujer, de aquel con quien pretenda casarse. Podrá también obtenerse dispensa de la edad en los supuestos contemplados en el artículo 132 Ver texto del Código Penal la que será acordada a pedido de los interesados por el juez de la causa en las condiciones establecidas por dicho artículo. El matrimonio celebrado en infracción a la edad mínima no podrá anularse si los cónyuges hubiesen cohabitado después de llegar a la edad legal, ni cualquiera fuese la edad, si la esposa hubiese concebido.

III

Art. 15.- Cuando una persona hubiere desaparecido del lugar de su domicilio o residencia, sin que de ella se tengan noticias y sin haber dejado apoderado, podrá el juez, a instancia de parte interesada, designar un curadora sus bienes, siempre que el cuidado de éstos lo exigiere. La misma regla se observará si, existiendo apoderado, sus poderes fueren insuficientes, no desempeñare convenientemente el mandato o éste hubiese caducado.

Art. 16.- Será competente el juez del domicilio o en su defecto el de la última residencia del ausente. Si éste no los hubiere tenido en el país, o no fuesen conocidos lo será el del lugar en que existiesen bienes abandonados, o el que hubiese prevenido cuando dichos bienes se encontrasen en diversas jurisdicciones.

Art. 17.- Podrán pedir la declaración de ausencia y el nombramiento del curador el ministerio público y toda persona que tuviere interés legítimo respecto de los bienes del ausente.

Art. 18.- El presunto ausente será citado por edictos durante cinco días, y si vencido el término no compareciese se dará intervención al defensor oficial, o en su defecto se nombrará defensor al ausente. El ministerio público será parte necesaria en el juicio.

En caso de urgencia el juez podrá designar un administrador provisional o adoptar las medidas que las circunstancias aconsejen.

Art. 19.- Oído el defensor del ausente, y concurriendo los extremos legales, se declarará la ausencia y se nombrará curador. Para esta designación serán preferidos los parientes idóneos del ausente en el siguiente orden:

1 El cónyuge, cuando conservase la vocación hereditaria, o subsistiese la sociedad conyugal;

2 Los hijos;

3 El padre o la madre;

4 Los hermanos y los tíos;

5 Los demás parientes en grado sucesible.

Art. 20.- Las calidades personales, facultades y obligaciones del curador del ausente se rigen por lo dispuesto en el Código Civil respecto de los tutores y curadores. Si antes de la designación de curador se dedujeran acciones contra el ausente, le representará el defensor cuyo nombramiento prevé el artículo 18 Ver texto.

Art. 21.- Termina la curatela de los ausentes, declarados:

1 Por la presentación del ausente, sea en persona o por apoderado;

2 Por la muerte del mismo;

3 Por su fallecimiento presunto, judicialmente declarado.

Art. 22.- La ausencia de una persona del lugar de su domicilio o residencia en la República, haya o no dejado apoderado, sin que de ella se tenga noticia por el término de tres años, causa la presunción de su fallecimiento.Ese plazo será contado desde la fecha de la última noticia que se tuvo de la existencia del ausente.

Art. 23.- Se presume también el fallecimiento de un ausente:

1 Cuando se hubiese encontrado en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte o hubiere participado en una empresa que implique el mismo riesgo y no se tuviere noticias de él por el término de dos años, contados desde el día en que ocurrió o pudo haberocurrido el suceso;

2 Si encontrándose en una nave o aeronave naufragada o perdida, no se tuviere noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.

Art. 24.- En los casos de los artículos precedentes, podrán pedir la declaración del día presuntivo del fallecimiento justificando los extremos legales y la realización de diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente, todos los que tuvieren algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate. La competencia del juez se regirá por las normas del artículo 16 Ver texto.

Art. 25.- El juez nombrará defensor al ausente o dará intervención al defensor oficial cuando lo hubiere dentro de la jurisdicción y citará a aquél por edictos, una vez por mes, durante seis meses. Designará, además, un curador a sus bienes siempre que no hubiese mandatario con poderes suficientes, incluso el que prevé el artículo 19 Ver texto, o cuando por cualquier causa aquél no desempeñase convenientemente el mandato.

Art. 26.- Pasados los seis meses, recibida la prueba y oído el defensor, el juez, si hubiere lugar a ello, declarará el fallecimiento presunto del ausente, fijará el día presuntivo de su muerte y dispondrá la inscripción de la sentencia en el Registro del Estado Civil de las Personas. La declaración de ausencia que prevé el artículo 19 Ver texto, no constituye presupuesto necesario de la declaración del fallecimiento, ni suple la comprobación de las diligencias realizadas, para conocer el paradero del ausente.

Art. 27.- Se fijará como día presuntivo del fallecimiento:

1 En el caso del artículo 22 Ver texto, el último día del primer año y medio;

2 En el que prevé el artículo 23, inciso 1 Ver texto, el día del suceso en que se encontró el ausente, y si no estuviese determinado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido;

3 En los supuestos del artículo 23, inciso 2 Ver texto, el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdido.

Cuando fuere posible, la sentencia determinará también la hora presuntiva del fallecimiento. En caso contrario, se tendrá por sucedido a la expiración del día declarado como presuntivo del fallecimiento.

Art. 28.- Dictada la declaratoria, el juez mandará abrir, si existiese, el testamento que hubiese dejado el desaparecido.

Los herederos al día presuntivo del fallecimiento y los legatarios, o sus sucesores, recibirán los bienes del ausente, previa formación del inventario.

El dominio de los bienes del presunto fallecido se inscribirá en el registro correspondiente, con la prenotación del caso, a nombre de los herederos o legatarios que podrán hacer partición de los mismos, pero no enajenarlosni gravarlos sin autorización judicial.

Art. 29.- Si hecha la entrega de los bienes se presentase el ausente o se tuviese noticia cierta de su existencia, aquélla quedará sin efecto.

Si se presentasen herederos preferentes o concurrentes preferidos que justificasen su derecho a la época del fallecimiento presunto, podrán reclamar la entrega de los bienes o la participación que les corresponda en los mismos, según el caso.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1307 Ver texto y siguientes del Código Civil en los casos precedentes se aplicará a los frutos percibidos lo dispuesto respecto a los poseedores de buena o mala fe.

Art. 30.- Transcurridos cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento de la persona, quedará sin efecto la prenotación prescripta, pudiendo, desde ese momento, disponerse libremente de los bienes. Queda concluida y podrá liquidarse la sociedad conyugal.

Art. 31.- (Derogado por ley 23515 Ver texto).

Art. 32.- 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 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.

IV

Art. 33.- Agrégase al artículo 108 Ver texto del Código Civil, como apartado 2, el siguiente texto:

(El texto ha sido incorporado en el Código).

V

Art. 34.- Toda persona puede constituir en “bien de familia” un inmueble urbano o rural de su propiedad cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de su familia, según normas que se establecerán reglamentariamente.

Art. 35.- La constitución del “bien de familia” produce efecto a partir de su inscripción en el registro inmobiliario correspondiente.

Art. 36.- A los fines de esta ley, se entiende por familia la constituida por el propietario y sucónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o, en defecto de ellos sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente.

Art. 37.- El “bien de familia” no podrá ser enajenado ni objeto de legados o mejoras testamentarias. Tampoco podrá ser gravado sin la conformidad del cónyuge; si éste se opusiere, faltare o fuere incapaz, sólo podrá autorizarse el gravamen cuando mediare causa grave o manifiesta utilidad para la familia.

Art. 38.- El “bien de familia” no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aun en caso de concurso o quiebra, con excepción de las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble, gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37 Ver texto, o créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca.

Art. 39.- Serán embargables los frutos que produzca el bien en cuanto no sean indispensables para satisfacer las necesidades de la familia. En ningún caso podrá afectar el embargo más del cincuenta por ciento de los frutos.

Art. 40.- El “bien de familia” estará exento del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte en todo el territorio de la Nación cuando ella se opere en favor de las personas mencionadas en el artículo 36 Ver texto y siempre que no resultare desafectado dentro de los cinco años de operada la transmisión.

Art. 41.- El propietario o su familia estarán obligados a habitar el bien y a explotar por cuenta propia el inmueble o la industria en él existente salvo excepciones que la autoridad de aplicación podrá acordar sólo transitoriamente y por causas debidamente justificadas.

Art. 42.- La inscripción del “bien de familia” se gestionará en jurisdicción nacional ante la autoridad administrativa que establezca el Poder Ejecutivo Nacional. En lo que atañe a inmuebles en las provincias, los poderes locales determinarán la autoridad que tendrá competencia para intervenir en la gestión.

Art. 43.- El solicitante deberá justificar su dominio sobre el inmueble y las circunstancias previstas por los artículos 34 Ver texto y 36 Ver texto de esta ley, consignando nombre, edad, parentesco y estado civil de los beneficiarios, así como los gravámenes que pesen sobre el inmueble. Si hubiere condominio, la gestión deberá ser hecha por todos los copropietarios, justificando que existe entre ellos el parentesco requerido por el artículo 36.

Art. 44.- Cuando se hubiere dispuesto por testamento la constitución de un “bien de familia”, el juez de la sucesión, a pedido del cónyuge o, en su defecto, de la mayoría de los interesados, ordenará la inscripción en el registro inmobiliario respectivo siempre que fuere procedente con arreglo a las disposiciones de la presente ley. Si entre los beneficiarios hubiere incapaces, la inscripción podrá ser solicitada por el asesor o dispuesta de oficio por el juez.

Art. 45.- No podrá constituirse más de un “bien de familia”. Cuando alguien resultase ser propietario único de dos o más bienes de familia, deberá optar por la subsistencia de uno sólo en ese carácter dentro del plazo que fija la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de mantenerse como bien de familia el constituido en primer término.

Art. 46.- Todos los trámites y actos vinculados a la constitución e inscripción del “bien de familia” estarán exentos del impuesto de sellos, de derecho de oficina y de las tasas correspondientes al Registro de la Propiedad, tanto nacionales como provinciales.

Art. 47.- La autoridad administrativa estará obligada a prestar a los interesados, gratuitamente, el asesoramiento y la colaboración necesarios para la realización de todos los trámites relacionados con la constitución e inscripción del “bien de familia”. Si, ello no obstante, los interesados desearen la intervención de profesionales, los honorarios de éstos no podrán exceder, en conjunto, del 1% de la valuación fiscal del inmueble para el pago de la contribución territorial.

Art. 48.- En los juicios referentes a la transmisión hereditaria del “bien de familia”, los honorarios de los profesionales intervinientes no podrán superar al 3% de la valuación fiscal, rigiéndose por los principios generales la regulación referente a los demás bienes.

Art. 49.- Procederá la desafectación del “bien de familia” y la cancelación de su inscripción en el Registro inmobiliario:

a) A instancia del propietario, con la conformidad de su cónyuge; a falta del cónyuge o si éste fuera incapaz, se admitirá el pedido siempre que el interés familiar no resulte comprometido;

b) A solicitud de la mayoría de los herederos, cuando el “bien de familia” se hubiere constituido por testamento, salvo que medie disconformidad del cónyuge supérstite o existan incapaces, caso en el cual el juez de la sucesión o la autoridad competente resolverá lo que sea más conveniente para el interés familiar;

c) A requerimiento de la mayoría de los copartícipes, si hubiere condominio, computada en proporción a sus respectivas partes;

d) De oficio o a instancia de cualquier interesado, cuando no subsistieren los requisitos previstos en los artículos 34 Ver texto, 36 Ver texto y 41 Ver texto o hubieren fallecido todos los beneficiarios;

e) En caso de expropiación, reivindicación, venta judicial decretada en ejecución autorizada por esta ley o existencia de causa grave que justifique la desafectación a juicio de la autoridad competente.

Art. 50.- Contra las resoluciones de la autoridad administrativa que, en el orden nacional, deleguen la inscripción del “bien de familia” o decidan controversias referentes a su desafectación, gravamen u otras gestiones previstas en esta ley, podrá recurrirse en relación ante el juez de lo civil en turno.

VI

Art. 51.- Toda persona podrá imponer a sus herederos, aun forzosos, la indivisión de los bienes hereditarios, por un plazo no mayor de diez años. Si se tratase de un bien determinado, o de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica, el lapso de la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aun cuando ese tiempo exceda los diez años. Cualquier otro término superior al máximo permitido, se entenderá reducido a éste.

El juez podrá autorizar la división, total o parcial a pedido de la parte interesada y sin esperar el transcurso del plazo establecido, cuando concurran circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad o interés legítimo de tercero.

Art. 52.- Los herederos podrán convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de diez años, sin perjuicio de la partición temporaria del uso y goce de los bienes entre los copartícipes.

Si hubiese herederos incapaces, el convenio concluido por sus representantes legales, no tendrá efecto hasta la homologación judicial.

Estos convenios podrán renovarse al término del lapso establecido.

Cualesquiera de los herederos podrá pedir la división antes del vencimiento del plazo siempre que mediaren causas justificadas.

Art. 53.- Cuando en el acervo hereditario existiere un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole tal que constituya una unidad económica, el cónyuge supérstite que lo hubiese adquirido o formado en todo o en parte podrá oponerse a la división del bien por un término máximo de diez años.

A instancia de cualquiera de los herederos, el juez podrá autorizar el cese de la indivisión antes del término fijado, si concurrieren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justificasen la decisión.

Durante la indivisión, la administración del establecimiento competerá al cónyuge sobreviviente.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará igualmente a la casa habitación constituida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos.

Art. 54.- La indivisión hereditaria no podrá oponerse a terceros sino a partir de su inscripción en el registro respectivo.

Art. 55.- Durante la indivisión autorizada por la ley, los acreedores particulares de los copropietarios no podrán ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal del mismo, pero sí podrán cobrar sus créditos con las utilidades de la explotación correspondiente a su respectivo deudor.

Art. 56.- En los casos de indivisión de bienes hereditarios situados en la Capital Federal o territorios nacionales, la Dirección General Impositiva, a pedido de los interesados, acordará plazos especiales para el ingreso del impuesto a la transmisión gratuita de bienes, sin interés, con o sin fianza, los que en ningún caso excederán del término fijado a la indivisión ni de cinco años, si dicho término fuera mayor. Si la división de la herencia tuviere lugar antes de que transcurran los plazos indicados, éstos se considerarán vencidos y el saldo de impuesto que se adeudare deberá ingresarse dentro del mes siguiente a aquel en el cual se hubiere producido la división.

El Poder Ejecutivo Nacional gestionará de los gobiernos provinciales el otorgamiento de franquicias análogas a las establecidas en este artículo.

Art. 57.- La presente ley comenzará a regir a los noventa días de su publicación, quedando a partir de entonces derogados los artículos 36 Ver texto, 37 Ver texto , 38 Ver texto y 39 Ver texto del Código Penal y todaslas disposiciones que y en cuanto se opusieren a ella.

Art. 58.- Comuníquese, etc.